



**Coordenadores:**

*Fábio da Silva Veiga*

*André Folloni*

*Cynthia Obladen de Almendra Freitas*

# ESTUDOS DE DIREITO

DESENVOLVIMENTO  
E SUSTENTABILIDADE

# ESTUDOS DE DIREITO

DESENVOLVIMENTO  
E SUSTENTABILIDADE

*Coordenadores:*

Fábio da Silva Veiga

André Folloni

Cynthia Obladen de Almeida Freitas

Porto | Curitiba  
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 Comitê 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 Comitê 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 Estudos Jurídicos – IBEROJUR

Título: Estudos de Direito, Desenvolvimento e Sustentabilidade

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga, André Folloni e Cinthia Obladen de Almendra Freitas

Edição e Diagramação: Camilla Martins dos Santos Benevides

Capa: Bruna Peres

© [Autores vários]

Suporte: Eletrónico; Formato: PDF

ISBN: 978-989-35342-0-5

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e PUC-PR

Rua de Avilhó, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal. 4460-282.

Novembro, 2023

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal n° 524557/23

### **Citação:**

VEIGA, Fábio da Silva; FOLLONI, André; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (Coords.). *Estudos de Direito, Desenvolvimento e Sustentabilidade*, Porto/Curitiba: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2023. ISBN: 978-989-35342-0-5 | Depósito na Biblioteca Nacional de Portugal.

## **Comité Científico**

Adriano Godinho (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers (PUC-PR, Brasil)  
André Folloni (PUC-PR, Brasil)  
André Studart Leitão (Unichristus, Brasil)  
Antônio Carlos Efiging (PUC-PR, Brasil)  
António Francisco de Sousa (Universidade do Porto, Portugal)  
Antonio Tirso Ester (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha)  
Augusto Jobim do Amaral (PUCRS, Brasil)  
Catherine Maia (Universidade Lusófona do Porto, Portugal)  
Cinthia Obladen de Almendra Freitas (PUC-PR)  
David Montoya Medina (Universidad de Alicante, Espanha)  
Denise Fincato (PUCRS, Brasil)  
Fábio da Silva Veiga (Universidade Lusófona, Portugal)  
Frederico de Oliveira (Universidade da Amazônia, Brasil)  
Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos, Espanha)  
José Sérgio Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil)  
Luiz Henrique Sormani Barbugiani ( Academia Brasileira de Direito do Estado)  
Marcos Augusto Perez (Universidade de São Paulo, Brasil)  
María Camacho (Universidad ESAN, Peru)  
Maria do Rosário Anjos (Universidade Lusófona do Porto, Portugal)  
Mônica Tassigny (Universidade de Fortaleza, Brasil)  
Paula Garat (Universidad Católica del Uruguay)  
Paulo de Brito (Universidade Lusófona do Porto, Portugal)  
Pedro Curvello Saavedra Avzaradel (Universidade Federal Fluminense, Brasil)  
Rui Miguel Zeferino Ferreira (ISVOUGA, Portugal)  
Thiago Oliveira Moreira (Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil)  
Valter Moura do Carmo (CONPEDI, Brasil)  
Vânia Aieta (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)  
Wilson Engelmann (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil)  
Gianpaolo Poggio Smanio (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)  
Glenda Gondim (Universidade Federal do Paraná, Brasil)  
Gustavo Santanna (Brasil)  
Jacqueline Hellman Moreno (Universidad Europea de Madrid, Espanha)  
Jaime Aneiros Pereira (Universidad de Vigo, Espanha)  
Jeferson Bacelar (Universidade da Amazônia, Brasil)  
João Proença Xavier (CEIS20/Universidade de Coimbra, Portugal)

## Apresentação

Nos dias 3 e 4 de abril de 2023, o Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), sediada em Curitiba, Estado do Paraná, Brasil, recebeu o *VI Encontro Ibero-americano de Direito e Desenvolvimento* (VI EIADD), evento científico tradicional nos projetos do *Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos* (IBEROJUR), e que já teve passagem por excelentes instituições Ibero-americanas, como a Universidade Nova de Lisboa (2016), Coimbra Business School (2018), Universidade Lusófona do Porto (2019), Universidade Positivo (2021) e Centro Universitário Christus (2022). Ao longo dos últimos anos, o EIADD promoveu o debate acadêmico Ibero-americano com a ênfase de demonstrar a qualidade das pesquisas jurídicas e interdisciplinares de pesquisadores provenientes de vários países Ibero-americanos, como de Portugal, Espanha, Brasil, Chile, Uruguai, Peru, Colômbia, Venezuela, Panamá e México, entre outros países europeus, a exemplo da Itália, França, Alemanha Inglaterra e Polônia. O projeto do EIADD, quando foi construído nos idos de 2016, antes mesmo da intensificação das conferências digitais ou híbridas, teve sempre o escopo de proporcionar um ambiente dinâmico de debate entre os vários escalões do conhecimento jurídico, desde a divulgação dos trabalhos de iniciação científica – os quais merecem ser experimentados perante os pares mais experientes –, passando pelos alunos de mestrado, pesquisadores de doutorado e doutores com alguma bagagem científica aprofundada. Esta faceta de conectividade entre os diferentes pares, faz com que o projeto se torne um propulsor de novos talentos e sirva de instrumento para a divulgação de pesquisas jurídico-científicas de alto nível. Outra particularidade do projeto, é a interação entre vários programas de Mestrados e Doutorados – denominados no Brasil de Programas de Pós-graduação “*Stricto sensu*” –, que fortalece a troca de conhecimento e gera mais intersecção das visões estratégicas sobre o futuro da ciência jurídica num diálogo permanente de melhoramento. A cooperação internacional e interinstitucional são pontos-chave para o crescimento e o aperfeiçoamento da ciência como um todo, e projetos desta índole são fundamentais para afirmar capacidade das organizações de matriz científicas, como são os programas de pós-graduação, os centros de pesquisas e os grupos de investigação, os quais devem cumprir com os mais altos padrões internacionais de *Investigação, Desenvolvimento e Inovação* (I&D+i na sigla europeia ou P&D – *Pesquisa e Desenvolvimento* – na sigla brasileira). O exposto vai de encontro com a qualidade dos trabalhos apresentados no *VI EIADD*, confirmado pela revisão dos autores e pelas instruções rigorosas do Comitê Científico, plasmadas no presente livro que ora se apresenta ao público especializado. Aproveitamos para agradecer os coordenadores locais, Professores Doutores **André Folloni** e **Cinthia**

**Freitas**, pelo apoio durante todas as fases do projeto, a quem endereçamos as nossas felicitações pelo esforço emvidado e total disponibilidade no engajamento académico.

*Porto, 17 de novembro de 2023*

**Fábio da Silva Veiga**

Presidente do IBEROJUR

Professor Doutor de Direito (na graduação, mestrado e doutorado) da Universidade  
Lusófona, Portugal

## ÍNDICE

<b>A EXCLUSÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS DA BASE DOS TRIBUTOS SOBRE A RENDA: DISCUSSÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS .....</b>	<b>14</b>
André Folloni Victoria Baldani Miranda	
<b>ALGUMAS IMPLICAÇÕES DEONTOLÓGICAS DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL A PARTIR DO ARCABOUÇO CIVIL PROCEDIMENTAL ATINENTE A RESPONSABILIDADE POR DANOS PROCESSUAIS.....</b>	<b>30</b>
Bruno Calife dos Santos	
<b>A GOVERNANÇA CORPORATIVA NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO DIRETRIZ DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO DECENTE NO BRASIL.....</b>	<b>40</b>
Carlos Henrique Bezerra Leite Humberto Lima de Lucena Filho	
<b>A HUNGRIA E A POLÔNIA SOB AS LENTES DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO .....</b>	<b>56</b>
Claudia Maria Barbosa Willy Rodrigue Ndougou Adda	
<b>UMA ANÁLISE JURÍDICA DO ROL DE PRECEDENTES DO ART. 927, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, SOB A LUZ DAS ESCOLAS MINIMALISTA E MAXIMALISTA .....</b>	<b>71</b>
Dr. Danilo de Oliveira Dr. Marcelo Lamy	
<b>ESPAÇO E AGENDA 2030: COMO AS TECNOLOGIAS ESPACIAIS PODEM CONTRIBUIR PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL SUSTENTÁVEL ....</b>	<b>85</b>
Gabriela Soldano Garcez	
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL – SOB A PERSPECTIVA CONSUMERISTA - DAS PLATAFORMAS DIGITAIS NO QUE TANGE A INVASÃO DE PERFIS DE REDES SOCIAIS .....</b>	<b>94</b>
Glenda Gonçalves Gondim Laola Marinho de Oliveira	
<b>DEMOCRACIA, SEPARAÇÃO DE PODERES E A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DURANTE E DEPOIS DA PANDEMIA (COVID-19).....</b>	<b>108</b>
Guilherme Antunes da Cunha Gustavo da Silva Santanna Felipe Scalabrin	
<b>DA NECESSÁRIA SINCRONIA ENTRE OS PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES E A FUNDAMENTAÇÃO QUALIFICADA DAS DECISÕES JUDICIAIS .....</b>	<b>124</b>
Guilherme Antunes da Cunha Gustavo da Silva Santanna Felipe Scalabrin	

<b>TRANSPARÊNCIA COMO ELEMENTO PARA O CONTROLE DE LEGITIMIDADE DE PROGRAMAS DE INCENTIVO TRIBUTÁRIO PELO TCU .....</b>	<b>140</b>
Hendrick Pinheiro	
<b>ORDEM PRINCIPIOLÓGICA PARA ALÉM DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR APLICÁVEL ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO .....</b>	<b>156</b>
Jesualdo Eduardo de Almeida Junior	
Daniel Israel de Anchieta Ramos	
<b>A ORGANIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SOCORRO NO MUNICÍPIO DE VILA NOVA DE GAIA: CAPACIDADES E VULNERABILIDADES NA ARTICULAÇÃO ENTRE CORPOS DE BOMBEIROS .....</b>	<b>167</b>
José Carlos Cidade	
<b>SHARENTING: UMA ANÁLISE DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS GENITORES À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>176</b>
Laura Padovani Cardoso	
Carolina Merida	
<b>EFEITOS PERSUASIVO, PRECEPTIVO E VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS, SOB A LUZ DAS NORMAS JURÍDICAS VIGENTES NO BRASIL .....</b>	<b>193</b>
Marcelo Lamy	
Danilo de Oliveira	
<b>TECNOLOGIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL: ROTAS PARA A CONSTRUÇÃO DO PROJETO FUTURO DO BRASIL EM AMBIENTES ECOSISTÊMICOS NA ERA DIGITAL .....</b>	<b>209</b>
Maria José Menezes Lourega Belli	
Anna Cláudia Menezes Lourega Belli	
<b>DESAFIOS E CONTRIBUIÇÕES AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL A PARTIR DO ROTEIRO PARA COOPERAÇÃO DIGITAL DA ONU .....</b>	<b>217</b>
Marina Schmidlin Sponholz	
Raissa de Cavassin Milanezi	
Cinthia Obladen de Almendra Freitas	
<b>O RENDIMENTO SOCIAL DE INSERÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>231</b>
Mário Simões Barata	
<b>SEGURANÇA ALIMENTAR DEMOCRÁTICA .....</b>	<b>242</b>
Miguel Belinati Piccirillo	
Pietro de Jesús Lora Alarcón	
<b>SUSTENTABILIDADE E REGULAÇÃO PARA NANOTECNOLOGIAS: UMA QUESTÃO DE ESCOLHA DE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA OU JURÍDICO-NORMATIVA? .....</b>	<b>252</b>
Patricia Santos Martins	
Wilson Engelmann	
<b>ANÁLISE DE VULNERABILIDADES NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....</b>	<b>264</b>
Samia Saad Gallotti Bonavides	
Ana Claudia Lorenzetti Mendes	
André Del Grossi Assumpção	

<b>A PERSONALIDADE ELETRÔNICA SOB UMA ABORDAGEM ONTOLÓGICO-INSTITUCIONALISTA.....</b>	<b>276</b>
Samuel Procópio Menezes de Oliveira	
Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira	
<b>CONSUMIDOR NA ERA TECNOLÓGICA: DESAFIOS PARA O D. I. PRIVADO .....</b>	<b>295</b>
Vera Lúcia Viegas-Liquidato	
<b>A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROVENIENTES DA MINERAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS.....</b>	<b>315</b>
Wilson Engelmann	
Francisco Secco Giaretta	
<b>A VULNERABILIDADE DA MULHER E O SEU LUGAR DE FALA NA MEDIAÇÃO.....</b>	<b>325</b>
Aldana Pereira Reis	
Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini	
<b>FINANCIAMENTO ELEITORAL E ENTRAVES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À TERRA: O CASO DA LEI 13.465/2017 .....</b>	<b>340</b>
Alexandre de Freitas Carpenedo	
<b>ALGORITMOS DO INSTAGRAM E CONSUMO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA <i>BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS</i>.....</b>	<b>354</b>
Amanda Louise Negri	
Juliane Tedesco Andretta	
<b>O DIREITO A UMA ANÁLISE INDIVIDUALIZADA DO PEDIDO DE ASILO E AO RECURSO EFETIVO.....</b>	<b>369</b>
Ana Luíza Aguiar Silva Motta	
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS E DO ESTADO NO ABANDONO AFETIVO INVERSO .....</b>	<b>383</b>
Andréa Arruda Vaz	
Camila Silva Dias	
Kennedy Josué Greca de Mattos	
<b>A PROTEÇÃO AO EMPREGO E A RENDA NO DIREITO LABORAL BRASILEIRO EM TEMPOS DE COVID-19 E PÓS COVID-19.....</b>	<b>394</b>
Andréa Arruda Vaz	
Kennedy Josué Greca de Mattos	
Tais Martins	
<b>RECONHECIMENTO DE INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS COMO INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO REGIONAL.....</b>	<b>407</b>
Bruna Werlang Paim	
Lígia Loregian Penkal	
<b>A DESIGUALDADE E SEUS REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA.....</b>	<b>421</b>
Brunna Kirnev Wichoski	
<b>O TELETRABALHO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTRUMENTOS DE TRABALHO E O PAGAMENTO DE DESPESAS.....</b>	<b>436</b>
Catarina Sampaio	
Susana Sousa Machado	

<b>CAPITALISMO DE PLATAFORMA E A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE MENTAL DOS PLATAFORMIZADOS – UMA BREVE ANÁLISE DOS RISCOS PSICOSSOCIAIS E TRANSTORNOS PSÍQUICOS .....</b>	<b>448</b>
Cláudia M. F. De Vico Arantes da Silva	
<b>CONTRATOS, RESPONSABILIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS.....</b>	<b>461</b>
Claudia Serpa Costa Ribeiro Fleischhauer	
Alessandra Lorenzon Almeida Barreto	
<b>NATUREZA CONTRATUAL DOS TERMOS DE USO E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO <i>EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD</i> NO CASO <i>META PLATFORMS INC.</i> SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>480</b>
Dânton Zanetti de Oliveira	
Suzana Rososki de Oliveira	
<b>A VULNERABILIDADE DE TRABALHADORES NÃO CONTRIBUENTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL ATUANTES NA <i>GIG ECONOMY</i> DO SETOR DE TRANSPORTE NO BRASIL.....</b>	<b>495</b>
Elder Quirino da Silva Batista	
<b>AGRICULTURA SUSTENTÁVEL: UMA VISÃO COM BASE NOS PILARES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL .....</b>	<b>507</b>
Emanuelle Siqueira Primon	
<b>DDR: ENTRE PAZ E FELICIDADE SUSTENTÁVEIS? .....</b>	<b>520</b>
Emília Lurdes Agostinho Paulino	
<b>THE IDEOLOGY OF THE ALT-RIGHT IN THE USA: SOCIAL MEDIA AND LEGAL IMPLICATIONS .....</b>	<b>533</b>
Gabriela de Lima Chehab	
<b>O CONFLITO PARA ALÉM DOS AUTOS: (RE)PENSANDO O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DO FIM DA LITIGIOSIDADE .....</b>	<b>545</b>
Hugo Netto Natrielli de Almeida	
<b>O TELETRABALHO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTRUMENTOS DE TRABALHO E O PAGAMENTO DE DESPESAS.....</b>	<b>560</b>
Izabela Rücker Curi	
Lucélia Bastos Gonçalves Marcondes	
<b>COMPETIDORES NASCENTES, AQUISIÇÕES ASSASSINAS E CONTROLE DE ESTRUTURAS NO BRASIL: REVISANDO OS CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO.....</b>	<b>574</b>
João Otávio Bacchi Gutinięki	
<b>O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REVOGAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CULPOSA NA LEI Nº 14.230/2021 .....</b>	<b>591</b>
José Mario Macedo Pereira Hauare	
<b>O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS.....</b>	<b>603</b>
José Mario Macedo Pereira Hauare	

<b>OS DIREITOS ALIMENTARES COMO CLÁUSULA PÉTREA IMPLÍCITA: UM ENSAIO SOBRE A INSERÇÃO DOS DIREITOS A ALIMENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A EFICÁCIA NA ATUALIDADE .....</b>	<b>618</b>
Laís Helena Pacheco Silva	
Juliane dos Santos Ramos Souza	
<b>DUALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: CRIAÇÃO E PROPAGAÇÃO SOB A ÓTICA DA EUROPA E ESTADOS UNIDOS E A CONTRADIÇÃO EM RELAÇÃO AOS PAÍSES AFRICANOS NO TPI .....</b>	<b>633</b>
Leonardo José de Araújo Prado Ribeiro	
Eva Letícia Ricciardi de Paula	
<b>UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS DE GESTÃO DE RISCOS PARA RECONHECIMENTO DE INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS.....</b>	<b>641</b>
Lígia Loregian Penkal	
Suzana Rososki de Oliveira	
<b>O DIÁLOGO SOCIAL COMO PONTO DE PARTIDA PARA APLICAÇÃO DE UMA JUSTA REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO OU TRABALHO HÍBRIDO NO PÓS-PANDEMIA .....</b>	<b>654</b>
Luciana Faria de Carvalho	
<b>AFFECTIO SOCIETATIS FOR BRAZILIAN AND FRENCH COMPANIES..</b>	<b>665</b>
Maria Carolina Assi Alencar	
<b>AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, BRASILEIRA E PORTUGUESA NO PROCESSO DE REVITALIZAÇÃO E REJUVENESCIMENTO DE SUAS CONSTITUIÇÕES ATRAVÉS DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>681</b>
Maria Fernanda Leite de Freitas Silva	
<b>O SENTIDO ORIGINAL DE PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: AS POSSIBILIDADES DE APROFUNDAMENTO DA DEMOCRACIA ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO.....</b>	<b>697</b>
Maria Heloísa Castelo Branco Barros Coelho	
<b>O DESMEMBRAMENTO DO CONSTITUCIONALISMO CLIMÁTICO: UMA ANÁLISE DO FENÔMENO INCIPIENTE DO CONSTITUCIONALISMO CLIMÁTICO NO BRASIL.....</b>	<b>714</b>
Maria Laura Maciel Fernandez	
<b>O DIREITO DIGITAL: SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOB A ÓTICA DAS ORGANIZAÇÕES.....</b>	<b>730</b>
Mariana Espíndola de Souza	
<b>MINISTÉRIO DA VERDADE: O PROCESSO PENAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL .....</b>	<b>762</b>
Melissa Segal Mariotti	
Ana Cristina Augusto Pinheiro	
<b>MAPEAMENTO DAS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO NA UNIÃO EUROPEIA.....</b>	<b>778</b>
Miriam Olívia Knopik Ferraz	
Camilla Martins dos Santos Benevides	
<b>RESOLUÇÃO DE DISPUTA ONLINE E JUS POSTULANDI: O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EFETIVAÇÃO NA SOCIEDADE DIGITAL .....</b>	<b>792</b>
Raquel Hochmann de Freitas	

<b>A FRAGILIDADE DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO USO DO RECONHECIMENTO FACIAL E DOS DRONES .....</b>	<b>804</b>
Rebeca de Aguiar Pereira Neves	
<b>ALBERT CAMUS E O ABSURDO DA CRISE MIGRATÓRIA EUROPEIA.....</b>	<b>821</b>
Roberta Silva dos Reis Simões	
<b>O VALOR DE UM ADOLESCENTE: ANÁLISE DE UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O VALOR MENSAL DE UM APRENDIZ E DE UM ADOLESCENTE EM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE NO ESTADO DO PARANÁ.....</b>	<b>837</b>
Simone Aparecida Falchetti Paulin	
<b>OS EQUIPAMENTOS DOTADOS DE VISOR E A SAÚDE DOS TRABALHADORES – O ACÓRDÃO C-392/21 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA.....</b>	<b>847</b>
Solange Ferreira Lajoso	
<b>AS PRÁTICAS AMBIENTAL, SOCIAL E DE GOVERNANÇA – ASG-ESG NO AGRONEGÓCIO COMO VIAS DE CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS SUSTENTÁVEIS DA AGENDA 2030 DA ONU.....</b>	<b>856</b>
Solange Teresinha Carvalho Pissolato	
Rogerio Mollica	
<b>A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL À PARTIR DAS TEÓRICAS ECONOMICAS DE AMARTYA SEN E JAGDISH BHAGWATI... </b>	<b>872</b>
Valéria Rodinéia Zanette	
<b>REFLEXÕES TEÓRICO-PRÁTICAS SOBRE A MEDIAÇÃO NAS AÇÕES DE INVENTÁRIO E PARTILHA DE BENS.....</b>	<b>890</b>
Vívian Chaves Botinha	

# A EXCLUSÃO DOS BENEFÍCIOS FISCAIS DE ICMS DA BASE DOS TRIBUTOS SOBRE A RENDA: DISCUSSÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS

## The exemption of ICMS benefits in the scope of income taxes: Administrative and judicial discussions

André Folloni<sup>1</sup>

Victoria Baldani Miranda<sup>2</sup>

**Sumário:** 1. Benefícios fiscais e a “guerra fiscal do ICMS”; 2. As disposições da LC 160 acerca das subvenções de investimento e seu tratamento pelos tributos sobre a renda; 3. Posicionamento da Receita Federal do Brasil; 4. Evolução do entendimento do CARF; 5. O debate no Superior Tribunal de Justiça; Considerações Finais.

**Resumo:** No cenário da chamada “guerra fiscal” do ICMS, foi editada, em 2017, a Lei Complementar n. 160, a fim de estabelecer e uniformizar as regras para convalidação de benefícios fiscais do imposto. Além das disposições relativas ao ICMS, a Lei também forneceu necessárias definições com relação ao tratamento dos respectivos valores no âmbito da tributação sobre a renda, aumentando o escopo das receitas subvencionadas não tributáveis. A publicação da LC, todavia, não eliminou de todo a resistência da Receita Federal, que argumenta, em sede administrativa e judicial, pela imposição de requisitos adicionais para a exclusão dos valores. Diante desta problemática, o presente trabalho almeja expor a discussão travada entre contribuintes e fisco, sumarizando os julgamentos mais relevantes e os principais argumentos observados no âmbito do CARF e do STJ, e apresentando, ao final, as perspectivas de rumos a serem tomados pela jurisprudência relativamente ao tema. O artigo adota como metodologia a dialética, buscando suas fontes na jurisprudência brasileira proferida pelos órgãos citados desde a publicação da Lei Complementar. Por fim, o trabalho conclui no sentido de que a Lei não permite a imposição, por órgão do Executivo, de requisitos não previstos na legislação para usufruto da exclusão do Lucro Real e da base de cálculo da CSLL, devendo eventuais limitações adicionais serem fruto da atividade legislativa competente para sua formulação.

**Palavras-chave:** Tributação sobre a renda; Benefícios fiscais; Lei Complementar 160; Jurisprudência; Subvenção para investimento.

**Abstract:** In the context of the so-called ICMS “tax war”, Supplementary Law no. 160 was enacted in 2017 in order to establish and standardize the rules for validating tax benefits. In

---

<sup>1</sup> Professor Titular e Decano da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor permanente e ex-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR (Mestrado e Doutorado). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná e em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: folloni.andre@pucpr.br.

<sup>2</sup> Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. E-mail: baldanivictoria@gmail.com.

addition to the provisions relating to ICMS, the Law also provided necessary definitions regarding the treatment of the respective amounts within the scope of taxation on income, increasing the scope of non-taxable subsidized revenues. The publication of the Law, however, did not eliminate the resistance of the Federal Revenue, which argues, at administrative and judicial level, for the imposition of additional requirements for the exclusion of values. In the face of this issue, the present work aims to expose the discussion between taxpayers and tax authorities, summarizing the most relevant judgments and the main arguments observed in the scope of the CARF (Board of Tax Appeals) and the STJ (Superior Court), and presenting, in the aftermath, the perspectives of directions to be taken by the jurisprudence regarding the topic. The article adopts dialectics as a methodology, seeking its sources in Brazilian jurisprudence issued by the aforementioned entities since the publication of the Supplementary Law. Finally, the work concludes in the sense that the Law does not allow the imposition, by the Administration, of requirements not foreseen in the legislation for usufruct of the exemption, and any additional limitations should be the result of the competent legislative activity for its formulation.

**Keywords:** Taxation on income; Tax benefits; Supplementary Law no. 160; Jurisprudence; Investment subsidy.

### 1. Benefícios fiscais e a “guerra fiscal do ICMS”

Do ponto de vista econômico, tributos constituem custos de transação, que possuem a capacidade de influenciar os agentes relativamente às estratégias negociais a serem adotadas<sup>3</sup>. No caso do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, o ICMS, tal viés é ainda mais palpável, sendo um importante fator ponderado pelas pessoas jurídicas ao planejar e operacionalizar suas estruturas de negócios – por exemplo, na tomada de decisão acerca da melhor localização para constituição de um centro de distribuição ou uma planta fabril, a depender da carga tributária aplicável em uma ou outra unidade federativa.

Seguindo a lógica de que o ICMS configura custo de transação, incentivos fiscais por ventura oferecidos pelos Estados e pelo Distrito Federal – a quem competem a instituição e a cobrança do tributo (como reza a Constituição Federal no art. 155, inciso II) – assumem a natureza de redutores de tais custos, por meio de sistemáticas como isenção, redução de base de cálculo, diferimento ou créditos presumidos (dentre outras modalidades). A concessão de benefícios é, para as unidades federativas, uma via de mão dupla: mostrando-se uma jurisdição mais atrativa fiscalmente para contribuintes, em especial aqueles de grande porte, o Estado aposta na atração de negócios que contribuam para o desenvolvimento local, movimentando a economia, gerando empregos e, em última análise, também incrementando o recolhimento do ICMS para os cofres públicos (ainda que em valor beneficiado).

---

<sup>3</sup> FOLLONI, A.; SIMM, C. B. Direito tributário, complexidade e análise econômica do direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 49–70, 2016, p. 62. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19726>. Acesso em: 13 mar. 2023.

Esta relação *ganha-ganha* se tornou método comum a diversos entes federados, que se lançaram em uma verdadeira competição no oferecimento das condições fiscais que se mostrassem menos onerosas para captação e retenção de contribuintes. É evidente que, neste cenário, Estados com maior capacidade de renunciar a parte da receita decorrente do ICMS se mostraram mais aptos a atraírem novos investimentos na economia local – em detrimento daqueles com orçamento mais vulnerável que, justamente, necessitam dos recursos proporcionados pela arrecadação do imposto. A omissão do Governo Federal na questão das disparidades entre as regiões brasileiras agravou o cenário<sup>4</sup>.

A Constituição Federal de 1988 determina, na alínea “g” do inciso XII do §2º do art. 155, que “isenções, incentivos e benefícios fiscais” devem ser concedidos e revogados com base em Lei Complementar que os regulamente<sup>5</sup>. Por sua vez, a Lei Complementar n. 24/1975 condiciona tal concessão à unanimidade dos Estados<sup>6</sup>, expressa por meio de convênio do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). Uma vez que a batalha de incentivos fiscais ocorreu, sobretudo, à revelia do Conselho, afrontou tanto a previsão na Complementar quanto sua fonte normativa suprema, isto é, o diploma constitucional.

Foi buscando sanar a disputa pelo ambiente fiscalmente menos oneroso – a qual recebeu a alcunha de “guerra fiscal do ICMS” – que, em novembro de 2017, foi editada a Lei Complementar n. 160 (LC n. 160)<sup>7</sup>, com o objetivo de proporcionar as ferramentas necessárias para obediência ao dispositivo constitucional que requer esta modalidade legislativa para regular a concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

A Lei previu a celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal para deliberação sobre remissão de créditos tributários e a reinstituição de benefícios fiscais em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do §2º do art. 155 da CF. Referido convênio deveria estabelecer, como condição de validade de tais benefícios, que os Estados procedessem à publicação da relação dos atos normativos referentes a tais incentivos fiscais em diário oficial, e providenciassem o registro e depósito, junto ao CONFAZ, da respectiva documentação comprobatória<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> BEVILACQUA, L. *Incentivos Fiscais de ICMS e Subvenções para Investimentos*: Tratamento Fiscal após a Edição da Lei Complementar n. 160/2017. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 41, p. 251–275, 2021, p. 253. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/199>. Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>5</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/yp4y3tws>. Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>6</sup> BEVILACQUA, 2021, p. 254.

<sup>7</sup> A partir do Projeto de Lei Complementar n. 54.

<sup>8</sup> BRASIL. Lei Complementar n. 160, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários e dá outras providências. Brasília, DF:

Em suma, a LC 160 determinou a celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal firmando o compromisso de que os benefícios fiscais do ICMS concedidos em desacordo com as disposições constitucionais (isto é, franqueados pelas unidades federadas de forma autônoma a fim de favorecer a captação e retenção de contribuintes, sem observar a necessidade de deliberação mediante o CONFAZ) seriam convalidados desde que cumpridos os requisitos de publicação, registro e depósito de tais incentivos. Esta determinação materializou-se no Convênio ICMS 190, de 15 de dezembro de 2017, o qual implementou a LC ao compilar os conceitos, regras e prazos aplicáveis para convalidação dos benefícios do imposto<sup>9</sup>.

Além destas providências diretamente relacionadas ao ICMS, a Lei também dispôs acerca do reconhecimento fiscal dos benefícios na apuração do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), por meio de seu enquadramento no conceito de “subvenções para investimento”. É o que se abordará na sequência.

## **2. As disposições da LC 160 acerca das subvenções de investimento e seu tratamento pelos tributos sobre a renda**

Tendo estabelecido as diretrizes para convalidação dos benefícios fiscais do ICMS, a LC 160 dedica seus últimos dois artigos prescritivos (nono e décimo) à adaptação da legislação correlata ao IRPJ e à CSLL, a fim de dispor sobre os efeitos dos valores apurados a título de incentivos na apuração do lucro tributável<sup>10</sup>. Tais disposições se mostraram imperiosas para esclarecer, a nível legal, o tratamento fiscal dos valores, uma vez que, seja por representarem uma receita explícita (na forma de créditos presumidos, por exemplo) ou por constituírem uma desoneração do débito do imposto (caso das isenções ou reduções de base de cálculo), possuem o efeito de acréscimo do resultado contábil do contribuinte, o que, para pessoa jurídica tributada pelo regime do Lucro Real, tem o condão de incrementar também o lucro fiscal e, assim, os tributos sobre ele incidentes – a menos que este efeito seja neutralizado no Livro de Apuração do Lucro Real (LALUR) por meio de ajuste de exclusão.

---

Senado Federal, 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp160.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp160.htm). Acesso em: 15 mar. 2023.

<sup>9</sup> BEVILACQUA, 2021, p. 256.

<sup>10</sup> Por gerarem impacto na arrecadação da administração tributária federal, representando “*remissão e anistia fiscal desprovidas de prévia estimativa de impacto financeiro-orçamentário*” (BEVILACQUA, 2021, p. 255), os referidos dispositivos foram vetados pelo então Presidente da República, Michel Temer, quando encaminhados para sanção presidencial. A Câmara dos Deputados, todavia, derrubou o veto.

Portanto, para disciplinar a não incidência do IR/CS sobre as receitas decorrentes de incentivos fiscais, foram acrescentados os parágrafos 4º e 5º ao artigo 30 da Lei n. 12.973, de 2014<sup>11</sup>.

Já na redação original, o artigo dispunha que “*subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos*”<sup>12</sup> não são incluídas no lucro fiscal para fins de incidência do IR/CS, desde que o contribuinte beneficiado realize o registro dos respectivos montantes na reserva de lucros abordada pelo art. 195-A da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas, ou LSA).

Referida reserva é, com efeito, a reserva de incentivos fiscais<sup>13</sup>, que somente pode ser utilizada para aumento de capital social ou absorção de prejuízos, sendo qualquer outra utilização vedada pela Lei 12.973/2014, sob pena de tornar tributáveis os respectivos valores por meio de ajuste de adição ao Lucro Real. Esta vedação seria autoexplicativa: como as subvenções de investimento são, por sua própria natureza, benesses concedidas pelos entes federativos “*como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos*”, nos termos do próprio *caput* do artigo<sup>14</sup>, seria incoerente com sua *raison d’être* colocá-las à disposição dos sócios e acionistas para proveito próprio, na forma de distribuições de lucros ou dividendos de qualquer natureza.

A primeira inovação implementada pela LC sobre o dispositivo foi esclarecer que “*os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais*” relativos ao ICMS, “*concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimento, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo*”<sup>15</sup>. Em outras palavras, com a nova redação, mais do que uma legalidade **implícita** que impeça a autoridade tributária de requerer condições não previstas em Lei para a exclusão dos benefícios enquadráveis como subvenções de investimento<sup>16</sup>, a

---

<sup>11</sup> As disposições foram normatizadas por meio do art. 198 da IN RFB n. 1.700/2017 e do art. 523 do Decreto n. 9.580/2018 (Regulamento do Imposto de Renda).

<sup>12</sup> BRASIL, 2017.

<sup>13</sup> BRASIL. Lei n. 6404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm). Acesso em: 21 mar. 2023.

<sup>14</sup> BRASIL. Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 mai. 2014. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm). Acesso em: 21 mar. 2023.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Como prescreve o Princípio da Legalidade amplo, imiscuído no inciso II do art. 5º da CF, e, mais estritamente, o Princípio da Legalidade Tributária, esculpido no inciso I do art. 150 do mesmo diploma.

LC impôs **expressamente** a vedação – sendo apenas exigíveis os requisitos elencados no próprio art. 30 da Lei n. 12.973/2014.

Por fim, com vistas a eliminar qualquer margem para dúvidas, a Complementar dispôs, em seu artigo décimo, que as determinações impostas à legislação atinente ao IRPJ e à CSLL por meio dos novos parágrafos 4º e 5º do art. 30 da Lei n. 12.973/2014 são cabíveis, também, aos benefícios fiscais do ICMS instituídos em desacordo com a Constituição Federal até a data de início de produção de efeitos da LC (isto é, a partir da data de sua publicação, de acordo com o artigo subsequente), *“desde que atendidas as respectivas exigências de registro e depósito”*<sup>17</sup>.

Restou estabelecido, portanto, que os incentivos fiscais concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal em inobservância ao art. 155, §2º, inciso XII, alínea “g” da CF são considerados subvenções de investimento e, portanto, **não integram a base de cálculo dos tributos sobre a renda**, desde que cumpridos dois requisitos taxativos: primeiro, por parte do Estado concedente, sua convalidação (por meio de sua publicação e registro); e segundo, de parte do contribuinte, sua destinação à reserva de incentivos fiscais.

Embora boa parte da discussão anterior à publicação da Lei Complementar tenha sido por ela resolvida, a administração tributária federal, inconformada diante do volume de contribuintes que passaram a excluir as receitas subvencionadas do lucro tributável (bem como a adaptar suas obrigações acessórias pretéritas a fim de reconhecer os efeitos da exclusão e solicitar a restituição dos montantes correspondentes a título de pagamento indevido), estudou o novo ordenamento para esboçar tese que, *prima facie*, aparentasse enraizar-se no art. 30 da Lei n. 12.973/2014, com vistas a frear a queda na arrecadação do IR/CS que se sucedeu.

Tais argumentos, assim como suas contrarrazões, serão delineados na sequência.

### **3. Posicionamento da Receita Federal do Brasil**

No período anterior à publicação da LC n. 160, o fisco federal mantinha-se firme no entendimento de que, para exclusão de valores a título de subvenções de investimento, o contribuinte deveria *“demonstrar não só a validade e o propósito do incentivo, mas a vinculação da desoneração empreendida com os investimentos realizados, inclusive, simultaneamente em alguns casos”*<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> BRASIL, 2017.

<sup>18</sup> BEVILACQUA, 2021, p. 256.

Editada a Complementar, foi somente em 2020 que a RFB veio a publicar manifestações vinculantes, que se mostraram conflitantes entre si<sup>19</sup>.

Publicada em março daquele ano, a Solução de Consulta<sup>20</sup> (SC) da Coordenação-Geral de Tributação (Cosit) n. 11 expressou uma interpretação aparentemente receptiva às inovações provocadas pela LC 160, a ponto de posicionar-se favoravelmente tanto ao enquadramento de todos os incentivos fiscais do ICMS concedidos pelos entes federativos no conceito de subvenção de investimento (desde que obedecidos os dois requisitos exaustivamente citados no tópico anterior) quanto à aplicação retroativa da Lei.

Com efeito, a SC Cosit n. 11<sup>21</sup> expressamente entende pela “*mitigação do alcance do Parecer Normativo Cosit n. 112/78*”<sup>22</sup>, documento emitido pelo fisco federal em momento muito anterior à vigência das atuais regras contábeis e fiscais<sup>23</sup> – quando ainda se fazia distinção entre as subvenções para custeio<sup>24</sup>, tributáveis pelo IRPJ e pela CSLL, e subvenções para investimento, sobre as quais não haveria incidência destes tributos.

De fato, a resposta à consulta exprime que, com a inserção no ordenamento de regramento específico referente ao tratamento como subvenções de investimento de todos os benefícios fiscais do ICMS, significa dizer que “*a essa espécie de benefício fiscal não mais se aplicam os requisitos arrolados no PN CST n° 112, de 2017, com vistas ao enquadramento naquela categoria de subvenção*”<sup>25</sup>.

Transcorrido relativamente pouco tempo após sua publicação (isto é, se apreendido tal tempo em termos de coerência interpretativa), a SC n. 11 foi reformada, também em

---

<sup>19</sup> GASPERIN, 2023, p. 115.

<sup>20</sup> Não é demais recordar que Soluções de Consulta são a via pela qual o fisco federal responde a consultas formuladas pelo contribuinte, a fim de esclarecer questões sobre a interpretação da legislação tributária e aduaneira, conforme a regulamentação da Instrução Normativa RFB n. 2.058/2021. Quando proferidas pela Cosit, possuem o condão de vincular os órgãos fiscais federais a seguirem seu entendimento nos atos fiscalizatórios, além do próprio contribuinte consulente.

<sup>21</sup> Com conteúdo similar, foi publicada, também em março, a Solução de Consulta n. 15.

<sup>22</sup> GASPERIN, 2023, p. 115.

<sup>23</sup> Que, a título de conhecimento, foram implementadas como parte de movimento para adoção das *International Financial Reporting Standards (IFRS)*, isto é, das Normas Internacionais de Contabilidade, e correspondente adequação do sistema de tributação sobre a renda.

<sup>24</sup> Do PN CST n. 112/1978: “*Subvenção para Custeio é a transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la a fazer face ao seu conjunto de despesas*” (NORMAS BRASIL. Parecer Normativo CST n. 112, de 29 de dezembro de 1978. Disponível em: <https://tinyurl.com/3mfxp5pa>. Acesso em: 27 mar. 2023). Esta modalidade de subvenção se distinguiria daquelas concedidas “para investimento”, que, por sua vez, se consubstanciariam na “*transferência de recursos para uma pessoa jurídica com a finalidade de auxiliá-la, não nas suas despesas mas sim na aplicação específica em bens ou direitos para implantar ou expandir empreendimentos econômicos*”. Isto é, o que determinaria a possibilidade de exclusão das receitas do lucro tributável, na sistemática anterior, seria a exigência de contrapartida do contribuinte a fim de comprovar o **investimento** realizado – em não existindo, o fisco subentenderia a natureza de **custeio** de despesas e custos da atividade da empresa.

<sup>25</sup> RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Solução de Consulta Cosit n. 11, de 04 de março de 2020. Publicação no DOU de 09 mar. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3mfxp5pa>. Acesso em 23 mar. 23. P. 8-9.

caráter vinculativo, firmando entendimento algo contraditório – e que se sedimentou como o posicionamento vigente até a atualidade. Trata-se da SC Cosit n. 145, de 15 de dezembro de 2020, que, em partes, regrediu ao entendimento pré-LC n. 160 no sentido de impor condições para o aproveitamento além do registro e depósito do benefício pelos entes federativos e da contabilização dos montantes na reserva de incentivos fiscais.

Conquanto ainda reconheça que o PN n. 112/1978 restou **mitigado** pela Lei Complementar, a referida resposta à consulta encontrou argumentação conveniente ao exigir, como requisito do enquadramento dos benefícios fiscais como subvenções de investimento, a comprovação de que sua concessão se deu com a evidente intenção do órgão subvencionador de fomentar a implantação ou expansão de empreendimentos econômicos por parte do contribuinte beneficiado – intenção esta que seria comprovada documentalmente (via termo de acordo, termo de concessão ou outra nomenclatura de manifestação de vontade das partes), vinculando o beneficiário ao compromisso de prestar contrapartidas – em teoria – demonstráveis, tais como geração de empregos, aquisição de ativos, abertura de unidades, etc<sup>26</sup>.

Tal exigência, segundo a RFB, estaria fundamentada no próprio *caput* do artigo 30 da Lei n. 12.973/2014. Vale, aqui, revisitar a redação do dispositivo, *in verbis*:

Art. 30. As subvenções para investimento, inclusive mediante isenção ou redução de impostos, *concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos* e as doações feitas pelo poder público não serão computadas na determinação do lucro real, desde que seja registrada em reserva de lucros a que se refere o art. 195-A da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que somente poderá ser utilizada para: (...)  
(destacou-se)

A SC n. 145/2020 gerou catarse entre os contribuintes, que haviam passado a aplicar a exclusão dos benefícios fiscais do ICMS com base na sensação de segurança jurídica que haviam transmitido primeiro a edição da LC e, posteriormente, o próprio fisco, por meio da SC n. 11/2020. Obrigadas a seguirem o entendimento vinculante da Cosit, as Divisões de Tributação das Superintendências Regionais da Receita Federal (Disit) passaram a questionar por meio de fiscalizações os montantes excluídos a título de subvenções para investimentos, exigindo comprovação da intenção dos entes concedentes por meio de termos de acordo.

---

<sup>26</sup> RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Solução de Consulta Cosit n. 145, de 15 de dezembro de 2020. Publicação no DOU de 22 dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypb8rhun>. Acesso em 23 mar. 23.

As manifestações exaradas na esteira da SC n. 145/2020 seguiram seus preceitos, não inovando particularmente em termos de abrandar ou enrijecer as exigências para fins de caracterização de subvenção de investimento e consequente exclusão do Lucro Real.

#### 4. Evolução do entendimento do CARF

No debate administrativo que ocorreu no período anterior à edição da LC n. 160, jurisprudência havia sido firmada pelo CARF no sentido de exigir, para o enquadramento dos benefícios fiscais no conceito de subvenção de investimento, “a validade dos incentivos fiscais concedidos pelos Estados, a efetiva implantação dos empreendimentos, e, inicialmente, até mesmo a sincronia entre o recebimento e os investimentos”<sup>27</sup>, para além da intenção de e do registro dos montantes subvencionados em reserva de lucros<sup>28</sup>. Em outras palavras, o Conselho posicionava-se, ao menos parcialmente, em consonância com o PN CST n.º 112, de 2017, estabelecendo uma diferenciação entre subvenção para investimento, não tributável por IR/CS, e para custeio, passível de tributação.

Desde a publicação da Complementar, todavia, tem sido contruído entendimento que, em sua maioria, interpreta as alterações impostas sobre o artigo 30 da Lei n. 12.973/2014 de modo a tratar os incentivos fiscais do ICMS como subvenções para investimento, excluindo-os do lucro tributável desde que atendidas as condições de convalidação (conforme a LC n. 160/2017 e o Convênio ICMS n. 190/2017) e constituição da reserva de incentivos fiscais (prevista no próprio *caput* do artigo 30).

Neste sentido, faz-se interessante citar, relativamente ao *período de graça* do benefício – da edição da Lei até a publicação da SC n. 145/2020 –, os acórdãos favoráveis ao contribuinte n. 1402-003.936 (julgado em 12/06/2019); n. 1401-004.221 (julgado em 12/02/2020); e n. 1402-004.332 (julgado em 11/12/2019).

Após a manifestação do posicionamento contrário do fisco em dezembro de 2021, no entanto, o CARF manteve sua posição, refinando sua jurisprudência dominante até a atualidade. Argumentos levantados tanto pela Fazenda Nacional quanto por contribuintes aprimoraram-se, e novos e diferentes incentivos fiscais foram avaliados para aferição de seu enquadramento no conceito de subvenção de investimento.

---

<sup>27</sup> BEVILACQUA, 2021, p. 252.

<sup>28</sup> BEVILACQUA exemplifica referido posicionamento com os acórdãos n. 9101-003.084, julgado em 13/09/2017; n. 9101-003.167, julgado em 05/10/2017; e n. 9101-003.171, julgado em 07/11/2017 (2021, p. 252).

É importante destacar, todavia, que em última análise esta balança pende para o lado do contribuinte: alguns dos processos administrativos suscitaram Recursos Especiais, os quais foram julgados pela Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF). Cite-se os casos dos acórdãos n. 9101-006.174 (julgado em 13/07/2022); n. 9101-006.113 (julgado em 12/05/2022); e n. 9101-006.496 (julgado em 08/03/2023), todos orientados a favor do contribuinte.

No entanto, como dito, o posicionamento favorável ao contribuinte tem sido *majoritário* no Conselho, o que denota pontuais acórdãos que insistem em trazer à baila a discussão entre subvenção para custeio *versus* para investimento – em alguns casos, até mesmo **ressuscitando** o PN n. 112/1978 (como se vê, por exemplo, no acórdão n. 1302-004.127, julgado em 12/11/2019). Nada obstante, o apego a tais fundamentos mostra-se mais raro a cada ano (o que pode ter sofrido influência, em certo nível, da extinção do voto de qualidade com a publicação da Lei n. 13.988/2020).

## 5. O debate no Superior Tribunal de Justiça

No âmbito dos tribunais superiores, vale lembrar que, antes de publicada a LC n. 160, o Supremo Tribunal Federal (STF) já havia formado posicionamento declarando inconstitucional a concessão dos benefícios fiscais pelos Estados à revelia do CONFAZ, pela via de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)<sup>29</sup> – tendo, neste sentido, elaborado a Proposta de Súmula Vinculante n. 69<sup>30</sup>.

Pouco após a edição da Lei, publicou-se acórdão do STJ no EREsp n. 1.517.492/PR<sup>31</sup> favorável à exclusão das receitas relativas a créditos presumidos de ICMS na apuração do Lucro Real, com fundamento na proteção ao princípio do pacto federativo<sup>32</sup>.

Note-se, contudo, que referido julgamento – realizado **semanas antes** da publicação da LC – tinha como escopo somente os incentivos a título de crédito presumido (deixando

---

<sup>29</sup> BEVILACQUA, 2021, p. 254-255.

<sup>30</sup> Assim ementada: “Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou de base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício fiscal relativo ao ICMS, concedido sem prévia autorização em convênio celebrado no âmbito do CONFAZ, é inconstitucional”. MOSQUERA, R. Q.; VALDO, A. de O. Modulação dos efeitos e guerra fiscal: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 45, p. 651–694, 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1218>. Acesso em: 23 abr. 2023.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.517.492/PR. Relator: Min. Og Fernandes, 08 de novembro de 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/33yftbkn>. Acesso em 23 abr. 2023.

<sup>32</sup> Segundo o decisório, ao buscar tributar o incentivo concedido por Estado-membro, a União provocaria o “esvaziamento ou redução do incentivo fiscal legitimamente outorgado pelo ente federativo em especial porque fundamentado exclusivamente em atos *infralegais*”, estimulando a “*competição indireta com o estado-membro, em desapreço à cooperação e à igualdade, pedras de toque da federação*” (BRASIL, 2017).

de lado benefícios redutores do débito do ICMS, como isenções e reduções de base de cálculo), e que, ademais, não analisou seu enquadramento como “subvenção de investimento” para fins de aplicação do artigo 30 da Lei n. 12.973/2014 (alterada pela LC n. 160) – de fato, o objeto do julgamento foi a exclusão das respectivas receitas com base no princípio do pacto federativo, uma vez que tais receitas sequer estariam incluídas no conceito de receita bruta operacional.

O paradigma estabelecido no EREsp n. 1.517.492/PR foi utilizado como fundamento para o julgamento, também favorável, do REsp n. 1.605.245/RS. Neste caso, as disposições da Complementar – já em plena vigência – foram consideradas irrelevantes para a discussão, que se concentrou em analisar a exclusão das receitas obtidas a título de crédito presumido com fundamento na violação do pacto federativo.

Apenas recentemente, portanto, é que o Tribunal voltou seus olhos para a problemática. A decisão foi proferida no Recurso Especial n. 1.968.755/PR, ajuizado pelo contribuinte para discutir, alicerçado no princípio do pacto federativo, a possibilidade de exclusão de receitas com incentivos fiscais referentes a isenções e reduções de base de cálculo do ICMS, a partir do entendimento proferido no EREsp nº 1.517.492/PR.

O colegiado descartou a possibilidade de reprodução dos fundamentos adotados pela tese abraçada no precedente para os demais incentivos fiscais, estabelecendo diferenciação entre o crédito presumido (uma “*grandeza positiva*”) e os benefícios redutores de débito do imposto, já que estes, de acordo com a decisão, não teriam sido contabilizados como receita (“*grandeza negativa*”)<sup>33</sup>. Assim, como o Ministro Mauro Campbell expressou em seu voto, não se aplicariam os fundamentos do pacto federativo, que deveriam ser limitados a situações idênticas às do paradigma.

Não obstante, o acórdão identificou possibilidade de provimento do pedido do contribuinte relativamente às isenções de ICMS, mas embasando-se no enquadramento dos benefícios fiscais apurados no conceito de subvenção de investimento vigente após a edição

---

<sup>33</sup> Conquanto louvável a conclusão do acórdão por sua aplicação das disposições da LC n. 160/2017, impõe-se lembrar que, do ponto de vista contábil, inexistente a distinção pretendida entre *grandeza positiva* e *grandeza negativa* para fins de caracterização de receita, uma vez que, tanto em um caso quanto em outro, ocorre aumento patrimonial – mesmo que este incremento seja implícito, por meio do reconhecimento do débito líquido do ICMS. Revisite-se o conceito contábil de receita: “Receita é o ingresso bruto de benefícios econômicos durante o período observado no curso das atividades ordinárias da entidade que resultam no aumento do seu patrimônio líquido, exceto os aumentos de patrimônio líquido relacionados às contribuições dos proprietários” (COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS [CPC]. *CPC n. 30 [R1] – Receitas*, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/yuzxx6zp>. Acesso em: 26 abr. 2023). Ou seja, por representarem aumento do patrimônio do contribuinte, os incentivos fiscais possuem a natureza contábil de receita, independentemente de sua modalidade.

da LC n. 160. Isto é, de acordo com o entendimento proferido no julgamento, “*ao crédito presumido de ICMS se aplica o disposto nos EREsp. n. 1.517.492/PR. Já aos demais benefícios fiscais de ICMS se aplica o disposto no art. 10, da Lei Complementar n. 160/2017 e no art. 30, da Lei n. 12.973/2014*”<sup>34</sup>. Os autos, assim, retornaram à Corte de origem para nova análise do objeto – desta vez, sob a ótica da LC.

A decisão suscitou Embargos de Declaração no Recurso Especial, que foram resolvidos no sentido de esclarecer a possibilidade de análise da matéria a partir da Complementar, sendo inexigível a comprovação de que foram concedidos para estimular a implantação de empreendimentos econômicos – como se observa do excerto abaixo.

Efetivamente, quando a Lei Complementar n. 160/2017 equiparou todos os incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais de ICMS (típicas subvenções de custeio ou recomposições de custos) a subvenções para investimento o fez justamente para afastar a necessidade de se comprovar que o foram estabelecidos como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos (conceito típico de subvenção de investimento). Não fosse isso, a equiparação legal feita pelo art. 30, §4º, da Lei n. 12.973/2014 (Incluído pela Lei Complementar nº 160, de 2017) seria inócua (...). *Decerto, muito embora não se possa exigir a comprovação de que os incentivos foram estabelecidos como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, persiste a necessidade de registro em reserva de lucros e limitações correspondentes, consoante o disposto expressamente em lei.*<sup>35</sup>  
(destacou-se)

Quanto à aplicabilidade da tese do pacto federativo a outros incentivos do ICMS (que não o crédito presumido), a Corte Superior escolheu os Recursos Especiais 1.945.110/RS e 1.987.158/SC como representativos da controvérsia, que foram submetidos ao rito dos recursos repetitivos. O julgamento, em sessão de 26 de abril de 2023<sup>36</sup>, orientou-se no sentido de não estender o entendimento exarado no EREsp. n. 1.517.492/PR aos benefícios que impliquem redução do débito do imposto – sem prejuízo de sobre eles aplicar as disposições da LC n. 160/2017<sup>37</sup>.

O desfecho da discussão a nível judicial sobre a Complementar, portanto, permanece em aberto.

---

<sup>34</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.968.755/PR. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 05 de abril de 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/5f2tfa8a>. Acesso em: 23 abr. 2023.

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.968.755/PR. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 06 de out. de 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/4dnz8b78>. Acesso em: 23 abr. 2023.

<sup>36</sup> Naturalmente, o acórdão ainda não foi publicado em Diário Oficial.

<sup>37</sup> OLIVON, B.; BACELO, J. União pode tributar incentivos fiscais. *Valor econômico*, 26 abr. 2023. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/04/26/andre-mendonca-suspende-julgamento-do-stj-sobre-tributacao-de-beneficios-fiscais-de-icms.ghtml>. Acesso em: 26 abr. 2023.

## Considerações finais

O artigo abordou o contexto econômico e tributário em que foi idealizada e publicada a Lei Complementar n. 160/2017, que teve como objetivo a imposição de regras para concessão e convalidação de incentivos fiscais do ICMS e acrescentou à legislação do IRPJ e da CSLL disposições sobre a exclusão das receitas com benefícios do lucro tributável.

Neste contexto, demonstrou-se que a Fazenda Nacional não deixou de questionar a não tributação dos valores, formulando argumentação pró-fisco ao desenvolver interpretação ao art. 30 da Lei n. 12.973/2014 que exigisse a comprovação de que os incentivos foram concedidos para estimular a implantação ou expansão de empreendimentos econômicos, por meio da existência de termo de concessão e da obrigatoriedade de contrapartida.

Aqui, é preciso endereçar as falhas no raciocínio fiscal. Primeiro, pela latente ilegalidade da exigência, visto que em nenhum momento a legislação federal que versa acerca dos benefícios fiscais do ICMS (e reconhece a possibilidade de não-tributação das subvenções estatais concedidas em esfera estadual) elege a obrigatoriedade de que tais incentivos sejam concedidos, necessariamente, de forma individualizada pela unidade federativa como um de seus requisitos – tampouco a necessidade de reinvestimento desse benefício.

Segundo, não é razoável que o fisco federal imponha exigências procedimentais às administrações tributárias estaduais para que os incentivos fiscais por elas concedidos sejam considerados subvenções de investimento – no caso, que toda concessão de incentivo do ICMS se dê via termo individualizado por pessoa jurídica beneficiária, o que implicaria custos inimagináveis para a máquina pública estadual.

Por fim, por uma questão de interpretação sistemática da norma contida no artigo 30 da Lei n. 12.973/2014. Esta leitura do dispositivo impõe que o trecho “*concedidas como estímulo à implantação ou expansão de empreendimentos econômicos*” seja apreendido sintaticamente como **adjetivo explicativo** de “*subvenções para investimento*”, isto é, como parte de sua conceituação, e não como **adjetivo restritivo**, que estabeleceria distinção entre as subvenções de investimento concedidas com o viés de estímulo econômico e aquelas não imbuídas de tal volição.

De fato, como se observa da jurisprudência que vem sendo contruída no âmbito do CARF, a interpretação elaborada pelo fisco não representa a mais adequada com base na atual redação do art. 30 e seus incisos, devendo ser observados os requisitos explicitamente elencados pela legislação correlata. Contudo, espera-se que, com a escalada do debate à esfera

do STJ, seja formado posicionamento mais definitivo relativamente à matéria da aplicação da LC, sustentado por argumentos robustos e que respeite a complexidade conceitual da questão.

A pacificação do tratamento dos incentivos fiscais no que tange aos tributos sobre o lucro – seja por via legal ou jurisprudencial – é urgente, uma vez que estão envolvidos valores relevantes tanto para os contribuintes quanto para a administração tributária federal. A incerteza no adequado tratamento tributário das receitas dá margem à insegurança jurídica e, de certa forma, à quebra da isonomia entre contribuintes.

Ainda, idealmente, deveria ser estudada a natureza de redução de custo de transação da exclusão dos incentivos fiscais do ICMS do lucro tributável e os efeitos esperados de uma reversão ou restrição das disposições da LC sobre o cenário econômico, do ponto de vista de uma análise econômica do direito tributário. Tal análise, naturalmente, demanda a conjugação de vieses jurídicos, econômicos, contábeis e até mesmo sociais, mostrando-se **complexa**<sup>38</sup> – e que, por isto mesmo, é carente da devida atenção dos órgãos competentes.

De uma forma ou de outra, impõem-se as disposições da Lei Complementar, sendo sua deturpação por via normativa (bem como a elaboração de uma interpretação *criativa* incongruente com seus próprios dispositivos e semântica) um ataque ao princípio da legalidade. Isto é, eventual imposição de requisitos adicionais ou restrições à exclusão dos incentivos de ICMS deve se dar não a partir de ato de órgão do Executivo, mas fruto de atividade do Poder Legislativo. Em não havendo tal observância à legalidade para reforma do conjunto normativo atualmente aplicável, suas disposições são legítimas, sendo ou não parte de uma política tributária ideal (muito se discute, e ainda mais em tempos de reforma tributária, acerca do efeito dos incentivos fiscais sobre a elevação da carga tributária brasileira como um todo).

Por fim, não se poderia deixar de pontuar que, no íterim da elaboração do presente estudo, o tema voltou à discussão, tendo sido trazido à baila pelo Ministro da Economia do Governo Federal – que externalizou preocupação com a exclusão dos incentivos fiscais (os quais, considera, possuem em sua maioria natureza de subvenções de custeio) do lucro tributável. Assim, é possível que, futuramente, ocorra movimentação pela via legislativa no sentido de promover nova alteração no conceito de subvenção de investimento e limitar o tratamento de não-tributação dos benefícios.

---

<sup>38</sup> A interdisciplinaridade é um dos aspectos de ciências complexas (FOLLONI; SIMM, 2016, p. 58) – como bem se mostra o tema em questão.

## Referências Bibliográficas

- BEVILACQUA, L. Incentivos Fiscais de ICMS e Subvenções para Investimentos: Tratamento Fiscal após a Edição da Lei Complementar n. 160/2017. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 41, p. 251–275, 2021. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/199>. Acesso em: 13 mar. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/yp4y3tws>. Acesso em: 13 mar. 2023.
- \_\_\_\_\_. Lei Complementar n. 160, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp160.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp160.htm). Acesso em: 15 mar. 2023.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm). Acesso em: 21 mar. 2023.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014. Altera a legislação tributária federal relativa ao Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas – IRPJ e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 mai. 2014. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L12973.htm). Acesso em: 21 mar. 2023.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.517.492/PR. Relator: Min. Og Fernandes, 08 de novembro de 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/33yftbkn>. Acesso em 23 abr. 2023.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.968.755/PR. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 05 de abril de 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/5f2tfa8a>. Acesso em: 23 abr. 2023.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1.968.755/PR. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 06 de out. de 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/4dnz8b78>. Acesso em: 23 abr. 2023.
- COMITÊ DE PRONUNCIAMENTOS CONTÁBEIS [CPC]. CPC n. 30 [R1] – Receitas, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/yuzxx6zp>. Acesso em: 26 abr. 2023
- FOLLONI, A.; SIMM, C. B. Direito tributário, complexidade e análise econômica do direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, [S. l.], v. 11, n. 1, p. 49–70, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19726>. Acesso em: 13 mar. 2023.
- GASPERIN, C. E. Subvenções para Investimento e os Incentivos de ICMS: uma Análise da SC Cosit n. 145/2020 e da LC n. 160/2017. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 48, p. 109–133, 2023. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1064>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- MOSQUERA, R. Q.; VALDO, A. de O. Modulação dos efeitos e guerra fiscal: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito Tributário Atual*, [S. l.], n. 45, p. 651–694, 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/1218>. Acesso em: 23 abr. 2023.

NORMAS BRASIL. *Parecer Normativo CST n. 112, de 29 de dezembro de 1978*. Disponível em: <https://tinyurl.com/3mfxp5pa>. Acesso em: 27 mar. 2023.

OLIVON, B.; BACELO, J. União pode tributar incentivos fiscais. *Valor econômico*, 26 abr. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2p98sn82>. Acesso em: 26 abr. 2023.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Solução de Consulta Cosit n. 11, de 04 de março de 2020. Publicação no DOU de 09 mar. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3mfxp5pa>. Acesso em 23 mar. 23.

\_\_\_\_\_. Solução de Consulta Cosit n. 145, de 15 de dezembro de 2020. Publicação no DOU de 22 dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/ypb8rhun>. Acesso em 23 mar. 23.

# ALGUMAS IMPLICAÇÕES DEONTOLÓGICAS DO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL A PARTIR DO ARCABOUÇO CIVIL PROCEDIMENTAL ATINENTE A RESPONSABILIDADE POR DANOS PROCESSUAIS

Some deontological implications of artificial intelligence using from the civil procedural law regarding liability for litigation damages

Bruno Calife dos Santos<sup>39</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Uma necessária contextualização com base na tecnicização da Jurisdição; 3. Outra necessária contextualização: a utilização da Inteligência Artificial e sua peculiaridade tecnológica; 4. Sujeitos parciais da relação processual e a exigência ética de sua atuação em um ambiente de utilização da Inteligência Artificial; Considerações Finais.

**Resumo:** Este ensaio discute a utilização da inteligência artificial em âmbito procedimental no que tange a produção de peças processuais e suas eventuais implicações éticas capazes de impor aos sujeitos processuais a penalização por danos sem um arcabouço regulamentar específico, por meio da cláusula geral de boa-fé prevista no Código de Processo Civil no contexto da evolução da utilização de ferramentas tecnológicas principalmente de inteligência artificial no Judiciário.

**Palavras-chave:** Inteligência artificial; dano processual; regulação procedimental.

**Abstract:** This essay discusses the use of artificial intelligence in the procedural scope regarding the production of procedural documents and its eventual ethical implications capable of imposing on procedural subjects the penalty for damages without a specific regulatory framework, through the general clause of good faith foreseen in the Code of Civil Procedure in the context of the evolution of the use of technological tools, mainly artificial intelligence, in the Judiciary.

**Keywords:** Artificial intelligence; procedural damage; procedural regulation.

## 1. Introdução

A evolução tecnológica impacta em todos os setores da vida humana e, com isso, o exercício da própria atividade jurisdicional e seus consectários, sejam eles de natureza objetiva ou subjetiva.

No primeiro caso, o processo de utilização de aparatos com *softwares* de gerenciamento e organização revolucionou a economia de insumos com a implantação, por exemplo, do procedimento judicial eletrônico mais reconhecido por sua sigla “PJe”, afirmando-se, normativamente por meio de várias resoluções do CNJ, mas também pelas alterações no Código de Processo Civil, cujo exemplo mais recente é a Lei 14.195/2021 que

---

<sup>39</sup> Professor Doutor de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS. E-mail: brunocalifedossantos@hotmail.com

instaurou uma nova regra geral para a citação a fim de que seja realizada por correio eletrônico.

Já quanto ao segundo aspecto, a discussão de que se ocupa a Dogmática Processual está associada, ordinariamente, a uma possível substituição dos sujeitos da relação processual e eventuais afrontas aos valores que regem a disciplina pela atuação de máquinas informadas por algoritmos seja para a produção de decisões judiciais e identificação de padrões uma vez instaurado um sistema de precedentes no ordenamento, seja para o peticionamento de demandas, colocando em risco, segundo alguns, o papel de juízes e advogados.

Nestes dois contextos mencionados acima, é bastante comum que a bibliografia associada discuta questões relacionadas à elementos principiológicos tal qual a vantagem que mecanismos de informatização do Poder Judiciário emprestam à celeridade processual na busca por uma crescente produtividade ou à depreciação da dignidade da atuação advocatícia sendo esta uma função essencial à Justiça segundo a Constituição Federal.

Com base nisto, a possibilidade de reprodução via “IA” de sentenças em litígios de natureza repetitiva ou mesmo a permissividade para a elaboração de peças judiciais por meio de programas dotados de tal capacidade, findaria assegurando uma amplitude do acesso à jurisdição, concretizando uma promessa constitucional quanto à uma tutela jurisdicional mais eficaz.

Aliás, notícia veiculada pela mídia demonstra que, pela primeira vez nos Estados Unidos, foi autorizado uso do *CHATGPT* para a defesa jurídica de interesses, concretizando, assim, profecias a respeito da substituição do homem pela máquina, não infensa, entretanto, às mais fervorosas críticas oriundas, principalmente, de Órgãos de Classe que argumentam pelo inerente caráter ético dessa atuação, circunstância incompatível com uma entidade tecnológica.

Diante deste cenário cada vez mais possível também à realidade jurídica brasileira, importa questionar de uma maneira mais técnica, contudo, sobre um possível impasse dessa aplicação à estrutura regulamentar prevista para uma “responsabilidade por danos processuais” tal como tipificado no Código de Processo Civil brasileiro que nos artigos específicos destinados à matéria cuidam de uma responsabilização subjetiva dos atores.

Para isso, o presente trabalho, calcado em uma pesquisa de cunho bibliográfico e com vertente prescritiva, buscará descortinar essa questão específica a fim de sugerir um raciocínio capaz de compatibilizar o sistema processual que disciplina a penalização por desvio

processual com a utilização da Inteligência Artificial por sujeitos da relação processual em especial as partes litigantes e seus procuradores.

## **2. Uma necessária contextualização com base na tecnicização da Jurisdição**

Conforme mencionado na introdução, o Poder Judiciário encontrou em um conjunto de ferramentas tecnológicas a oportunidade de avançar no sentido de modernizar um atividade que essencialmente ostenta caráter burocrático fruto não só de uma cultura formativa que por sua vez é consequência do modelo de formação dos operadores (ANDRADE e SANTOS: 2014) mas também em atenção a uma necessidade cada vez mais crescente de garantir a diminuição do acervo de litígios que justificou anos atrás a inserção pelo constituinte derivado da garantia da razoável duração do processo por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, apelidada pelo sugestivo nome de “reforma do judiciário”.

A criação do Conselho Nacional de Justiça por meio da referida espécie normativa e cuja função consiste justamente no controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário como se colhe do art. 4º de seu Regimento Interno, findou por gerar, no desenrolar dessas atividades, uma espécie de concisência coletiva na Judicatura quanto à necessidade de abraçar uma produtividade expressiva em termos operacionais a fim de restaurar a confiança do jurisdicionado, refutando a impressão corrente de que a prestação da tutela judicial é morosa.

Neste contexto, um conjunto de estratégias, dentre elas a necessidade de gestão da informação, levou o Órgão à criação de uma espécie de senso – “Relatório Justiça em Números” – divulgado anualmente e pelo qual é possível acompanhar a produtividade de cada órgão judicial do país.

Não é difícil imaginar que o passo seguinte seria a implantação de sistemas tecnológicos mais sofisticados e que permitissem, no paradigma então instituído, a informatização do serviço cartorário, fato esse delineado por Daniel Vianna Vargas e Luis Felipe Salomão (2023) ao traçar o roteiro historiográfico do plano, incluindo também aí a própria atuação material do Terceiro Poder e a já referida informatização do processo judicial.

A questão, porém, é uma possível incompatibilidade entre a estruturação desse serviço e o arcabouço processual respectivo na medida em que se estabelece um hiato entre a atividade da magistratura em seu aspecto gestor – regulado via resoluções administrativas no âmbito do CNJ e, por esse motivo, mais profícuas e expeditas – e seu caráter material na

medida em os procedimentos são normatizados pela atuação legiferante, por sua vez menos ágeis em se tratando do processo legislativo brasileiro quanto à modificação ou criação de regras processuais.

Em que pese o aparente conflito, o sistema processual em certa medida tem sido adaptado a essa realidade, bastando, por todos, o exemplo da recente Lei 14.195/2021 que subverte o uso do tradicional ato citatório com suporte físico a fim de substituir a comunicação postal como regra geral para incluir neste *locus* o meio eletrônico como sufragado na regra estipulada pelo art. 246<sup>40</sup>.

Porém, uma consequência deve ser considerada, já que a relação processual não é composta tão somente pelo magistrado que segundo lição clássica corresponde à parte imparcial do processo (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO: 2004), mas também pelas partes e seus procuradores que desempenham, de acordo com visão contemporânea e substancialista do Direito Processual Civil, o papel de cooperação (THEODORO JUNIOR *et al.*: 2015) em um ambiente que antes fora caracterizado puramente pela beligerância.

Em função disso, o raciocínio deve ser ampliado no que toca especificamente à atuação desses partícipes no emprego de instrumentos de mesma natureza.

### **3. Outra necessária contextualização: a utilização da Inteligência Artificial e sua peculiaridade tecnológica**

A seção anterior ocupou-se em posicionar o influxo da evolução tecnológica como padrão de qualidade a ser alcançado no âmbito do Poder Judiciário como válvula de escape a sempre questionada morosidade de seus agentes na resolução dos litígios.

O gargalo em questão passa a ser avaliado não somente como uma questão de natureza jurídico-institucional, mas também de modificação de uma paradigma da própria profissão ancorada numa formação acadêmica que prestigiou, ao menos durante bastante tempo, uma formação tecnicista na pior compreensão do termo, inexistindo, neste particular, alguma diferença entre os campos específicos de atuação dos operadores do Direito.

Por via de consequência e em termos silogísticos, factível considerar que as consequências dessa “revolução” alcançassem outros atores da relação como indicado na sua conclusão.

---

<sup>40</sup> A citação será feita preferencialmente por meio eletrônico, no prazo de até 2 (dois) dias úteis, contado da decisão que a determinar, por meio dos endereços eletrônicos indicados pelo citando no banco de dados do Poder Judiciário, conforme regulamento do Conselho Nacional de Justiça.

Até porque, em se tratando da advocacia, pressupõe a Constituição sua essencialidade na administração da Justiça, circunstância reverberada pela norma deontológica aplicável a esses atores, principalmente quanto ao seu vés profissional, que exige, segundo o inciso IV do art. 2º o empenho permanente no aperfeiçoamento pessoal e profissional, o que pode, para os fins desse estudo, ser compreendido como a necessidade de dominar e utilizar os insumos tecnológicos a fim de garantir uma assistência mais eficiente, abrindo as portas para os mecanismos que se coadunem com seu perfil, assim como as ferramentas utilizadas pela judicatura neste movimento, o que finda por ocorrer com a criação do CHATGPT recentemente na condição de ferramenta de elaboração de textos.

Isso porque o encargo básico dessa atividade diz respeito a consrução de peças processuais das mais complexas – como a petição inicial catalogada no artigo 319 do CPC/2015 ou a contestação e demais elementos de defesa cuja apresentação deve ser conjunta em atenção ao princípio da concentração estipulado pelo art. 336 – sendo estes os mais prosaicos exemplos – até uma peça de mera juntada de documentos – e que já foi notoriamente demonstrado ser razoavelmente desempenhado pela Inteligência Artificial. A propósito desse uso:

Essas aplicações se tornam ainda mai interessantes para o debate sobre ética e implicações legais quando incorporadas em um robô, servindo como um verdadeiro hardware que interage com o ambiente externo. Os questionamentos trazidos pela popularização dos robôs inteligentes desafia (e desafiará) o Direito de forma diferente daquela experimentada com expansão da internet nas últimas décadas. (DONEDA, *et al.*: 2018)

Aqui é necessário pontuar uma distinção fundamental entre a “IA” e a já classica possibilidade de socorrer-se o profissional de “modelos” lançados no universo digital e acessível a qualquer pessoa que promova uma pesquisa via *Google* com palavras-chaves, o que também em um passado não muito distante serviu como facilitador da prática forense: o CHATGPT **cria ou elabora** – para utilizar uma palavra mais adequada ao campo processual – a petição a ser utilizada pelo profissional, circunstância que garante um certo grau de coautoria intelectual do trabalho.

Por mais inconcebível que possa parecer – principalmente àqueles mais ignorantes deste campo do conhecimento humano – o fato é que o desenvolvimento de algoritimos<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Mais recentemente, o desenvolvimento e a implementação de tecnologias de inteligência artificial (IA) proporcionou efeitos que, muitas vezes, não podem mais ser compreendidos em termos meramente quantitativos, e que implicam uma mudança na subjetividade das relações entre as pessoas e a tecnologia. Essas novas tecnologias possibilitam a automatização da tomada de decisão em diversas situações complexas,

tem capacitado as máquinas a ponto de se atribuir à elas um certo nível de consciência que mito embora não possa ser comparada à humana não deixa de ser um patamar de expertise justamente porque a máquina “aprende” e se desenvolve a partir das informações pré-existentes, circunstância denominada por alguns estudiosos como “*comportamento emergente*” (DONEDA: 2018).

O que até então ocupava o campo da ficção científica e cujo exemplo mais icônico é a personagem HAL 9000 do clássico “*2001, uma Odisseia no Espaço*”, transpassa para a vivência cotidiana mantendo, entretanto, todos os dilemas antes imaginados pelos autores literários, principalmente no tocante a possibilidade consequências danosas a humanidade para quem a criação de instrumentos protetivos no âmbito jurídico – e em especial nos termos desse estudo em Direito Processual Civil – se mostra necessária, à semelhança das três leis da robótica enunciadas por Isaac Asimov em outra também clássica obra: “Eu, robô”.

#### **4. Sujeitos parciais da relação processual e a exigência ética de sua atuação em um ambiente de utilização da Inteligência Artificial**

Remanesce até então, a questão proposta desde a epígrafe desse estudo.

E para alcançá-la, ainda é necessário estabelecer um panorama que permita a ligação entre os dois contextos apresentados nas seções anteriores: (i) o estágio atual de evolução tecnológica acerca da operação do direito no campo instrumental e (ii) o papel que as partes – em especial os procuradores – desempenham no uso de ferramentas tecnologicamente avançadas a repercutir de forma quase revolucionária nessa atuação.

Sem querer fugir aos rígidos limites do ensaio, há de se ter em mente que toda relação jurídica, principalmente na contemporaneidade, está permeada por um núcleo ético representado, em termos principiológicos dentre outros valores, pela boa-fé.

No campo processual não é diferente. Aliás, é possível considerar essa exigência até mais intensa aqui, na medida em que seu escopo é a pacificação social representada pela solução dos conflitos, o que em termos normativos é extraído do art. 6º do *Códex* que impõe, na conjuntura atual e diferentemente do que ocorria com o Código Buzaid que a isso não fazia referência, uma “cooperação” entre os envolvidos.

---

executando tarefas que estávamos habituados a considerar como prerrogativas humanas, derivadas da inteligência - a ponto de que diversas manifestações dessas tecnologias foram denominadas como realizações de uma “inteligência artificial”. Assim, os computadores passaram a não ser vistos somente como dispositivos destinados a fazer cálculos, sistematizações ou classificações, porém a deter, em algum grau, algo passível de ser comparado às ações humanas autônomas. (DONEDA, 2018)

A consequência lógica é que a violação deste axioma implique na penalização do infrator, instituto que ocupa uma seção inteira do capítulo II do Título I do Livro III da parte geral que vai dos artigos 79 a 81.

Antes, porém, o art. 77 tipifica os deveres a serem obedecidos pelas partes no procedimento, destacando-se neste particular os incisos I e II os quais dizem respeito à exposição dos fatos e à motivação das solicitações dirigidas ao juízo – atividades típicas quanto a produção de peças pelos advogados –, exigindo-se a verdade quanto ao primeiro e a necessária fundamentação.

Isso significa que o desvio a estes parâmetros configura a responsabilidade de seus agentes caracterizando as perdas e danos cujos parâmetros de fixação são declinados no artigo 81 à título de multa.

*A priori*, não seria difícil imaginar que a utilização do CHATGPT pelos profissionais da advocacia possa gerar a sua penalização. Mesmo considerando a distinção fundamental entre esta ferramenta e outras já amplamente utilizadas como os diversos buscadores para acessar modelos previamente produzidos e lançados no mundo virtual como mencionado em seção anterior, pois que, obviamente, deveria ter o cuidado de avaliar em termos materiais se há atendimento aos padrões de qualidade que se espera da atuação pois o seu Código de Ética no art. 2º, inciso IV exige, literalmente, cumprir a estes “*empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional*”.

O problema, entretanto consiste justamente na confiança depositada na ferramenta já que o grau de eficiência é bastante superior justamente pelo fato também mencionado anteriormente: é um algoritmo extremamente avançado capaz de trabalhar com um conjunto de informações distintas, elegendo aquilo que é pertinente e descartado o que não é, a fim de produzir uma peça jurídica, uma ação que, repita-se, pode representar alguma forma de consciência.

Neste contexto, haveria uma produção à “duas mãos” como já reconhecido pelo Ministro Bento Gonçalves no âmbito do TSE o qual aplicou pena de litigância de má-fé ao causídico e cuja redação, apesar de longa, importa transcrever:

Por meio da petição ID 158931464, Fábio de Oliveira Ribeiro, advogado, requer sua intervenção como amicus curiae no presente feito, fundado no art. 138 do Código de Processo Civil. Ampara o requerimento em sua “dignidade humana”, reconhecendo que “os argumentos que ele ofertará ao TSE em favor da procedência da ação podem não ser os melhores”. Apresenta, na sequência, “uma fábula escrita a duas mãos com o ChatGPT que permite ao usuário de internet conversar com uma Inteligência Artificial capaz de gerar respostas sobre diversas questões científicas e jurídicas de

grande complexidade”. Observa que “seria extremamente inadequado” o TSE “seguir a recomendação de uma Inteligência Artificial”, mas assegura que é a “Inteligência Emocional da constituição cidadã” que recomenda a ineligibilidade do primeiro investigado

Relatado o que se faz necessário, decido.

O art. 5º da Res.-TSE nº 23.478/2016 é taxativo ao dispor que “[n]ão se aplica aos feitos eleitorais o instituto do Amicus Curiae de que trata o art. 138 da Lei nº 13.105, de 2015”. Mesmo que assim não fosse, causa espécie que o instituto, que exige que o terceiro demonstre ostentar representatividade adequada em temas específicos, tenha sido manejado por pessoa que afirma explicitamente não ter contribuição pessoal a dar e, assim, submete ao juízo uma “fábula”, resultante de “conversa” com uma inteligência artificial. Ademais, expressões utilizadas ao final da petição deixam entrever o objetivo de que, com a juntada dessa manifestação a autos de grande relevo, o “protesto” ganhasse palco impróprio. De se notar que o peticionante é advogado, razão pela qual presume-se seu pleno conhecimento da inadequação do material apresentado como suporte para intervir no feito. Foi também em função da sua condição de advogado que lhe foi possível, diretamente, juntar a peça ao processo. Tem-se, na espécie, evidente violação ao dever não deduzir pretensão ciente de que é destituída de fundamento, o que caracteriza comportamento temerário, além de requerimento de intervenção manifestamente infundado (arts. 77, II; 78; e 80, V e VI, CPC)<sup>42</sup>.

Observe-se que nesta seara, a aplicação da sanção processual pressupõe a identificação do elemento subjetivo da conduta tipificada, como lecionam os manuais de Direito Processual Civil, o que motiva a necessidade de conjecturar uma alternativa em termos legais para facilitar na mesma proporção em que é facilitada a utilização da ferramenta em questão pelos profissionais da advocacia, o que pode ser alcançado ao trazer à baila o art 5º do CPC/2015 que fixa uma cláusula geral de boa-fé quanto à participação dos sujeitos processuais, ostentando, portanto caráter objetivo<sup>43</sup>.

Por fim, importa acrescentar mais uma variável à equação.

Embora seja exceção do sistema, as próprias partes podem usufruir de capacidade postulatória desde que preenchidos os requisitos básicos em feitos processados nos juizados especiais. Aqui também, o uso do CHATGPT pode manifestar-se, talvez até de forma mais intensa já que o litigante, não possuindo conhecimento técnico-jurídico, necessita do algoritmo para a produção de uma eventual peça processual mais sofisticada que a mera narrativa apresentada a servidor por ocasião do ajuizamento da demanda como ordinária e notoriamente acontece nos mais variados rincões desse país.

---

<sup>42</sup> Acesso em 02/05/2023: <https://www.conjur.com.br/dl/tse-multa-advogado-peticao-baseada.pdf>

<sup>43</sup> “O art. 5º impõe a todos os que participarem do processo – todos os sujeitos processuais, portanto – o dever de comportar-se de acordo com a boa-fé. Trata-se de boa-fé objetivamente considerada e, por isso, vai além dos deveres de probidade de que trata o art. 77 e, de resto, não se confunde com nem se restringe às diversas situações em que a ausência de boa-fé subjetiva é reprimida pelo CPC de 2015. A doutrina ensina que a boa-fé objetiva é verdadeira cláusula geral – e é tratada como tal pelo art. 5º –, que encerra uma série de comportamentos desejados ou esperados dos agentes em geral e aqui, no plano do processo, de todos os sujeitos processuais que, em última análise, conduzem à proteção da confiança legítima”. (BUENO: 2019)

Nesses casos, pela ausência de formação, a confiança no resultado há de ser muito maior principalmente ao se levar em conta aquela eficiência já constatada quanto a realização de tarefas pela Inteligência Artificial, fato que também estaria abrangido pela regra geral da boa-fé prevista no *Códex* em função de uma possível aplicação supletiva do CPC/2015 ao rito sumaríssimo dos juizados especiais.

### **Considerações finais**

Pode não parecer, *a priori*, mas a tônica do presente trabalho consistiu em evidenciar uma característica que parece ser inerente ao Direito.

Há sempre uma interconexão entre o jurídico e o mundo fenomênico como já alertava Miguel Reale em seu clássico compêndio *Lições Preliminares* e cuja consequência é a nomogênese jurídica que neste particular está sempre atrasada em relação a modificação e evolução culturais (REALE: 1995).

Isso se mostra mais contundente no campo tecnológico onde as transformações são ainda mais velozes.

O problema, além da área lacunosa em que se inserem em termos normativos, é a aferição de paradigmas de natureza deontológica já que inevitavelmente certas ferramentas podem ser utilizadas pelos operadores do direito como facilitadores do exercício de sua atividade.

Algumas em menor grau mas outras com maiores efeitos capazes de provocar discussões de ordem deontológica como ocorre com o CHATGPT, já que o referido instrumento é capaz de produzir peças jurídicas a partir de informações gerais declinadas pelo usuário e não apenas pela identificação de “modelos” que podem ser formatados pelo profissional.

O uso da inteligência artificial tem, assim, gerado uma transformação exponencial nas relações jurídicas em especial aquelas de natureza processual como referido acima e que começou no âmbito do Judiciário com a virtualização de procedimentos, evoluindo com a utilização de algoritmos na identificação de padrões decisórios, e, agora, com o aparato de produção textual capaz de encontrar por si so soluções jurídicas.

Neste contexto, levando em conta o desnível entre a realidade e a regulação específica – como antes referido – eventuais condutas que impliquem em dano processual pelo uso da inteligência artificial devem ser subsumidas à cláusula geral da boa-fé quanto à participação dos sujeitos processuais previstas no art. 5º do CPC/2015 até que o legislador atente para a necessidade de resguardar tais elementos, exigindo-se ainda dos advogados uma atenção

particular quanto às previsões do seu Estatuto e Código de Ética os quais também ostentam previsões de caráter principiológico capazes de dirigir a conduta desses profissionais no que tange a produção de peças jurídicas por meio do CHATGPT.

### **Referências Bibliográficas**

ANDRADE, Jonas Soares e SANTOS, Bruno Calife dos. Desafio Docente na área jurídica: do tecnicismo legalista à formação humanista na perspectiva do professor, uma abordagem estético-política *in* BELLO, Enzo; Lima, Martônio M.B.; AUGUSTIN, Sérgio. *orgs.* **Direito e Marxismo: materialismo histórico, trabalho e educação**. Vol. 1. Caxias do Sul/RS, EDUCS, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto; *et all.* Considerações sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal. **Pensar: Revista de Ciências Jurídicas**. V. 23, n. 4, out/dez 2018

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

THEODORO JUNIOR, Humberto *et all.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VARGAS, Daniel Vianna e SALOMÃO, Luís Felipe. Inteligência artificial no judiciário: risco de um positivismo tecnológico. **Justiça & Cidadania**. Rio de Janeiro, v. 260. 2022.

**A GOVERNANÇA CORPORATIVA NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO  
INTERNACIONAL DO TRABALHO COMO DIRETRIZ DE  
CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO TRABALHO DECENTE NO  
BRASIL**

**Corporate Governance in the International Labour Organization as a guideline for  
realizing the decent work human right in Brazil**

Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>44</sup>

Humberto Lima de Lucena Filho<sup>45</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Trabalho, pós-modernidade e a insuficiência do modelo normativo clássico; 3. *Soft law*, governança corporativa e normatividade: notas introdutórias; 4. Trabalho decente e a interpretação heteráquica: a *soft law* no âmbito da OIT.

**Resumo:** O presente trabalho tem por finalidade, de forma mais ampla, investigar quais os resultados hermenêuticos de uma interpretação mais ampla do direito humano ao trabalho decente, isto é, sob a evidência da normatividade de governança global produzida pela Organização Internacional do Trabalho. Para tanto, toma forma de um estudo doutrinário que se socorre do método lógico-dedutivo quanto à construção do raciocínio jurídico, sob a utilização da documentação indireta, seja com revisão bibliográfica da literatura acerca do Direito do Trabalho, do Direito Internacional do Trabalho, da *Soft Law* no âmbito do Direito Internacional Público e teoria geral dos direitos fundamentais com enfoque no direito ao trabalho decente. Feitas as devidas análises dos institutos, conclui-se que a governança corporativa integra o conjunto de deveres anexos do contratante trabalhista, a partir de uma vinculação ética das regras de *soft law*. Posto o cenário de erosão do trabalho decente no Brasil e necessidade de comprometimento dos múltiplos atores sociais, há um *déficit* de tratamento, estudo e estímulo à governança corporativa como elemento concretizador deste direito humano. Portanto, propõe-se a adoção da governança corporativa insculpida pelas regras de *soft law* da OIT como instrumento de efetivação complementar do direito humano ao trabalho decente em território brasileiro.

---

<sup>44</sup>Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória-FDV. Líder do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça na Perspectiva dos Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da FDV. Desembargador (aposentado) do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª. Região/ES. Advogado e consultor jurídico. Endereço eletrônico: chbezerraleite@gmail.com.

<sup>45</sup>Pós-Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória-FDV. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito e Processo do Trabalho da Universidade Potiguar. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. Professor de Direito do Trabalho da graduação e pós-graduação em Direito do Trabalho do Centro Universitário do Rio Grande do Norte e da BSSP Centro Educacional. Endereço eletrônico: betolucenax@gmail.com.

**Palavras-chave:** Governança corporativa; trabalho decente; Organização Internacional do Trabalho.

**Abstract:** The purpose of this article is, more broadly, to investigate the hermeneutical results of a broader interpretation of decent work human right under the evidence of the normativity of global governance produced by the International Labour Organization. In order to do so, it takes the form of a doctrinal study that relies on the logical-deductive method regarding the construction of legal reasoning, using indirect documentation, either with a bibliographical review of the literature on Labor Law, International Labor Law, Soft Law in the scope of Public International Law and theory of fundamental rights with a focus on the right to decent work. After the necessary analyses, it is concluded that corporate governance is part of the set of attached duties of the labor contractor, based on an ethical binding of soft law rules. Given the scenario of erosion of decent work in Brazil and the need for commitment from multiple social actors, there is a deficit in the treatment, study and encouragement of corporate governance as a materializing element of this human right. Therefore, the adoption of corporate governance enshrined by the soft law rules of the ILO is proposed as an instrument for the complementary realization of the human right to decent work in Brazilian territory.

**Keywords:** Corporate governance; decent work; International Labor Organization.

## 1. Introdução

Por décadas se estudou o Direito “do” e “ao” Trabalho exclusivamente sob o viés da estruturação subordinada, do reconhecimento de direitos da força laboral ou das clássicas teorias sobre os direitos fundamentais. Ao se caminhar pelo estudo da organização produtiva, considerando o contexto trabalhista, parecia que se estava a falar uma linguagem estranha aos ditames do trabalho subordinado. O aspecto sancionatório da legislação pareceu não trazer nenhum significado mais simbólico quanto aos organogramas, plano de ações, políticas empresariais e valores do mundo corporativo.

A conformação de um aspecto moral introduzido na regra jurídica e nas decisões judiciais proporcionou um cenário de revisão da forma de se conduzir a atividade empresarial. As novas morfologias de conhecimento, os meios dialógicos e transversais indicam que, em face das complexidades e contradições da existência humana, soluções unívocas já não mais atendem à dinâmica dos desafios do mundo do trabalho. A economicidade, por exemplo, não é uma exclusividade das ciências econômicas, mas inarredável no estudo do direito econômico e da análise econômica do direito.

Tais evoluções de juridicidade se dão num contexto de reorganização produtiva advinda da própria dinamicidade mercadológica, do desemprego globalizante, da virtualização das relações sociais e do nascimento de novos ofícios (ao tempo que outros foram extintos) foram acelerados pela pandemia já referenciada. A busca por alternativas de

trabalho em face desta realidade convoca uma análise jurídica mais acurada para a qual os atuais modelos de subordinação e não-subordinação estavam despreparados.

O embate entre o fato social e a deontologia jurídica tem, entretanto, feições mais graves. Há uma legislação ainda espelhada no modelo industrial de produção e contratação de mão de obra e uma célere nova formatação nova de negócios e prestação de serviços. Aí se põe o em debate o alcance dos elementos basilares de configuração da relação de emprego previstos nos clássicos modelos verticalizados e binários.

Nesse contexto está a Organização Internacional do Trabalho – OIT e seu papel de persecução da efetivação do direito ao trabalho decente. Seja na sua composição tripartite ou no simbolismo de seu *slogan* “promovendo empregos, protegendo as pessoas”, identifica-se uma ação polivalente de integralidade, trespassada pelo diálogo social. Ainda assim, verifica-se uma fragilidade – em termos de aderência e exequibilidade - quanto à normatividade produzida por aquele órgão.

Historicamente, a OIT tem assumido um papel de protagonista nos debates sobre justiça social e as tensões no mundo do trabalho. O reconhecimento à esta árdua missão se deu com o prêmio nobel da paz, em 1969, reflexo dos esforços, por variadas vertentes, junto aos empregadores, governos e empregados para a promoção do trabalho decente.

Ainda que tenha sofrido críticas quanto à sua possível adequação à globalização econômica, a OIT permanece em destaque ao intermediar a normatização pelos meios clássicos de convencionalidade. É vasta, também, a produção de regras de cunho menos cogente, mais programático, orientativo, dotados de teor mais ético, consubstanciada na produção de declarações, recomendações e princípios de direito, designada de *soft law*.

Tem este trabalho por finalidade investigar quais os resultados hermenêuticos de uma interpretação mais ampla do direito humano ao trabalho decente, considerando-se todas as formas de proteção ao sujeito trabalhador, ainda que não necessariamente empregado, pondo em concreção a tese *pro persona* do direito internacional dos direitos humanos.

A problemática que se apresenta e desafiada a ser respondida é se o conceito de hierarquia e heterarquia dos direitos humanos diz respeito apenas à defesa da prevalência estritamente kelseniana ou complementariedade vertical da normatividade, ou, se a natureza das regras não cogentes deve ser conjugada na interpretação do conteúdo material do trabalho decente, perfazendo uma abordagem horizontal do estudo.

Para tanto, lança-se mão do método lógico-dedutivo quanto à construção do raciocínio jurídico e das teses, sob a utilização da documentação indireta, seja com revisão

bibliográfica da literatura acerca do Direito do Trabalho, do Direito Internacional do Trabalho, da Soft Law no âmbito do Direito Internacional Público. teoria geral dos direitos fundamentais com enfoque no direito ao trabalho decente.

A primeira seção ocupa-se de definir o cenário do mundo do trabalho e a relação com a normatividade clássica. Em seguida, abordar-se-á a ideia de *soft law* e o estado da arte sobre os limites de sua juridicidade. A terceira seção cuida de estudar a interpretação heterárquica do direito humano trabalho decente sob a perspectiva da produção normativa da OIT para, ao fim, propor reflexões conclusivas.

## **2. Trabalho, pós-modernidade e a insuficiência do modelo normativo clássico**

O Direito do Trabalho, após os anos 80, tem sido alvo de uma transição flexibilizadora e desregulamentadora, que tem como orientação a predominância dos sistemas negociados sobre os legislados, como mecanismo de adaptação aos momentos de crise econômica e de inviabilidade de investimentos. O discurso do alto custo de manutenção dos direitos move aqueles que desejam lucrar mais investindo menos e, por outro lado, esbarra nos pleitos dos que anseiam por maiores períodos de descanso, melhor remuneração e amplas proteções legais.

Se os desafios do direito “do” e “ao” trabalho são mundializados, tal qual preferem denominar os franceses<sup>46</sup>, natural que as tentativas de solução e minimização das desventuras sociais não se restrinjam à paroquialidade jurídica. Ainda que as agruras da desigualdade social, da precarização do trabalho, da negação ao trabalho se materializem na realidade local, a tentativa de padronização de níveis qualitativos trabalhistas internacionais tem fundamento na própria gênese da OIT.

Dentre as variadas modelagens contratuais, uma merece destaque: os contratos de trabalho por intermédio de plataformas digitais. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Locomotiva, tendo se utilizado de amostragem qualitativa da Pesquisa Nacional Amostragem Domiciliar (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em março de 2021, no epicentro da pandemia global decorrente da COVID-19, no Brasil,

---

<sup>46</sup>TASSIN, Étienne. La mondialisation contre la globalisation: un point de vue cosmopolitique. *Sociologie et sociétés*, . 44, 143–166, 2012, p.143.

aproximadamente 32,4 milhões de trabalhadores estavam intermediando sua força de trabalho por intermediados por alguma plataforma digital<sup>47</sup>.

Esta demanda tem se inserido nos estudos e discursos da OIT, que publicou em 2021 o *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*. Nele, há preocupação com a proliferação da economia por demanda quanto ao mundo do trabalho sem a devida regulamentação do tema, apelando para o diálogo social, cooperação internacional no tratamento e regulamentação do tema e a negociação coletiva no caso de situações omissas<sup>48</sup>.

Para além desses problemas, há uma massa de trabalhadores informais não alcançados pela legislação social e sem qualquer tipo de representação nas instâncias de decisão e um hiato de resguardo social promovido por legislações precarizantes, por vezes em total descompasso com as boas práticas e convencionalidade internacional. O quadro que se apresenta reforça o caráter *in fieri* do direito do trabalho, indicando que toda forma de prestação de serviço deve ser alvo das lentes do trabalho decente.

É nesse contexto que se verifica a insuficiência do tratamento do direito fundamental ao trabalho exclusivamente numa perspectiva persecutória, repressiva ou estritamente dogmático-positivista. A produção normativa nacional e internacional permanece com o papel de centralidade no combate ao descumprimento de direitos trabalhistas. A aproximação entre consumidores e produtores de bens e serviços canalizada pelo acesso à rede mundial de computadores, a capilarização das informações, notadamente em plataformas de redes sociais, e a maior ventilação dos debates sobre direitos humanos despertou a ativação de uma espécie de passivo até então silenciado: o dano reputacional.

O questionamento dos consumidores quanto ao comportamentalismo empresarial aparenta criar uma nova ordem de exigências observacionais quanto aos contratos de trabalho. Um movimento social ainda disforme, desterritorializado, porém potente, que age estrategicamente no boicote à marca, produtos e serviços. Surge uma espécie de regulação das condições de trabalho pela via consumerista.

---

<sup>47</sup>IPESI DIGITAL. *Brasil tem 32 milhões de trabalhadores em plataformas digitais e aplicativos*. Disponível em: <<https://ipesi.com.br/brasil-tem-32-milhoes-de-trabalhadores-em-plataformas-digitais-e-aplicativos/>>. Acesso em 23 de março de 2023.

<sup>48</sup>INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work*. Disponível em <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_771749.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf)>. Acesso em 23 de março de 2023.

A responsabilidade de implementação de direitos fundamentais se desenha num arranjo de solidariedade institucional, tornando todas as partes envolvidas, seja numa perspectiva ativa ou de proibição de excesso na limitação de tais direitos. A magnitude dos problemas já descritos do globalizado mundo do trabalho reclama ações conjuntas que vão além de uma abordagem prevista no direito objetivo. Resgata-se um caráter moral da relação contratual, compreendido aqui como aquele resultante do dever jurídico de conformidade, por se tratar de uma conduta esperada dos destinatários a partir das construções de declarações, códigos de conduta, diretrizes e de outras promulgações.

Em adição a isso, tem-se dois cenários igualmente preocupantes e que reforçam a necessidade de uma abordagem mais sistêmica e de moralidade na execução do trabalho. O primeiro deles diz respeito ao cenário do trabalho decente no Brasil. Em 2012, a OIT publicou o relatório *Perfil do trabalho decente no Brasil: um olhar sobre as unidades da federação*<sup>49</sup>, que apresentou um quadro mais genérico dos estados-membros. Porém, a radiografia mais detalhada sobre o cenário nacional ficou mais evidente com a publicação do *Sistema de Indicadores Municipais de Trabalho Decente*, em 2013, fruto de parceria da OIT, IBGE, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e União Europeia.

Segundo o relatório, a taxa de formalidade do trabalho alcançou 59,6%; em 38,5% dos municípios a administração pública é responsável por mais da metade dos vínculos empregatícios formais; 21,7% dos jovens não trabalhava nem estudava; 62,3% dos municípios brasileiros não possuía programas ou ações de combate ao uso de trabalho forçado; em 31,5% dos municípios brasileiros não existia nenhuma pessoa com deficiência inserida no mercado formal; dos 436 municípios com, no mínimo, 2000 trabalhadoras e trabalhadores domésticos, em 83,7% deles, mais da metade dos trabalhadores não possuíam registro formal; no tema jornada de trabalho, municípios como o de Arroio do Padre, no Rio Grande do Sul, a média semanal de horas trabalhadas foi de 56,1 horas<sup>50</sup>.

No campo judicial, de acordo com o relatório *Justiça em números – 2021*, em 2020 a Justiça do Trabalho teve 2.975.899 casos novos (uma queda de 15,7% em relação ao ano de

---

<sup>49</sup>GUIMARÃES, José Ribeiro Soares. *Perfil do Trabalho Decente no Brasil: um olhar sobre as unidades da federação*. Brasília: OIT, 2012, 416p.

<sup>50</sup>ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Sistema de Indicadores Municipais de Trabalho Decente (SIMTD)*. Disponível em: <[https://simtd.bsb.ilo.org/municipio/principais\\_evidencias\\_conjunto\\_municipios\\_capitais.pdf](https://simtd.bsb.ilo.org/municipio/principais_evidencias_conjunto_municipios_capitais.pdf)>. Acesso em 23 de março de 2023.

2019), que se somaram a 4.557.513 casos pendentes<sup>51</sup>. Das matérias que são objeto das disputas judiciais pertencentes ao direito do trabalho em 2021, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, de um *ranking* de 934 temas catalogados, as “horas extras” estão em segundo lugar (40.149), o “intervalo intrajornada” em quinto lugar (25.799), a “indenização por dano moral” em sétimo lugar (21.438 casos), o “adicional de insalubridade” em nono lugar (15.031 casos), “a multa do art. 477 em décimo quarto lugar” (11.150 casos) e o “reconhecimento do vínculo empregatício” em 18º lugar (15.031 casos)<sup>52</sup>.

Assim, itens tangentes a um patamar civilizatório mínimo do direito fundamental ao trabalho decente ainda ocupam posições de destaque na instância máxima judiciária trabalhista brasileira, cujo acesso se dá para discussão de matéria eminentemente técnica e de direito, isto é, os temas debatidos, já com ampla consolidação no ordenamento jurídico nacional, continuam a ser constantemente revisitados.

O cenário delineado indica a insuficiência dos mecanismos tradicionais do sistema repressivo trabalhista e da normatividade clássica. É imperioso viabilizar meios de cumprimento voluntário das obrigações – na perspectiva da governança corporativa - para a diminuição da litigiosidade e promoção de melhoria geral nas condições da relação de trabalho e de acesso ao mercado de trabalho ainda aquém de um padrão de dignidade, conforme já apontado pelos dados municipais.

### 3. Soft law, governança corporativa e normatividade: notas introdutórias

O Direito do Trabalho não encerra seu caráter social na figura do empregado, mas confere uma função social à empresa, seja no aspecto principiológico e de eticidade<sup>53</sup> de sua atuação enquanto *player* ou, ainda, como fenômeno de (re)inserção produtiva, publicitária e de integridade nos negócios jurídicos que entabula com terceiros<sup>54</sup>. A principilogia de

---

<sup>51</sup>CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília, CNJ, 2021, p.52. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em 23 de março de 2023.

<sup>52</sup>TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Assuntos mais recorrentes – Ranking de casos novos*. Disponível em: < <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes>>. Acesso em 23 de março de 2023.

<sup>53</sup>Sobre o conceito de ética e responsabilidade, cf. SILVA, H. E.; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ética da alteridade e da responsabilidade e o direito à moradia digna: uma análise da responsabilidade social do Estado e da sociedade na busca pela efetivação dos direitos humanos fundamentais sociais metaindividuais. *Revista Nomos*, v. 36, p. 188-204, 2016, p.200.

<sup>54</sup>LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Compliance e o *Walk the Talk*: o papel da alta administração e da instância responsável nos programas de integridade trabalhista. MAIA, José Alberto; ARAÚJO, Luiz Antônio Medeiros (org.). *Compliance trabalhista: práticas, riscos e atualidades*. Goiânia: BSSP Editora, 2022, p. 15-16.

retidão e a dos direitos básicos em comento aplicam-se igualmente à institucionalidade empresarial ao desenvolver suas atividades e criar postos de trabalho, isto é, “(...) o direito ao trabalho com direitos humanos”<sup>55</sup>.

Dentro da teoria geral do direito internacional público, convivem três tipos de obrigações vinculadas às fontes do direito quanto à observância pelos estados: as normas *erga omnes*, as regras de *jus cogens* e as mais recentes delas, a soft law. Enquanto na primeira categoria os deveres são destinados a todos, independentemente de objeções, a normatividade de *jus cogens* ocupa o ponto mais alto e possui natureza imperativa, só podendo ser derogado por outra regra de direito internacional público.

Diferentemente do aspecto rígido e mandatório das duas primeiras categorias, a lógica da soft law é a sua flexibilidade e o fato de gerar obrigações para as partes sem necessariamente ter um caráter jurídico<sup>56</sup>. Há um certo grau de discricionariedade quanto ao cumprimento do conteúdo e inexistente um consenso doutrinário sobre o caráter jurídico desta espécie de regras. Daí se utilizar como sinônimo os termos “direito flexível”, “direito plástico” ou “direito maleável” em contraposição à imperatividade e rigidez da hard law.

A pedra de toque da investigação que se apresenta posiciona-se na análise da densidade normativa ou capacidade de constringência destas regras, seja pela natureza de não juridicidade própria ou por se situarem em instrumentos vinculantes, ou não criarem obrigações ou quando as criam acabam por ter um grau de coercitividade reduzido<sup>57</sup>. Logo, a problemática de execução forçada e o caráter não sancionatório desta espécie de normatividade manifesta-se no cunho declaratório, de recomendação ou diretriz<sup>58</sup>.

Pelo fato de, por vezes, não terem conteúdo propriamente jurídico, a flexibilidade apontada refere-se às normas, que podem ser produzidas de maneira mais fluida, sem os protocolos e formalidades típicos do direito dos tratados. Este registro é necessário pelo fato desta qualidade de normas de direito internacional serem o terreno fértil para a criação de um direito positivo, uma vez que traduzem valores em discussão em determinado momento ou patamares de direito a serem implementados.

---

<sup>55</sup> ALMEIDA, C. L.; ALMEIDA, W. G. R. Trabalho, direitos inerentes ao trabalho, direito do trabalho e constituição da república: o significado humano, social e político da reforma trabalhista. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 21, n. 3, p. 337-364, 7 dez. 2020, p.344.

<sup>56</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019, p. 211.

<sup>57</sup> MAZZUOLI, 2019, p. 212.

<sup>58</sup> As recomendações da OIT, as declarações, orientações e compromissos previstos em agendas e os programas são exemplos da soft law.

A agência especializada onusiana tem envidado esforços para além de sua atribuição normativa e fiscalizatória, no intuito de promover a sustentabilidade das relações empregatícias, propondo modelos valorativos, orientações, esclarecimentos e declarações simbólicas voltadas para o mundo corporativo e para a esfera pública. A teleologia pretendida é resguardar as proteções sociais trabalhistas com parâmetros globais, mas com aplicabilidade a empresas locais e transnacionais e estados nacionais, implementando mecanismos de integridade e de comprometimento a partir de um substrato ético da relação contratual e de das políticas públicas e legislações de trabalho.

Acrescida à ideia de autorregulação tem-se a utilização de meios e processos pela esfera pública e privada de administração dos “[...] recursos econômicos, políticos e sociais a fim de produzir resultados eficazes, abrangendo instrumentos formais e informais que atendam aos seus interesses”<sup>59</sup>, constituindo o que se conhece como governança global, gênero mais amplo de uma ordem de comportamento oriundo de limitações impostas aos atores protagonistas das relações de trabalho.

É dentro dessa necessidade de adequação que se fomenta a governança corporativa laboral, inserida num contexto mais amplo e prévio de conformidade quanto às práticas de integridade no setor financeiro, com vistas a prevenir práticas corruptivas e de improbidade pública<sup>60</sup>. A normatização a partir de um padrão moral, além de combater práticas ilícitas e conferir sustentabilidade às empresas nas relações com os agentes públicos, seus empregados e demais contratados, evidencia o patrimônio reputacional e da imagem empresarial como instrumento de autofiscalização.

O debate promovido e o acompanhamento da evolução dos agentes de mercado atinente à responsabilidade social corporativa suscitou controvérsias e argumentos a favor e contra por parte das empresas. Haworth e Hughes alertam que existem três cenários relacionados à aderência de uma governança corporativa pelas empresas.

Uma primeira visão, encampada nos anos 60, via a governança corporativa apenas como um instrumento de avaliação de riscos e prevenção de danos ao mercado e aos consumidores. Seguidamente, uma atualização social das políticas negociais ressignificou a acepção sobre a responsabilidade corporativa, imprimindo um viés de elemento agregador

---

<sup>59</sup>OTHON, Adriano. A Governança Global no Âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT): O Caso do Brasil após a Reforma Trabalhista (2017-2019). *Revista Portuguesa da Ciência Política*, n. 16, 2021, p.170.

<sup>60</sup>COSTA JUNIOR, Elson; FRIEDRICH, Lizandra Camponogara; BENTO, Marcele Reis. A (in) aplicabilidade do *compliance* no setor público como método de combate à corrupção. PUERARI, Adriano F; PAZINATO, Eduardo; COELHO, Ricardo; BITTENCOURT, Sandro (Org). *Compliance, integridade corporativa e práticas anticorrupção: reflexões sociojurídicas e contábeis*. Curitiba: CRV, 2018, p.217-230, p.222-223.

de valor que potencializa a força de trabalho, incrementa a produtividade e mantém a fidelidade de clientes. Por fim, os críticos da internalização de critérios de governança, ou entendem que não se deve inserir elementos não-mercadológicos no processo de tomada de decisões ou que só se deve seguir os postulados de governança caso se verifique uma valorização do negócio<sup>61</sup>.

Boas práticas de governança corporativa e de conformidade não devem ser enxergadas pela ótica dos benefícios empresariais, exclusivamente. Natural que a iniciativa e a execução do realinhamento de comportamentos quanto ao mundo do trabalho integrem uma narrativa de melhoria e eficiência do empreendimento, porém, dentro do espectro normativo, os elementos da racionalização de recursos têm relevância para um estudo de Jurimetria ou Law and Economics, mas não para um compromisso de concretização dos direitos fundamentais na perspectiva mais programática.

O espectro de natureza ética quanto ao procedimento e de moralidade das diretrizes e regulamentações de governança, sejam ou não codificadas pela empresa. É dizer que o posicionamento do dever anexo patronal de boa-fé toma uma posição de mais destaque do que propriamente da eficiência como um fundamento para a governança.

A causalidade do postulado da normatividade elástica encontra abrigo na já pacificada tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>62</sup>, que decorre “do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares”<sup>63</sup>. A noção de um direito de cunho declaratório (no aspecto de se originar de “declarações”) direciona-se tanto aos Estados a fim de exercerem uma função promocional quanto aos particulares, que devem, para além de exercer esta função, concretizá-la de forma mais objetiva, por serem os sujeitos dos contratos de trabalho.

---

<sup>61</sup>HAWORTH; HUGUES, 2014, p.340.

<sup>62</sup>RODRIGUES, L. N.; LEAL, P. DO S. T. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do STF: análise crítica do RE 201.819-8 e ADI 4815. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 2, p. 11-42, 18 dez. 2018, p.18.

<sup>63</sup>LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, v. 1, p. 33-45, 2011, p. 36.

#### 4. Trabalho decente e a interpretação heteráquica: a soft law no âmbito da OIT

O compromisso com os direitos humanos também decorre da denominada dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A dimensão subjetiva é irrigada por um aspecto negativo e outro positivo. O primeiro tem a ver com o dever de não intervenção na esfera individual, salvo nos casos de justificação para tanto, enquanto o aspecto positivo envolve prestações exercidas pelo estado para a promoção dos direitos fundamentais, a exemplo dos direitos sociais.

No plano dimensional objetivo, Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis expõem quatro aspectos da referida dimensão. A primeira implica normas de competência negativa, isto é, a liberdade de ação do indivíduo prescinde de acionamento judicial para seu exercício; a segunda menciona o critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional, isto é, os contornos hermenêuticos do direito ordinário devem se atentar ao conteúdo e à prescrição dos direitos fundamentais. Seguidamente, a terceira noção da dimensão objetiva alega que o titular dos direitos fundamentais pode tê-los limitado pelo Estado em caso de maior proteção se não os exercerem e, por último, tem-se o dever estatal de tutela desses direitos, segundo o qual há um dever de proteção contra ameaças de violações perpetradas por particulares<sup>64</sup>.

A dimensão subjetiva positiva e o dever de proteção a partir da utilização dos mecanismos de governança corporativa, potencializando a concretização destes direitos por intermédio da fundamentação de uma política pública de estímulo à governança e de reconhecimento da natureza da soft law trabalhista como fonte formal do direito por tratar de direitos fundamentais e humanos.

Nas décadas de 60 e 70, em razão dos intensos debates a respeito do papel das companhias multinacionais no cenário global e de suas condutas trabalhistas, notadamente quanto aos Estados periféricos e em desenvolvimento, foi suscitado um amplo debate no âmbito da OIT acerca da regulamentação e da orientação de condutas para esses agentes. Disto resultou, em 1977, com revisão em 2000 e 2006, a Declaração Tripartite de Princípios referentes a Empreendimentos Multinacionais e Política Social da OIT (ILO Tripartite

---

<sup>64</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 109-113.

Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy – MNE Declaration).

Embora não seja de natureza cogente, a declaração contém princípios que proporcionam às Empresas Multinacionais, aos governos, aos trabalhadores e aos empregadores diversas orientações quanto a temas trabalhistas, focando nos fundamentos básicos relativos ao mundo do trabalho e à proteção ao empregado. Realça os objetivos daquela Declaração dos Princípios Fundamentais do Trabalho (1998) e se propõe a produzir estudos periódicos que demonstrem o grau de responsabilidade social dos empregadores, assim como a sua observância pelos governos, organizações de categorias econômicas e profissionais<sup>65</sup>.

Desde os anos 90, diversificou sua atuação por meio de vasta produção de recomendações; de amplas estruturas de política laboral, a exemplo da Declaração dos Princípios Fundamentais do Trabalho de 1998; da espinhosa missão junto à Organização Mundial do Comércio quanto ao aceite da cláusula social nos tratados multilaterais de comércio; de parcerias e plataformas com outros organismos internacionais e de parcerias público-privadas com órgãos internacionais e uma governança descentralizada de padrões trabalhistas, cujo teor envolve o uso de indicadores, estatísticas e melhores práticas<sup>6667</sup>.

Em 2008 foi publicada a Declaração da OIT Sobre a Justiça Social para uma Globalização Justa e em 2019 foi adotada a Declaração do Centenário da OIT para o Futuro do Trabalho. Em que pese parte da doutrina enxergue tais declarações com caráter simbólico e valorativo, outra vertente considera que esse exemplo de normatividade plástica, por tratarem de tema de direitos humanos, estão enquadradas como fonte formal de direito,

---

<sup>65</sup>LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A função concorrencial do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017, p. 59-60.

<sup>66</sup>JAKOVLESKI, V., Jerbi, S.; BIERSTEKER, T. The ILO's role in global governance: Limits and potential. In C. Gironde & G. Carbonnier (Eds.), *The ILO @ 100: Addressing the past and future of work and social protection* (pp. 82-108), p.86-97, 2019. Disponível em: <[https://doi.org/10.1163/9789004399013\\_006](https://doi.org/10.1163/9789004399013_006)>. Acesso em 23 de março de 2023.

<sup>67</sup>Além do modelo de camadas proposto por Jakovleski e Biersetecker, há de se considerar o notável avanço de aproximação e busca de convergência de interesses da OIT com órgãos regionais de regulação laboral (European Trade Union Confederation - ETUC, Southern African Development Community, Organización Regional Interamericana del Trabajo-ORIT e Asia Pacific Labor Network-APLN), comercial (NAFTA, APEC, MERCOSUL) e associações da sociedade civil (Banco Mundial e FMI). Cf. WILKINSON, Rorden; HUGHES, Steve. Labor Standards and Global Governance: Examining the Dimensions of Institutional Engagement. *Global Governance*. V.6. N.2 (april-june), p. 259- 277, 2000.

vinculando estados nacionais a concretizarem seu conteúdo, independentemente de qualquer formalidade de ratificação ou incorporação<sup>68</sup>.

No âmbito da ONU, houve uma sistematização e mudança de paradigmas no âmbito da ONU com a publicação do Pacto Global (2000), que possui princípios em diversas áreas. Para a área trabalhista, a ONU adotou as convenções fundamentais do trabalho como patamar mínimo de boas práticas, mediante a democratização de forças representadas por um conselho com membros do setor de negócios, do trabalho e representantes da sociedade civil. Até 2010, 1693 signatários do pacto global, por não terem reportado anualmente o grau de implementação dos princípios consignados, foram excluídos da lista de associados e passaram a ser monitorados por grupos de pressão e monitoramento que veem decisões de empresas quanto à responsabilidades social corporativa apenas como uma estratégia de marketing<sup>69</sup>.

O substrato de governança global e corporativa internacional trabalhista se transfere desde um fundamento geral de promoção de direitos humanos aos códigos de ética e conduta empresariais, afirmando a obrigação em face de um dever moral (já que não se está a tratar de norma jurídica com sanção imediata correspondente) de implementação sendo dever do Estado levar em conta o conteúdo da governança na promoção ao trabalho decente e no dever de proteção. Por último, visto que há uma adoção pela ordem interna brasileira dos compromissos de persecução do trabalho decente entabulados pela OIT, o princípio da boa-fé objetiva e eticidade tem, por uma moldagem de efeito cascata, sua feição também adaptada para a governança.

Sobre a amplitude do direito ao trabalho, reputado como um direito humano, entende-se aqui que a mais adequada acepção interpretativa acerca do seu campo de alcance envolve o critério *pro homine*, ou seja, a regra mais favorável à concretização dos direitos humanos, bem como sua interpretação otimizador a partir de um acoplamento heterárquico de sistemas jurídicos<sup>70</sup>. Dito de outra forma, a compreensão do direito humano ao trabalho decente perpassa por um conjunto conglobante do direito positivo e de soft law produzidos pela OIT e demais órgãos internacionais.

---

<sup>68</sup>DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. As declarações de direitos da OIT e sua repercussão na fundamentação e na prática da missão de justiça social do poder judiciário trabalhista. *Revista Jurídica Unicuitiba*. V.5. N. 67, p 189-229, 2021, p.197.

<sup>69</sup>HAWORTH, Nigel; HUGHES, Steve. Labor. WEISS, Thomas George; WILKINSON, Rorden (org). *International Organization and Global Governance*. p. 335-348, Londres: Routledge 2014.

<sup>70</sup>GURGEL, Yara Maria Pereira; LINS, Ricardo Galvão de Sousa. O constitucionalismo multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos. *Cadernos de Direito Actual*, n. 15, p.186-203, p198, .2021.

## Considerações finais

O direito humano ao trabalho decente enfrenta múltiplos desafios quanto à sua implementação, seja no desafio quanto à adesão dos órgãos de justiça e dos estados nacionais quanto ao direito convencional e internacional público, seja quanto às políticas públicas de sua concretização. Isto denota uma complexidade multifatorial de enfrentamento, demonstrada pelos dados apresentados quanto ao cenário atual do mundo do trabalho em território nacional.

A proposta aqui encetada passa por uma revisão interpretativa do direito humano em discussão sob a perspectiva da normatividade da soft law, isto é, de se considerar o teor do direito das declarações e princípios como integrantes do conteúdo jurídico do trabalho decente. Isto se dá por intermédio do conceito de governança global e governança corporativa e é reforçado pela mudança de postura na atuação da própria OIT ao reduzir sua produção legislativa e agir num contexto mais de persuasão e de políticas de monitoramento quanto ao trabalho decente.

As regras de governança internacional trabalhista, por promoverem a concretização do direito ao trabalho decente e se incorporarem a um código moral de conduta empresarial, acabam aderindo aos contratos individuais de trabalho, denotando um fator metajurídico, pois a governança tem uma funcionalidade e moldura mais flexível, axiológica e genérica (em termos de enunciados), e pondo-se em posição de diálogo de fontes entre o contrato de trabalho, o direito internacional e o conteúdo jurídico (núcleo duro) do direito fundamental e humano ao trabalho decente no Brasil.

Tem-se, por fim, que as regras de governança global e corporativa ganham corpo num contexto de acentuação da responsabilidade social empresarial e que não tem natureza excludente quanto à hard law, mas de complementariedade e de ação pragmática, em especial quanto aos protagonistas do contrato de trabalho. A melhoria do grau de adesão voluntária à principiologia do trabalho decente, sob a perspectiva do direito da OIT, deve encontrar exemplo nas ainda tímidas (mas não menos importantes) iniciativas tomadas pela ONU, tal qual realizado no Pacto Global.

## Referências Bibliográficas

ALMEIDA, C. L.; ALMEIDA, W. G. R. Trabalho, direitos inerentes ao trabalho, direito do trabalho e constituição da república: o significado humano, social e político da reforma trabalhista. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 21, n. 3, p. 337-364, 7 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília, CNJ, 2021, p.52. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>>. Acesso em 22 de julho de 2022.

COSTA JUNIOR, Elson; FRIEDRICH, Lizandra Camponogara; BENTO, Marcele Reis. A (in) aplicabilidade do *compliance* no setor público como método de combate à corrupção. PUERARI, Adriano F; PAZINATO, Eduardo; COELHO, Ricardo; BITTENCOURT, Sandro (Org). *Compliance, integridade corporativa e práticas anticorrupção: reflexões sociojurídicas e contábeis*. Curitiba: CRV, 2018, p.217-230.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. As declarações de direitos da OIT e sua repercussão na fundamentação e na prática da missão de justiça social do poder judiciário trabalhista. *Revista Jurídica Unicuritiba*. V.5. N. 67, p 189-229, 2021.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUIMARÃES, José Ribeiro Soares. *Perfil do Trabalho Decente no Brasil: um olhar sobre as unidades da federação*. Brasília: OIT, 2012.

GURGEL, Yara Maria Pereira; LINS, Ricardo Galvão de Sousa. O constitucionalismo multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos. *Cadernos de Direito Actual*, n. 15, p.186-203, 2021.

HAWORTH, Nigel; HUGHES, Steve. Labor. WEISS, Thomas George; WILKINSON, Rorden (org). *International Organization and Global Governance*. p. 335-348, p.339-340. Londres: Routledge 2014.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work. Disponível em <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_771749.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf)>. Acesso em 23 de março de 2023.

IPESI DIGITAL. Brasil tem 32 milhões de trabalhadores em plataformas digitais e aplicativos. Disponível em: <<https://ipesi.com.br/brasil-tem-32-milhoes-de-trabalhadores-em-plataformas-digitais-e-aplicativos/>>. Acesso em 23 de março de 2023.

JAKOVLESKI,, V., Jerbi, S.; BIERSTEKER, T.. The ILO's role in global governance: Limits and potential. In C. Gironde & G. Carbonnier (Eds.), *The ILO @ 100: Addressing the past and future of work and social protection* (pp. 82-108), 2019. Disponível em: <[https://doi.org/10.1163/9789004399013\\_006](https://doi.org/10.1163/9789004399013_006)>. Acesso em 23 de março de 2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, v. 1, p. 33-45, 2011.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A função concorrencial do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

\_\_\_\_\_. Compliance e o *Walk the Talk*: o papel da alta administração e da instância responsável nos programas de integridade trabalhista. MAIA, José Alberto; ARAÚJO, Luiz Antônio Medeiros (org.). *Compliance trabalhista: práticas, riscos e atualidades*. Goiânia: BSSP Editora, 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 12.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Sistema de Indicadores Municipais de Trabalho Decente (SIMTD)*. Disponível em: < [https://simtd.bsb.ilo.org/municipio/principais\\_evidencias\\_conjunto\\_municipios\\_capitais.pdf](https://simtd.bsb.ilo.org/municipio/principais_evidencias_conjunto_municipios_capitais.pdf)>. Acesso em 23 de março de 2023.

OTHON, Adriano. A Governança Global no Âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT): O Caso do Brasil após a Reforma Trabalhista (2017-2019). *Revista Portuguesa da Ciência Política*. n. 16, p. 167-181, 2021.

RODRIGUES, L. N.; LEAL, P. DO S. T. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas à luz da jurisprudência do STF: análise crítica do RE 201.819-8 e ADI 4815. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 2, p. 11-42, 18 dez. 2018.

SILVA, H. F.; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A ética da alteridade e da responsabilidade e o direito à moradia digna: uma análise da responsabilidade social do Estado e da sociedade na busca pela efetivação dos direitos humanos fundamentais sociais metaindividuais. *Revista Nomos*, v. 36, p. 188-204.

TASSIN, Étienne. La mondialisation contre la globalisation: un point de vue cosmopolitique. *Sociologie et sociétés*. . 44, 143–166, 2012.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Assuntos mais recorrentes* – Ranking de casos novos. Disponível em: < <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/assuntos-mais-recorrentes>>. Acesso em 23 de março de 2023.

WILKINSON, Rorden; HUGHES, Steve. Labor Standards and Global Governance: Examining the Dimensions of Institutional Engagement. *Global Governance*. V.6. N.2 (april-june), p. 259- 277, 2000.

# A HUNGRIA E A POLÔNIA SOB AS LENTES DO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

## Hungary and Poland under the lens of democratic constitutionalism

Claudia Maria Barbosa<sup>71</sup>

Willy Rodrigue Ndougou Adda<sup>72</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Hungria e Polônia como exemplos de democracias liberais instáveis; 3. Obstáculos ao eficaz funcionamento da democracia liberal; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** Certos governos, mesmo democraticamente eleitos, podem dificultar a efetividade da democracia liberal, a partir da interpretação feita dos seus princípios e valores e a partir do uso feito das ferramentas que ela fornece através da Constituição. Isto significa que o constitucionalismo liberal carrega em si mesmo os genes que podem fragilizá-lo. Para testar tal hipótese e utilizando-se do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, parte-se da descrição e análise de medidas dos atuais governos da Hungria e da Polônia, à luz do constitucionalismo abusivo. Conclui-se que, embora estes governos formalmente atendam aos princípios albergados pelo constitucionalismo liberal, as suas práticas abusivas, tendo sido fonte de constante instabilidade democrática, constituem-se em ameaça ao Estado de direito. Neste sentido, servem de alerta às democracias liberais, inclusive ao Brasil.

**Palavras-chave:** Democracia; Liberalismo; Constitucionalismo Abusivo.

**Abstract:** Some governments, even democratically elected ones, can hinder the effectiveness of liberal democracy, from the interpretation made of its principles and values and from the use made of the tools it provides through the Constitution. This means that liberal constitutionalism carries in itself the genes that may weaken it. To challenge this hypothesis and using the inductive method and bibliographical research, we start from the description and analysis of measures of the current governments of Hungary and Poland in the light of abusive constitutionalism. In this paper, it is necessary to conclude that, although these governments formally comply with the principles of liberal constitutionalism, their abusive practices have been a source of constant democratic instability and represent a threat to the State of law, by serving as a warning to all liberal democracies, including Brazil.

**Keywords:** Democracy; Liberalism; Abusive Constitutionalism.

## 1. INTRODUÇÃO

A democracia liberal, cujas raízes são encontradas na Grécia antiga, é a forma de governo e de organização do Estado a mais presente hoje na maioria dos países do mundo.

---

<sup>71</sup> É professora titular de direito constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, onde leciona no Mestrado e Doutorado. É também pesquisadora do CNPq. E-mail: claudia.barbosa@pucpr.br

<sup>72</sup> Doutorando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em ciência jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista CAPES. E-mail: ndougadda@gmail.com

Na modernidade, ela surgiu como uma reação a regimes absolutistas, limitando o poder de governar e como promessa de governo do povo. Já na contemporaneidade, marcada pelas duas grandes revoluções liberais do século XVIII, a norte-americana e a francesa, passou a representar o governo do povo que, por meio de representantes, deliberando por maioria, e obedecendo ao império da lei que se impõe a todos, governantes e governados.

Entretanto nos momentos atuais, a democracia como forma de governo ou, melhor dizendo, como forma de organização do Estado, tem sido objeto de insatisfação em vários países, mesmo em democracias que eram consideradas como consolidadas. De fato, a democracia liberal tem sido muito criticada e tem enfrentado o surgimento de situações e movimentos iliberais ou antidemocráticos que a ameaçam. Conseqüentemente, um Estado em que a democracia liberal é instável ou ameaçada, pode, observado de fora, parecer democrático, mas se observado de dentro, ele é antidemocrático devido aos acontecimentos que nele ocorrem. Por essa razão, cabe se perguntar como o eficaz funcionamento da democracia liberal pode ser obstruído ou dificultado, a partir dos exemplos da Hungria e da Polônia?

Tendo por finalidade examinar algumas dificuldades atuais encontradas pela democracia liberal, o presente trabalho assume-se como uma constatação sobre a instabilidade e as ameaças que podem pesar na democracia liberal, privilegiando-se nesta perspectiva o método indutivo na análise e reflexões sobre alguns obstáculos contemporâneos às democracias liberais. Para tanto, dividiu-se o texto em duas partes: na primeira parte expõe-se os casos da Hungria e da Polônia para ilustrar a fragilidade das democracias liberais, enquanto na segunda apresenta-se alguns obstáculos que obstruem e ameaçam o seu eficaz funcionamento.

## **2. HUNGRIA E POLÔNIA COMO EXEMPLOS DE DEMOCRACIAS LIBERAIS INSTÁVEIS**

Ao redor do mundo, é possível perceber que as democracias liberais aparecem em perigo, pois, indo dos Estados- Unidos para América Latina, da Europa para África e da África para Ásia, tudo demonstra que nenhum regime que se identifica como constitucional e democrático, está seguro diante das ameaças e práticas que alguns doutrinadores qualificam de retrocesso democrático, recessão ou crise democrática, de recuo democrático ou ainda de fracasso constitucional. Portanto, percebe-se que a democracia liberal está submetida a uma variedade de fenômenos destrutivos, vindos tanto de formações partidárias específicas como

de dinâmicas culturais, socioeconômicas ou geopolíticas de natureza estrutural, sendo as causas ligadas, entre outras, ao enfraquecimento das fundações da democracia constitucional, à globalização, à grande recessão, ao terrorismo, etc. (GRABER; LEVINSON; TUSHNET, 2018, p. 1-2).

Os limites ou problemas suscitados pela democracia liberal podem estar ligados à sua própria essência e história. De fato, muitos autores, tais como, Rousseau<sup>73</sup>, Arditì<sup>74</sup> ou Rosanvallon<sup>75</sup>, entendem que a compreensão da democracia, como um todo, não é uniforme e unânime, podendo levantar algumas sombras de dúvida, alguns conflitos e lutas políticas e sociais intensas marcadas por promessas quebradas e de ideais não realizados pelas democracias liberais. Portanto, a democracia pode abrir o espaço para conflitos e para vários movimentos, ideologias e práticas que a ameaçam.

O primeiro exemplo a ser analisado é o caso da Hungria, perfeitamente resumido e descrito por Landau (2013, p. 208), onde o autor entende que houve nesse país, uma situação tanto de substituição constitucional como de reforma constitucional. De fato, o partido político Fidesz que antigamente era um partido liberal, se tornou um partido conservador e ganhando as eleições parlamentares de 2010 com 53% dos votos que, devido à maneira como as regras de votação húngaras funcionavam, resultou em 68% dos assentos no parlamento, o que permitiu que iniciassem uma série de reformas constitucionais no mesmo ano.

Nota-se que a campanha eleitoral do partido Fidesz não se baseou em alegações sobre reformas ou mudanças constitucionais. Entretanto, tudo começou após vencer as eleições em 2010. Essas reformas consistiram, basicamente, em enfraquecer as instituições, como a corte constitucional, encarregadas de controlar a maioria parlamentar, em retirar competência

---

<sup>73</sup> Fazendo um paralelo com Rousseau, pode se perceber que a democracia em si, tem aberto espaço para vários movimentos, fenômenos e ideologias, como o totalitarismo, o liberalismo, o constitucionalismo abusivo ou mesmo o populismo, que têm modificado sua estrutura e interpretação, indo até mesmo ao ponto de ameaçá-la, colocando em risco a sua substância. Razão pela qual, o autor afirma que não há governo tão sujeito às guerras civis e às agitações intestinas como o democrático ou popular, pois esse tipo tende frequentemente e continuamente a mudar de forma (ROUSSEAU, 2002, p. 33).

<sup>74</sup> De acordo com o Arditì, o próprio funcionamento da democracia pode proporcionar as condições de possibilidade para o seu reverso ou o seu oposto, levando, portanto, a uma confusão que se manifesta, por exemplo, no caso em que um governo populista que ocupa de forma temporária o poder executivo, e que o exercício desse poder vem a ser concebido como posse e não como um usufruto temporário. Desta forma, a confusão pode, por sua vez, levar a um patrimonialista de recursos públicos (ARDITÌ, 2017, p. 154).

<sup>75</sup> Rosanvallon entende que mais recente história do populismo, qualificada de indissociavelmente social e conceitual, está ligada ao caráter problemático e tumultuoso da própria história da democracia, sendo essa história constituída por conflitos intelectuais permanentes em torno de sua definição, marcada por lutas sociais intensas em torno do estabelecimento de algumas de suas principais instituições, marcada de promessas quebradas e de ideais mal conduzidos evidenciando a intensidade da desilusão democrática contemporânea e a dificuldade de encontrar as condições da instauração de uma verdadeira sociedade dos iguais. Por essa razão, o populismo aparece como uma forma limite do projeto democrático (ROSANVALLON, 2020, p.15)

dos tribunais sobre matéria fiscal e orçamentária, e em aumentar os poderes unilaterais dos membros do Fidesz no processo de nomeação. Quando a corte constitucional anulou uma vantagem tributária dos funcionários, o parlamento reagiu aprovando uma emenda constitucional retirando ou reduzindo a competência da corte sobre questões fiscais e orçamentárias (LANDAU, 2013, p. 208).

Assim, o Fidesz apresentou um plano de substituição constitucional usando os 2/3 da maioria no parlamento e começou a escrever uma nova constituição. Esse texto constitucional, rigorosamente criticado por não possibilitar a manifestação dos partidos da oposição, aboliu o controle horizontal sobre a maioria parlamentar, aumentando seus poderes, ampliou o número de assentos na corte constitucional, dando assim ao partido no poder, assentos adicionais; criou um gabinete judiciário nacional, controlado pelo partido com amplos poderes sobre a seleção dos juízes e a atribuição de casos dentro do judiciário ordinário, e sobretudo reformou instituições como a comissão eleitoral, a comissão de orçamento e conselho de mídia para minar sua independência instalando pessoas fiéis ao partido Fidesz com mandato longo (LANDAU, 2013, p. 209-210).

Como consequência, esses atos foram muito criticados não somente no plano interno, mas, sobretudo, no plano internacional, pois várias instituições da União Europeia (UE) e o Conselho da Europa (CE) buscaram uma resposta apropriada, criando a comissão de Veneza para prestar assistência constitucional às democracias de transição na Europa Oriental, criticando certas partes do novo texto e as leis relacionadas, como os dispositivos que reduziram a independência do Banco Central e a idade de aposentadoria dos juízes para sessenta e dois anos (LANDAU, 2013, p. 210-211).

Ainda sobre a Hungria, Halmai identifica a situação como sendo um golpe contra a democracia constitucional. O caso da Hungria apresenta uma situação contraditória, pois não somente ela foi uma das primeiras transições políticas após 1989 com elementos institucionais do constitucionalismo, com seus pesos e contrapesos no poder e as garantias de direitos fundamentais, mas também acabou se tornando possivelmente o primeiro modelo de recuo constitucional partindo de um sistema de democracia liberal pleno para um sistema iliberal com forte elementos de autoritarismo estabelecido pelo FIDESZ, um partido nacionalista, populista e antipluralista (HALMAI, 2018, p. 243).

Com um populismo inicialmente dirigido contra as elites e todos vinculados ao sistema constitucional de 1989, e aproveitando a insatisfação dos eleitores em relação ao governo, o FIDESZ obteve nas eleições parlamentares de 2010, dois terços das cadeiras,

número suficiente para promulgar uma nova constituição em abril de 2011, sem manifestações de uma oposição fraca, eliminando toda forma de controle, a rotação parlamentar dos partidos governantes, não garantindo a separação dos poderes e direitos fundamentais. Por conseguinte, a nova Hungria foi considerada um Estado iliberal (HALMAI, 2018, p. 245-246).

Antes da vigência da nova constituição em primeiro de janeiro de 2012, o parlamentar preparou uma série de leis que consistiam em transformar cada instituição política, tornando os direitos e garantias constitucionais menos seguras, e afetando a legislação sobre: liberdade de informação, processos judiciais, proteção familiar, sobre nacionalidades, funcionamento da corte constitucional, eleições no parlamento, novo estatuto das igrejas que devem ser legalmente reconhecidas e registradas sob a nova lei para poder usufruir dos benefícios próprios às igrejas, independência do judiciário com a nomeação e mobilidade dos juízes e também com a redução da idade de aposentadoria dos juízes de setenta para sessenta e dois, o que levou à aposentadoria imediata, à época, de 274 juízes (HALMAI, 2018, p. 246).

Em março de 2013, o parlamento acrescentou uma quarta emenda à constituição de 2011, promulgando novamente dispositivos legais revogados pela corte constitucional, anulando e minando dispositivos que definiam e protegiam os direitos constitucionais e harmonizavam a proteção dos direitos de proteção, e reintroduzindo a pena de morte (HALMAI, 2018, p. 247).

Outras reformas têm sido realizadas, mas ao final percebe-se que a Hungria se tornou um regime populista, iliberal e antidemocrático. Esse retrocesso aconteceu por meio do uso de ferramentas do constitucionalismo que, contudo, o transformaram em um constitucionalismo abusivo, o que significa que os mecanismos internos e externos de defesa da democracia falharam. Os primeiros falharam por causa do novo regime, aboliram os meios de controle sobre seu poder, já os segundos, constituídos por ferramentas instituídas pela União Europeia, falharam por causa da falta de vontade política para utilizá-los (HALMAI, 2018, p. 247-249).

O regime de Orbán foi considerado um sistema populista iliberal caracterizado pelo rejeito dos princípios básicos da democracia constitucional, tais como um governo limitado, um Estado dirigido pelo Direito, a proteção dos direitos fundamentais. Além disso, em relação à soberania popular expressada por meio da democracia direta, uma homogeneidade que é típica do populismo. De fato, para os populistas, como Orbán, a representação apenas serve como uma mera ferramenta para dar voz à unidade, pois após vencer as eleições de

2002, ele reivindicou que houve uma revolução de cédulas de votos que levou a uma delegação do poder da maioria para o governo representá-la (HALMAI, 2018, p. 253).

O outro elemento que caracteriza esse sistema populista iliberal diz respeito à identidade constitucional, isto é, uma individualidade coletiva caracterizada pela rejeição aos imigrantes, refugiados e minorias, expressa na defesa de Orbán de que, diante da crise dos refugiados na Europa, cada membro da União Europeia (EU) devesse formular suas próprias políticas migratória e lidar com os imigrantes indesejáveis da forma que achasse melhor (HALMAI, 2018, p. 254).

Em resumo, no sistema iliberal populista húngaro, as instituições constitucionais continuam existindo, mas com poder muito limitado. Os direitos fundamentais são previstos na constituição, porém não são institucionalmente garantidos devido à falta de independência do judiciário e da corte constitucional. Nesse modelo de constitucionalismo, baseado nas deliberações entre as cortes e os parlamentares (estes detêm a palavra final), nenhuma questão pode ser decidida sem prévio diálogo, entretanto não há praticamente nenhum participante para opor esse diálogo. Por isso é possível dizer que não apenas a independência dessas instituições foi afetada, mas também elas foram caladas e reduzidas ao silêncio (HALMAI, 2018, p. 255-256).

Outro exemplo de populismo é a Polônia, analisado por Sadurski, que entende que as mudanças políticas e jurídicas que ocorreram no país desde 2015, com o acesso ao poder do partido populista Lei e Justiça (PiS), podem ser qualificadas de “anti-constitutional populist backsliding” - retrocesso populista anticonstitucional (SADURSKI, 2018, p. 9).

De fato, Para Sadurski, o carácter anticonstitucional do atual regime polonês pode ser descrito a partir de 3 (três) dimensões. Em primeiro lugar, o verdadeiro centro do poder do Estado está em outro lugar que não é constitucionalmente reconhecido: nas mãos de Jarosław Kaczyński, presidente do partido Lei e Justiça – PiS. Ele dirige o país sem responsabilidades constitucionalmente reconhecidas, uma vez que a constituição polonesa descreve como instituições do poder o Presidente e o Primeiro Ministro. Em consequência, a cidade de Nowogrodzka, que abriga a sede do partido PiS em Varsóvia, representa o verdadeiro polo ou centro do exercício do poder, pois, quando decisões importantes sobre linha diretriz a ser seguida pelo governo precisam ser tomadas, quando os ministros e autoridades do Estados precisam de orientações na sua atuação, ou quando precisam ser repreendidos, eles vão para Nowogrodzka (SADURSKI, 2018, p. 10-11). Já a segunda dimensão do carácter anticonstitucional do poder do PiS é a governança através múltiplas

violações da Constituição exercidas a partir do controle da Corte constitucional. Por exemplo, atos do parlamento sobre a eleição dos juízes que violam a Constituição polonesa ou também a recusa do governo em publicar alguns dos julgamentos do tribunal constitucional constitui uma usurpação de poderes por parte do governo que não tem (SADURSKI, 2018, p.11). Por fim, a terceira dimensão do caráter anticonstitucional do poder do PiS se traduz por uma série de emendas constitucionais, por meio de estatutos que alteram significativamente as disposições constitucionais, sem nenhuma autorização constitucional ou sem maioria parlamentar suficiente para fazer tais mudanças. Em outras palavras a violação da constituição ocorre por meios estatutos destinados a contornar a Constituição, destacando assim, uma importante característica do regime PiS que consiste em elaborar alterações constitucionais fundamentais sem ter um mandato eleitoral para fazê-lo. Na ausência da maioria necessária para a reforma constitucional, o partido procede com a adoção de estatutos que ferem a lei constitucional. Por exemplo, a criação por estatuto, do Conselho da Mídia Nacional foi um jeito de enfraquecer o Conselho Nacional de Radiodifusão que é um órgão constitucional (SADURSKI, 2018, p. 11). No entanto, pode se dizer que este processo de emenda da Constituição na Polônia difere dos procedimentos adotados na Hungria de Orbán, pois o que Kaczyński trouxe por meio de estatutos, Orbán trouxe por meio de uma nova Constituição seguida de várias outras emendas (SADURSKI, 2018, p.13).

As mudanças operadas na Polônia constituem um retrocesso da democracia e uma deterioração significativa das qualidades da democracia liberal. Por exemplo, o estatuto de 13 de dezembro de 2016, que altera o Estatuto da Assembleia da Paz de 24 de julho de 2015, estabeleceu a prioridade para as chamadas manifestações e demonstrações cíclicas. Este estatuto criou uma hierarquia de assembleias e estabeleceu a prioridade para aquelas definidas como preferidas, sendo legalmente impossível organizar uma manifestação no mesmo local onde uma assembleia cíclica organizada por autoridades públicas ou igrejas deve acontecer. Em outras palavras, a emenda proíbe “contra-demonstrações” para assembleias periódicas. Assim, o efeito deste novo regulamento é assegurar uma posição privilegiada para as assembleias dedicadas aos eventos patrióticos, religiosos e históricos, que no caso específico da Polônia significam, em particular, as assembleias governamentais ou apoiadas pelo governo (SADURSKA, 2018, p. 49-50).

Em se tratando, especificamente do direito eleitoral, é sabido que a manipulação de um mecanismo de competição eleitoral, com o objetivo de assegurar a hegemonia do grupo

que está no poder, e restringir oportunidades justas e iguais à oposição política, é contrário ao espírito da democracia. De fato, como muitos teóricos da democracia gostam de dizer, o verdadeiro teste de democracia não é a primeira eleição, mas a segunda. Nas eleições de 2015 na Polônia, a desproporção entre o número de votos brutos obtidos pelo PiS (37,6 %) e o número de assentos parlamentares (235 de 460 assentos possíveis) foi considerada como uma forma do PiS tentar consolidar-se no poder e controlar o processo eleitoral em seu próprio benefício. Seguindo o modelo de Orban na Hungria, o PiS, no final de 2017, propôs uma mudança maciça na lei eleitoral, introduzindo o controle reforçado pela maioria parlamentar e pelo executivo sobre o mecanismo de condução das eleições, a desjudicialização das instituições eleitorais, e também a confiança no novo modelo de comissários e não mais de juízes para a redefinição dos limites eleitorais (SADURSKA, 2018, p. 53-54).

Já em relação à liberdade de expressão na Polônia pós 2015, também tem havido tentativas de silenciar jornalistas e escritores independentes, ameaçando-os com ações legais, muitas vezes desproporcionais em relação a alegadas ofensas. Um exemplo claro é o caso do jornalista e escritor Tomasz Piątek, que publicou um livro, produto de sua investigação sobre os contatos e relações suspeitas do ex-Ministro da Defesa Antoni Macierewicz e um dos principais líderes do PiS. Em resposta ao livro, o Sr. Macierewicz instruiu diretamente o Ministério Público Militar para iniciar uma investigação sob o Código Penal por delitos chamados de uso de violência ou ameaça ilegal contra um funcionário público, para assumir ou desistir de funções oficiais, e de injúria contra um funcionário público (SADURSKA, 2018, p. 51).

Diante dos 2 exemplos citados, é possível perceber que, o processo de reformas constitucionais corrido na Polônia difere dos procedimentos usados na Hungria. Enquanto Orbán, na Hungria, partiu de uma nova Constituição para implementar medidas que ameaçam a democracia liberal, Kaczyński trouxe mudanças constitucionais radicais e brutas sem nenhuma autorização constitucional ou sem maioria parlamentar suficiente para elaborar tais medidas. Entretanto, percebe que tanto a Hungria, como a Polônia, muitos valores e princípios da democracia liberal foram violados e mal interpretados. Em ambos os casos, percebeu-se que os partidos políticos têm um papel fundamental, não somente para favorecer a chegada desses homens políticos no poder, mas sobretudo para fortalecê-los, assim como a forma com a qual eles interpretam a democracia liberal. Entre outros vários exemplos, os casos da Polônia e da Hungria podem ser usados não somente para ilustrar como as democracias liberais podem se encontrar em perigo, mas sobretudo para comprovar que os

perigos que pesam sobre a democracia liberal podem vir de governos democraticamente eleitos, mas que têm aspirações contrárias à democracia liberal e um jeito particular de enxergá-la.

### **3. OBSTÁCULOS AO EFICAZ FUNCIONAMENTO DA DEMOCRACIA LIBERAL**

É preciso, antes de tudo, lembrar que a democracia liberal, que inclui os mecanismos do Estado liberal, tem por objetivo impedir as arbitrariedades e os abusos do poder estatal, através de uma armadura jurídica constitucional que deveria reger, por um lado, as relações entre os governantes e os governados, e por outro, as relações entre os governados. Portanto, os fundamentos liberais foram usados tanto para limitar a autoridade política, como também para preservar e consolidar as conquistas da humanidade sobre liberdades individuais, direitos humanos, ordem legal, governo representativo, legitimação da mobilidade social, entre outros (OBALDIA; NASCIMENTO, 2022, p.72).

Ao examinar os acontecimentos nocivos à democracia liberal na Hungria e na Polônia, entende-se que tais acontecimentos podem levar ambos os Estados a um processo de desdemocratização, tal descrito por Mudde e Kaltwasser. De acordo com ambos os autores, esse processo pode ser dividido em 3 (três) principais momentos: o primeiro corresponderia a uma erosão democrática que consistiria em estabelecer mudanças drásticas e fundamentais para minar a autonomia e a independência das instituições democráticas que protegem os direitos fundamentais dos indivíduos contra o poder político; o segundo momento seria a ruptura democrática, que pode ser caracterizada pela passagem de um regime democrático eleitoral para um autoritarismo competitivo ou para um autoritarismo pleno e total<sup>76</sup>; e por fim o terceiro momento seria a repressão democrática marcada por uma passagem progressiva de um regime autoritário competitivo para um regime autoritário pleno, no qual medidas antidemocráticas são tomadas com base na soberania popular e na maioria eleitoral para, por exemplo, enfrentar uma determinada crise ou situação (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p. 90-92).

---

<sup>76</sup> “No autoritarismo pleno, não há espaço para a oposição política e há uma repressão sistemática, enquanto o autoritarismo competitivo permite uma contestação limitada mas dentro de um campo de jogo político desigual entre os titulares e a oposição. Os regimes autoritários competitivos toleram a presença de uma oposição e realizar eleições, mas estas últimas são sistematicamente violadas em a favor dos titulares de cargos.” (MUDDE; KALTWASSER, 2017, p.86) (tradução nossa).

Ginsburg e Huq parecem seguir a mesma linha, ao apontar 5 principais mecanismos jurídicos e institucionais que podem levar a democracia liberal ao fim. O primeiro mecanismo, que trata das emendas constitucionais formais ou das reformas constitucionais, consiste em mudar certas regras procedimentais estabelecidas pela Constituição para tirar proveito, mudando as regras do jogo eleitoral e de administração do Estado, prejudicando e marginalizando os adversários políticos e o pluralismo deliberativo. De fato, como demonstrado acima nos casos da Hungria e da Polônia, as medidas jurídicas e institucionais implementadas por esses governos visavam a contornar a força regulamentadora da Lei, a atacar os direitos e liberdades individuais tais as liberdades de expressão e de associação, a impedir a alternância ao poder ou ainda a frustrar a realização de eleições livres e justas, prejudicando os adversários políticos, desrespeitando o pluralismo deliberativo e colocando fiéis para ocupar cargos na comissão eleitoral, na comissão de orçamento e no conselho de mídia (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 91-92)

O segundo mecanismo consiste na supressão ou na eliminação de freios e contrapesos, exercidos por instituições democráticas (as cortes, o parlamento, a legislação, etc), geralmente não eleitas, que protegem a sociedade ou servem de limitador ou de seguro contra o poder potencialmente destruidor da soberania popular, garantindo a pluralidade de interesses e controlando ou restringindo, de forma constante, a atuação e as intenções dos governantes no poder que, às vezes, se consideram todos poderosos e infalíveis (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 95-96); portanto o objetivo central das reformas constitucionais na Hungria e na Polônia visaram a enfraquecer a corte constitucional.

Em seguida, o terceiro mecanismo, que consiste na centralização e a politização do poder executivo, busca atacar a autonomia de estruturas burocráticas do Estado. De fato, o executivo, além de dismantelar as restrições que podem vir dos outros órgãos e poderes do Estado, busca também a dismantelar todo o aparato burocrático do Estado ao qual ele está submetido. Esse aparato burocrático do Estado, que às vezes é dirigido por pessoas afiliadas a outros partidos ou pessoas que se comprometeram perante a Lei, limita a atuação do poder executivo estabelecendo regras e procedimentos a serem observados para cada decisão ou ato, no intuito de: restringir o poder estatal; impedir violações de direitos, abusos de poder e o clientelismo com a compra de votos e apoio popular; de propagar informações neutras e transparentes para os cidadãos; e enfim, de preservar a conservadorismo do Estado diante mudanças rápidas e bruscas que podem ser implementadas pelo executivo; (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 102-105);

Já o quarto mecanismo, que trata de diminuição da esfera pública, consistiu não somente em restringir o espaço e os direitos fundamentais dos indivíduos e, principalmente, os direitos das minorias que são geralmente excluídas de políticas públicas, mas também em limitar a ação das mídias, da sociedade civil e das ONGs (GINSBURG; HUQ, 2018, p.113-117); e por fim, o quinto mecanismo que consiste na eliminação da concorrência política, limitando ou suprimindo a alteração no poder, fraudando as eleições, enfraquecendo a oposição tanto financeiramente, quando os recursos de um partido de oposição veem a serem limitados pelo partido, como politicamente, quando os líderes da oposição ou adversários políticos veem a serem “comprados” pelo partido no poder ou veem a serem ameaçados por processos judiciais ou se tornam alvos de crime e assassinato com o intuito de afastá-los do jogo político ou eleitoral (GINSBURG; HUQ, 2018, p.113-115).

Um dos primeiros obstáculos da democracia liberal, portanto, é o constitucionalismo abusivo, chamado ainda de autoritarismo suave ou de retrocesso constitucional. Esse fenômeno é estudado por vários doutrinadores, entre os quais, destaca-se David Landau. De acordo com o referido autor, o constitucionalismo abusivo caracteriza-se pelo uso de mecanismos de mudança constitucional, tantos pela reforma de uma constituição através de emendas constitucionais quanto pela criação de uma nova constituição, para minar a democracia.

Desta forma, percebe-se que esses mecanismos constitucionais podem, se mal-usados, dar origem a regimes autoritários e semiautoritários criando falsos regimes democráticos em que o Estado, de longe, parece ser democrático com todos os elementos essenciais de uma democracia liberal, mas de perto, é antidemocrático, com uma constituição moldada para minar a ordem democrática e servir interesses particulares. Portanto, presidentes e partidos políticos que se encontram no poder, podem arquitetar mudanças constitucionais significativas de modo “to make themselves very difficult to dislodge and so as to defuse institutions such as courts that are intended to check their exercises as power”<sup>77</sup> (LANDAU, 2013, p. 191)

No constitucionalismo abusivo, os presidentes ou os partidos políticos no poder, abusam de mecanismos e procedimentos formais de mudança da constituição para levar a ordem democrática a uma erosão. Estas mudanças podem apresentar vários aspectos. De fato, ao contrário do tradicional golpe de Estado, no qual os regimes autoritários buscam dominar

---

<sup>77</sup> “a se tornarem muito difíceis de desalojar e de modo a desarmar instituições como os tribunais que são destinados a verificar seus exercícios como poder” (LANDAU, 2013, p. 191) (tradução livre)

o Estado pela força e pela violência criando uma ruptura bruta da ordem constitucional, as mudanças constitucionais elaboradas no constitucionalismo abusivo, a princípio, são geralmente incrementais, graduais, progressivas, sutis e muito bem calculadas. Por outro lado, essas mudanças, à primeira vista, não caracterizam graves violações dos princípios e dos valores essenciais à democracia. Porém, examinando o processo de perto, tais mudanças constitucionais podem revelar-se nocivas à democracia com finalidade de levá-la a uma erosão incremental e gradual (ROZNAI; BRANDES, 2019, p. 1)

O constitucionalismo abusivo representa um obstáculo tanto para o pleno funcionamento da democracia liberal quanto para o exercício dos direitos humanos. Primeiro, em democracias liberais, a constituição impõe limites e restrições ao poder estatal, e representa uma salvaguarda que visa garantir e proteger os direitos humanos e fundamentais contra qualquer violação. Entretanto, o constitucionalismo abusivo derruba essas restrições do poder do governo e essas proteções dos direitos humanos contidas na constituição, abrindo o caminho para abusos contra os indivíduos e contra as demais instituições do Estado. Em segundo lugar, o constitucionalismo abusivo, além de corroer as proteções e limitações presentes na constituição, fortalece as mudanças e medidas antidemocráticas implementadas na constituição, transformando-as em normas constitucionais que serão, em seguida, difíceis a revogar, a mudar ou a contrariar a partir de ações e regras hierarquicamente inferiores a essa constituição. Assim, o constitucionalismo abusivo pode ser usado por regimes semi-autoritários para entrincheirar sua autoridade e seu poder sobre o Estado através dos mecanismos de mudança constitucionais (ROZNAI; BRANDES, 2019, p. 4).

Os limites ao pleno e correto funcionamento da democracia liberal, pode estar ligado a ela mesma. De fato, Levitsky e Ziblatt apontam, por um lado, que uma das grandes ironias de como as democracias morrem é que a própria defesa da democracia é muitas vezes usada como pretexto para a sua subversão, pois populistas, chamados em seu livro de aspirantes a autocratas, costumam usar crises econômicas, emergências sanitárias, como a COVID-19, desastres naturais e, sobretudo, ameaças à segurança (crise migratória, guerras, insurreições armadas ou ataques terroristas) para justificar medidas antidemocráticas e o abuso de poder. De outro lado, muitas vezes são as próprias constituições que conferem a expansão do poder Executivo durante crises, vez que possibilitam a concentração dos poderes entre as mãos do Executivo com facilidade, podendo, portanto, ameaçar instituições democráticas, os direitos

humanos, as liberdades públicas e enfraquecer os rivais durante esses momentos de crise, como aconteceu na Turquia de Erdogan<sup>78</sup> (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 108-110).

Ginsburg e Huq seguem a mesma linha de raciocínio afirmando que certos riscos ao bom funcionamento da democracia liberal estão enraizados nela mesma e estão ligados por exemplo, à intervenção cada vez mais crescente da máquina do Estado na vida das pessoas. De fato, a burocracia cresceu cada mais e os tecnocratas tomam cada mais decisões, o que acaba tornando a democracia cada vez menos significativa para os cidadãos, uma vez que eles não possuem mais autonomia própria para avaliar sozinho, as decisões políticas e as políticas públicas<sup>79</sup> que são tomadas e implementadas pelos governos. Desta forma, a baixa margem aos cidadãos pode ser explicada em termos de condições econômicas e educacionais, na medida em que um Estado, sem recursos econômicos e educativos apropriados, não pode garantir aos seus cidadãos o livre exercício de julgamento sobre as políticas públicas. Portanto, sem esse livre exercício de julgamento e sem esse envolvimento dos cidadãos, a democracia liberal acaba não tendo muita importância. Sendo assim, entende-se que a democracia liberal é antes de tudo, um exercício de auto-determinação que deve ocorrer em uma nação relativamente homogênea. (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 34-35)

Ademais, a ausência de uma cultura democrática pública e compartilhada por todos, pode obstruir o bom desempenho da democracia. De fato, é preciso que haja uma cultura pública que permite uma deliberação significativa sobre as decisões políticas dentro do Estado. Essa cultura democrática exige valores comuns e uma linguagem comum que devem ser compartilhados entre as diferentes raças e etnias que se encontram nesse Estado (GINSBURG; HUQ, 2018, p. 35).

---

<sup>78</sup> Em 2016, Erdogan e seu Partido da Justiça e Desenvolvimento usou a tentativa de golpe para reprimir não somente aqueles *putchistas* que supostamente estariam associados ao líder religioso exilado Fethullah Gülen, mas também dezenas de milhares de pessoas acusadas de serem seus apoiadores. Assim, as medidas de emergência permitiram que outras vozes críticas fossem silenciadas, notadamente através do fechamento, por decreto, da maioria dos jornais independentes e proibindo muitas organizações da mídia da sociedade civil (ROTH, 2017, p. 9).

<sup>79</sup> Karsten e Beckman entendem que a tomada de decisão em um sistema democrático pode gerar mais conflitos do que consenso e harmonia, porque as pessoas são diferentes e têm opiniões divergentes. Portanto o que acontece é que as pessoas são obrigadas a abandonar suas preferências e próprias escolhas em benefício do grupo majoritário que será representado pelo governo eleito. Assim, quando maior for o grupo, maior será a chance das escolhas desse grupo se converterem em políticas públicas e em leis para todos. Desta forma, a solidariedade e o espírito comunitário, que veiculam as democracias, para serem reais, precisam ser voluntários e não forçados (KARSTEN; BECKMAN, 2013, p.47-48).

#### 4. CONCLUSÃO

Na pergunta de saber como o eficaz funcionamento da democracia liberal pode ser obstruído ou dificultado a partir dos exemplos da Hungria e da Polônia, entendeu que a própria democracia liberal pode oferecer, a partir da constituição, mecanismos para sua subversão ou para seu declínio. Dessa forma, foram analisados os exemplos da Hungria e da Polônia em que a democracia liberal se mostrou instável e em uma segunda parte, foram examinados os obstáculos para um eficaz funcionamento da democracia liberal. Nos exemplos da Hungria e da Polônia, governos democraticamente eleitos, usaram mecanismos jurídicos e institucionais para colocar a democracia liberal a mal, derrubando as instituições de freios e contra-pesos, centralizando os poderes nas mãos do Executivo, infringindo direitos e liberdades individuais, e frustrando a realização de um jogo eleitoral justo e transparente. Portanto, chega a conclusão de que a democracia liberal precisa ser melhor interpretada e compreendida. Observou-se que a fonte dos obstáculos à democracia liberal surge da má interpretação feita da essência da democracia liberal e do mal uso das ferramentas que ela oferece.

Diante, desses acontecimentos, entendeu-se que é preciso de uma educação para uma forte cultura democrática compartilhada entre todos os indivíduos. Um cultura democrática que conscientize e responsabilize os políticos sobre a importância do bem comum e sobre a essência e a importância da democracia liberal para o Estado, os indivíduos e a comunidade internacional.

#### 5. Referências Bibliográficas

ARDITI, Benjamín. *La política en los bordes del liberalismo: Diferencia, populismo, revolución, emancipación*. 1. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2017.

GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Constitutional Democracy in crisis? In: \_\_\_\_\_ (Eds.). *Constitutional Democracy in Crisis?*. Nova York: Oxford University Press, 2018. p. 1-9

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. *How to save a constitutional democracy*. The University of Chicago Press, Chicago, 2018.

\_\_\_\_\_. Defining and tracking the trajectory of liberal constitutional democracy. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Eds.). *Constitutional Democracy in Crisis?*. Nova York: Oxford University Press, 2018. p. 29-48.

HALMAI, Gábor. A coup against constitutional democracy. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (Eds.). *Constitutional Democracy in Crisis?*. Nova York: Oxford University Press, 2018. p. 243-256.

- KARSTEN, Frank; BECKMAN, Karel. *Além da democracia*, Instituto Ludwig von Mises Brasil, Tradução de Fernando Manaças Ferreira, Sao Paulo, 2013. p. 102
- LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *UC Davis Law Review*, Davis-CA, v. 47, n. 1, 2013, p. 189-260
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MUDDE, Cas; KALTWASSER, Cristóbal R. *Populism: A Very Short Introduction*. 1. ed. Nova York: Oxford University Press, 2017.
- OBALDIA, Bruna Andrade; NASCIMENTO, Valéria Ribas. Democracia liberal e(m) crise: a dupla face do problema do na ascensão do liberalismo antidemocrático e da democracia iliberal. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 38, n. 1, 2022, pp. 68-82
- RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução Mariana Echalar. Biotempo editorial, 1. Ed. São Paulo, 2014
- ROSANVALLON, Pierre. *Le siècle du populisme: histoire, théorie, critique*. Paris: Éditions du Seuil, 2020.
- ROTH, Kenneth. La dangereuse montée du populisme: Les valeurs des droits humains attaquées à travers le monde. In: HUMAN RIGHTS WATCH. *Rapport mondial 2017: Événements de 2016*. Nova York: Human Rights Watch, 2017. p. 03-17. Disponível em: [https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting\\_resources/wr2017fr\\_abridged\\_0.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/wr2017fr_abridged_0.pdf). Acesso em: 07 jul. 2020
- ROZNAI, Yaniv; BRANDES, Tamar Hostobsky. *Democratic erosion, populist constitutionalism and the unconstitutional constitutional amendments doctrine*, 2019, disponível em : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3394412](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3394412). Acesso : 31.01.2023
- SADURSKI, Wojciech. How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding. *Sydney Law School Legal Studies Research Paper*, Sydney, [The University of Sidney], v. 18, n. 1, p. 1-71, jan. 2018.

# UMA ANÁLISE JURÍDICA DO ROL DE PRECEDENTES DO ART. 927, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, SOB A LUZ DAS ESCOLAS MINIMALISTA E MAXIMALISTA

A legal analysis of the list of precedentes of art. 927, of the brazilian civil procedure  
code, under the light of the minimalista and maximalista schools

Dr. Danilo de Oliveira<sup>80</sup>

Dr. Marcelo Lamy<sup>81</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. As escolas minimalista e maximalista: uma noção; 2. O rol do 927 do CPC: uma análise; 3. A observância do art. 489, §1º: uma influência maximalista; Considerações finais; Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente estudo analisa o sistema brasileiro de precedentes judiciais. Até que ponto determinadas decisões judiciais anteriores, elencadas pelo sistema processual pátrio, notadamente pelo art. 927, do CPC/2015, além de trazerem um natural enriquecimento hermenêutico que toda jurisprudência traz, tornaram-se uma racionalidade projetável de maneira persuasiva, preceptiva ou vinculante para as decisões futuras. O art. 927 do CPC brasileiro expressamente impõe aos juízes e tribunais pátrios a observância de um rol de precedentes judiciais, o que tem causado grande celeuma entre operadores do Direito e doutrinadores, em virtude da discussão em torno dos efeitos de cada um deles, em grande medida fruto de certa imprecisão na compreensão da expressão “observarão”. Objetivou-se, então, analisar a influência das escolas de pensamento minimalista e maximalista sobre a interpretação de normas jurídicas que compõem o sistema brasileiro de precedentes judiciais, como as presentes na CF/1988, na Recomendação 134/2022 do CNJ e no CPC/2015, notadamente os incisos de seu art. 927. Visou-se, também, explorar como os Tribunais Superiores brasileiros têm interpretado e aplicado essas normas jurídicas recentemente. Ainda, aportar contributos para a melhoria do sistema brasileiro de precedentes judiciais em compatibilidade com o paradigma constitucional da fundamentação das decisões judiciais, desdobramento do Estado Democrático de Direito. A presente pesquisa se desenvolveu, no âmbito da coleta de dados, a partir do levantamento de normas primárias e secundárias, processuais e procedimentais, vigentes no Brasil sobre a temática, principalmente os incisos do art. 927, do CPC/2015. Ancorados em um conjunto de livros publicados no Brasil por autores de renome, identificamos para cada hipótese (incisos do art. 927, do CPC/2015) casos paradigmas do STF ou do STJ. Os dados coletados foram analisados valendo-se da

---

<sup>80</sup> 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). E-mail: [danilooliveira@unisanta.br](mailto:danilooliveira@unisanta.br). <http://lattes.cnpq.br/3723945568020549>.

<sup>81</sup> Vice Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Saúde 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. E-mail: [marcelolamy@unisanta.br](mailto:marcelolamy@unisanta.br). <http://lattes.cnpq.br/9347562683746206>.

técnica da revisão crítico-narrativa: resume-se o pensamento dos autores ou das normas jurídicas ou das decisões judiciais e agrega-se a crítica dialógica dos autores consultados e dos autores do presente trabalho. Do ponto de vista filosófico ou geral de abordagem, a presente pesquisa ampara-se no estruturalismo hermenêutico. Pelo matiz estruturalista, identificamos os incisos do art. 927, do CPC, como um rol de precedentes judiciais no Brasil que deve ser observado pelos juízes e tribunais brasileiros. Pelo matiz hermenêutico, identificamos as peculiaridades de cada corrente de pensamento – minimalista e maximalista – sobre cada precedente judicial elencado no rol do art. 927, do CPC. Concluimos que, como regra, o rol do art. 927 está alinhado ao maximalismo.

**Palavras-chave:** Precedentes judiciais; Observância; Racionalidade vinculante; Minimalismo; Maximalismo.

**Abstract:** The present study analyzes the Brazilian system of judicial precedents. To what extent certain previous judicial decisions, listed by the national procedural system, notably by art. 927, of CPC/2015, in addition to bringing a natural hermeneutic enrichment that all jurisprudence brings, have become a rationality that can be projected in a persuasive, perceptive or binding way for future decisions. Article 927 of the Brazilian CPC expressly imposes on national judges and courts the observance of a list of judicial precedents, which has caused a great stir among legal practitioners and scholars, due to the discussion around the effects of each one of them, largely the result of of a certain imprecision in the understanding of the expression “will observe”. The objective, then, was to analyze the influence of the minimalist and maximalist schools of thought on the interpretation of legal norms that make up the Brazilian system of judicial precedents, such as those present in CF/1988, in Recommendation 134/2022 of the CNJ and in CPC/ 2015, notably the items of its art. 927. The aim was also to explore how the Brazilian Superior Courts have interpreted and applied these legal norms recently. Also, contribute to the improvement of the Brazilian system of judicial precedents in compatibility with the constitutional paradigm of the reasoning of judicial decisions, unfolding of the Democratic State of Law. The present research was developed, in the context of data collection, from the survey of primary and secondary, procedural and procedural standards, in force in Brazil on the subject, mainly the items of art. 927, of CPC/2015. Anchored in a set of books published in Brazil by renowned authors, we identified for each hypothesis (items of art. 927, of CPC/2015) paradigm cases of the STF or STJ. The collected data were analyzed using the critical-narrative review technique: summarizing the thinking of the authors or legal norms or court decisions and adding the dialogic criticism of the consulted authors and the authors of the present work. From a philosophical point of view or a general approach, this research is based on hermeneutic structuralism. By the structuralist hue, we identify the items of art. 927, of the CPC, as a list of judicial precedents in Brazil that must be observed by Brazilian judges and courts. By hermeneutical hue, we identify the peculiarities of each current of thought - minimalist and maximalist - about each judicial precedent listed in the list of art. 927, of the CPC. We conclude that, as a rule, the role of art. 927 is aligned with maximalism.

**Keywords:** Judicial precedents; Observance; Binding rationality; Minimalism; Maximalism.

## Introdução

Nesse artigo nos debruçamos sobre o rol do art. 927, do CPC, analisando-o sob a luz das escolas minimalista e maximalista, na busca de compreender como cada uma das

hipóteses nele prevista deve ser observada e, sobretudo, utilizada (seguida ou não) a título de precedente judicial para a justa solução do caso sob julgamento.

Na seção 1., abordamos uma noção acerca das escolas minimalista e maximalista, apresentando as suas principais distinções que correspondem as suas diretrizes hermenêuticas.

Na seção 2., analisamos o rol do art. 927, do CPC, sob o enfoque dessas escolas.

Na seção 3., apontamos a influência maximalista, expressamente prevista no CPC (art. 927, §1 c/c art. 489, §1), como a regra elegida pelo legislador pátrio.

Em seguida, tecemos as nossas considerações finais acerca do objeto proposto.

### **1. As escolas minimalista e maximalista: uma noção**

Segundo os minimalistas (representados por excelência por Goodhart<sup>82</sup>), somente a generalização da decisão constitui precedente legítimo, porque ela se vincula estritamente às circunstâncias relevantes e obsta a desmesura no poder normativo dos tribunais. Para os minimalistas (corrente de pensamento que almeja dar o mínimo de efeitos para os precedentes) é preciso encontrar a regra de decisão.

A identificação da regra de decisão, para que ela sirva legitimamente como um precedente judicial, impõe três passos: 1. tradução objetiva (matemática/mecânica) da regra de decisão ( $A+B=X$ ); 2. avaliação da regra de decisão, pautada nos critérios da universalidade/generalidade, da consistência fática e da coerência lógica; e 3. avaliação da amplitude de seus efeitos (*erga omnes*, *intra partes* ou *ultra partes*; vinculante, preceptivo ou persuasivo; eventual modulação de efeitos). Sobre esse assunto, já nos debruçamos detidamente no artigo “A hermenêutica dos precedentes judiciais no Brasil”.

Já para os maximalistas (representados por excelência por Schauer<sup>83</sup>), a generalização dos fundamentos é o almejado pelo sistema de precedentes, pois o que se persegue, com esse instituto, é a racionalização igualitária máxima do sistema judicial. Nesse matiz, a racionalidade intrínseca ao sistema confere nova legitimidade para o Poder Judiciário. Ademais, não basta saber quais as circunstâncias são relevantes, é preciso saber “porque” determinados fatos foram considerados relevantes e isto só se consegue efetivamente nos

---

<sup>82</sup> Cf. Ana Laura Magaloni Kerpel. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana, 2001.

<sup>83</sup> Cf. Ana Laura Magaloni Kerpel. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana, 2001.

fundamentos. Para os maximalistas (corrente de pensamento que almeja dar o máximo de efeitos para os precedentes) é preciso ir além da regra de decisão, é preciso buscar os fundamentos da decisão precedente (os seus fundamentos determinantes), pois eles servirão de base para as decisões seguintes, não apenas a regra de decisão.

A identificação dos fundamentos determinantes de uma decisão, para que ela sirva legitimamente como um precedente judicial, também possui três passos: 1. identificação do quadro decisório dos fundamentos (decisão unânime, majoritária uniforme ou majoritária plural); 2. identificação dos fundamentos fático-jurídicos, com a exclusão do *obiter dictum* ou *obiter dicta*; e 3. avaliação da amplitude de seus efeitos (vinculante, preceptivo ou persuasivo; eventual modulação de efeitos). Sobre esse assunto, já nos debruçamos detidamente no artigo “A hermenêutica dos precedentes judiciais no Brasil”.

No Brasil, a amplificação dos efeitos da “decisão de inconstitucionalidade” alçada a efeitos *erga omnes* e vinculante por disposição constitucional expressa, nas ações diretas de inconstitucionalidade, incorporou o sistema minimalista de generalização da decisão. Quando, porém, o STF se utilizou do “princípio da transcendência” ou da “teoria dos motivos determinantes”, como forma de amplificar os efeitos dos raciocínios fundantes da decisão de inconstitucionalidade, incorporou o sistema maximalista da generalização dos fundamentos. A senda maximalista viu-se, por sua vez, enraizada pela adoção, no Brasil, do sistema das súmulas vinculantes.

## **2. O rol do art. 927 do CPC: uma análise**

O CPC de 2015 trouxe um rol de hipóteses destinadas ao julgador, a ser por ele observado quando compreende, interpreta e aplica o Direito ao caso sob julgamento. Genericamente, costumamos ouvir se tratar de um rol de precedentes judiciais. Tecnicamente, há quem distinga, por exemplo, entre precedentes, jurisprudência e súmulas, como Daniel Mitidiero (2022, p. 98). Juraci Mourão Lopes Filho, mencionando Emilio de Medeiros Viana, enxerga no rol do art. 927 do CPC a presença de padrões decisórios (2020, p. 327).

Inobstante a existência de distinções técnico-jurídicas entre as hipóteses inventariadas no art. 927 do CPC (há, por outro lado, características comuns<sup>84</sup>), o nosso objetivo aqui é o de correlacionar cada uma delas com as escolas jusfilosóficas minimalista e maximalista.

O art. 927, I, do CPC, inicia o rol prevendo “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (BRASIL, 2015).

Para Daniel Mítiero, o dispositivo em comento confunde a eficácia *erga omnes* desse tipo de decisão com o seu efeito vinculante, enquanto precedente. Segundo ele:

As decisões em controle concentrado visam a aplicar a Constituição a fim de aferir a constitucionalidade da lei ou ato normativo – portanto, visam à solução da questão constitucional e os respectivos dispositivos contam com a eficácia *erga omnes* (art. 102, §2º, CF). O que pode, no entanto, gerar precedentes são as razões determinantes constantes da fundamentação da decisão em controle abstrato de constitucionalidade (MITIDIERO, 2022, p. 102).

Dessarte, parece-nos crucial explicarmos, ainda que brevemente, o surgimento e, sobretudo, a compreensão do que seja efeito vinculante, o que repercutirá na compreensão do nosso sistema de precedentes.

A origem normativa do efeito vinculante se deu entre nós pela EC 3/1993, previsto inicialmente apenas para as ações declaratórias de constitucionalidade, ADC, (art. 102, §1º). Evidentemente, o constituinte derivado não o conceituou, assim restando dúvidas sobre o que precisamente ele seria. Ainda em 1993, o Ministro Moreira Alves, em QO na ADC 1, sustentou que a decisão proferida em sede de ADC torna-se aplicável para casos idênticos. Ou seja, a regra de decisão (constitucionalidade/inconstitucionalidade) é vinculante. A Lei 9.868/1999, por sua vez, estendeu o efeito vinculante, novamente sem defini-lo, para a ação declaratória de inconstitucionalidade, para a interpretação conforme a Constituição e para a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto (art. 28, parágrafo único). Contudo, em 2003, na Reclamação 2.363, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que a decisão se torna aplicável para casos semelhantes. Ou seja, os fundamentos determinantes da decisão são vinculantes (causa de decidir). Lembramos que o objeto do controle abstrato de constitucionalidade, lei ou ato normativo federal, foi ampliado pela EC 45/2004, para normas federais e estaduais.

---

<sup>84</sup> Recomendamos a leitura de Juraci Mourão Lopes Filho: “3.6.2.1. O que faz um pronunciamento jurisdicional constar no rol do art. 927” (2020, p. 327-335). Basicamente, segundo o autor, as hipóteses do art. 927 do CPC autorizam o uso de reclamação (medida protetiva) e viabilizam decisões mais céleres (medidas promocionais), como a improcedência liminar do pedido, as decisões do relator do recurso, a tutela provisória de evidência.

Voltando à redação do inciso I, do art. 927, do CPC, o uso da expressão “decisões” parece sinalizar que se adotou a teoria minimalista, pela qual o precedente se extrai da regra de decisão. Todavia, mesmo para a teoria minimalista as circunstâncias relevantes que levaram à regra de decisão devem ser observadas no caso sob julgamento, isto é, as circunstâncias relevantes anteriormente adotadas como tais também vinculam o julgador. Essas nossas inferências parecem se coadunar, ainda, com o §1º, do art. 927, do CPC, que sinteticamente trata do dever de o julgador enfrentar os fundamentos determinantes de um precedente judicial.

Observadas as circunstâncias relevantes que levaram à conclusão, nas hipóteses do CPC, art. 927, I, a regra de decisão serve como argumento de autoridade, isto é, tem efeito vinculante.

O art. 927, II, do CPC, estabelece como de observância obrigatória “os enunciados de súmula vinculante” (BRASIL, 2015). Foi a EC 45/2004 que introduziu em nosso ordenamento as súmulas vinculantes, ainda sem definir o que seja efeito vinculante (CF/1988, art. 103-A). Então, parece-nos essencial compreendermos qual deva ser o conteúdo do enunciado de uma súmula vinculante. Nesse sentido, o art. 926, §2º, do CPC, previu expressamente o dever de os tribunais se aterem às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação, ao editar enunciados de súmulas (BRASIL, 2015). Nessa mesma linha é a previsão da Recomendação 134/2022 do CNJ, pela qual se orienta que os enunciados não contenham mais de uma tese (art. 13, II), bem como que as teses “indiquem brevemente e com precisão as circunstâncias fáticas as quais diz respeito” (art. 13, III). Dado o seu conteúdo necessário, “os enunciados de súmula vinculante” enquanto padrão decisório se coadunam com a escola maximalista.

Desse modo, acreditamos que, assim como acontece com as decisões do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante devem se ater às circunstâncias relevantes (fundamentos determinantes) que levaram à fixação da tese enunciada (regra de decisão). O precedente deve abranger não apenas a regra de decisão; deve abranger os fundamentos (fático-jurídicos) determinantes da tese, os quais devem constar do enunciado, de modo a facilitar a racionalidade vinculante inerente ao sistema brasileiro de precedentes, nos termos do art. 927, §1º, do CPC.

Observadas as circunstâncias relevantes que levaram à conclusão, nas hipóteses do CPC, art. 927, II, a regra de decisão serve como argumento de autoridade, isto é, tem efeito vinculante.

O art. 927, III, do CPC, prevê que os juízes e tribunais observarão “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos” (BRASIL, 2015).

Os incidentes de assunção de competência (IAC) e de resolução de demandas repetitivas (IRDR) têm em comum, a princípio, a natureza incidente, além da competência dos tribunais. Segundo Fredie Didier Jr., ambos têm como objetivo comum a formação de um precedente obrigatório, integrante de um microsistema de formação concentrada (2020, p. 818).

Eles diferenciam-se quanto aos seus requisitos de admissibilidade. O IAC pressupõe “relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (CPC, art. 947, *caput*) ou, ainda, “relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal” (CPC, art. 947, §4º). O IRDR pressupõe, simultaneamente, “a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (CPC, art. 976, *caput*, I e II).

Outra questão pertinente é a dos efeitos dos acórdãos proferidos em sede de IAC ou de IRDR, os quais deverão ser observados pelos juízes e tribunais (CPC, art. 927, III). Faz-se imperioso destacar uma distinção baseada num critério territorial. Assim, são perceptíveis efeitos simultâneos, tanto no âmbito interno quanto no externo dos tribunais.

Os acórdãos proferidos em sede de IAC e de IRDR teriam, supostamente (sob uma interpretação meramente literal), efeito vinculante no âmbito interno dos respectivos tribunais (argumento de autoridade). Respectivamente, arts. 947, §3º<sup>85</sup> e 985, I e II<sup>86</sup>. No mesmo sentido, é a Recomendação 134/2022, art. 33, *caput*<sup>87</sup>. Já no âmbito externo, a Recomendação 134/2022 é no sentido de que tenha “efeito persuasivo em relação aos juízos situados fora da área de jurisdição do tribunal que tenha julgado o incidente” (art. 33, §2º).

De fato, nos parece adequado que no âmbito externo se reconheça o efeito persuasivo (argumento de exemplo). Contudo, no âmbito interno, parece-nos mais adequado o reconhecimento do efeito preceptivo (argumento de justiça). Isso porque esse é o máximo

---

<sup>85</sup> Art. 947, §3º: “O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.”

<sup>86</sup> “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juzizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.”

<sup>87</sup> “Art. 33. Recomenda-se que o precedente produzido no IRDR ou no IAC seja aplicado com efeito vinculativo no âmbito do respectivo tribunal, em sentido horizontal e vertical.”

efeito que pode ser atribuído para uma decisão no âmbito infraconstitucional, segundo o STF. No Agravo Regimental na Reclamação n. 1.880/2002<sup>88</sup>, a maioria dos ministros entendeu a atribuição de efeito vinculante somente poderia ser estabelecida pela Constituição e, assim sendo, naquela demanda, decidiu-se que a ampliação infraconstitucional do efeito vinculante seria possível apenas na dimensão em que a ADC e a ADI têm caráter dúplice e ambivalência.

O mesmo inciso III arrola ainda os acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. A previsão do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos está no CPC, arts. 1.036 a 1.041, cujo fato gerador é, basicamente, a existência de múltiplos recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito (CPC, art. 1.036, *caput*).

Nessas hipóteses, a análise do mérito desses recursos pode ocorrer mediante amostragem, por meio da seleção de recursos que representem adequadamente a controvérsia jurídica. Portanto, recurso repetitivo (RR) é todo aquele que representa um grupo de recursos extraordinários ou especiais que tenham teses idênticas. Ou seja, que possuam fundamento em idêntica questão de direito. O que se objetiva é a concretização dos princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes processuais e da segurança jurídica<sup>89</sup>.

Entretanto, a crítica feita por Daniel Mitidiero nos parece oportuna:

O art. 927 do CPC, é qualitativa e funcionalmente incompleto, porque alude a “acórdãos” e “julgamentos” (art. 927, III, do CPC), quando na verdade deveria no mínimo ter feito referência às razões constantes da fundamentação dos acórdãos. Porém, ainda que tivesse corretamente aludido à razões, faltaria substância ao dispositivo, porque nada diz respeito à qualidade das razões – nem todas as razões devem ser seguidas, mas apenas as necessárias e suficientes para definição da questão – e da forma de julgamento necessária para que as Cortes Supremas bem possam desempenhar as suas funções de outorga de unidade ao direito: decisão colegiada – e não plural – e com fundamentação unânime ou majoritária – e não com fundamentação concorrente. (2022, p. 103)

Desse modo, os acórdãos proferidos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, enquanto precedentes, devem se alinhar o quanto possível for à escola

---

<sup>88</sup> Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Agravo Regimental na Reclamação n. 1.880-6/SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2002, D. J. 19/03/2004.

<sup>89</sup> Tema ou Recurso Repetitivo (RR). Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/recursos-repetitivos#:~:text=Tema%20ou%20Recurso%20Repetitivo%20\(RR\)&text=%E2%80%8B%C3%89%20o%20recurso%20julgado,discutida%20id%C3%AAntica%20quest%C3%A3o%20de%20direito.](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/recursos-repetitivos#:~:text=Tema%20ou%20Recurso%20Repetitivo%20(RR)&text=%E2%80%8B%C3%89%20o%20recurso%20julgado,discutida%20id%C3%AAntica%20quest%C3%A3o%20de%20direito.) Acesso em: 08/04/2023.

maximalista. A uma, porque para servir como paradigma para a solução de controvérsias jurídicas idênticas, a lógica impõe, *a priori*, a identidade entre os fundamentos determinantes (fáticos, fático-contextuais e jurídicos) da regra de decisão precedente e os do caso sob julgamento. A duas, por causa da previsão contida no art. 927, §1º, de observância do art. 489, §1º, ambos do CPC. Quanto ao efeito desses acórdãos, na pretensa condição de precedentes, sustentamos se tratar de um argumento de justiça (efeito preceptivo), sobre o que nos debruçamos detidamente no texto “efeitos persuasivo, preceptivo e vinculante dos precedentes judiciais, sob a luz das normas jurídicas vigentes no Brasil”.

O art. 927, IV, do CPC, arrola como de observância obrigatória “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” (BRASIL, 2015). Lembramos que, no inciso II, do mesmo artigo, já se previu a observância dos “enunciados de súmula vinculante” (BRASIL, 2015). Logo, trata-se de hipóteses distintas.

Qual seria, então, a diferença entre as duas modalidades de súmulas? Entre as vinculantes e as não-vinculantes, que justificaria o legislador inventariá-las em incisos distintos, ao invés de fazê-lo num só?

Parece-nos que a distinção tradicionalmente oferecida não merece mais preponderar. A de que, enquanto as súmulas vinculantes aprovadas pelo STF vinculam “aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (CF/1988, art. 103-A), as demais, não-vinculantes (súmulas de jurisprudência), oferecem apenas uma orientação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública acerca daquilo que pensam os Tribunais Superiores, de modo que nessas últimas o julgador não estaria obrigado a adotá-las em sua causa de decidir.

A leitura do art. 927, IV, do CPC, parece contrastar com essa distinção. Somemos a isso, a hipótese de o juiz julgar liminarmente improcedente o pedido – isto é, antes mesmo da citação do réu – quando a pretensão do autor contrariar “enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça” (CPC, art. 332, I), sem distinguir entre as vinculantes e as de jurisprudência. Lembramos que o texto dessa norma jurídica prevê expressamente que o juiz “julgará liminarmente improcedente o pedido”. Ou seja, aparentemente, trata-se, nessas hipóteses, de um dever (caráter obrigatório), não de uma possibilidade pautada numa mera orientação.

Parece-nos claro que o CPC de 2015 arrolou no rol de precedentes tanto as súmulas vinculantes, destinadas a uniformizar decisões desconformes, quanto as súmulas de jurisprudência, destinadas a uniformizar decisões num mesmo sentido.

Segundo Daniel Mitidiero, “rigorosamente, não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes” (2022, p. 103). Para ele, em relação ao art. 927, do CPC, o legislador não se atentou que precedentes e súmulas não estão no mesmo nível. As súmulas são extratos, enunciados cujo objetivo é retratar precedentes. Logo, as súmulas estão um nível acima dos precedentes, devendo, portanto, se ater às circunstâncias fático-jurídicas que levaram à formação do precedente, como determina o art. 926, § 2º, do CPC (MITIDIERO, 2022, p. 103).

Contudo, é perceptível que a edição de enunciados de súmulas muitas vezes não consegue cumprir essa tarefa, a de “ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (CPC, art. 926, §2º). Por isso, como uma espécie de corretivo, de suma importância a previsão contida no § 1º, do art. 927, do CPC, a qual comentaremos oportunamente. Adiantamos, sinteticamente, tratar-se do dever de o julgador enfrentar os fundamentos determinantes de um precedente judicial, seja para aplicá-lo no caso sob julgamento, seja para o afastá-lo.

Compreendidas como integrantes do rol de precedentes do sistema brasileiro, embora nos pareça indevido atribuir efeitos preceptivos aos fundamentos das súmulas de jurisprudência, por razões históricas – porque elas nasceram apenas para orientar o labor judicante – é preciso reconhecer que a normativa processual vigente estabelece algumas consequências para os fundamentos dessas súmulas que temos de reconhecer que possuem o viés preceptivo (argumento de justiça), sobre o que nos debruçamos detidamente no texto “efeitos persuasivo, preceptivo e vinculante dos precedentes judiciais, sob a luz das normas jurídicas vigentes no Brasil”.

O art. 927, V, do CPC, arrola como de observância obrigatória “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados [os juízes e os tribunais]” (BRASIL, 2015).

Segundo Juraci Mourão Lopes Filho, a interpretação mais adequada desse dispositivo (927, V) é a de que a orientação a que ele se refere é toda aquela que for sumulada (2020, p. 330). Todavia, ele próprio reconhece que: “As outras ‘orientações’ não sumuladas devem ser observadas como todo e qualquer precedente que não consta literalmente nesse dispositivo” (2020, p. 330).

A inferência desse autor decorre da compreensão particular de que o rol do art. 927, do CPC, tem em comum padrões decisórios que admitem medidas protetivas (como a reclamação) e/ou medidas de promocionais. As medidas promocionais previstas no CPC, art. 332, IV<sup>90</sup>, e art. 932, IV, “a” e V, “a”<sup>91</sup>, estão voltadas às súmulas [orientações sumuladas] dos tribunais locais. Daí, ele sustentar que no art. 927, V, do CPC, o legislador arrolou as orientações sumuladas, inobstante não haver prejuízo à observação das orientações não sumuladas, como visto (2020, p.330).

Dado o entendimento do STF, há pouco mencionado, de que à legislação infraconstitucional não é dado atribuir efeito vinculante, bem como que as orientações do plenário ou do órgão especial dispõem de medidas protetivas e/ou promocionais – quando sumuladas –, cremos que tais decisões têm efeito preceptivo (argumento de justiça), sobre o que também nos debruçamos detidamente no texto “efeitos persuasivo, preceptivo e vinculante dos precedentes judiciais, sob a luz das normas jurídicas vigentes no Brasil”.

À guisa de encerramento desse item, faz-se pertinente invocar outra observação de Juraci Mourão Lopes Filho:

[...] o *caput* do art. 927, com seus respectivos incisos, não traz todas as espécies de manifestações do Judiciário que podem veicular um precedente ou jurisprudência. É possível lembrar as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em processos originários, em recursos ordinários, dos órgãos fracionários dos tribunais, Cortes congêneres (como tribunal estadual diverso ou federal de outra região), entre outros. Há, portanto, uma insuficiência quantitativa. (2020, p. 327)

O nosso objeto, lembramos, foi a análise desse rol (art. 927, do CPC) sob a luz das escolas minimalista e maximalista.

### **3. A observância do art. 489, §1º: uma influência maximalista**

Inobstante a análise isolada de cada uma das hipóteses do rol do art. 927, do CPC, sob a luz das escolas minimalista e maximalista feita anteriormente, o atual CPC brasileiro

---

<sup>90</sup> “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: [...]; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

<sup>91</sup> “Art. 932. Incumbe ao relator:[...]; IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; [...]; V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;”

trouxe uma relevante previsão. A de que o julgador, quando decidir com fundamento no art. 927, tem o dever de observar o art. 489, §1º, do mesmo CPC (art. 927, §1º).

Em síntese, o sistema brasileiro de precedentes judiciais impõe como técnica processual de utilização de uma decisão judicial anterior (seguimento ou não-seguimento), dentre outros parâmetros previstos no CPC, art. 489, §1º, notadamente os dos incisos V e VI.

“Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...];

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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.” (BRASIL, 2015)

Parece-nos nítido, em ambas as hipóteses (incisos V e VI), que para a utilização de uma decisão judicial anterior (seguimento ou não-seguimento) o julgador necessitará ir além da regra de decisão, atendo-se, necessariamente, aos seus fundamentos determinantes (fático-jurídicos). Portanto, ao menos como regra geral (o pleonasma aqui é proposital), o CPC adotou a escola maximalista para o sistema brasileiro de precedentes judiciais, segundo a qual o pretense precedente é integrado pela regra de decisão e pelos respectivos fundamentos determinantes (fáticos, fático-contextuais, jurídicos).

Enxergamos nesse comando normativo (CPC, art. 927, §1º c/c art. 489, §1º, V e VI) o caminho para a concretização daquilo que, para nós, verdadeira e legitimamente vincula o julgador: a racionalidade inerente ao sistema brasileiro de precedentes judiciais.

Justificaremos esse argumento de racionalidade tomando como exemplo uma hipótese de utilização do precedente pelo seu seguimento, o que impõe a observância do CPC, art. 489, §1º, V. Nessa hipótese, três são os parâmetros para o julgador: um prévio dever-negativo e dois positivos.

O prévio dever-negativo consiste no de não invocar uma decisão judicial anterior a título de precedente, sem identificar a justiça dessa decisão, tampouco cotejá-la com o caso novo<sup>92</sup>. Conseqüentemente, deve o julgador resgatar os fundamentos determinantes da

---

<sup>92</sup> Quando o julgador se limita a invocar precedente judicial, sem identificar seus fundamentos determinantes (fático-jurídicos) nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, a sua decisão é

decisão anterior, porque, como já vimos, um precedente judicial é composto pela regra de decisão (minimalismo) e pelos seus fundamentos fático-jurídicos (maximalismo). Trata-se, em resumo, de um dever de identificação dos contornos da decisão anterior (precedente judicial = regra de decisão + fatos + fundamentos jurídicos). Além disso, deve o julgador demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta aos contornos da decisão anterior, já identificados. Trata-se, em síntese, de um dever de demonstração de ajuste entre os contornos do caso atual e os da decisão anterior, fruto da comparação expressa entre ambos.

Os três deveres do julgador que justificam o argumento da racionalidade vinculante inerente à utilização dum precedente para o seu seguimento podem ser assim resumidos: dever de não-invocação automática (imotivada) do precedente; dever de identificação dos contornos da decisão anterior; e, por fim, dever de demonstração de ajuste entre os contornos da decisão anterior e os do caso sob julgamento.

Portanto, o que vincula o magistrado não é propriamente a decisão anterior, o pretenso precedente judicial, mas a racionalidade imposta pelo sistema brasileiro para a sua utilização, da qual emana um inegável ganho hermenêutico para todo o ordenamento jurídico.

### **Considerações finais**

Como regra, os precedentes judiciais arrolados como tal, no Brasil, seguem a influência da escola maximalista, pela qual os precedentes judiciais estão além da regra de decisão, deles fazendo parte os seus fundamentos determinantes: fáticos, fáticos-contextuais e jurídicos. É o que depreendemos do comando normativo contido no CPC, art. 927, §1, segunda parte c/c art. 489, §1º, notadamente nos incisos V e VI.

A adoção expressa do maximalismo pelo atual CPC brasileiro desvela que o sistema brasileiro de precedentes judiciais impõe, *a priori*, uma racionalidade vinculante, ao invés de impor precedentes obrigatórios. Noutras palavras, o sistema brasileiro parece mais se aproximar de uma concepção dos precedentes enquanto argumentos de racionalidade, ao invés de impô-los como argumentos de autoridade.

---

considerada, por mandamento legal, não-fundamentada, isto é, omissa. Portanto, essa invocação imotivada de uma decisão anterior a título de precedente judicial é obstada expressamente por lei, o que está em absoluta consonância com o dever constitucionalmente estabelecido de fundamentação de todas as decisões judiciais (artigo 93, inciso IX da CF/1988).

Contudo, podemos reconhecer que as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade seguem influenciadas pela corrente minimalista que se contenta com a regra de decisão como a representação de um precedente judicial. Digamos o mesmo em relação às súmulas vinculantes e às decisões incidentes de (in)constitucionalidade.

### Referências Bibliográficas

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](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 28.12.2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 28.12.2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação n. 134, de 09 de setembro de 2022. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2022/setembro/douinforme-12-09.2022>. Acesso em: 28.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF), Pleno. Questão de Ordem (QO) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1/DF. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/10/1993, D. J. 16/06/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF), Pleno. Agravo Regimental na Reclamação n. 1.880-6/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2002, D. J. 19/03/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Precedentes (Repetitivos). Disponível em: [https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/recursos-repetitivos#:~:text=Tema%20ou%20Recurso%20Repetitivo%20\(RR\)&text=%E2%80%8B%C3%89%20o%20recurso%20julgado,discutida%20id%C3%AAntica%20quest%C3%A3o%20de%20direito](https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/recursos-repetitivos#:~:text=Tema%20ou%20Recurso%20Repetitivo%20(RR)&text=%E2%80%8B%C3%89%20o%20recurso%20julgado,discutida%20id%C3%AAntica%20quest%C3%A3o%20de%20direito). Acesso em: 08/04/2023.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 17ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

LAMY, Marcelo. Metodologia da Pesquisa: técnicas de investigação, argumentação e redação. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. 3ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

# ESPAÇO E AGENDA 2030: COMO AS TECNOLOGIAS ESPACIAIS PODEM CONTRIBUIR PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL SUSTENTÁVEL

## Space and the 2030 Agenda: how space technologies can contribute to sustainable social development

Gabriela Soldano Garcez<sup>93</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Sociedade e Setor Espacial: uma relação intrínseca voltada ao desenvolvimento e à sustentabilidade. 2.1. A necessidade de implementação de mudanças baseadas em tecnologia espacial para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). 3. A construção do incremento da capacidade espacial em pleno Século XXI. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O setor espacial entra numa nova fase caracterizada pela revolução digital e também pela indústria 4.0, ao mesmo tempo que se torna cada vez mais relevante para enfrentar os novos desafios globais associados à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) para o Desenvolvimento Sustentável, através de mecanismos de implementação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, tendo em vista que as tecnologias espaciais podem ser facilitadoras do desenvolvimento sustentável<sup>94</sup>. Neste novo contexto, é essencial que as Agências Espaciais reorientem suas atividades e programas de forma que eles possam inovar, informar, inspirar e interagir adequadamente, enquanto sustentam e melhoram o desenvolvimento e o crescimento econômico em seus estados membros<sup>95</sup>, além de oferecer novas oportunidades de cooperação internacional em parceria com novos atores privados (como, por exemplo, Space X, entre outros), que agora frequentam o “ecossistema” do Direito Internacional (dividido entre clássicos sujeitos do Direito Internacional e novos atores não estatais), interrompendo tanto os modelos tecnológicos quanto os modelos de negócios tradicionais. Uma nova estrutura está, portanto, surgindo com o objetivo de garantir uma cadeia contínua de inovação, além de uma maior cooperação entre instituições acadêmicas e de pesquisa, juntamente com a indústria e os usuários finais destas tecnologias, a fim de permitir um desenvolvimento rápido e ininterrupto<sup>96</sup>, também por meio de novos esquemas de financiamento e parcerias comerciais para atividades específicas, que possam inspirar os cidadãos enquanto abordam projetos espaciais desafiadores nas próximas décadas<sup>97</sup>. Nesta linha de raciocínio, o presente artigo visa analisar (através de uma metodologia crítica-dedutiva, realizada por meio de referencial bibliográfico a respeito do assunto) a existência de tecnologias inovadoras de Pesquisa e Desenvolvimento (também conhecido como “P&D”, ou, na sigla em inglês, “R&D”) no

<sup>93</sup> Advogada. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Santos (mestrado e doutorado em Direito Ambiental Internacional). Pós-doutora pela Universidade Santiago de Compostela/Espanha, e, pela Universidade de Coimbra/Portugal. Email: gabrielasoldano@unisantos.br.

<sup>94</sup> FERRETI, Stefano. Anais da 4ª Conferência Internacional sobre Desenvolvimento Sustentável. Nova York, 2016.

<sup>95</sup> IMHOF, B.; BALOGH, W. Future space technologies for sustainability on earth. In: Proceedings of the 67th International Astronautical Congress. Mexico: 2016.

<sup>96</sup> MOELLER, H. L.; TORTORA, J. J.; VAISSIERE, M. Espaço e SATCOM para transporte europeu 5G e mobilidade conectada. In: Proceedings of the 68th International Congresso Astronáutico (IAC). Austrália, 2017.

<sup>97</sup> FEUSTEL-BÜECHEL, J.; GIBSON, R.; HULSROJ, P. Space for Sustainable Development. (ESPI Report 59). Viena, ESPI, 2016.

setor espacial (como é o caso de: inovação e exploração, saúde global, mudanças climáticas, sociedades resilientes, cidades inteligentes, entre outros temas de suma importância na atualidade), a fim de abordar as aplicações futuras e benefícios destas inovações para a sociedade em geral, através de sinergias com a estratégia já desenhada da Agenda 2030, para a obtenção dos ODS.

**Palavras-chave:** Direito Espacial; Novas tecnologias; Desenvolvimento; Desenvolvimento Sustentável.

**Abstract:** The space sector enters a new phase characterized by the digital revolution and also by industry 4.0, at the same time that it becomes increasingly relevant to face the new global challenges associated with the 2030 Agenda of the United Nations (UN) Organization for Development Sustainable, through mechanisms for implementing the Sustainable Development Goals (SDG), considering that the Space technologies can be a facilitator of sustainable development. In this new context, it is essential that Space Agencies reorient their activities and programs so that they can innovate, inform, inspire and interact appropriately, while sustaining and enhancing development and economic growth in their member states, in addition to offering new opportunities for international cooperation in partnership with new private actors (such as, for example, Space X, among others), which now frequent the “ecosystem” of International Law (divided between classic subjects of International Law and new non-state actors), interrupting both technological models and traditional business models. A new structure is therefore emerging with the aim of ensuring a continuous chain of innovation, in addition to greater cooperation between academic and research institutions, together with industry and the end users of these technologies, in order to allow a rapid and uninterrupted development, also through new funding schemes and commercial partnerships for specific activities, that can inspire citizens as they tackle challenging space projects in the coming decades. In this line of reasoning, this article aims to analyze (through a critical-deductive methodology, carried out through a bibliographical reference on the subject) the innovative technologies of Research and Development (also known as "R&D) in the space sector (such as: innovation and exploration, global health, climate change, resilient societies, smart cities, among other topics of paramount importance today), in order to address future applications and benefits of these innovations for society in general, through synergies with the already designed strategy of the 2030 Agenda, for achieving the SDGs.

**Keywords:** Space Law; New technologies; Development; Sustainable development.

## 1. Introdução

O espaço está entre as maiores aventuras da humanidade, e, em grande parte, é a aventura de nossa geração, por ser, ao mesmo tempo, perigoso e espetacular, com fenômenos fascinantes e cheio de oportunidades, uma vez que os dados obtidas das explorações espaciais são de grande valor, pois contribuem para o aumento do nosso conhecimento do Universo, seja do passado e/ou do futuro. Assim, a maior parte do nosso conhecimento foi obtida no último século em grande parte graças aos avanços das tecnologias espaciais.<sup>98</sup>

---

<sup>98</sup> FERRETTI, Stefano. Aplicações futuras e benefícios das inovações em voos espaciais tripulados. In: Proceedings of the 66th International Astronautical Congress. Israel, 2015.

Dessa forma, o espaço passa a ocupar um lugar especial na comunicação científica, pelas questões fundamentais abordadas, proporcionando uma ligação excepcional entre ciência/conhecimento e sociedade. Neste sentido, o Comitê das Nações Unidas para Usos Pacíficos do Espaço Sideral (COPUOS) considera o espaço como um motor para o desenvolvimento sustentável,<sup>99</sup> promovendo o uso de dados espaciais para promover não apenas colaboração, ciência e inovação, mas também inclusão, através do fornecimento de interfaces facilitadas com dados complexos, pois suas análises podem tornar o processo de geração de ciência disponível para toda a sociedade e para a educação em geral. O que significa um passo fundamental para transmitir os valores da ciência e evoluir para uma sociedade do conhecimento<sup>100</sup>, vez que o sucesso de uma infraestrutura de investigação não se mede apenas pelas respostas que fornece para importantes questões científicas, mas também pela informação que disponibiliza à comunidade.

Com isso, a atuação de agências espaciais, comunidades científicas, organizações econômicas e de desenvolvimento<sup>101</sup>, são essenciais para a preservação e o acesso a dados científicos nas suas missões, tornando os dados publicamente utilizáveis. Entretanto, este modelo está em plena mudança, na medida em que há o aumento da complexidade dos dados e a diminuição do custo dos serviços de lançamento ao espaço, o que exige adaptações às ferramentas já existentes (como, por exemplo, no que se refere ao poder de computação para operar o volume de dados recebidos, fornecendo centralização em nuvens, armazenamento, computação e padronização, entre outras questões, bem como no que se refere à multiplicidade de atores espaciais, o que torna a coordenação e a cooperação internacionais mais desafiadores, inclusive para a gestão e compartilhamento de dados, conhecimento e informação), principalmente na busca pelo Desenvolvimento Sustentável, nos padrões dos ODS da Agenda 2030, e, por outro lado, principalmente com o uso das novas Inteligências Artificiais. Estas questões estão no centro da Quarta Revolução Industrial.

Neste sentido, o presente artigo analisa (através de uma metodologia crítica-dedutiva, realizada por meio de referencial bibliográfico) a existência de tecnologias inovadoras de Pesquisa e Desenvolvimento (conhecidas como “P&D”, e, na sigla em inglês, “R&D”)<sup>102</sup> utilizadas no setor espacial (como é o caso de: inovação e exploração, saúde global, mudanças

---

<sup>99</sup> HULSROJ, P; et al. A Europa no futuro e os contributos do Espaço (ESPI Report 55). Viena: ESPI, 2015.

<sup>100</sup> IMHOF, B.; BALOGH, W. Op. cit.

<sup>101</sup> PRAHALAD, C.K.; RAMASWAMY, V. Co-creation experiences: The next practice in value creation. *Journal of interactive marketing*, 18(3), p. 5–14, 2004.

<sup>102</sup> WALTER; Roland. Space Science Knowledge in the Context of Industry 4.0 and Space 4.0. In: FERRETTI, Stefano; et al. *Space Capacity Building in the XXI Century*. Volume 22. Austria: European Space Policy, 2020.

climáticas, sociedades resilientes, cidades inteligentes, entre outros temas de suma importância na atualidade), o que se convencionou chamar de “Espaço 4.0”<sup>103</sup>, a fim de abordar as aplicações futuras e benefícios destas inovações para a sociedade em geral, com foco principal na obtenção do Desenvolvimento Sustentável, conforme pregado pela Agenda 2030, da ONU, através dos ODS.

## **2. Sociedade e Setor Espacial: uma relação intrínseca voltada ao desenvolvimento e à sustentabilidade**

No que foi apenas um piscar de olhos de uma perspectiva evolutiva, a humanidade se tornou uma civilização espacial e desenvolveu tecnologias, aplicativos e serviços espaciais que se tornaram cada vez mais importantes para o funcionamento da sociedade. Por conta disso, a atualidade vive agora um momento de disrupção, em que o mundo se modifica mais rápido do que nunca na História (principalmente no que se refere às tecnologias, ao conhecimento e ao desenvolvimento).

Isso porque, enquanto a revolução digital ainda está transformando a sociedade, avanços recentes (como a impressão 3D) já são utilizados e alteram significativamente a forma como se encara o mundo tecnológico. Ao mesmo tempo, outras tecnologias revolucionárias (como nano e biotecnologia) estão amadurecendo, como resultados de esforços de inovação sustentados que podem criar revoluções inteiramente novas em um futuro próximo. O que é totalmente uma situação positiva, vez que os desafios que a sociedade irá enfrentar no próximo século são imensos e complexos (na agricultura, na oferta de alimentos, no uso de energias sustentáveis, no crescimento urbano, na segurança etc), e, da mesma forma, vão exigir soluções inovadoras e baseadas em processos de sustentabilidade.

À luz destas oportunidades e desafios, e considerando a natureza do progresso científico e tecnológico, é mais do que provável que os recursos espaciais tenham um papel vital a desempenhar no futuro. Mas, a mesma dinâmica de oportunidades e desafios também afeta o próprio espaço com novas tecnologias, mercados em mudança e a inclusão de uma multiplicidade de atores estatais e não estatais (com o estabelecimento de programas espaciais ambiciosos, a competição torna propensa uma nova corrida espacial na era pós-Guerra Fria), ainda com o potencial de alterar a forma como a sociedade tem lidado com questões de desenvolvimento (com foco no aspecto sustentável).

---

<sup>103</sup> Ibid.

Portanto, embora esteja claro que a sociedade no futuro será radicalmente diferente em alguns aspectos, o mesmo vale para o espaço.

## **2.1. A necessidade de implementação de mudanças baseadas em tecnologia espacial para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)**

O setor Espacial está entrando em uma nova fase caracterizada por essa revolução digital e também pela transformação da indústria 4.0. Isso ocorre enquanto se torna cada vez mais relevante enfrentar os desafios globais associados à Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas, para alcançar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS)<sup>104</sup>.

A forma como os satélites são fabricados, lançados e operados está evoluindo rapidamente, e as indústrias espaciais também estão em transição para fábricas conectadas e reconfiguráveis, em linha com o paradigma da indústria 4.0. Em breve, eles farão uso extensivo de sistemas baseados em nuvem, computação de ponta, internet das coisas, blockchain e robótica avançada<sup>105</sup>, que são novas tecnologias que permitem a implementação de sistemas de fabricação mais eficientes flexíveis e reconfiguráveis. O que, no novo ecossistema espacial, particularmente competitivo face aos novos atores não estatais, torna-se altamente relevante estudar os fatores que podem favorecer a migração das indústrias espaciais tradicionais para tecnologias inovadoras automatizadas e interligadas, mas, de qualquer forma, que sustentam uma verdadeira revolução digital, que impõe novos desafios (principalmente aqueles referentes às estratégias de cibersegurança).

Enquanto isso, as aplicações espaciais estão se tornando cada vez mais relevantes para enfrentar os desafios globais associados à Agenda 2030, da ONU, para o Desenvolvimento Sustentável. Esses desafios poderiam ser melhor enfrentados após uma avaliação precisa das necessidades sociais e das tecnologias espaciais disponíveis. Ao fazê-lo, é importante considerar que essas necessidades podem ser endógenas, quando relacionadas a desenvolvimento, e exógenas, quando estão associados ao ambiente em mudança (como, por exemplo, as alterações climáticas e desastres naturais).<sup>106</sup>

Em geral, o progresso tecnológico está permitindo condições de vida cada vez melhores (principalmente, para os países mais desenvolvidos). Esse aspecto deve ser considerado no contexto global, levando à questão de quão rapidamente os países em

---

<sup>104</sup> IMHOF, B.; BALOGH, W. Op. cit.

<sup>105</sup> MARTELO, Antonio. Innovative Space Systems Design – methods and tools. In: FERRETTI, Stefano; et al. Space Capacity Building in the XXI Century. Volume 22. Austria: European Space Policy, 2020.

<sup>106</sup> IMHOF, B.; BALOGH, W. Op. cit.

desenvolvimento aumentarão as demandas de recursos naturais para igualar seus padrões de vida aos demais mais desenvolvidos. Nesse sentido, as tecnologias espaciais podem ser úteis para garantir crescimento socioeconômico sustentável de forma global, apoiando soluções que evitem o consumo excessivo e desequilibrado de recursos (por todos), e, protejam nosso planeta<sup>107</sup>.

Para atingir esse objetivo, os satélites de observação da Terra e os crescentes serviços baseados no espaço já fornecem um número significativo de indicadores-chave para monitorar o ambiente (como, por exemplo, as variáveis climáticas essenciais), que só podem ser obtidas através de tecnologias no espaço. Inclusive, e de forma extrema, a tecnologia espacial pode fornecer lições, a partir de missões de voos espaciais tripulados, para criar condições de vida mais sustentáveis à medida que a população aumenta na Terra.<sup>108</sup>

Neste contexto, todas as grandes agências Espaciais iniciaram programas de transferência de tecnologia em vários domínios e seria importante reforçar políticas (baseadas em cooperação internacional e governança, que permitissem a participação ampliada de todos os interessados no setor) que sustentem as melhores práticas de inovação e assegurem a devida disseminação do know-how adquirido no novo sistema de exploração espacial.

### **3. A construção do incremento da capacidade espacial em pleno Século XXI**

Percebe-se, portanto, que, novos modelos de inovação estão cada vez mais espalhados por setores e disciplinas novas, incluindo o Espaço, que está se tornando parte integrante de muitas atividades sociais (por exemplo, telecomunicações, mudanças climáticas, monitoramento ambiental, proteção civil, infraestruturas, transporte e navegação, saúde e educação). O que coloca o Espaço 4.0 no centro das ambições da Agenda 2030 da ONU, com os seus ODS, pois trata-se de um setor com inúmeras oportunidades baseadas em novos olhares sobre perspectivas e estratégias mais amplas, a serem implementadas em futuros programas espaciais para a sustentabilidade, para mapear opções disponíveis e identificar condições ideais para uma realização bem sucedida dos ODS, através de participação ampliada (baseada em mecanismos de governança).

Têm sido explorados enquadramentos inovadores, parcerias e colaborações internacionais entre atores estatais e não estatais do setor espacial, com especial atenção para

---

<sup>107</sup> WALTER, Roland. Op. cit.

<sup>108</sup> FERRETTI, Stefano. Disruptive R&D in the Space Sector. In: In: FERRETTI, Stefano; et al. Space Capacity Building in the XXI Century. Volume 22. Austrália: European Space Policy, 2020.

melhorar o diálogo com a sociedade civil e outros setores, para sensibilizar para as potencialidades do espaço, e para a criação de novos mecanismos para identificar, recolher e processar necessidades dos cidadãos, a fim de conceber, implementar e explorar plenamente os futuros programas espaciais (inclusive no que se refere a implementação das denominadas cidades inteligentes ou resilientes, ou na expressão em inglês *Smart Cities*<sup>109</sup>, que se utilizam de tecnologia para o alcance do bem estar de seus munícipes<sup>110</sup>).

Neste contexto, são potenciais sinergias entre a Agenda 2030 da ONU, a fim de obter desenvolvimento sustentável, e as tecnologias espaciais: parcerias internacionais na exploração e inovação espacial; fortalecimento da cooperação espacial para a saúde global; cooperação internacional para sociedades de baixa emissão de poluentes, que possam se tornar resilientes; capacitação para o século XXI.<sup>111</sup>

Por exemplo, os futuros serviços integrados irão captar as novas necessidades dos cidadãos e visar os objetivos de desenvolvimento sustentável, criando oportunidades sem precedentes para todo o mundo. Isso será possibilitado pelo Copernicus, Galileo e pelo surgimento de novas infraestruturas SATCOM para 5G, atendendo novos mercados ao fornecer conectividade de banda larga para áreas rurais.<sup>112</sup>

Assim, através destas temáticas, podem ser identificadas as interações e dependências entre os principais atores (estatais e não estatais), e, concedendo ênfase especial às abordagens futuras dos diversos grupos de partes interessadas envolvidas, é possível alavancar a infraestrutura espacial, instituições e redes existentes relacionadas, reforçando e expandindo seu escopo e eficácia para garantir que o espaço se torne um importante motor para o desenvolvimento sustentável.

O espaço está, portanto, tornando-se cada vez mais o elo entre sistemas de sistemas, e sua função capacitadora pode representar um elemento-chave que contribui ativamente para um futuro sustentável na Terra.

---

<sup>109</sup> PIRES, G. N. M.; CEZAR, L. W. O Direito à Cidade e o Desenvolvimento Sustentável Urbano: Dilemas do Planejamento Urbano Moderno. Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade, v. 2, pp. 123-142. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

<sup>110</sup> PINHEIRO, Gabriele Araújo Pinheiro. RODRIGUES, Wagner de Oliveira. Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no estado democrático de direito. Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 106/107, p. 373 – 387: Jan/dez. 2011/2012.

<sup>111</sup> WALTER, Roland. Op. cit.

<sup>112</sup> FERRETTI, Stefano. Op. cit.

#### **4. Conclusão**

É certo que o setor espacial passa por uma importante mudança de paradigma, ao aplicar novas teorias de inovação, novas tecnologias e incentivar desenvolvimentos espaciais de novos atores (principalmente os não estatais). Isso poderia potencialmente levar a um renascimento industrial não apenas nas nações espaciais tradicionais, mas ver o envolvimento concreto, em vários níveis, de muitas nações nos empreendimentos espaciais, finalmente fazendo com que seu sucesso fosse visto como uma verdadeira conquista global, ao permitir um sistema compartilhado entre os vários stakeholders interessados desde as fases preliminares de projeto, fortalecendo o potencial de cooperação entre parceiros internacionais.

Dessa forma, a construção de missões espaciais futuras depende (e pode ser melhor facilitada) ao extrair efetivamente todos os benefícios das experiências atuais, fazendo uso das capacidades espaciais de P&D, e, das experiências e conhecimentos externos de outros setores, através de um verdadeira sistema de governança.

Com esse aumento da troca de conhecimento e informação, aplicando metodologias inovadoras, é possível obter reais e significativos esforços de desenvolvimento (principalmente baseados em sustentabilidade), e também permitir que novas fronteiras sejam alcançadas, tanto na Terra como no Espaço.

#### **5. Referências Bibliográficas**

FERRETTI, Stefano. Aplicações futuras e benefícios das inovações em voos espaciais tripulados. In: Proceedings of the 66th International Astronautical Congress. Israel, 2015.

FERRETTI, Stefano. Anais da 4ª Conferência Internacional sobre Desenvolvimento Sustentável. Nova York, 2016.

FERRETTI, Stefano. Disruptive R&D in the Space Sector. In: In: FERRETTI, Stefano; et al. Space Capacity Building in the XXI Century. Volume 22. Austria: European Space Policy, 2020.

FEUSTEL-BÜECHEL, J.; GIBSON, R.; HULSROJ, P. Space for Sustainable Development. (ESPI Report 59). Viena, ESPI, 2016.

HULSROJ, P; et al. A Europa no futuro e os contributos do Espaço (ESPI Report 55). Viena: ESPI, 2015.

IMHOF, B.; BALOGH, W. Future space technologies for sustainability on earth. In: Proceedings of the 67th International Astronautical Congress. Mexico: 2016.

MARTELO, Antonio. Innovative Space Systems Design – methods and tools. In: FERRETTI, Stefano; et al. Space Capacity Building in the XXI Century. Volume 22. Austria: European Space Policy, 2020.

MOELLER, H. L.; TORTORA, J. J.; VAISSIERE, M. Espaço e SATCOM para transporte europeu 5G e mobilidade conectada. In: Proceedings of the 68th International Congresso Astronáutico (IAC). Austrália, 2017.

PIRES, G. N. M.; CEZAR, L. W. O Direito à Cidade e o Desenvolvimento Sustentável Urbano: Dilemas do Planejamento Urbano Moderno. Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade, v. 2, pp. 123-142. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

PINHEIRO, Gabriele Araújo Pinheiro. RODRIGUES, Wagner de Oliveira. Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no estado democrático de direito. Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Volume 106/107, p. 373 – 387: Jan/dez. 2011/2012.

PRAHALAD, C.K.; RAMASWAMY, V. Co-creation experiences: The next practice in value creation. Journal of interactive marketing, 18(3), p. 5–14, 2004.

WALTER; Roland. Space Science Knowledge in the Context of Industry 4.0 and Space 4.0. In: FERRETTI, Stefano; et al. Space Capacity Building in the XXI Century. Volume 22. Austria: European Space Policy, 2020.

# A RESPONSABILIDADE CIVIL – SOB A PERSPECTIVA CONSUMERISTA - DAS PLATAFORMAS DIGITAIS NO QUE TANGE A INVASÃO DE PERFIS DE REDES SOCIAIS

## The civil liability - from a consumerist perspective - of digital platforms regarding the invasion of social network profiles

Glenda Gonçalves Gondim<sup>113</sup>

Laola Marinho de Oliveira<sup>114</sup>

**Sumário:** 1. Notas introdutórias; 2. Plataformas digitais e a legislação aplicável; 3. A responsabilização pela falha de segurança em invasões de perfis sociais; Considerações Finais; Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo analisar se há responsabilidade civil das plataformas digitais quando da impossibilidade do titular de um perfil em redes sociais acessar suas informações ou dados, ante a falha de segurança do aplicativo. Objetiva, também, identificar possíveis danos a serem ressarcidos diante da dificuldade em retomar o próprio perfil. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica e legislativa sobre o tema, assim como jurisprudencial, por meio da pesquisa dos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasil, no primeiro semestre de 2023. Após o estudo desenvolvido foi possível verificar que a legislação consumerista brasileira, assim como a doutrina e a jurisprudência protegem os consumidores na eventualidade da ocorrência de danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes da impossibilidade de acesso dos perfis nas redes sociais, uma vez que as plataformas são responsáveis pela segurança das informações dos usuários, os quais não detêm condições adequadas para impedirem a invasão dos seus perfis. Verificou-se que o Código de Defesa do Consumidor pode ser aplicado às pessoas que se utilizam das redes sociais para fins pessoais ou profissionais, ante a sua vulnerabilidade e hipossuficiência na administração e desenvolvimento de sistemas de segurança das plataformas. Por fim, a conclusão alcançada é a de que as plataformas digitais devem indenizar os usuários pelos danos materiais e/ou morais quando têm seus perfis invadidos e contas hackeadas, cujo valor deverá ser apurado baseando-se na análise de engajamento e, conseqüentemente, valor econômico do perfil.

**Palavras-chave:** Redes sociais. Plataformas digitais. Direito do Consumidor. Responsabilidade civil.

---

<sup>113</sup> Professora Doutora de Negócios Imobiliários da Universidade Federal do Paraná (Brasil). Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (Brasil). Pesquisadora do Grupo “Agendas em Direito Civil Constitucional” (Brasil). Pesquisadora do Grupo “Virada de Copérnico” – PPGD/UFPR (Brasil). Endereço eletrônico: glendagondim@hotmail.com

<sup>114</sup> Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil). Especialista em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil) e em Direito de Família e Sucessões pela ABDConst Academia Brasileira de Direito Constitucional (Brasil). Endereço eletrônico: laolamarinho@gmail.com

**Abstract:** This study aims to analyze whether there is civil liability of digital platforms when the holder of a profile on social networks is unable to access their information or data, due to security failure of the application. It also aims to identify possible damages to be compensated for the difficulty in resuming one's own profile. The methodology used was the bibliographical and legislative review on the subject, as well as jurisprudential, through the research of the judgments rendered by the Court of Justice of the State of São Paulo, Brazil, in the first half of 2023. After the study developed, it was possible to verify that Brazilian consumerist legislation, as well as the doctrine and jurisprudence protect consumers in the event of occurrence of property damage and extra patrimonial damage arising from the impossibility of access to profiles on social networks, since platforms are responsible for the security of user information, which does not hold adequate conditions to prevent the invasion of their profiles. It was verified that the Consumer Protection Code can be applied to people who use social networks for personal or professional purposes, due to their vulnerability and hyposufficiency in the administration and development of platforms' security systems. Finally, the conclusion reached is that digital platforms must indemnify users for material and/or moral damages when their profiles are invaded and accounts are hacked, whose value should be determined based on the analysis of engagement and, consequently, the economic value of the profile.

**Keywords:** Social media. Digital platforms. Consumer Law. Civil responsibility.

## 1. Notas introdutórias

O início do século XXI é marcado por interações sociais nunca dantes imaginadas, que foram realizadas por meio de plataformas digitais e seus aplicativos. Em especial, as denominadas redes sociais que permitem conexões com outras pessoas, a criação de uma “*persona*” para divulgar pensamentos, ideias, o dia-a-dia, lembranças e o uso profissional da ferramenta.

Há uma série de vantagens e facilidades advindas destes dispositivos que estão inseridos no que se chama de novas tecnologias. Sem olvidar a importância para os momentos de distanciamento social ocorridos durante os anos de 2020 e 2021, em razão do vírus SARS-Cov19<sup>115</sup> que ocasionou a pandemia do novo coronavírus. Contudo, não se pode ignorar as desvantagens que decorrem deste sistema, em razão, especialmente, de falhas de segurança que permitem o acesso a informações pessoais, possíveis fraudes ou até mesmo a perda ou impossibilidade de acesso pelo titular do seu perfil.

Especificamente para o último caso, analisa-se se é possível configurar como um ato antijurídico a embasar a responsabilização e a quem imputá-la. Ainda, estudou-se quais são

---

<sup>115</sup> Declarada como emergência de saúde pública pela Organização Mundial de Saúde em 30 de janeiro de 2020 e assim considerada no Brasil, em 06 de fevereiro de 2020 (BRASIL. Lei n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 07 de fevereiro de 2020. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm)>. Acesso em: 23 de março de 2023.)

os possíveis danos a serem ressarcidos quando o titular fica temporariamente impossibilitado de acesso ou a efetiva perda do seu perfil.

Este estudo foi elaborado por meio de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasil, no primeiro semestre de 2023.

## 2. As plataformas digitais e a legislação aplicável

A maneira dos indivíduos se relacionarem foi drasticamente transformada dentro da denominada “sociedade em rede”<sup>116</sup>, baseada na informação como seu elemento propulsor<sup>117</sup> e desenvolvida em decorrência do desenvolvimento das telecomunicações, com especial olhar para a integração dos computadores por meio da internet<sup>118</sup>.

Para permitir e facilitar as interações foram desenvolvidos aplicativos denominados como “redes sociais”, cujo significado se depreende do próprio nome, uma vez que diz respeito a possibilidade de interações sociais dentro da sociedade em rede. Para tanto, faz-se necessários dois elementos, a rede e os atores a se relacionarem nela<sup>119</sup>.

Apesar de relativamente recente, durante os primeiros anos do século XXI, o desenvolvimento foi tamanho que conflitos passaram a se desenvolver a partir e em razão destes locais de relacionamento, entre pessoas que se conheciam apenas por este novo ambiente. Isso fez com que surgissem “(...) novos princípios de relacionamento, ou seja, diretrizes gerais sobre alguns requisitos básicos que deveriam ser atendidos por todos os usuários da rede.”<sup>120</sup>

Na rede, por meio dos perfis criados, as interações passaram a ser não apenas pessoais, mas profissionais. Estes perfis podem representar uma pessoa real, mas também

---

<sup>116</sup> Denominação utilizada por Manuel Castells. Para o autor “Sob a perspectiva histórica mais ampla, a sociedade em rede representa uma transformação qualitativa da experiência humana. Se recorrermos à antiga tradição sociológica segundo a qual a ação social no nível mais fundamental pode ser entendida como o padrão em transformação das relações entre a Natureza e a Cultura, realmente estamos em uma nova era.” (CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 20ª ed., rev. e atual. São Paulo: Paz e Terra, 2019, p. 88).

<sup>117</sup> Nas palavras de Manuel Castells: “A tecnologia da informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas, do motor a vapor à eletricidade, aos combustíveis fósseis e até mesmo à energia nuclear, visto que a geração e a distribuição de energia foram o elemento principal na base da sociedade industrial. (...) O que caracteriza a atual revolução tecnológica não é a centralidade de conhecimentos e informação, mas a aplicação desses conhecimentos e dessa informação para geração de conhecimentos e de dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.” (Ibidem, p. 88).

<sup>118</sup> Ibidem, p. 99-115.

<sup>119</sup> LONGHI, João Victor Rozatti. **Responsabilidade civil e redes sociais**: retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e *fake news*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 40.

<sup>120</sup> PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 6ª ed., rev., atual. e ampl. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 69.

permitem que o seu titular assuma a personalidade de outro, uma figura pública que admira ou gostaria de ser, uma vez que neste ambiente cada indivíduo pode “assumir identidades diversas, variáveis, intercambiáveis. O Eu dividido explode na rede. Cada um de nós pode ser ‘um, ninguém e cem mil’.”<sup>121</sup>

A interação viabilizada por intermédio da criação de perfis, atualmente permite ao usuário a possibilidade da sua não identificação real, isto é, admite a criação de interlocutores com outro nome e descrições alheias à realidade, o que pode trazer a falsa impressão de impunidade.

Contudo, este sentimento não é verdadeiro. A existência de uma conta que não condiz com a realidade, por si só, poderá ser punida. É que há alguns *sites* de relacionamento que consideram que a criação de conta falsa é infração ao contrato celebrado, como é o caso do *Instagram*, o que permite a suspensão da conta ou seu bloqueio em caso de denúncias<sup>122</sup>.

Ademais, entre os usuários e as plataformas sociais (ou *sites* de relacionamento) há uma relação de consumo. Isto porque, apesar de não existir um produto ou serviço diretamente oferecido ao usuário, há um pagamento indireto configurado nas publicidades pagas em favor da plataforma e oferecidas para aqueles que a utilizam<sup>123</sup>. Também, o usuário está inserido na conceituação de sujeito de direito como consumidor, preceituada pelo art. 2º, da Lei n.º 8.078, que considera como consumidor aquele que for destinatário final de um serviço ou produto<sup>124</sup>. Conceito que é mais fácil de ser considerado quando a rede social é utilizada para fins pessoais, sejam eles de informação, interações ou lazer. Se o uso do perfil for profissional é preciso avaliar que a destinação final não é analisada pura e simplesmente na recolocação do produto ou serviço no mercado. Mas, sim pelas características do ponto

---

<sup>121</sup> RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância**: a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 120.

<sup>122</sup> LONGHI, op. cit. p. 100 -121.

<sup>123</sup> Conforme bem explica João Victor Rozatti Longhi: “Primeiramente, deve-se traçar a distinção entre remuneração direta, aproximando-se aos moldes do negócio jurídico oneroso do direito civil, e remuneração indireta, geralmente quando há gratuidade aparente, mas há oferecimento de publicidade, ou algum outro ônus implícito ao consumidor. Antes, o fato era apenas baseado na possibilidade de acesso, por terceiros interessados, ao banco de dados do provedor. Entretanto, hoje, a exploração da publicidade nos *sites* de relacionamento é explícita.

Portanto, o regime jurídico atinente à relação de consumo e, no caso brasileiro, a aplicação das regras do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é aquele além das relações jurídicas travadas no ambiente dos *sites* de redes sociais”. (Ibidem, p. 52).

<sup>124</sup> Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 12 de setembro de 1990 e retificado em 10 de janeiro de 2007. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)> Acesso em: 23 de março de 2023.).

de vista econômico (se o produto ou serviço não será reinserido na cadeia de fornecimento); sob o ponto de vista psicológico (que diz respeito as determinações subjetivas que levaram o indivíduo a contratar); e sociológico (a definição de que haverá uma determinada classe social que será considerada consumidora pela própria qualidade de vida).<sup>125</sup>

Com isso, há uma interpretação de destinatário final mesmo para aquele que venha a utilizar da plataforma para fins profissionais. Além do que o usuário não é o detentor da *expertise* do programa para saber ou desenvolver mecanismos que melhorem a segurança da tecnologia, por isso, diz-se que estão presentes as situações de vulnerabilidade e hipossuficiência<sup>126</sup> perante a empresa detentora da tecnologia e dos procedimentos para bloquear, suspender ou reestabelecer os serviços da rede social.

Isto não significa que a rede social será responsabilizada, por exemplo, pelo que um outro usuário escreva ou o ilícito por ele praticado. Mas, há uma responsabilização para identificação deste usuário. É o que está previsto no Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965/2014), que determina que, em caso de ilicitude, seja fornecido o IP do usuário que tenha agido de maneira ilícita<sup>127</sup>. O IP é o código atribuído ao terminal de rede, o qual consequentemente permite a identificação.

Há conteúdos publicados que a plataforma será responsabilizada pela sua retirada ou bloqueio, por exemplo, quando se trata de casos de pedofilia ou cenas de nudez cuja publicação não tenha sido autorizada<sup>128</sup>. Mas, em caso de disputa entre dois usuários, a

---

<sup>125</sup> EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2.ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2008. p.57.

<sup>126</sup> É neste sentido que tem o Superior Tribunal Justiça consagrado o seu entendimento, conforme se verifica em julgado proferido pela Quarta Turma, da relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, cujo trecho da ementa menciona “(...) 1. A Segunda Seção do STJ consolidou a aplicação da teoria finalista para a interpretação do conceito de consumidor. No entanto, em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores dessa teoria para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou do serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência. (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.360.106/MT**. Quarta Turma. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Julgamento em 28 de novembro de 2022. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05 de dezembro de 2022.)

<sup>127</sup> É o que determina o art. 22, do Marco Civil da Internet: “Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.” (BRASIL. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 24 de abril de 2014. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)> Acesso em: 28 de março de 2023.)

<sup>128</sup> Art. 21. “O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

obrigatoriedade é de informar os dados para que possa existir a responsabilização direta daquele que divulgou o conteúdo.

Com isso, estaria, supostamente, resolvido o problema existente no que diz respeito a autoria quando das relações travadas na sociedade em rede, por negociações frustradas, xingamentos ou abusos do direito, por exemplo, desde que dissessem respeito a perfis interagindo entre si. Por outro lado, isso não afasta o dano e às vezes nem o minimiza, pois não se pode ignorar o tempo de duração do processo, mesmo com suas tutelas de urgência deferidas e os eventuais danos ocasionados pelo seu decurso, como por exemplo, quando da divulgação de uma imagem que possa trazer prejuízos para uma pessoa<sup>129</sup>.

Para agravar os possíveis riscos de danos, atualmente, há uma nova situação que é a impossibilidade de usar o seu próprio perfil por atos de terceiros.

Exemplo disso é quando a conta vem a ser *hackeada* e o perfil invadido. Há nestes casos uma falha de segurança. Isto porque, para confirmar a titularidade da conta em sua rede social é, usualmente, exigido um número de telefone ou endereço eletrônico válido. Mas, ao invadirem o perfil, os *hackers* alteram o endereço eletrônico e por isso, o titular da conta não consegue recuperar o seu perfil.

Tal falha de segurança tem atingido cada vez mais usuários de plataformas digitais, tanto que em janeiro de 2022, Minas Gerais registrou o número de 388 (trezentos e oitenta e oito) acessos indevidos de contas do *Instagram*<sup>130</sup>. A razão para este tipo de invasão é especulada como forma de aplicar golpes em terceiros ou, após um decurso de tempo, alterar

---

Parágrafo único. A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.” (BRASIL. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 24 de abril de 2014. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)> Acesso em: 28 de março de 2023.)

<sup>129</sup> Sobre o tema, Anderson Schreiber considera que: “Câmeras digitais embutidas em aparelhos de celular, *webcams*, circuitos internos de vigilância eletrônica, *zooms* de alcance interminável... É longa a lista de aparatos que facilitam a capacitação e registro de imagem alheia. Ao mesmo tempo a internet permite a difusão anônima dessas imagens em escala planetária. Espaço privilegiado para a livre circulação de ideias, a internet não se compadece com qualquer forma de filtragem ou controle prévio do seu conteúdo. Vídeos e imagens podem ser livremente lançados em uma variedade amplíssima de *sites* e portais. Mesmo *a posteriori*, o rastreamento e a supressão dessas imagens e vídeos se mostra extremamente difícil. Na internet, o dano à imagem é, frequentemente, irreversível”. (SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 120).

<sup>130</sup> INVASÕES de perfis do Instagram quase quadruplicam em janeiro, diz MPMG; veja como se proteger. 08 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/02/08/invasoes-de-perfis-do-instagram-quase-quadruplicam-em-janeiro-diz-mpmg-veja-como-se-protoger.ghml>>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

a conta para entretenimento adulto, com aproveitamento dos seguidores que a conta já possuía e seu engajamento<sup>131</sup>.

Em dezembro de 2022, o *Instagram* criou uma ferramenta para facilitar a retomada da titularidade da conta, a qual foi disponibilizada em 15 de dezembro de 2022<sup>132</sup>, na tentativa de confirmar a titularidade do perfil por outros caminhos que não apenas o *e-mail* ou telefone, usualmente, adulterados. O novo procedimento utiliza dados biométricos a partir das fotos existentes na rede, assim como permite que amigos do titular do perfil façam a denúncia que será analisada para um bloqueio ou suspensão provisória daquele que está utilizando a conta.

Ocorre que mesmo com as medidas adotadas, é de conhecimento que as invasões aos perfis ainda existem e cada vez mais atingem usuários do Brasil que são vítimas deste tipo de situação. No próximo tópico, passa-se a analisar eventual responsabilização da plataforma detentora da inteligência e dos procedimentos do aplicativo.

### 3. A responsabilização pela falha de segurança em invasões de perfis sociais

Para o presente estudo, há algumas leis que são indispensáveis para análise do sistema da responsabilidade civil, como a legislação geral do Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), aplicável a relação entre usuário e as plataformas como acima mencionado, além do Marco Civil da Internet (Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014).

Em razão de se considerar uma relação de consumo, a responsabilidade civil será apreciada pelas lentes do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor<sup>133</sup>, o que significa a aplicação da responsabilidade objetiva para avaliar eventual indenização, isto é, a não apreciação do elemento subjetivo da culpa, sem análise do elemento volitivo<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> COSSETTI, Melissa Cruz. **Por que contas do Instagram são invadidas e roubadas?** 2018. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/responde/por-que-contas-do-instagram-sao-invadidas-e-roubadas/>>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

<sup>132</sup> INSTAGRAM lança ferramenta para quem teve conta hackeada; veja como usar. 15 de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/12/15/instagram-lanca-ferramenta-para-quem-teve-conta-hackeada-veja-como-usar.ghtml>>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

<sup>133</sup> Art. 14. “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.” (BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 12 de setembro de 1990 e retificado em 10 de janeiro de 2007. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)>. Acesso em: 23 de março de 2023.)

<sup>134</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 878.

Sem a apreciação da culpa, o pressuposto necessário para configurar a responsabilidade é o descumprimento de um dever ou um comportamento antijurídico (que abarca tanto a noção de ilicitude como licitude)<sup>135</sup>. Para o estudo, analisa-se o dever de segurança descumprido<sup>136</sup>. Dever este que desrespeitado configura-se em uma antijuridicidade (ou ilicitude)<sup>137</sup> e pode ser imputado a plataforma digital, uma vez que esta não se pode esquivar pelas excludentes da responsabilidade civil, seja ela o ato de terceiro ou o caso fortuito.

Como a “(...) a empresa virtual não pode mais ser situada precisamente. Seus elementos são nômades, dispersos, e a pertinência de sua posição geográfica decresceu muito”.<sup>138</sup> Também, os seus serviços, seus usuários e o próprio fraudador. E o terceiro apenas tem acesso ao sistema, porque a falha na segurança o permite.

Em recente julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasil, da relatoria do Desembargador Ferreira da Cruz, conclui-se que:

Evidente, pois, o defeito do serviço, afinal, a existência da clonagem é incompatível com as alegações de *culpa exclusiva de terceiros e/ou de culpa exclusiva do consumidor*, sobretudo o réu não demonstrou que seus sistemas de segurança são invioláveis ou que o usuário violou normas de segurança.

Mesmo em relação à conduta criminosa do *hacker* lícito fortuito interno, não se exclui a responsabilidade do réu que decorre da exploração econômica de atividade de risco inerente.<sup>139</sup>

Assim, por se tratar de atividade que tem como fundamento a informação, a “segurança da informação” deveria ser primordial, eis que intrínseca ao seu trabalho.

---

<sup>135</sup> São considerados como pressupostos contemporâneos: antijuridicidade, dano injusto, nexo de imputação (ou fator de atribuição) e nexo de causalidade. (ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008, p. 114 -153).

<sup>136</sup> Sobre este dever de segurança, verifica-se que "A obrigação de segurança (segurança de vida e de integridade física e psíquica), durante a segunda metade do século XX, era vista como resultante de uma cláusula contratual, explícita ou implícita. [...] Hoje, a obrigação de segurança é autônoma, está 'descontratualizada', de tal forma que, até mesmo sem contrato, qualquer pessoa que tenha algum poder físico sobre outra é responsável por sua segurança, tem o dever de cuidado [...]" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 381.)

<sup>137</sup> “O dever de não ocasionar danos, através de evitar ameaçar direitos ou impedir riscos fáticos, configura o dever de segurança que violado caracteriza a base para a compreensão do primeiro pressuposto. Este descumprimento configura uma ilicitude em seu sentido amplo. Por isso, não se está a falar em conduta culposa, mas sim ilicitude, no sentido do que se viu no início desta tese.” (GONDIM, Glenda Gonçalves. **A responsabilidade civil sem dano**: da lógica reparatória à lógica inibitória, p. 257. Tese apresentada perante o Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40367>>. Acesso em: 10 de abril de 2023.).

<sup>138</sup> LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: Editora 34, 1996, p. 19.

<sup>139</sup> BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1059123-34.2022.8.26.0100**. Vigésima Oitava Câmara Cível. Relator Ferreira da Cruz. Julgamento em 21 de março de 2023. Data do registro em 21 de março de 2023.

Também, não se pode esquecer o risco proveito, por meio do qual “quem colhe o bônus, arca com ônus”. O mesmo julgado acima transcrito acrescenta que é de conhecimento da empresa de perfil social o número de clonagens existentes, inclusive, pelos mecanismos criados como a “verificação em duas etapas”.

Por isso, não se aplica ao caso as excludentes de responsabilidade civil, inclusive as previstas no artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo 3º, inciso II que seriam: a culpa de terceiro ou a culpa exclusiva da vítima.

Constatada a antijuridicidade, pela falha de segurança e o nexo de imputação, que é atribuível ao detentor da tecnologia, ou seja, a plataforma digital, a esta compete a responsabilização civil.

Como é verificado em outro julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasil, restam claras as falhas de segurança imputáveis ao *site* de relacionamento, conforme se verifica do trecho do voto que abaixo se transcreve:

Com efeito, a falha de segurança da plataforma mantida pelo réu permitiu o fácil acesso do *hacker* ao perfil do autor, que, a partir de então, viu-se em posse de fotografias, dados e conversas pessoais do requerente, ocasionando-lhe violação à sua intimidade e vida privada, isto é, a direitos de personalidade resguardados constitucionalmente (art. 5º, X, CRFB).

Ainda, em razão das falhas de segurança o invasor logrou alterar o e-mail vinculado à conta, acarretando ao autor uma verdadeira *via crucis* para tentar recuperar o acesso à sua conta, o que não foi possível pelos canais da parte ré, sendo necessária a intervenção do Poder Judiciário para tanto.<sup>140</sup>

Presentes os pressupostos da antijuridicidade e do nexo de imputação, passa-se a analisar o dano a ser reparado.

O dano material é a lesão ocorrida em face de um bem que compõe o patrimônio do ofendido<sup>141</sup>, especialmente, nos casos de perfis profissionais, mesmo que exista a recuperação da conta posteriormente. Este dano é classificado em dano emergente (positivo) e lucros cessantes (negativo). O primeiro diz respeito ao prejuízo efetivamente sofrido pelo ofendido,

---

<sup>140</sup> BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1019771-69.2022.8.26.0100**. Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado. Relator Alfredo Attié. Julgamento em 23 de abril de 2023. Data do Registro em 23 de abril de 2023.

<sup>141</sup> Patrimônio entendido, em sentido jurídico, como “el conjunto de los derechos evaluables en dinero que corresponden a una persona”. (FISCHER, Hans A. **Los Daños Civiles y su reparación**. Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por Wenceslao Roces. Madrid: Gráfica Universal, 1928, p. 6).

enquanto o segundo relaciona-se com o que deixou de lucrar<sup>142</sup>. Ambos podem ocorrer simultaneamente, provenientes de uma mesma conduta<sup>143</sup>.

No caso das situações de invasão de perfis é possível tratar de danos emergentes pelos valores investidos para melhor engajamento da conta, além de lucros cessantes.

Para estes últimos, é importante ter conhecimento de que o número de publicações aumenta o engajamento e, por consequência a interação social existente, que refletem em um valor econômico de cada perfil. É o que consta dos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ao avaliar os danos materiais decorrentes da impossibilidade de utilização da conta, independentemente da causa (bloqueio ou suspensão indevidos, assim como apropriação por terceiros), como se verifica do trecho abaixo do voto proferido pelo Desembargador Antônio Nascimento, ao julgar o recurso de Apelação Cível n.º 1004261-96.2021.8.26.0020, em que figurava como apelante *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.*, especificamente sobre os danos destaca-se:

As redes de interação social tornaram-se o maior canal de acesso dos fornecedores de produtos e serviços a seus clientes. E quanto maior for a interação social, maior será o retorno. Por conseguinte, é inegável que o cancelamento da conta implica perda do engajamento social e, portanto, a perda de clientes e parceiros comerciais.

Em outras palavras, a quantidade de seguidores, o engajamento, a quantidade de visualizações do perfil e publicações em rede social, a quantidade de interações, etc., são fatores econômicos utilizados para a análise do valor de uma página nas redes sociais. Bem por isso, a questão não pode ser relegada ao esquecimento, devendo sim, ser objeto de arbitramento judicial para fins de precificação do prejuízo material.<sup>144</sup>

Além dos danos materiais, há que se avaliar os danos morais, considerados como presentes uma vez que, em razão a falha de segurança, é permitido a terceiros terem acesso a informações privadas do titular do perfil do *site* de relacionamento, tais como, fotografias, mensagens e dados pessoais. Fato considerado como passível de reparação imaterial, de acordo como entendimento do Tribunal de Justiça pesquisado, conforme trecho do voto proferido no julgamento de lavra do Desembargador Fernando Melo Bueno Filho:

---

<sup>142</sup> COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 202.

<sup>143</sup> “Com efeito, o dano emergente e o lucro cessante não passam do verso e do averso da mesma medalha. Por isso mesmo tanto podem aparecer juntos como isoladamente (...)” (MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos**: pessoais e materiais. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 16).

<sup>144</sup> BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1004261-96.2021.8.26.0020**. Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado. Relator Antônio Nascimento. Julgamento em 16 de março de 2023.

Os danos morais são manifestos, tendo em vista a deficiência na prestação de serviços, possibilitando a invasão de conta e dados da apelada, assim como pela sensação de impotência e vulnerabilidade, bastantes a invadir a esfera extrapatrimonial, gerando danos passíveis de reparação. Forçoso reconhecer que a situação relatada ultrapassa o mero dissabor que integra os problemas do cotidiano, notadamente pelo constrangimento perante seus amigos, familiares e seguidores, bem como pelo fato de perder o acesso ao seu instrumento de divulgação de trabalho. Inescusável, pois, a conduta desidiosa do réu, cujas reclamações administrativas não foram atendidas, obrigando a autora a se socorrer às vias judiciais para obter a efetiva solução.<sup>145</sup>

Assim, cabíveis os danos morais, cujo objetivo é exatamente de ressarcir a violação da dignidade da pessoa humana, que nestes casos, extrapolam o mero aborrecimento<sup>146</sup>.

### Considerações finais

Este artigo se propôs a investigar se a impossibilidade de acesso aos perfis de redes sociais, em virtude de atos de terceiro, pode ser considerada como ato antijurídico hábil a embasar a responsabilização civil e a quem imputá-la. Propôs-se, outrossim, a averiguar os possíveis danos decorrentes da impossibilidade do reestabelecimento da titularidade do perfil.

Para tanto, contextualizou-se a problemática, fez-se um apanhado teórico sobre a incidência da legislação brasileira, em casos de invasão de perfis e *hackeamento* de contas, delimitando o conceito de consumidor inerente ao uso dessas plataformas tanto para fins pessoais, quanto profissionais. Foram abordados também os conceitos de dano material, emergente e lucros cessantes, e dano moral. Para o mesmo fim, foram analisadas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasil, no primeiro semestre de 2023.

A conclusão alcançada foi a de que as plataformas digitais, são integralmente e objetivamente responsáveis pela segurança das informações dos usuários nas suas plataformas e a sua obrigação para com os usuários vai além da mera informação do IP daquele que utiliza o perfil, obrigação prevista na Lei n.º 12.965/2014 (Lei do Marco Civil da

---

<sup>145</sup> BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1025126-60.2022.8.26.0100**. Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado. Relator Melo Bueno. Julgamento em 03 de abril de 2023. Data do registro em 03 de abril de 2023.

<sup>146</sup> BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1029831-28.2021.8.26.0071**. Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado. Relatora Deborah Ciocci. Julgamento em 17 de janeiro de 2023. Data do registro em 17 de janeiro de 2023.

Internet). Isto, pois, caberia às plataformas garantirem a inviolabilidade dos seus sistemas, protegendo as informações lá vinculadas, nos termos da Lei n.º 13.709/2018.

Além disso, confirmou-se que os usuários (para fins pessoais ou profissionais) são considerados consumidores e não possuem a *expertise* necessária quanto aos programas, tecnologias utilizadas e procedimentos para reestabelecimento, bloqueio ou suspensão dos serviços de rede, tornando-os vulneráveis e hipossuficientes, de modo que as excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor, especialmente no artigo 14, parágrafo 3º, inciso II, não incidem no caso da conta do usuário ser *hackeada* e o perfil invadido.

Disso decorre a conclusão de que a caberá a essas plataformas, como detentoras da tecnologia aplicada aos perfis, indenizarem os ofendidos pelos danos materiais, emergentes e/ou lucros cessantes, bem como pelos danos extrapatrimoniais havidos, ainda que haja posterior recuperação do perfil. A avaliação do valor a ser indenizado deverá ser feita caso a caso, em atenção ao engajamento da conta e, conseqüentemente, do valor econômico do perfil.

### Referências bibliográficas

ALTHEIM, Roberto. **Direito de danos**: pressupostos contemporâneos do dever de indenizar. Curitiba: Juruá, 2008.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: \_\_\_\_\_. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.377-384.

BRASIL. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 12 de setembro de 1990 e retificado em 10 de janeiro de 2007. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)> Acesso em: 23 de março de 2023.

BRASIL. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 24 de abril de 2014. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)> Acesso em: 28 de março de 2023.

BRASIL. Lei n.º 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, de 07 de fevereiro de 2020. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm)>. Acesso em: 23 de março de 2023.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1004261-96.2021.8.26.0020**. Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado. Relator Antônio Nascimento. Julgamento em 16 de março de 2023.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1019771-69.2022.8.26.0100**. Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado. Relator Alfredo Attié. Julgamento em 23 de abril de 2023. Data do registro em 23 de abril de 2023.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1025126-60.2022.8.26.0100**. Trigesima Quinta Câmara de Direito Privado. Relator Melo Bueno. Julgamento em 03 de abril de 2023. Data do registro em 03 de abril de 2023.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1029831-28.2021.8.26.0071**. Vigésima Oitava Câmara de Direito Privado. Relatora Deborah Ciocci. Julgamento em 17 de janeiro de 2023. Data do registro em 17 de janeiro de 2023.

BRASIL. São Paulo. Tribunal de Justiça Estadual. **Apelação Cível n.º 1059123-34.2022.8.26.0100**. Vigésima Oitava Câmara Cível. Relator Ferreira da Cruz. Julgamento em 21 de março de 2023. Data do registro em 21 de março de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial n.º 1.360.106/MT**. Quarta Turma. Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira. Julgamento em 28 de novembro de 2022. Publicado no Diário da Justiça eletrônico em 05 de dezembro de 2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 20ª ed., rev. e atual. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

COSSETTI, Melissa Cruz. **Por que contas do Instagram são invadidas e roubadas?** 2018. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/responde/por-que-contas-do-instagram-sao-invadidas-e-roubadas/>>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. O dever de indenizar. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2.ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

FISCHER, Hans A. **Los Daños Civiles y su reparación**. Traducido del alemán con concordancias y un Apéndice sobre el Derecho español por Wenceslao Roces. Madrid: Gráfica Universal, 1928.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória**, p. 257. Tese apresentada perante o Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40367>>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

INSTAGRAM lança ferramenta para quem teve conta hackeada; veja como usar. 15 de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/12/15/instagram-lanca-ferramenta-para-quem-teve-conta-hackeada-veja-como-usar.ghtml>>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

INVASÕES de perfis do Instagram quase quadruplicam em janeiro, diz MPMG; veja como se proteger. 08 de fevereiro de 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/02/08/invasoes-de-perfis-do-instagram-quase-quadruplicam-em-janeiro-diz-mpmg-veja-como-se-proteger.ghtml>>. Acesso em: 10 de abril de 2023.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** São Paulo: Editora 34, 1996.

LONGHI, João Victor Rozatti. **Responsabilidade civil e redes sociais:** retirada de conteúdo, perfis falsos, discurso de ódio e *fake news*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. **Ressarcimento de danos:** pessoais e materiais. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **O direito & o tempo:** embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 847-881.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital.** 6ª ed., rev., atual. e ampl. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** a privacidade hoje. Tradução de Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

**DEMOCRACIA, SEPARAÇÃO DE PODERES E A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS  
SUPERIORES: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL  
DURANTE E DEPOIS DA PANDEMIA (COVID-19)**

**Democracy, separation of powers and the function of the superior courts: the performance  
of the Federal Supreme Court during and after the pandemic (Covid-19)**

Guilherme Antunes da Cunha<sup>147</sup>

Gustavo da Silva Santanna<sup>148</sup>

Felipe Scalabrin<sup>149</sup>

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Democracia, separação de poderes e função dos tribunais superiores; 3. O tensionamento entre os poderes no período pandêmico; 4. O (dis)tensionamento entre os poderes nos períodos pós-pandêmico; Considerações finais; Referências

**Resumo:** O presente texto busca avaliar o impacto da atuação do Supremo Tribunal Federal em categorias fundamentais do Estado Democrático de Direito, levando em consideração os desafios surgidos durante e depois da pandemia do novo coronavírus (Covid-19). Para tanto, apresenta noções atuais sobre a democracia, a separação de poderes e a função dos tribunais superiores. Na sequência, o texto aborda alguns julgamentos que revelam o tensionamento entre os poderes no período pandêmico e pós-pandêmico. Após a análise dos casos no período em estudo, conclui-se que a harmonia entre os poderes constituídos permanece em difícil equilíbrio.

**Palavras-chave:** democracia; separação de poderes; Supremo Tribunal Federal; pandemia (covid-19); pós-pandemia

**Abstract:** This text aims to assess the impact of the Federal Supreme Court's performance on fundamental categories of the Democratic State of Law, taking into account the challenges that emerged during and after the new coronavirus pandemic (Covid-19). To do so, it presents current notions about the democracy, the separation of powers and the role of higher courts. Next, the text addresses some judgments that reveal the tension between

---

<sup>147</sup> Pós-Doutor em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor da Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direito Humanos) do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Advogado. E-mail: guilherme@antunesdacunha.com

<sup>148</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Professor da Atitus Educação e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor da especialização em Direito Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Procurador do Município de Alvorada/RS. E-mail: gssantanna@hotmail.com

<sup>149</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Professor do curso de graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Professor visitante na especialização do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle (UNILASSALE). E-mail: fscalabrin@gmail.com

the powers in the pandemic and post-pandemic period. After analyzing the cases in the period under study, it is concluded that the harmony between the constituted powers remains in difficult balance.

**Keywords:** democracy; separation of powers; Federal Court of Justice; pandemic (covid-19); post pandemic

### **1. Considerações iniciais**

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário assumiu papel de relevo diferenciado para a sociedade brasileira. Gradativamente, uma série de assuntos próprios da política foram deslocados para a arena dos processos judiciais. A partir daí, o Supremo Tribunal Federal destacou-se pela postura ativa, seja na produção de decisões, seja na relação com os demais poderes constituídos. É dizer, a corte constitucional ganhou maior protagonismo e maior espaço no arranjo institucional da democracia vigente.

O presente texto busca avaliar o impacto da atuação do Supremo Tribunal Federal em algumas categorias fundamentais do Estado Democrático de Direito, levando em consideração os desafios surgidos durante e depois da pandemia do novo coronavírus (Covid-19). Pretende-se apurar em que medida a corte constitucional atuará, de forma legítima e democrática, no período pós-pandêmico frente à necessidade de promoção dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional. Serão, então, revistos alguns dos principais julgamentos do período pandêmico e do período atual para prospectar o grau de tensionamento entre o Supremo e os demais poderes constituídos.

A empreitada proposta também não desconsiderará o estado da arte sobre a democracia, a separação de poderes e a função dos tribunais superiores, verdadeiros conceitos-chave para pavimentar a pesquisa proposta.

### **2. Democracia, separação de poderes e função dos tribunais superiores**

A sociedade contemporânea passa por uma revolução cultural e digital que, inevitavelmente, arrasta algumas categorias jurídico-políticas para outro patamar. Com a democracia não é diferente. Se antes as relações entre o cidadão e o ente estatal exigiam uma exclusiva intermediação por representantes eleitos, a virada tecnológica muda os paradigmas da democracia contemporânea.

A democracia contemporânea desmaterializa-se para as mídias digitais. A chamada democracia digital traduz um plus qualitativo no postulado democrático que se relaciona

diretamente com a democracia participativa.<sup>150</sup> Cuida-se, portanto, de uma nova etapa na caminhada, favorável à aproximação do indivíduo com a tomada das decisões que irão influenciar o corpo social. Nesse sentido, a democracia tradicional transita para a participativa e se converte em digital.

A democracia tradicional era pautada basicamente pela liberdade de opinião ou expressão (isagoria); pela igualdade de todos perante a lei, sem diferença de grau, classe ou riqueza (isonomia); e pelo livre acesso às funções públicas (isotimia).<sup>151</sup> Posteriormente, os Estados Liberais adicionaram a representatividade por atores próprios (os políticos profissionais) e organizações próprias (os partidos políticos). Daí em diante, o “povo” confere mandato a um segmento de indivíduos que exercerão diretamente o poder político. Em crise, a palavra “povo” perde seu sentido originário e migra para ícone ou símbolo justificador das ações dessa classe.

A democracia participativa pretende devolver para os verdadeiros titulares o poder de debater e tomar as escolhas políticas relevantes para a vida em sociedade.<sup>152</sup> Nela, a inclusão do indivíduo deve compreender, além dos tradicionais direitos políticos, o poder de intervir nos planos de ação estatal e em todas as suas funções tradicionais (inclusive a jurisdicional). Considera-se que a legitimidade política e jurídica do exercício do poder não pode ser extraída exclusivamente do voto, mas também do engajamento do cidadão na busca por respostas melhores para os dilemas sociais. Assim, novos mecanismos são colocados à disposição do cidadão para dar vida ao postulado democrático, enquanto antigas categorias são repensadas.

A democracia digital, por sua vez, permite que os anseios da participação do povo sejam catapultados para o espaço digital em razão dos avanços tecnológicos decorrentes da popularização da internet e das ferramentas computacionais (v. g., computadores domésticos, smartphones, tablets etc.). Em sentido semelhante: “por democracia digital entende-se o emprego de tecnologias digitais de comunicação com o objetivo de corrigir, incrementar ou incorporar novos procedimentos ao processo político, no sentido de melhor atender a um ou mais princípios da democracia”.<sup>153</sup> Não ficará, porém, livre de riscos. As novas tecnologias

---

<sup>150</sup> PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 9-45, 2014, p. 10

<sup>151</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 291.

<sup>152</sup> Sobre o conceito de democracia participativa, vide: BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>153</sup> ALMADA, Maria Paula; CARREIRO, Rodrigo; BARROS, Samuel; GOMES, Wilson. Democracia digital no Brasil: obrigação legal, pressão política e viabilidade tecnológica. *Matrizes*. São Paulo, Vol. 13, n.º 3, p. 161-181, set/dez, 2019, p. 163.

podem também ser empregadas como ferramentas de erosão democrática, fragilizando a representatividade e abrindo perigosas brechas para a manipulação de resultados, o crescimento de crimes cibernéticos e a ofensa à privacidade do cidadão.

As alterações no postulado democrático cobram nova reflexão sobre os poderes constituídos e o seu relacionamento com o cidadão. A separação de poderes, consagrada no pensamento de Montesquieu e migrada para o Estado Liberal típico das sociedades ocidentais do século XVIII, surge como um meio de proteção da liberdade do indivíduo em face do Estado.<sup>154</sup> Mas ela também se justifica por razões de ordem prática: a divisão de tarefas proporciona mais eficiência nas atividades estatais.

Por outro lado, aumento na complexidade da sociedade contemporânea, com inúmeras contingências alheias ao pensamento do século XVIII, acentuou a crítica ao modelo tradicional de separação dos poderes, razão pela qual, na atualidade, já podem ser mencionadas duas mudanças relevantes. A primeira diz respeito aos limites de cada função. Assim, o correto é considerar a existência de funções predominantes, de sorte que os demais poderes também possam exercer funções que seriam típicas de outros, isto é, funções atípicas. A segunda crítica diz respeito ao relacionamento entre os poderes, que não atuam mais de forma isolada, mas sim em regime de mútua e recíproca colaboração.<sup>155</sup>

A separação de poderes, em democracias consolidadas, não pode ser um ambiente de duelo entre atores políticos. Trata-se de organização estrutural voltada a melhor concatenar as inúmeras atribuições estatais com o fito de atingir as promessas constitucionais. Os poderes não são apenas independentes. Eles são independentes e harmônicos entre si (art. 2º, CF/88). Essa harmonia deve se traduzir em efetivo diálogo institucional para a solução das controvérsias existentes. É nesse sentido, aliás, que o Supremo desempenha a função de “guarda” da Constituição, não como seu defensor, mas como ator que assegura a *vigência*, a *eficácia* e a *aplicabilidade* do texto constitucional.<sup>156</sup>

A função do Supremo Tribunal Federal de realizar a Constituição fica ainda mais clara quando se identificam, no bojo das suas competências, atribuições específicas para deliberar em abstrato sobre a constitucionalidade de atos normativos (art. 102, I, a, CF/88) ou decidir em concreto sobre esse mesmo tema através de recurso extraordinário (art. 102, III, CF/88).

---

<sup>154</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214

<sup>155</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2010, p. 181.

<sup>156</sup> SILVA, José Afonso da. Defesa da Constituição e Mutação Constitucional. In: *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 238.

A manutenção da eficácia da Constituição também se dá pela rejeição, muitas vezes imediata, de atos ou enunciados normativos com ela incompatíveis.

A realização da Constituição pelos tribunais superiores encontra exemplo no atingimento da unidade do direito (e não da jurisprudência!). Trata-se de prestigiar a finalidade pública, de outorgar *coerência* ao ordenamento jurídico<sup>157</sup>, sem abandonar a historicidade inerente ao processo de construção das decisões judiciais. Ou seja, não basta reconhecer que os tribunais superiores estão habilitados a formar teses jurídicas abstratas e vinculantes<sup>158</sup>, mas reconhecer que a formação da decisão é fruto de uma atitude interpretativa na qual se exige a busca por respostas adequadas ao direito. Ora, não se pode deixar de conceber o direito como “um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e devido processo legal”, exigindo dos juízes que “efetivem esses princípios nos casos novos que venham perante eles, de modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa de acordo com as mesmas normas”.<sup>159</sup> Em suma, a decisão judicial está estruturalmente limitada por um sistema de princípios, mas que necessariamente dialoga com as contingências de cada caso concreto. Tal é a função dos tribunais superiores.

Reconhecido o dever de agir em face de atos concretos ou de enunciados normativos que afrontem a ordem jurídica, dada a extensão do texto constitucional, parece inevitável que haja tensão entre os poderes constituídos. Afinal, se o Poder Executivo emite atos questionáveis e o Poder Legislativo aprova leis duvidosas, tudo isso poderá desaguar no Poder Judiciário. A reavaliação de atos normativos, desde a perspectiva da sua constitucionalidade, atribuída ao Supremo Tribunal Federal, pode deixar em constante xeque as decisões tomadas pelos demais poderes. Cumpre então, avaliar o tensionamento entre os poderes no período pandêmico e no período posterior que se inicia.

### **3. O tensionamento entre os poderes no período pandêmico**

A Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu a existência de uma emergência sanitária em 30 de janeiro de 2020. Surgia uma nova variante do chamado coronavírus. A

---

<sup>157</sup> OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 181-230, set. 2010 (versão eletrônica).

<sup>158</sup> Nesse sentido, a proposta de que tribunais superiores possuiriam, por si só, legitimidade democrática a priori para a emissão de determinados provimentos com caráter vinculante “viabiliza riscos incontroláveis e chancela todo o tipo de decisionismo, eis que o próprio perfil da corte (ora conservador, ora progressista) variará de tempos em tempos” (NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, São Paulo, v.42, n.263, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica).)

<sup>159</sup> ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina: Thoth, 2021, p. 37.

doença resultante foi inicialmente chamada de “novo coronavírus 2019”, depois “SARS-CoV-2” e, enfim, “Covid-19”.<sup>160</sup> O índice de mortalidade elevado e as cautelas necessárias para evitar a contaminação causaram um verdadeiro desastre global.

A crise sanitária logo chegou no território brasileiro. O Ministério da Saúde declarou a ocorrência de “Emergência em Saúde Pública de importância Nacional” (ESPIN) em 03/02/2020 através da Portaria MS n.º 188/2020.

No início, o governo federal tentou assumir a gestão exclusiva do combate à pandemia<sup>161</sup>, mas as omissões causaram um inevitável movimento de retomada de atribuições pelo demais entes federados. Com isso, governadores e prefeitos passaram a editar os atos e normas que consideravam adequados para a proteção da saúde dos seus concidadãos.

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que “a interpretação da legislação federal sobre a crise sanitária no País não pode subtrair a competência para proteger a saúde pública incumbida a outros entes federativos”.<sup>162</sup> Para o Supremo “é grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios”.<sup>163</sup>

Devido à atuação do Supremo, os demais entes federativos tiveram a certeza da competência concorrente reconhecida para a promoção da saúde pública e poder de regulamentação e polícia das atividades públicas e privadas. Essa conclusão foi depois reforçada quando a corte afirmou o seguinte: “Os estados e o Distrito Federal detêm poder concorrente, enquanto os municípios gozam de poder suplementar, dentro de seus respectivos territórios, para adotar medidas restritivas durante a pandemia. Portanto, em conformidade com o federalismo e as regras constitucionais sobre a distribuição de poderes, é necessário respeitar as decisões dos governadores e prefeitos em relação ao distanciamento,

---

<sup>160</sup> VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 10, p. 1-38, 2020. Disponível em:

<<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>>, acesso em 19/03/2022.

<sup>161</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRAZÃO, Hugo Leonardo Abas. Papel do federalismo em situações de crise: o caso da pandemia da Covid-19. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 29, n. 123, p. 55-69, jan./fev. 2021 (versão eletrônica).

<sup>162</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRAZÃO, Hugo Leonardo Abas. Papel do federalismo em situações de crise: o caso da pandemia da Covid-19. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 29, n. 123, p. 55-69, jan./fev. 2021 (versão eletrônica).

<sup>163</sup> STF, ADI 6341 MC-Ref, Relator Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020.

à quarentena, à suspensão das atividades pedagógicas e culturais, bem como às restrições comerciais” (ADPF 672-MC).<sup>164</sup>

Ao longo da pandemia, em diversos momentos, a Suprema Corte foi chamado à baila para se posicionar em relação a questões importantes de políticas na promoção da saúde pública e de combate à COVID-19.

Em um dos temas mais importantes da época, a corte constitucional foi provocada a decidir sobre a vacinação da população. Em duas ações (ADPF 770 e ADI 6625)<sup>165</sup>, questionou-se a omissão do governo federal em realizar e implantar um plano definitivo de imunização da população contra a COVID-19; discutiu-se questões relativas ao registro e acesso à vacina; e requereu-se o reconhecimento da possibilidade de elaboração e execução de planos de imunização por parte de todos os entes federados, a fim de não ser necessário aguardar o plano federal, então ainda não implementado, bem como evitar que a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) fosse impedida de negar uso às vacinas aprovadas por agências estrangeiras.

O Supremo não deixou de agir e deferiu os pedidos, obrigando que fossem adotadas as medidas necessárias à vacinação da população brasileira. É oportuno esclarecer que o Poder Executivo, na época, adotava uma política de desincentivo às vacinas, fato que ocasionou até a provocação de tribunais internacionais para buscar as responsabilizações cabíveis.

Em outro julgamento emblemático, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de afastar a exigência de demonstração de adequação e compensação orçamentárias previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal para a criação de programas destinados ao enfrentamento da pandemia. Sem a trava fiscal, tornou-se mais célere a criação e custeio de políticas públicas confrontar a crise sanitária (ADI 6357).<sup>166</sup>

Em torno da responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos, durante a pandemia foi editada uma medida provisória que dificultava a caracterização de erro do administrador e tornava letra morta a possibilidade de responsabilidade administrativa por opinião técnica (MP 966/2020). O Supremo, então, deferiu medidas cautelares para conferir interpretação constitucional ao texto e potencializar a possibilidade de responsabilização dos

---

<sup>164</sup> STF, ADPF 672 MC-Ref, Relator Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020.

<sup>165</sup> STF, ADPF 770 MC-Ref, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021.

<sup>166</sup> STF, ADI 6357 MC-Ref, Relator Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2020.

agentes públicos (ADI 6421-MC).<sup>167</sup> Ressalta-se, porém, que a medida provisória em discussão acabou não sendo convertida em lei.

No esforço de proteção de comunidades menos favorecidas, o Supremo adotou medidas para impor o atendimento adequado aos povos indígenas (ADPF 709)<sup>168</sup> e impôs a suspensão de “batidas policiais” nas favelas do Rio de Janeiro enquanto persistisse o estado de calamidade pública resultante da pandemia (ADPF 635).<sup>169</sup> Além disso, houve a suspensão de ordens de despejo e desocupações coletivas, com especial foco nas pessoas em situação de vulnerabilidade social (ADPF 828).<sup>170</sup>

Durante a pandemia, a Suprema Corte precisou assegurar a autonomia federativa. Em dado momento, viu-se obrigada a decidir sobre os limites da requisição administrativa da União. Nessa contingência, a corte constitucional impediu que a União requisitasse ventiladores pulmonares e insumos para vacinas dos Estados-membros. Foi considerado que “A requisição administrativa não pode se voltar contra bem ou serviço de outro ente federativo, de maneira que haja indevida interferência na autonomia de um sobre outro”. Além disso, “a competência da União, por meio do Ministério da Saúde, de coordenar o Programa Nacional de Imunização (PNI) e de definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunizações não exclui a competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para adaptá-los às peculiaridades locais, no típico exercício da competência comum de que dispõem para cuidar da saúde e assistência pública” (ACO 3463).<sup>171</sup>

Em dado momento da crise, o Governo Federal tentou encerrar a divulgação pública das informações epidemiológicas para a sociedade, o que foi considerado pelo Supremo como ofensa ao direito de acesso à informação e à publicidade (ADPF 690).<sup>172</sup>

Os checks and balances entre os Poderes da República tiveram papel fundamental no tratamento das questões relativas à pandemia. À sua moda, cada esfera dos Poderes Executivos municipais, estaduais e federal atuou para promover ações de prevenção e combate. Mas demonstra, acima de tudo, o papel do Poder Judiciário na atualidade e a posição de destaque do Supremo Tribunal Federal como um dos principais atores do jogo democrático. E na pandemia foi decisivo, como se procurou demonstrar no presente ensaio.

---

<sup>167</sup> STF, ADI 6421 MC, Relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2020.

<sup>168</sup> STF, ADPF 709 TPI-Ref, Relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2021

<sup>169</sup> STF, ADPF 635 MC, Relator Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2020.

<sup>170</sup> STF, ADPF 828 TPI-Ref, Relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2021.

<sup>171</sup> STF, ACO 3463 MC-Ref, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2021.

<sup>172</sup> STF, ADPF 690, Relator Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2021.

Ora, as decisões do STF, desde o início da pandemia, controlaram e regularam as ações dos Executivos e Legislativos, com impacto direto na vida dos brasileiros.<sup>173</sup>

Dessa forma, observa-se, diante desse cenário e a partir das inúmeras decisões proferidas ao longo do período pandêmico, o nível de atuação da Corte Constitucional brasileira. O Supremo passou a ser um ator central e decisivo nos assuntos de políticas públicas no Brasil. E, neste particular, influenciando diretamente, pela promoção ao direito fundamental e humano à saúde, na relação entre os entes federativos. Esse conjunto de decisões demonstra claramente a posição do Supremo Tribunal Federal no jogo democrático: o papel de controle dos atos administrativos e legislativos com impacto franco na vida dos brasileiros. A eficácia dos atos do Poder Judiciário é inegável; e sua relevância para o país é incontroversa. Enfim, não há eficácia de direitos fundamentais e de direitos humanos sem atuação legítima do Poder Judiciário.

É provável que sem um tensionamento entre os poderes no período pandêmico, a história da crise sanitária fosse contada de forma bastante diferente. Talvez com um desastre ainda maior. O Supremo, portanto, não deixou os embates institucionais impedirem a atuação pela efetividade da Constituição na dimensão da proteção de direitos fundamentais básico, como a vida e a saúde do cidadão.

#### **4. O (dis)tensionamento entre os poderes no período pós-pandêmico**

A chamada “Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional” foi considerada encerrada pelo Ministério da Saúde em 22/04/2022 através da Portaria GM/MS n.º 913/2022. Embora ainda não tenha havido o reconhecimento da situação pandêmica pela Organização Mundial da Saúde, a sociedade brasileira vive uma gradativa retomada à normalidade.

Ao longo do ano de 2022, contudo, viu-se um crescente aumento no atrito entre os poderes constituídos, notadamente pelas críticas do Executivo e do Legislativo à atuação do Judiciário. Não bastasse isso, a proximidade das eleições presidenciais pode ter potencializado a tensão entre os poderes constituídos. No início de 2023, com a derrota do partido de

---

<sup>173</sup> ANTUNES DA CUNHA, Guilherme; FAYET, Paulo. *A relação entre os poderes na pandemia, a promoção do direito à saúde e a preservação das relações internacionais*. In: Vacina como medida essencial de combate à pandemia: perspectiva de direito fraterno [recurso eletrônico] / Organizadora Sandra Regina Martini e Claudia Zalazar – Porto Alegre; Córdoba: Essere nel Mondo, 2021, p. 62-63.

situação e logo após a troca de governo, houve o chamado “Dia da Infâmia”.<sup>174</sup> Em 08/01/23 uma turba invadiu os prédios sede dos poderes – inclusive do Supremo Tribunal Federal – e depredou as instalações.

Segundo a então Presidente do STF, a Ministra Rosa Weber, as sedes dos três pilares da democracia brasileira foram alvo de um “ataque golpista e ignóbil” dirigido “com maior virulência” contra o STF, porque a Corte, ao fazer prevalecer em sua atuação jurisdicional a autoridade da Constituição, se contrapôs a toda sorte de pretensões autocráticas. Mas na visão de Sua Excelência, “o sentimento de respeito pela ordem democrática continua e continuará a iluminar as mentes e os corações dos juízes da Corte Suprema, que não hesitarão em fazer prevalecer sempre os fundamentos éticos e políticos que informam e dão sustentação ao Estado Democrático de Direito”.<sup>175</sup>

Considerado o período de abril de 2022 até março de 2023 (quando o presente texto foi concluído), já podem ser mencionados alguns julgamentos do Supremo que indicam uma tentativa de evitar atritos com os demais poderes, sem deixar de deliberar sobre temas sensíveis à proteção de direitos fundamentais.<sup>176</sup> Vejamos.

Quanto à adoção de rito de urgência em proposições legislativas, a corte constitucional considerou que a previsão regimental de rito de urgência para proposições que tramitam nas casas legislativas nacionais não ofende o devido processo legislativo. Considerou, ainda, que a adoção desse rito é matéria *interna corporis*. Não caberia ao STF apreciar essa escolha do Legislativo. Do contrário, “haveria indevido controle jurisdicional sobre a interpretação do sentido e do alcance de normas meramente regimentais, infringindo o princípio da separação dos Poderes” (ADI 6968).<sup>177</sup>

Sobre a liberdade de expressão e o discurso de ódio, por outro lado, a corte constitucional julgou procedente ação penal contra congressista que se manifestou em redes sociais buscando “a abolição do Estado de Direito e o impedimento, com graves ameaças, do livre exercício de seus poderes constituídos e de suas instituições”. Em clara defesa da democracia, o Supremo afirmou categoricamente que “a liberdade de expressão existe para

---

<sup>174</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; ABBoud, Georges. O dia da infâmia: os ataques golpistas de 8/1 e as fakenews contra o Supremo. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-22/gilmar-mendes-georges-abboud-81-dia-infamia>, acesso em 28/03/2023.

<sup>175</sup> A íntegra do discurso de abertura do ano judiciário pode ser consultada no site do CNJ (<https://www.cnj.jus.br/em-abertura-do-ano-judiciario-rosa-weber-afirma-que-democracia-permanece-inabalada/>). A sessão solene de abertura do ano de 2023 também pode ser vista no Youtube (<https://www.youtube.com/watch?v=yqvcacstkZk&list=PLippyY19Z47u5gEavX6Ua5kKk4KY8SoVA>)

<sup>176</sup> Muitos julgamentos mencionados a seguir ainda não tiveram a publicação do acórdão. Optou-se, então, por apresentar uma referência simples, em parênteses, ao número do recurso ou da ação respectiva.

<sup>177</sup> STF, ADI 6968, Relator Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/2022.

a manifestação de opiniões contrárias, jocosas, satíricas e até mesmo errôneas, mas não para opiniões criminosas, discurso de ódio ou atentados contra o Estado Democrático de Direito e a democracia” (AP 1044).<sup>178</sup>

Em dado caso concreto, a Presidência da República providenciou a publicação de edição extra do Diário Oficial da União para a divulgação de novo texto legal com a aposição adicional de veto um dia após a expiração do prazo constitucional para veto da legislação. O Supremo assentou que o poder de veto previsto no art. 66, § 1º, da CF/88 não pode ser exercido após o decurso do prazo constitucional, declarando a inconstitucionalidade do veto adicional publicado e restabelecendo a vigência original do dispositivo legal vetado (ADPF 893).<sup>179</sup>

Ainda, em prestígio à autonomia dos partidos políticos, o Supremo reconheceu que eles podem estabelecer a duração dos mandatos de seus dirigentes, desde que compatível com o princípio republicano da alternância do poder concretizado por meio da realização de eleições periódicas em prazo razoável (ADI 6230).<sup>180</sup>

Sobre a constitucionalidade do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), tema igualmente polêmico, a corte constitucional considerou que, ausente proibição constitucional, “o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos impõe ao Poder Judiciário, por autocontenção, respeito ao espaço privativo de deliberação atribuído constitucionalmente aos demais Poderes da República, assim como às escolhas políticas legitimamente adotadas pelos parlamentares”. Em razão disso, a criação de fundo, constituído apenas em anos eleitorais com destinação de parcela do orçamento da União e com objetivo exclusivo de financiar as campanhas eleitorais com recursos públicos, foi considerada constitucional (ADI 5795).<sup>181</sup>

No que diz respeito ao direito fundamental à educação infantil, o Supremo reconheceu que a educação infantil é direito subjetivo assegurado no próprio texto constitucional, mediante norma de aplicabilidade direta e eficácia plena, isto é, sem a necessidade de regulamentação pelo Legislativo. Assim, o Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica (RE 1008166; Tema 548/STF).

---

<sup>178</sup> STF, AP 1044, Relator Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2022.

<sup>179</sup> STF, ADPF 893, Relatora Cármen Lúcia, Relator p/ Acórdão Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2022.

<sup>180</sup> STF, ADI 6230, Relator Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2022.

<sup>181</sup> STF, ADI 5795 MC, Relator Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 22/08/2022.

Acerca das Emendas do relator e o chamado “Orçamento Secreto”, o STF considerou que as emendas de relator eram incompatíveis com a Constituição Federal em virtude de seu caráter anônimo, sem identificação do proponente, já que operam em uma lógica da ocultação dos efetivos requerentes, por meio da qual todas as despesas nela previstas são atribuídas, indiscriminadamente, à pessoa do relator-geral do orçamento, entre parlamentares incógnitos e o orçamento público. Em razão disso as práticas relacionadas com o assim chamado “Orçamento Secreto” forma consideradas inconstitucionais (ADPF 850).

Avançando em 2023, já podem ser identificados julgamentos relevantes como o que envolveu a coisa julgada tributária nas relações de trato sucessivo. Sobre o tema, prevaleceu na corte constitucional que os efeitos temporais da coisa julgada nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo são imediatamente cessados quando o Supremo se manifestar em sentido oposto em julgamento de controle concentrado de constitucionalidade ou de recurso extraordinário com repercussão geral (RE 955227; Tema 885/STF). Merece realce que neste julgamento a Suprema Corte deixou explícito que a declaração de inconstitucionalidade em recurso extraordinário com repercussão geral possui os mesmos efeitos vinculantes e a mesma eficácia erga omnes atribuídos às ações de controle abstrato. Trata-se de um passo largo na construção de um sistema com propriedades únicas no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.

Em paralelo, a pauta do Supremo no período de estudo contou com diversos temas secundários ou com menor impacto sociais, tais como: possibilidade de destinação de honorários advocatícios a procuradores estaduais quando a quitação ocorre de forma extrajudicial (ADI 5910); constitucionalidade de norma estadual que fixa custas processuais mais elevadas para causas de alto valor ou alta complexidade (ADI 7063); constitucionalidade de norma estadual que prevê o pagamento proporcional da remuneração devida a conselheiro de Tribunal de Contas para auditor em período de substituição (ADI 6951); competência dos municípios para licenciamento ambiental de empreendimentos de impacto local (ADI 2142); legitimidade do poder de polícia da ANATEL (ADI 4039); duração das férias dos advogados da União (RE 929886); validade das restrições à publicidade de produtos fumígenos e inserção de advertência sanitárias nas embalagens (ADI 3311); constitucionalidade de lei estadual sobre antecipação de pagamento de custas com oficiais de justiça (ADI 5969); redução da alíquota de ICMS para cerveja a base de mandioca (ADI 6152); constitucionalidade de lei estadual que prevê a reserva de assentos especiais a serem

utilizados por pessoas obesas (ADI 2477); constitucionalidade de lei municipal que obriga à substituição de sacos e sacolas plásticos por sacos e sacolas biodegradáveis (RE 732686; Tema 970/STF); competência para legislar sobre a profissão de despachante (ADI 6740).

Prosseguindo em 2023, podem ser mencionados: constitucionalidade de lei estadual que proíbe a fabricação, a venda e a comercialização de armas de brinquedo que simulam armas de fogo reais (ADI 5126); impossibilidade de interdição do exercício profissional por inadimplência de anuidades devidas à Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 7020); incidência de ISS sobre cessão de direito de uso de espaços em cemitérios para sepultamento (ADI 5869); obrigatoriedade das concessionárias estaduais de expedirem notificação pessoal para a realização de vistoria (ADI 3703).

### **Considerações finais**

Pretendeu-se avaliar o impacto da atuação do Supremo Tribunal Federal em algumas categoriais relevantes para o Estado Democrático de Direito, especialmente diante dos desafios surgidos durante e depois da pandemia do novo coronavírus (Covid-19).

O jogo democrático contemporâneo está em uma etapa que exige muita atenção. Categorias clássicas passam por novos desafios. A democracia digital pode trazer vantagens, mas não estará imune a riscos. A separação de poderes tradicional é repensada desde a perspectiva da colaboração mútua, enquanto a função dos tribunais superiores ganha novo contorno a partir da necessidade de conferir unidade a um ordenamento jurídico cada vez mais fragmentado.

Durante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19), o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura de intenso controle dos atos do poder público, emitindo decisões que interferiram diretamente no modo de conduzir a crise sanitária. Não, porém, sem motivo. Os exemplos trazidos confirmam que especialmente o Poder Executivo adotou postura incompatível com a efetividade e velocidade necessários para fazer frente à crise sanitária. O Brasil foi um dos países em que a doença mais matou. Muitas das medidas sanitárias cientificamente aprovadas, como vacinação e distanciamento social, só foram plenamente concretizados graças à atuação da corte constitucional.

No período pós-pandêmico, que ainda está em curso, a corte constitucional parece adotar uma postura parcimoniosa. Os exemplos trazidos confirmam que o Supremo Tribunal Federal vem adotando, em alguns casos, uma posição de deferência ao Poder Legislativo. É o que ocorreu, por exemplo, no julgamento da constitucionalidade do Fundo Especial de

Financiamento de Campanha e do rito de urgência nas proposições legislativas. Em ambos os casos, o Supremo fixou que essas escolhas possuem caráter político e cabem ao Poder Legislativo. Além disso, a grande maioria dos casos julgados possuem pouco impacto social a demonstrar uma possível seleção de matérias menos polêmicas para julgamento no período pós-pandêmico.

Por outro lado, após a pandemia, o Supremo também não deixou de proteger direitos fundamentais. Como citado, reconheceu que o direito fundamental à educação infantil é norma constitucional de aplicabilidade imediata e, portanto, os gestores públicos deverão viabilizar as vagas necessárias para atender esse segmento.

Apesar do tom ameno, a tensão entre os poderes não parece ter diminuído. Como exemplo, após o repúdio da corte ao discurso de ódio, com a condenação de um congressista por atentar contra as instituições (AP 1044), o então Presidente da República concedeu indulto individual ao condenado, afastando os efeitos penais da condenação. O decreto deu origem a uma nova ação judicial ainda em curso (ADPF 964). Na mesma toada, o STF declarou a inconstitucionalidade do assim chamado “Orçamento Secreto”, prática que possibilitava a transferência de recursos orçamentários sem transparência ou controle (ADPF 850). Mas, logo após, o Congresso Nacional aprovou uma emenda constitucional para restabelecer e constitucionalizar prática bastante semelhante, senão idêntica (EC n.º 126/22).

É claro que a decisão final do STF não será o fim do debate. Não precisa ser; afinal, é uma democracia. No jogo democrático, os Poderes Legislativo e Executivo são instituições políticas que exercem o poder que emana do povo; o Poder Judiciário exerce o controle jurídico do exercício do poder. O poder, portanto, é desde-já-sempre controlado e não há controle do controlador; dessa forma, o debate – acerca da aplicação do Direito – cessa no órgão que interpreta e aplica o Direito por último. A decisão final serve como princípio argumentativo para os casos a serem decididos no futuro, bem como para eventuais movimentos legislativos que o Parlamento venha a fazer.<sup>182</sup>

A harmonia entre os poderes permanece em difícil equilíbrio. Mas é um desafio de todas as democracias contemporâneas. Com tantos pontos de tensão, a defesa da democracia, da colaboração entre os poderes constituídos e a busca pela unidade do direito podem representar o necessário ponto de conciliação na arena jurídico-política.

---

<sup>182</sup> JOBIM, Marco Félix; ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. Ativismo judicial e VAR: Quem controla o controlador no Estado Democrático de Direito? In *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 17(47). <https://doi.org/10.30899/dfj.v17i47.1256>, p. 120.

## Referências Bibliográficas

ALMADA, Maria Paula; CARREIRO, Rodrigo; BARROS, Samuel; GOMES, Wilson. Democracia digital no Brasil: obrigação legal, pressão política e viabilidade tecnológica. *Matrizes*. São Paulo, Vol. 13, n.º 3, p. 161-181, set/dez, 2019.

ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina: Thoth, 2021.

ANTUNES DA CUNHA, Guilherme; FAYET, Paulo. *A relação entre os poderes na pandemia, a promoção do direito à saúde e a preservação das relações internacionais*. In: Vacina como medida essencial de combate à pandemia: perspectiva de direito fraterno [recurso eletrônico] / Organizadora Sandra Regina Martini e Cláudia Zalazar – Porto Alegre; Córdoba: Essere nel Mondo, 2021.

401 p. – (Movimento entre os saberes: a transdisciplinaridade e o direito, v. 14)

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JOBIM, Marco Félix; ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. Ativismo judicial e VAR: Quem controla o controlador no Estado Democrático de Direito? In: *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17(47). <https://doi.org/10.30899/dfj.v17i47.1256>, p. 120.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FRAZÃO, Hugo Leonardo Abas. Papel do federalismo em situações de crise: o caso da pandemia da Covid-19. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 29, n. 123, p. 55-69, jan./fev. 2021 (versão eletrônica).

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; ABOUD, Georges. O dia da infâmia: os ataques golpistas de 8/1 e as fake news contra o Supremo. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jan-22/gilmar-mendes-georges-abboud-81-dia-infamia>, acesso em 28/03/2023.

NUNES, Dierle José Coelho; PEDRON, Flávio Quinaud; HORTA, André Frederico de Sena. Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, São Paulo, v.42, n.263, p. 335-396, jan. 2017 (versão eletrônica).

OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, n. 187, p. 181-230, set. 2010 (versão eletrônica).

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Teledemocracia, cibercidadania y derechos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 4, n. 2, p. 9-45, 2014.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Editorial Universitas, 2012.

SILVA, José Afonso da. Defesa da Constituição e Mutação Constitucional. In: *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; RACHED, Danielle Hanna. A emergência do novo coronavírus e a “lei de quarentena” no Brasil. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 10, p. 1-38, 2020. Disponível em:

<<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/49180>>, acesso em 19/03/2022.

# DA NECESSÁRIA SINCRONIA ENTRE OS PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES E A FUNDAMENTAÇÃO QUALIFICADA DAS DECISÕES JUDICIAIS

## The necessary synchrony between binding decision-making standards and the qualified basis of judicial decisions

Guilherme Antunes da Cunha<sup>183</sup>

Gustavo da Silva Santanna<sup>184</sup>

Felipe Scalabrin<sup>185</sup>

**Sumário:** 1. Considerações iniciais; 2. Da *jurisprudência* aos *padrões decisórios*: terminologia adequada ao paradigma estabelecido pelo CPC/2015; 3. Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes; 4. Do efeito vinculativo dos padrões decisórios: fundamentos suscitados e analisados na decisão vinculante; Considerações finais; Referências.

**Resumo:** Os padrões decisórios dependem das razões de decidir. Não há padrões decisórios sem um compromisso sério com razões de decidir, nem mesmo sem uma fundamentação qualificada. Um não existe sem o outro e, nessa relação de circularidade, deve haver responsabilidade na fundamentação das decisões para que seja possível uma aplicação adequada dos padrões decisórios aos casos futuros. O Código de Processo Civil brasileiro está claramente preocupado com uma adequada aplicação dos padrões decisórios, e consigna formalmente a importância de uma fundamentação qualificada. O que importa ressaltar é que a existência de precedentes antagônicos não propicia um espaço em que o intérprete pode fazer suas escolhas de forma discricionária. Não há, pois, uma moldura de indeterminação cujo interior possa ser preenchido pelo intérprete e dentro da qual qualquer decisão seria possível e nem mesmo uma espécie de textura aberta que, diante de uma relativa indeterminação de conceitos, o magistrado possa constituir a resposta por simples ato de vontade ou juízos de valor. Há que se encontrar a resposta correta ao caso, a partir das perguntas feitas aos casos e ao direito, a partir da adequada fundamentação e justificação das razões de decidir. Portanto, mais do que fundamentar a decisão, é necessário justificar – explicitar – o que foi fundamentado. Com isso, o problema que se propõe a investigar é qual a relação entre fundamentação das decisões judiciais e os padrões decisórios, bem como investigar em que medida a sincronia entre fundamentação e padrões obrigatórios contribui

---

<sup>183</sup> Pós-Doutor em Teoria Geral da Jurisdição e do Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor da Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direito Humanos) do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Advogado. E-mail: guilherme@antunesdacunha.com

<sup>184</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Professor da Atitus Educação e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor da especialização em Direito do Estado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), professor da especialização em Direito Digital, Gestão da Inovação e Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS). Procurador do Município de Alvorada/RS. E-mail: gssantanna@hotmail.com

<sup>185</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS). Professor do curso de graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Professor visitante na especialização do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle (UNILASSALE). E-mail: fscalabrin@gmail.com

para uma prática jurisdicional que pretenda trabalhar com a vinculatividade dos padrões decisórios e que atenda as exigências de um modelo de Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito; Fundamentação das Decisões; Padrões Decisórios Vinculantes; Tese Jurídica; Código de Processo Civil.

**Abstract:** Decision standards depend on the legal reasons for deciding. There are no decision-making standards without a serious commitment to reasons for deciding, not even without a qualified foundation. One does not exist without the other and, in this circular relationship, there must be responsibility in the reasoning of decisions so that it is possible to properly apply the decision-making standards to future cases. The Brazilian Code of Civil Procedure is clearly concerned with the proper application of decision-making standards, and formally states the importance of a qualified basis. What is important to emphasize is that the existence of antagonistic precedents does not provide a space in which the interpreter can make his choices in a discretionary way. There is, therefore, no frame of indetermination whose interior could be filled in by the interpreter and within which any decision would be possible, and not even a kind of open texture that, faced with a relative indeterminacy of concepts, the magistrate could constitute the answer by simple act of will or value judgments. It is necessary to find the correct answer to the case, from the questions asked to the cases and to the law, from the adequate reasoning and justification of the reasons for deciding. Therefore, more than justifying the decision, it is necessary to justify – explain – what was justified. With this, the problem that is proposed to investigate is what is the relationship between the reasoning of judicial decisions and the decision-making standards, as well as to investigate to what extent the synchrony between reasoning and mandatory standards contributes to a jurisdictional practice that intends to work with the binding of the standards decision-making processes and that meets the requirements of a Democratic Rule of Law model.

**Keywords:** Democratic Rule of Law; Motivation of Decisions; Binding Decision Standards; Legal Thesis; Code of Civil Procedure.

## 1. Considerações iniciais

O presente ensaio pretende abordar a íntima relação de circularidade que deve existir entre padrões decisórios vinculantes e a fundamentação das decisões. Não há, em um sistema jurídico imerso em um Estado Democrático de Direito, e que pretenda trabalhar na sua prática judiciária com padrões decisórios vinculantes, como afastar a vinculatividade de seus provimentos obrigatórios de uma fundamentação qualificada.

A formação de um padrão decisório vinculante mediante adequada fundamentação é condição de possibilidade para que tal provimento seja devidamente aplicado aos casos futuros. Isto porque é preciso que seja possível a identificação da *tese jurídica* adotada como *critério* para a tomada da decisão no padrão decisório invocado como paradigma a ser aplicado a um caso que esteja *sub judice*. Ora, antes da aplicação a um caso posterior, é preciso realizar-se um *juízo de conformidade* entre o padrão decisório vinculante e o caso concreto. Tal juízo será sempre uma atividade interpretativa e intelectual do intérprete.

Tal atitude interpretativa poderá ter como resultado a aplicação do padrão decisório vinculante ao caso concreto ou a sua distinção, bem como poderá eventualmente levar à superação do entendimento antes fixado para que outro seja adotado. Daí a necessária sincronia entre a fundamentação adequada das decisões e a formação e aplicação dos padrões decisórios vinculantes, que se pretende abordar no presente ensaio.

## **2. Da *jurisprudência* aos *padrões decisórios*: terminologia adequada ao paradigma estabelecido pelo CPC/2015**

Preliminarmente, é importante anotar que, na prática jurisdicional brasileira, o termo *precedente* não deve ter o mesmo sentido tradicional que apresenta nos países tradicionais de *common law* – como Estados Unidos e Inglaterra. Isto porque, no Brasil, não são apenas os *precedentes*<sup>186</sup> que serão *vinculantes*, mas existem outros *padrões decisórios* obrigatórios, como súmulas e súmulas vinculantes, como se observa das hipóteses constantes no art. 927 do CPC<sup>187</sup>. Daí a adoção do termo *padrões decisórios*, pois engloba todas as espécies de atos que devem ser observados, elencados expressamente pelo diploma processual civil. Ademais, abarca casos que não são obrigatórios *decorrentes de lei*, mas também quando a parte ou o Magistrado invocarem *padrões decisórios* (precedente, jurisprudência, súmulas etc.) e relacionarem com o caso em julgamento (incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC<sup>188</sup>).

Nessa linha de raciocínio, quando se fala em *precedentes*, bem como quando se menciona *jurisprudência* (*dominante* ou não) ou *súmulas* (*vinculantes* ou não), se trata, sempre, de *padrões decisórios*, termo *genérico* que se refere a todas essas manifestações e pronunciamentos

---

<sup>186</sup> Sequer há consenso na doutrina acerca do conceito de *precedente*, haja vista que o objetivo do presente ensaio não é debruçar-se nisso, trataremos como *provimentos formalmente vinculantes* os padrões decisórios estabelecidos no art. 927 do CPC.

<sup>187</sup> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. BRASIL. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

<sup>188</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; 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. BRASIL. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

advindos do Poder Judiciário, adotado expressamente pelo Código de Processo Civil, em seu art. 966, §5º<sup>189</sup>.

A prática jurisdicional brasileira tem seus mecanismos próprios de *vinculação* e de *persuasão*, motivo pelo qual se mostra relevante adotar uma expressão que desvincule da prática jurisdicional própria da *common law*, qual seja, os *precedentes*. Portanto, adota-se o termo *padrões decisórios*, o que não impede de se utilizar os termos *precedentes*, *súmulas* ou *jurisprudência*, em seu sentido *amplo*.

O presente artigo trata da relação entre a fundamentação das decisões judiciais com os padrões decisórios vinculantes; entretanto, existe uma diferença significativa entre (i) o caminho para a edição de súmulas pelo STJ ou pelo STF e (ii) a elaboração de um acórdão oriundo da Corte Especial do STJ ou do Plenário do STF. O objetivo específico é abordar a relação entre a fundamentação de acórdãos oriundos do STJ ou do STF, seja em controle concentrado de constitucionalidade, seja em sede de recursos especial ou extraordinário repetitivos, ou mesmo pelo regime da repercussão geral. Portanto, usaremos, para este fim, o termo precedente e o termo acórdão como sinônimos.

### **3. Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes**

Os padrões decisórios dependem das razões de decidir. Não há padrões decisórios sem um compromisso sério com razões de decidir<sup>190</sup>. Um não existe sem o outro e, nessa relação de circularidade, deve haver responsabilidade na fundamentação das decisões – responsabilidade na formação dos padrões decisórios – para que seja possível uma aplicação adequada dos padrões decisórios aos casos futuros. Em um Estado (que se pretenda) Democrático de Direito, a aplicação adequada dos padrões decisórios é condição para respostas adequadas ao Direito. Não há, pois, padrão decisório sem fundamentação qualificada. E, assim, fica claro que a vinculação se estabelece a partir da argumentação.

O Código de Processo Civil está claramente preocupado com uma adequada aplicação dos padrões decisórios, e consigna formalmente a importância de uma

---

<sup>189</sup> Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] §5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do *caput* deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgado de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o **padrão decisório** que lhe deu fundamento. (grifo nosso). BRASIL. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

<sup>190</sup> Sobre o assunto, consultar: ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina: Thoth, 2021.

fundamentação qualificada para tanto, como condição de possibilidade para uma prática jurisdicional intersubjetiva. A lei está preocupada com a delimitação das questões de fato e de direito que serão analisadas quando da fundamentação da decisão porque os *fundamentos determinantes* fixarão a *tese jurídica* do julgado. Mas também é imperativo observar a formação dos padrões decisórios nos tribunais, com o devido trato colegiado também dos *fundamentos determinantes* das decisões.

Quando se fundamenta uma decisão em precedentes, buscando-se estabelecer uma necessária coerência e integridade na prática jurisdicional do Direito, é preciso que haja fundamentação adequada apontando a relação do caso invocado como precedente com o caso concreto a ser decidido. Isto se torna ainda mais relevante e imperativo quando há entendimentos diversos na jurisprudência, fazendo-se necessário que ambas as tendências jurisprudenciais façam parte do horizonte da decisão, provindo a decisão do caso a partir da dialética entre os casos controvertidos.<sup>191</sup> A prática jurisdicional a partir de decisões judiciais anteriores não prescinde de uma adequada fundamentação, uma vez que a aplicação de padrões decisórios exige razões de decidir adequadas.

O que importa ressaltar é que a existência de precedentes antagônicos não propicia um espaço em que o intérprete pode fazer suas escolhas de forma discricionária. Não há, pois, uma moldura de indeterminação cujo interior possa ser preenchido pelo intérprete e dentro da qual qualquer decisão seria possível. Não há, nem mesmo, uma espécie de textura aberta que, diante de uma relativa indeterminação de conceitos, o magistrado possa constituir a resposta por simples ato de vontade ou juízos de valor. Há que se encontrar a resposta correta ao caso, a partir das perguntas feitas aos casos e ao direito, a partir da adequada fundamentação e justificação das razões de decidir.<sup>192</sup> Portanto, mais do que fundamentar a decisão, é necessário justificar – explicitar – o que foi fundamentado.

Nessa linha de raciocínio, o ato interpretativo depende de uma pré-compreensão antecipadora; não é uma acoplagem de um significado a um significante. A hermenêutica proporciona a possibilidade de se encontrar sempre uma resposta de acordo com a Constituição, que será, assim, a resposta hermeneuticamente correta para aquele caso, exurgente da interpretação-aplicação. Essa resposta, propiciada pela hermenêutica, deverá, evidentemente, estar justificada, pois a fundamentação exigida pela Constituição implica na

---

<sup>191</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111-112.

<sup>192</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 115.

obrigação de justificar. Nessa senda, uma decisão somente será legítima se houver contraditório equalizado e decisão controlada a partir do dever de fundamentação, aliados à integridade e coerência.<sup>193</sup>

A obrigação de justificar, ou fundamentar a fundamentação, exige combate a práticas reiteradas nos Tribunais, como, por exemplo, a motivação por relação a outra decisão (motivação *per relationem*) bem como a motivação implícita. Essa motivação não apresenta uma justificação autônoma, *ad hoc*, para a questão a ser decidida, mas se vale de uma justificação contida em outra decisão. A motivação implícita, por sua vez, recorre ao emprego repetitivo de regras facilmente individualizáveis; nesta espécie, afirma-se que o dever de motivação não implica um dever do juiz de examinar analiticamente todos os argumentos das partes, entendendo-se como motivada a implicitamente a rejeição dos resultados probatórios incompatíveis com a decisão e com as razões expressas a partir das quais essa se funda<sup>194</sup>.

Pela perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção de se convencer por qualquer motivo, mas deve explicitar com base em quais *razões*, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira. Nenhuma decisão se dá no vácuo, mas sempre em um contexto histórico-institucional, devendo o juiz posicionar-se explicitamente em relação a este contexto institucional. Quer dizer, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”; deve, sim, explicitar os motivos de sua *compreensão*, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso, em um contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao direito da comunidade política.<sup>195</sup>

Nessa senda, resta muito clara a interrelação existente entre uma fundamentação qualificada das decisões judiciais – o que é condição de possibilidade para se estabelecer razões de decidir que sejam passíveis de exprimir a *tese jurídica* adotada na decisão – com a

---

<sup>193</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 317-318.

<sup>194</sup> TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 353 e seguintes. Para Carolina Pomjé, a fundamentação das decisões judiciais, à luz das diretrizes impostas pelo Código de Processo Civil de 2015, pode esbarrar em práticas como a motivação *per relationem*, fazendo-se necessário a adequação de um modelo lógico-argumentativo de fundamentação, em detrimento do modelo lógico-dedutivo, no Estado Democrático de Direito. Consultar POMJÉ, Caroline. Motivação *per relationem*: uma análise à luz do art. 489, §1º, do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 273, p. 19 e seguintes, nov. 2014.

<sup>195</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 319-320.

necessária prática jurisdicional intersubjetiva. A aplicação do Direito se dá, desde-já-sempre, de forma compartilhada pelos órgãos jurisdicionais, como condição para uma aplicação democrática dos padrões decisórios, e com foco, a partir da coerência e da integridade, na obtenção da resposta adequada ao Direito.

Dessa forma, o Poder Judiciário não pode mais atuar desconsiderando o que já foi produzido, devendo motivar as decisões não apenas a partir do contraditório entre as partes, mas também pelo comportamento das cortes em situações pretéritas, atribuindo-se uma espécie de boa-fé em relação a este dever chamado de autorreferência, como dever específico e qualificado de fundamentação. Este caminho, de fundamentar fazendo referência aos padrões decisórios que tratam de questões análogas às em julgamento, é fundamental para uma prática jurisdicional coerente e íntegra.<sup>196</sup>

Portanto, fica muito evidente a relação entre razões de decidir, de cada decisão individualmente considerada, com a formação de padrões decisórios vinculantes – ou mesmo persuasivos. A construção da razão de decidir de um caso *sub judice*, dessa forma, deve sempre ser operada a partir do contexto intersubjetivo em que o intérprete está – desde sempre – imerso. Não há, pois, como trabalhar com padrões decisórios por fora desse contexto, ou seja, a aplicação de um padrão decisório a um caso futuro deve sempre levar em conta essa relação intersubjetiva, e isto deve ficar claro nas razões de decidir do caso que aplica o padrão decisório anteriormente formado.

#### **4. Do efeito vinculativo dos padrões decisórios: fundamentos suscitados e analisados na decisão vinculante**

Na *civil law*, tradicionalmente, a fundamentação das decisões está relacionada com a necessidade de o juiz apresentar as razões que lhe permitiram chegar à sua decisão, cabendo a ele demonstrar as razões de seu convencimento. A fundamentação permite ao vencido entender os motivos de seu insucesso e, se for o caso de interpor recurso, apresentar suas razões adequadamente, demonstrando os equívocos da decisão. No mesmo sentido, a fundamentação permite ao tribunal entender os motivos pelos quais as instâncias inferiores tomaram determinada decisão. Ademais, permite o controle da atividade do juiz, sendo a fundamentação essencial à legitimidade da decisão. Dessa forma, diferente como o

---

<sup>196</sup> MACÊDO, Lucas Buril de. Autorreferência como dever de fundamentação específico decorrente do *stare decisis*. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, v. 282, p. 412-413, ago. 2018.

precedente da *common law*, a fundamentação das decisões na tradição da *civil law*, notadamente no Brasil, não serve como material para revelar uma *ratio decidendi*.<sup>197</sup>

Com efeito, a fundamentação, na *common law*, importa diretamente a todos os jurisdicionados, dando-lhes previsibilidade e garantia de sucesso na adoção de determinado comportamento, além de outorgar coerência e estabilidade à ordem jurídica. A eficácia vinculante da fundamentação (particularmente da *ratio decidendi*), na tradição da *common law*, embora seja essencial para a corte cumprir seu papel, traz em si a premissa da importância de respeito às decisões. A eficácia vinculante ligada à fundamentação da decisão, e não ao dispositivo, revela a intenção de criar eficácia obrigatória aos precedentes.<sup>198</sup>

Por sua vez, na *civil law* a fundamentação tem importância mais restrita, pois ela acaba(va) interessando às partes e, em termos retóricos, para dar legitimidade ao poder desempenhado pelos juízes e tribunais. Entretanto, há inegável caminhada de aproximação entre as tradições da *civil law* e da *common law*. Os *statutes* invadiram os países da *common law*, fazendo com que as casas legislativas produzissem mais regras jurídicas, ao passo que muitos países da *civil law* passaram a emprestar mais valor à eficácia vinculante de determinadas decisões. Assim, a importância da eficácia obrigatória dos padrões decisórios, no Direito contemporâneo, em ambas as tradições jurídicas, acaba por sustentar a eficácia vinculante dos fundamentos.<sup>199</sup>

É a partir dessa premissa que se pode sustentar que os critérios de fundamentação das decisões judiciais, instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015, estabelecem um novo paradigma. Um modelo de padrões decisórios obrigatórios afasta a ideia de que, em cada nova decisão, o texto legal pode ser considerado como se não houvesse um histórico sobre como deve ser interpretado e aplicado. Mas esse modelo depende, acima de tudo, de uma mudança paradigmática no modo de decidir dos magistrados, não no sentido de obediência (absoluta) ao padrão decisório vinculante, mas, especialmente, no modelo de interpretação do Direito, bem como no sentido de se produzir julgados modelares, idôneos a servirem de referência aos demais magistrados, e que gerem a confiança dos jurisdicionados. Esse, portanto, deve ser o ponto de partida: decisões judiciais bem fundamentadas.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 205-206.

<sup>198</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 206-207.

<sup>199</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 206-207.

<sup>200</sup> MEDINA, José Miguel García. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1133.

Na aplicação dos padrões decisórios, o magistrado deve apresentar razões concretas que demonstrem a correlação entre o caso passado e o caso em exame, identificando, assim, os *fundamentos determinantes* do padrão decisório a ser aplicado e demonstrando a relação com os *fundamentos determinantes* da causa em julgamento. Ademais, mesmo quando é a parte que invoca o padrão decisório, sinalizando sua aplicação ao caso concreto, deve o magistrado demonstrar a existência de distinção ou superação do entendimento posto no padrão decisório em liça caso não venha a adotá-lo. O que deve ficar claro é que não é dado ao juiz julgar casos idênticos de forma diferente; por isso, deixar de aplicar uma orientação pretérita cobra do órgão jurisdicional a justificação quanto à diferença.

A aplicação ou não de um padrão decisório invocado pela parte traz ao juiz o dever do debate, sendo o contraditório direito de influência na decisão do juiz. Ora, se texto e norma não se confundem, e se norma é o resultado da interpretação do texto, a legitimidade da formação da norma está ligada à participação das partes. Por isso, trabalhar com padrões decisórios não significa simplesmente alinhar julgados sem individualizar suas origens e sua pertinência com o caso concreto. Portanto, para que uma decisão seja considerada fundamentada, deve promover efetiva identificação das razões de decidir do padrão decisório invocado com as razões de decidir do caso em julgamento. A lei processual exige expressamente a demonstração da relação entre os *fundamentos determinantes* do padrão decisório aplicado aos do caso em julgamento, seja ele invocado pelo magistrado ou pelas partes. Se disser respeito à controvérsia examinada, deve ser aplicado; caso contrário, deve ser feita, expressamente, a distinção ou a demonstração da superação.<sup>201</sup> Há, pois, necessário enfrentamento dos padrões decisórios na tomada da decisão, e isto demonstra claramente a exigência do *romance em cadeia* pela nova lei processual.

Dessa forma, se o que se quer é uma prática jurisdicional em que os padrões decisórios sejam levados a sério e aplicados devidamente. O julgador deve explicitar de forma analiticamente fundamentada suas decisões acerca da interpretação e aplicação dos padrões decisórios nos casos concretos, fazendo com que as razões de decidir sejam apresentadas e submetidas ao contraditório, não podendo mais se admitir reprodução de quaisquer fontes do Direito sem apontar adequadamente a relação com o caso concreto. Aliás, considerando-se que a *ratio decidendi* ou os *fundamentos determinantes* de um padrão decisório já formado são *textos* a serem ou não aplicados às decisões futuras, serão sempre passíveis de interpretação,

---

<sup>201</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo civil comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 591-592.

o que permite ao aplicador do Direito alcançar a *norma jurídica*, fazendo com que a exigência de uma fundamentação detalhada dos padrões decisórios seja condição de possibilidade para a sua adequada aplicação aos casos futuros. Esta ação gera um controle intersubjetivo da formação, aplicação e evolução da interpretação dos padrões decisórios, o que, por sua vez, é condição de possibilidade para a implementação de respostas adequadas ao Direito.<sup>202</sup>

Diante dessas circunstâncias, a parte dispositiva da decisão, sobre a qual opera a autoridade da coisa julgada, se aplica, tão somente, ao caso que por aquele pronunciamento judicial é julgado. O elemento vinculante de um padrão decisório não está na parte dispositiva da decisão. Isto é o que precisa, *ab initio*, ser registrado quando se trata acerca dos elementos vinculantes dos padrões decisórios. Não importa, pois, saber quem saiu vencedor e quem saiu vencido; quer dizer, não importa o *resultado* do julgamento, mas sim quais os fundamentos que determinaram a conclusão que se chegou. A partir do momento em que a lei processual exige fundamentação analítica das decisões judiciais<sup>203</sup>, a eficácia vinculante dos padrões decisórios está nos seus *fundamentos (determinantes)* ou, se preferir-se as expressões anglo-saxãs, na *ratio decidendi* (ou, ainda, no *holding*).<sup>204</sup>

Em um sistema que pretenda dar valor a padrões decisórios – vinculantes ou persuasivos, a resolução de um processo ou o julgamento de um recurso não pode servir apenas como mera solução ao caso concreto. Se a norma jurídica se dá na interpretação e aplicação do Direito (*applicatio*), quando se pensa na definição do sentido dos textos, o que importa são os fundamentos da solução dos casos concretos, cujas *teses jurídicas* advindas desses *fundamentos determinantes* trarão algo novo ao Direito e servirão como critérios para a solução dos casos futuros.<sup>205</sup> É preciso, pois, compreender o entendimento das cortes, quer dizer, as razões que levaram a decidir dessa ou daquela forma.

---

<sup>202</sup> FERNSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, §1º, VI, do CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 252, p. 378-383, fev. 2016.

<sup>203</sup> Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; 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. BRASIL. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

<sup>204</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 268-269.

<sup>205</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 20.

No julgamento de casos repetitivos, por exemplo, a lei processual, em seu art. 979, dispõe que os Tribunais devem manter bancos de dados dos seus julgamentos, contendo informações atualizadas sobre as questões de Direito submetidas a julgamento, a fim de promover ampla divulgação e publicidade desses padrões decisórios. O parágrafo segundo do referido dispositivo legal aponta que “para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão”.<sup>206</sup>

A *ratio decidendi*, ou os *fundamentos determinantes* de uma decisão, espelham a *tese jurídica* a ser observada por juízes e tribunais, a partir de uma determinada moldura fática. Assim, por exemplo, quando o Código de Processo Civil, em seu art. 926, §2º<sup>207</sup>, afirma que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se as circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação”, acaba por *confessar* a necessidade de uma orientação, por parte da teoria do Direito e da decisão, de como “precedentes” devem ser formados e aplicados. Ora, é evidente que a elaboração de qualquer padrão decisório exige atenção às circunstâncias fáticas, já que o Direito emerge, sempre, da faticidade<sup>208</sup>.

O motivo, contido na fundamentação, suficiente para se alcançar a decisão, é aquele que se mostra como premissa sem a qual não se chegaria à específica decisão. Dessa forma, *fundamento determinante* é aquele que se mostra imprescindível à decisão que foi tomada. Este fundamento, por imprescindível, é essencial e determinante, constituindo, assim, a *tese jurídica* que será vinculante ou persuasiva na aplicação do padrão decisório em casos futuros. Enquanto o direito inglês batizou de *ratio decidendi* e o direito norte-americano convencionou chamar de *holding* a parte da fundamentação que se faz necessária à decisão, como tem-se visto ao longo desta obra, no direito brasileiro isto deve ser chamado de *tese jurídica*.

---

<sup>206</sup> Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. §2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. BRASIL. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

<sup>207</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. BRASIL. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/ lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

<sup>208</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 287.

O verdadeiro motivo para se pensar em eficácia vinculante está na preocupação com a estabilidade da *tese jurídica* firmada na decisão. Por isto, é equivocado imaginar que os efeitos vinculantes (ou persuasivos) encontram-se apenas na parte dispositiva do padrão decisório, pois a eficácia, ainda que obrigatória, não tem o objetivo de tornar indiscutível ou imutável a decisão, mas sim isolar a *tese jurídica* adotada na decisão para que esta seja aplicada nas decisões futuras de casos semelhantes. São os *fundamentos determinantes* que conduzem à *tese jurídica* que atribuem significado e conteúdo ao padrão decisório, não a parte dispositiva; são eles que dialogam com a faticidade. Nesse sentido, só há sentido em falar em eficácia vinculante quando se pretende dar estabilidade à *tese jurídica* firmada na decisão.<sup>209</sup>

Observando-se, pois, as exigências legais do Código de Processo Civil acerca dos critérios para uma decisão judicial fundamentada, bem como os dispositivos legais da lei processual sobre a relevância da análise e publicidade dos *fundamentos determinantes* e das *teses jurídicas* firmadas nas decisões elencadas como vinculantes, conclui-se que o elemento vinculante dos padrões decisórios está contido na fundamentação da decisão, ou seja, na *tese jurídica* criada a partir dos *fundamentos determinantes* da decisão.

Gize-se, por oportuno, que a fixação de um padrão decisório não será, jamais, o “fim da história”, mas sim será sempre um *principium* a partir do qual se desenvolverá, na apreciação dos casos seguintes, a história institucional da matéria nele enfrentada. Diante dessas circunstâncias, trabalhar com padrões decisórios exige a análise dos seus fundamentos determinantes, para usá-lo como *principium* argumentativo, confrontando o caso julgado com o caso posteriormente submetido à apreciação, a fim de verificar se é ou não legítima a aplicação do padrão decisório anteriormente formado ao caso novo que agora deve ser decidido. E isto não se faz com a mera alusão às ementas ou aos enunciados de súmulas. É preciso fazer um exame do inteiro teor do padrão decisório para verificar se as circunstâncias que estavam presentes no caso julgado se manifestam no caso presente em apreço. Não agir assim é não trabalhar com padrões decisórios.<sup>210</sup>

Por fim, estabelecidas as premissas acerca do conteúdo vinculante de um padrão decisório obrigatório, importa analisar que o parágrafo único do art. 39 da Recomendação 134/2022 do CNJ, o qual propõe que “o efeito vinculativo estabelecido se encontre limitado

---

<sup>209</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 224-225.

<sup>210</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 277 e 281.

às questões e fundamentos que tenham sido suscitados e analisados no precedente”.<sup>211</sup> Ora, viu-se à saciedade a relação da fundamentação e a natureza interpretativa do elemento vinculante do padrão decisório; dessa forma, parece evidente que os *fundamentos determinantes* do sejam oriundos “das questões e fundamentos que tenham sido suscitados e analisados”.

É importante, com efeito, que o colegiado, antes de iniciar a análise do caso, faça o delineamento das questões jurídicas – de fato e de direito – em julgamento, para que fique claro o que será apreciado pela corte. Definir as questões jurídicas mostra o compromisso que a formação do padrão decisório em julgamento terá com as futuras aplicações desse padrão decisório, quando for apreciado em casos posteriores. Portanto, a definição do objeto do julgamento tem importância quando se pretende uma *ratio decidendi* precisa.<sup>212</sup>

Não é por outro motivo, aliás, que o Código de Processo Civil de 2015 preocupa-se com a delimitação das questões de fato e de direito já desde antes do julgamento da causa em primeiro grau. O art. 357 do CPC<sup>213</sup> determina ao juiz que, na fase de saneamento do processo, delimite as questões de fato e de direito relevantes para a decisão de mérito. Além disso, no julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, por sua vez, a mesma lógica se estabelece: deve ser delimitado o fundamento a ser discutido e decidido, identificando-se com precisão a questão a ser submetida a julgamento – art. 1.037, inciso I, do CPC<sup>214</sup>.

O objetivo de delimitar as questões jurídicas – de fato e de Direito – relevantes para a decisão de mérito é dar origem a uma “tese firmada”, a ser aplicada, posteriormente, aos casos que tratem das mesmas questões. E essas questões são exatamente os fundamentos dos quais depende a solução dos casos. Assim, nos recursos repetitivos, julgam-se “questões”

---

<sup>211</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 134, de 09 de setembro de 2022*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em 15 mar. 2023.

<sup>212</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 103.

<sup>213</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. BRASIL. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023. Sobre o tema, consultar RIBEIRO, Darcí Guimarães. O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental à duração razoável do processo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 29-36.

<sup>214</sup> Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento. BRASIL. *Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2023.

ou “fundamentos” – o mesmo deverá ocorrer também em primeiro grau, quando o juiz delimita as questões jurídicas a serem decididas na sentença. Com efeito, decidem-se os casos a partir da delimitação dos fundamentos jurídicos. Este é o modelo de postura que se espera das cortes quando se pretende que os padrões decisórios formados contribuam para o desenvolvimento do Direito, pois, ao delimitar as questões de fato e de Direito, as cortes facilitam a compreensão dos *fundamentos determinantes* que as levaram às suas decisões.<sup>215</sup>

### **Considerações finais**

Não há sistema de provimentos vinculantes que funcione sem que as decisões sejam adequadamente fundamentadas. Mais do que fundamentar a decisão, é necessário justificar – explicitar – o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação é o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico:

A fundamentação da decisão, em face da mediação entre o geral e o particular na tomada de decisões práticas faz com que nela – na fundamentação do compreendido – o intérprete não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo. Portanto, por este princípio, é possível discutir a aplicação do Direito a partir da historicidade de cada ato hermenêutico-interpretativo, isso porque o dever de fundamentar significa uma blindagem contra historicismos e a-historicidades. Com efeito, a historicidade da compreensão se apresenta como elemento fundamental do dever de fundamentação das decisões e, ao mesmo tempo, como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.<sup>216</sup>

Pela perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção de se convencer por qualquer motivo, mas deve explicitar com base em quais *razões*, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira. Nenhuma decisão se dá no vácuo, mas sempre em um contexto histórico-institucional, devendo o juiz posicionar-se explicitamente em relação a este contexto institucional. Quer dizer, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”; deve, sim, explicitar os motivos de sua *compreensão*, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a

---

<sup>215</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 122-123 e 131.

<sup>216</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 341.

melhor para aquele caso, em um contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao direito da comunidade política.<sup>217</sup>

Nessa senda, resta muito clara a interrelação existente entre uma fundamentação qualificada das decisões judiciais – o que é condição de possibilidade para se estabelecer razões de decidir que sejam passíveis de exprimir a *tese jurídica* adotada na decisão – com a necessária prática jurisdicional intersubjetiva. A aplicação do Direito se dá, desde-já-sempre, de forma compartilhada pelos órgãos jurisdicionais, como condição para uma aplicação democrática dos padrões decisórios, e com foco, a partir da coerência e da integridade, na obtenção da resposta adequada ao Direito.

Portanto, no presente ensaio pretendeu-se ressaltar a decisiva relevância dos padrões decisórios na prática interpretativa. Evidenciou-se, ato contínuo, a estreita influência das razões de decidir – e, assim, da fundamentação – na formação dos padrões decisórios. E, com esses alicerces, apresentou-se os elementos dos padrões decisórios que fixam o critério normativo a ser aplicado nos casos futuros. Nesse sentido, a legitimidade do Poder Judiciário está na fundamentação qualificada das decisões e no modo-de-fazer-Direito mediante uma prática interpretativa íntegra e coerente.

### Referências Bibliográficas

ANTUNES DA CUNHA, Guilherme. *Das razões de decidir aos padrões decisórios: a sincronia entre a fundamentação das decisões e os padrões decisórios vinculantes*. Londrina: Thoth, 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação n. 134, de 09 de setembro de 2022*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em 15 mar. 2023.

FERNSTERSEIFER, Wagner Arnold. Distinguishing e overruling na aplicação do art. 489, §1º, VI, do CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 252, p. 378-383, fev. 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. Autorreferência como dever de fundamentação específico decorrente do stare decisis. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 43, v. 282, p. 412-413, ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de processo civil comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

---

<sup>217</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 319-320.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

POMJÉ, Caroline. Motivação *per relationem*: uma análise à luz do art. 489, §1º, do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 42, v. 273, p. 19 e seguintes, nov. 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O saneamento e a organização do processo no novo CPC como direito fundamental à duração razoável do processo. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu, Vitor de Paula Ramos. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

## TRANSPARÊNCIA COMO ELEMENTO PARA O CONTROLE DE LEGITIMIDADE DE PROGRAMAS DE INCENTIVO TRIBUTÁRIO PELO TCU

### *Transparency as an element for legitimacy control of tax incentive programs by the TCU*

Hendrick Pinheiro<sup>218</sup>

**Sumário:** Introdução. 1. Controle de Legitimidade pelo TCU. 2. Transparência nos incentivos tributários. 3. Sigilo fiscal e divulgação de dados de beneficiários. Conclusão. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O artigo tem problematiza a transparência como elemento para o controle de legitimidade do TCU sobre programas de incentivo tributário. Para tanto, apresenta a legitimidade como um elemento que propicia um controle sobre a adequação dos programas governamentais aos princípios que norteiam a administração como um todo. Na segunda parte, analisa a transparência como princípio implícito da constituição financeira, que deve orientar a gestão dos programas de incentivo tributário. Na parte final, problematiza o suposto conflito entre sigilo fiscal e divulgação dos dados dos destinatários. Conclui que, embora a União tem avançado em relação à transparência relativa ao volume de gastos tributários estimado relativo aos programas de incentivo tributário, ainda não estão disponíveis informações sobre quem são os destinatários dos programas de incentivo, os dados agregados de benefícios outorgados e informações sobre as contrapartidas a que estes destinatários se comprometeram. Nesse contexto, o TCU poderia reconhecer, a partir do parâmetro da legitimidade, irregularidade por ofensa ao princípio da transparência em relação a todos estes aspectos de opacidade (destinatários, volume agregado de benefícios e contrapartidas contratuais) identificados na gestão dos programas de incentivo tributário federais. Pesquisa qualitativa, de caráter dogmático-exploratório, realizada pelo método bibliográfico, que tomou como base textos legais e comentários doutrinários.

Palavras-Chave: Fomento; Incentivos Fiscais; Extrafiscalidade; Políticas Públicas; Sigilo.

**Abstract:** The article discusses transparency as an element for TCU's legitimacy control over tax incentive programs. It presents legitimacy as an element that provides control over the adequacy of government programs to the principles that guide administration. In the second part, it analyzes transparency as an implicit principle of the financial constitution, which should guide the management of tax incentive programs. In the final part, it problematizes the supposed conflict between tax secrecy and disclosure of recipient data. It concludes that, although the Union has advanced in terms of transparency regarding the estimated volume of tax expenditures related to tax incentive programs, information on who are the recipients of incentive programs, aggregate data on benefits granted and information on the counterparts to which these recipients have committed themselves. In this context, the TCU could recognize, based on the parameter of legitimacy, irregularity for violating the principle of transparency in relation to all these opaque aspects (recipients, aggregate volume of benefits and contractual counterparts) identified in the management of federal tax incentive

---

<sup>218</sup> Professor de direito tributário e financeiro da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND-UFRJ). Doutor e mestre em direito econômico, financeiro e tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). hen\_drick@hotmail.com.

programs. Qualitative research of a dogmatic-exploratory nature, carried out by the bibliographic method, which was based on legal texts and doctrinal comments.

Keywords: Public Promotion; Tax Exceptions; Extrafiscality; Public Policy; Secrecy.

## INTRODUÇÃO

Os programas de incentivos tributários são instrumentos de fomento que acenam com um tratamento tributário benéfico com objetivo de induzir realização de objetivos de interesse público por agentes econômicos. Podem ser incondicionados, quando o acesso às condições favoráveis é franqueado pela norma tributária independentemente do cumprimento de contrapartidas pelos beneficiários; ou condicionados, quando o acesso ao regime favorecido somente é concedido aos agentes que preenchem os requisitos legais.<sup>219</sup>

São verdadeiras políticas públicas, nas quais o instrumento tributário é manejado visando a realização de finalidades que transcendem a arrecadação de recursos (extrafiscais). Nesse contexto, ganha relevo a importância de pensar o papel do Tribunal de Contas da União (TCU) no controle dessas medidas implementadas em âmbito federal.

O art. 70 da CRFB, ao tratar do controle externo da Administração Pública, estabelece que a fiscalização pode ocorrer “quanto à legalidade, legitimidade e economicidade”. O TCU é o órgão técnico responsável por esse controle e tais princípios configuram parâmetros da fiscalização.

Legitimidade é um parâmetro amplo, que permite o controle da adequação das medidas governamentais aos princípios constitucionais que orientam a atividade administrativa como um todo. O objetivo desse trabalho analisar como o TCU pode promover um controle de legitimidade de programas de incentivo fiscal a partir da transparência.

Para tanto, apresenta uma perspectiva do controle de legitimidade na primeira parte. Na segunda, apresenta a transparência como elemento para o controle de legitimidade para, em um segundo momento, discutir a possibilidade de divulgação de dados dos destinatários em face do sigilo fiscal.

O trabalho é fruto de uma pesquisa qualitativa, de caráter dogmático-exploratório, realizada pelo método bibliográfico, que tomou como base textos legais e comentários doutrinários.

---

<sup>219</sup> BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 79.

## 1. CONTROLE DE LEGITIMIDADE PELO TCU

O controle de legitimidade das contas públicas é uma conquista da Constituição da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988. Nos regimes anteriores, o controle se limitava à uma análise formal de legalidade, que deixava de fora tanto a “legitimidade quanto a moralidade da aplicação das dotações orçamentárias”.<sup>220</sup>

Esta limitação foi superada e tanto a moralidade foi alçada a princípio orientador da atividade administrativa como um todo (art. 37, *caput*, da CRFB) quanto a legitimidade foi incluída como parâmetro para o controle exercido pelos tribunais de contas (art. 70, *caput*, da CRFB).<sup>221</sup>

Moralidade e legitimidade são princípios imbricados que remetem a um ideal de justiça, que transcende a legalidade formal.<sup>222</sup> A moralidade é um princípio norteador do agir administrativo, que obriga o administrador a observar parâmetros éticos que vão além dos requisitos legais na condução dos negócios públicos, enquanto a legitimidade é um parâmetro de controle, que reconhece na atividade dos órgãos de controle externo algo mais que uma sindicância do cumprimento de requisitos objetivos.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2661/MA, coloca o princípio da moralidade administrativa como uma condicionante da legitimidade e da validade dos atos estatais.<sup>223</sup> O desvio de moralidade implica a ilegitimidade do ato, que tem como consequência sua irregularidade, aos olhos do controle externo.

A partir de sua causa — que engloba tanto o motivo (causa eficiente) quanto o objeto (causa final) —, o juízo de moralidade busca reconstruir a intenção do agente que praticou determinado ato em função da finalidade pretendida. Enquanto princípio norteador da atividade administrativa, eventual desvio de moralidade está ligado à conduta do agente na produção de atos da Administração, em uma perspectiva ampla. Essa conduta pode ser

---

<sup>220</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 43, p. 1-20, 1956, p. 12.

<sup>221</sup> TÁCITO, Caio. A moralidade administrativa e a nova Lei do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, v. 242, p. 75-84, 2005, p. 82.

<sup>222</sup> NAGATA, Bruno Mitsuo. *Fiscalização financeira quanto à legitimidade*. 2013. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 108.

<sup>223</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.661/MA*. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 05 jun. 2002, DJ 23 ago. 2002.

sindicada quando há espaço de liberdade para a manifestação da escolha do agente, ou seja, em relação aos atos administrativamente discricionários.<sup>224</sup>

A discricionariedade administrativa está “relacionada a um certo grau de indeterminação — intencional ou não — dos imperativos emanados pelo direito”.<sup>225</sup> No espaço criado por uma disposição discricionária, se estabelece um universo de possibilidades de escolha no exercício de uma competência por uma autoridade pública. Os vícios de moralidade representam uma manifestação de desvio de poder no exercício de uma competência discricionária pelo agente responsável na escolha de uma alternativa no universo de possibilidades.<sup>226</sup>

O controle de legitimidade dos tribunais de contas em relação ao exercício de uma competência discricionária toma a moralidade como critério para “a aferição direta entre os motivos determinantes do ato administrativo e os resultados diretos e indiretos alcançados ou pretendidos”.<sup>227</sup>

Embora na atividade de controle externo exercida pelos tribunais de contas não haja espaço para a sindicabilidade das escolhas políticas positivadas nas leis do orçamento,<sup>228</sup> no contexto da concretização da programação orçamentária, “a apuração da legitimidade pelo Tribunal de Contas o habilita a conferir sobre os critérios de conveniência e oportunidade decorrentes do exercício de uma discricionariedade nitidamente administrativa”.<sup>229</sup>

Todavia, esse controle de legitimidade baseado no princípio da moralidade e voltado para o controle dos atos produzidos pela Administração não encontra espaço nos programas de incentivo tributário.

Nesses programas, a escolha das finalidades extrafiscais que se pretende atingir é realizada previamente pela lei tributária que institui os incentivos. Essa eleição é afeita a uma discricionariedade política, e não administrativa, pelo que não haveria espaço para um juízo sobre a legitimidade do benefício em si.

Outra característica que obstará um juízo de legitimidade a partir do princípio da moralidade na execução dos programas de incentivo tributário é o fato de que tais programas

---

<sup>224</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 190, p. 1-44, 1992, p. 10.

<sup>225</sup> PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 36.

<sup>226</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 218.

<sup>227</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 155, p. 53.

<sup>228</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5, p. 378.

<sup>229</sup> NAGATA, Bruno Mitsuo. *Fiscalização financeira quanto à legitimidade*. op. cit., 2013, p. 179.

ou não dependem de atos de execução (incondicionados), ou, quando dependem, são implementados mediante atos plenamente vinculados, não havendo espaço de discricionariedade dos agentes responsáveis.

Porém, o controle de legitimidade pelos tribunais de contas transcende a moralidade dos atos administrativos de execução dos programas previstos no orçamento. A legitimidade como parâmetro configura um “polo para o qual converge um feixe de princípios”,<sup>230</sup> por meio do qual a atividade administrativa pode ser confrontada com outros valores, princípios e objetivos presentes na Constituição.<sup>231</sup>

Em um Estado intervencionista, no qual decisões de política fiscal, financeira e econômica convertem-se em instrumentos de políticas públicas, a legitimidade representa um importante parâmetro para o controle de sua implementação.<sup>232</sup> Assim, embora não se vislumbre espaço para o controle de legitimidade na execução dos programas de incentivo tributário, a gestão do programa pode ser escrutinada pelo tribunal de contas a partir desse parâmetro.<sup>233</sup>

Estevão Horvath coloca em paralelo a tributação e as renúncias de receita para propor que, da mesma forma que “a Constituição imprime — expressa ou implicitamente — os rumos para que o Estado exerça a tributação, mediante a indicação de diversos princípios e limitações, fá-lo a respeito da renúncia de receitas que poderia arrecadar”.<sup>234</sup>

O principal dispositivo sobre as renúncias de receita na Constituição é o art. 156, § 6º, da CRFB, que objetiva justamente descortinar, por meio de um documento que acompanha a Lei Orçamentária Anual (LOA), qual o impacto orçamentário das medidas. Essa regra é complementada pelo art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), introduzido pela Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016, que estabeleceu a estimativa do impacto orçamentário e financeiro como requisito de tramitação para as proposições legislativas que criem ou alterem medidas que impliquem renúncias de receita.

Os dois dispositivos supracitados contêm normas que buscam purgar a opacidade dos custos associados a medidas introduzidas por meio da política fiscal. A partir deles, é

---

<sup>230</sup> GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 295.

<sup>231</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 265-271, p. 269.

<sup>232</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5, p. 380

<sup>233</sup> NAGATA, Bruno Mitsuo. *Fiscalização financeira quanto à legitimidade*. op. cit., p. 217.

<sup>234</sup> HORVATH, Estevão. *O direito tributário no contexto da atividade financeira do Estado*. 2009. 221 p. Tese (Titularidade em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 120.

possível construir a transparência como princípio constitucional implícito aplicável à gestão dos programas de incentivo tributário que implicam renúncia de receita, um vetor que “sinaliza no sentido de que a atividade financeira deve se desenvolver segundo os ditames da clareza, abertura e simplicidade”.<sup>235</sup>

A transparência é um princípio do direito financeiro expressamente previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que o coloca como valor associado à própria gestão fiscal responsável (art. 1º, § 1º, da LRF). Em relação às renúncias de receita, essa lei busca promover a transparência tanto da estimativa do impacto estimado do custo quanto das medidas de compensação adotadas para enfrentar seus efeitos (art. 14 da LRF).<sup>236</sup>

A transparência é um corolário dos princípios republicano e democrático e “objetivam permitir o controle das leis orçamentárias, de forma a verificar se possibilitam, ainda que indiretamente, amparar o poder público na consecução dos objetivos da República”.<sup>237</sup> Transparência é um princípio constitucional aplicável às renúncias de receita, que pode ser tomado como critério para análise de legitimidade pelo TCU sobre a gestão dos programas de incentivo tributário.

## 2. TRANSPARÊNCIA NOS INCENTIVOS TRIBUTÁRIOS

A democracia pressupõe um elevado nível de publicidade em relação às ações dos governantes, o que possibilita o seu controle pelos órgãos institucionalmente responsáveis pela fiscalização da Administração Pública e pela própria sociedade. Um sistema no qual a publicidade é a regra e o segredo é a exceção para o exercício da função pública.<sup>238</sup>

É nesse contexto de abertura democrática que se desenvolve a ideia de transparência, um dos eixos estruturantes do “reformismo administrativo”, que busca enfrentar a crise no modelo clássico das relações entre Administração e administrados baseado na autoridade. Por meio do agir transparente, a Administração “extraí sua legitimidade menos da instituição

---

<sup>235</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da transparência no direito financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 1999, n. 8, p. 133-156, 2001, p. 133

<sup>236</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. op. cit., 2000, v. 5, p. 258-259.

<sup>237</sup> MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, v. 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007, p. 98.

<sup>238</sup> CHEVALIER, Jacques. Le mythe de la transparence administrative. In: CENTRE UNIVERSITAIRES DES RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP). **Information et transparence administratives**, Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1988, p. 239-275, p. 247.

do que da sua prática”,<sup>239</sup> convertendo-se esse movimento de abertura em um elemento “essencial da confiança dos cidadãos no seu sistema financeiro público”.<sup>240</sup>

A partir do texto constitucional, é possível construir a transparência como um princípio implícito, que emerge do Estado democrático de direito e da forma republicana de governo e é realizado por meio da publicidade, motivação e abertura à participação popular, que são diretrizes que orientam a atividade da Administração Pública brasileira (art. 37 da CRFB). Esse princípio “consiste não só na informação ao povo do que a administração pública executa, planeja ou realiza, mas também na explicação do porquê assim atua e na avaliação do grau de influência do próprio povo no processo de tomada de decisão”.<sup>241</sup>

No plano da transparência fiscal, a publicidade de despesas pode ser tomada como um mecanismo que aproxima o Estado do Cidadão, permitindo que participe ativamente da condução dos negócios públicos.<sup>242</sup> A sedimentação da transparência na prática orçamentária propicia uma maior clareza na execução e o controle do orçamento, além de promover a consciência de que o orçamento é “coisa pública”, que deve ser objeto de gestão responsável por parte de quem for indicado para fazê-lo e de cobrança dessa administração pelo seu dono, que é o povo”.<sup>243</sup>

A ordem constitucional financeira da Constituição de 1988 caminhou, definitivamente, rumo à consolidação do paradigma do orçamento programa, que impõe, para além do registro de receitas e despesas, a explicitação prévia dos objetivos e metas que orientam a atuação estatal.

A Constituição Financeira aprimorou a transparência das informações relativas à gestão orçamentária com a introdução do art. 163-A da CRFB, inserido pela Emenda Constitucional n. 108, de 26 de agosto de 2020, o qual estabelece que os entes federativos devem disponibilizar informações e dados contábeis, orçamentários e *fiscais*, “de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade dos dados coletados, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público”.

---

<sup>239</sup> No original: “*tirant sa légitimité moins de son institution que de sa pratique*” (CHEVALIER, Jacques. *Le mythe de la transparence administrative*. op. cit., 1988, p. 239-275, p. 243).

<sup>240</sup> No original: “*élément essentiel de la confiance des citoyens dans leur système financier public*” (SY, Aboubakry. **La transparence dans le droit budgétaire de l'état en France**. Paris: LGDJ, 2017, p. 171).

<sup>241</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. O princípio da transparência. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo*. v. 1: teoria geral e princípios do direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 419-482, p. 422.

<sup>242</sup> GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. op.cit., 2015, p. 332.

<sup>243</sup> HORVATH, Estevão. *O orçamento no século XXI: tendências e expectativas*. 2014. 418 p. Tese (Titularidade em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 156.

As dimensões orçamentárias e contábeis, referidas pelo art. 163-A da CRFB, apontam para a necessidade de divulgação de dados sobre a execução do orçamento. Porém, esse artigo vai além para trazer a dimensão fiscal, que engloba também a tributação.<sup>244</sup> Assim, a norma inserida pela EC n. 108/2020 impõe um nível de transparência que engloba também as políticas implementadas via tributação, como os programas de incentivo tributário.

A partir das diretrizes traçadas pela Constituição da República, o processo orçamentário assume a função de outorgar transparência às “contas públicas, mediante amplo acesso parlamentar, do povo e da opinião pública às estimativas de receitas e discriminação das despesas a serem autorizadas pelo Parlamento”.<sup>245</sup>

A necessidade de previsão do impacto orçamentário dos benefícios fiscais (em sentido amplo), prevista no art. 165, § 6º, da Constituição de 1988 é um importante instrumento de transparência.<sup>246</sup> Essa disposição busca eliminar a opacidade em relação aos custos públicos de programas implementados via política fiscal, obrigando a Administração a estimar e publicar junto com a LOA seu custo estimado.

Porém, na perspectiva dos incentivos tributários, estimar os custos dos programas é uma dimensão de transparência insuficiente. Na forma atual, o demonstrativo de gastos tributários (DGT) que acompanha a LOA federal se limita a apresentar um conjunto de estimativas que busca quantificar o impacto dos programas. Essa postura representa um movimento de abertura em relação aos custos imputados aos programas, mas oculta outros dados fundamentais para o controle dessa modalidade de emprego indireto de recursos da sociedade.

### **3. SIGILO FISCAL E A DIVULGAÇÃO DE DADOS DE BENEFICIÁRIOS**

Os programas de incentivo tributário representam uma derrogação do princípio da igualdade na tributação realizada sob o pretexto de promover finalidades extrafiscais. O conjunto de agentes beneficiados é destinatário de um tratamento desigual juridicamente justificado nos dividendos positivos esperados com a atividade administrativa de fomento. O conhecimento das informações relativas a tais programas é uma questão de equidade

---

<sup>244</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 29.

<sup>245</sup> TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 349.

<sup>246</sup> GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 217.

tributária, na medida em que toda a sociedade deve conhecer os destinatários e as circunstâncias desse tratamento mais benéfico.<sup>247</sup>

Nos programas de incentivo incondicionado, a individualização do conjunto de agentes beneficiados é problemática, dado que o fomento é derivado diretamente da norma tributária, independentemente da atuação de agentes da Administração Pública para a outorga dos benefícios.

No entanto, nos programas de incentivos condicionados, a Administração detém plenas condições de tornar públicas as informações sobre o conjunto de agentes beneficiados por programas de incentivo tributário, uma vez que a execução de tais programas depende da emissão de atos de concessão.<sup>248</sup>

Embora a transparência seja um vetor que conduz à abertura das informações envolvidas na administração da coisa pública como regra, o sigilo é admitido em situações excepcionais. A divulgação dos agentes beneficiados por programas de incentivo tributário condicionado poderia ser objetada como matéria de sigilo fiscal, protegida nos limites do art. 198, *caput* e § 2º, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN).

Contudo, como pondera Victor Borges Polizelli, existe um ponto de equilíbrio entre o sigilo fiscal e o dever de promover a publicidade de dados relativos a contratos fiscais em benefício dos contribuintes, legítimos interessados, “sem que esta medida de transparência resulte em divulgação indevida de dados”.<sup>249</sup>

O sigilo fiscal engloba informações sobre cada operação realizada pelo contribuinte e sua preservação garante a proteção dos segredos de empresa ou da própria privacidade do contribuinte.<sup>250</sup> Ele não impede que os dados sejam coletados pela Administração, apenas proíbe que sejam divulgados de forma a ferir os direitos fundamentais do contribuinte.<sup>251</sup>

---

<sup>247</sup> SY, Aboubakry. *La transparence dans le droit budgétaire de l'état en France*. op. cit., 2017, p. 283.

<sup>248</sup> Nesse sentido, cabe mencionar o exemplo do México, que publica dados sobre as empresas beneficiadas e o volume de incentivos concedidos (GRANADOS, María Antonieta Martín. Los incentivos tributarios para investigación y desarrollo tecnológico (caso México). In: RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.). *La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho tributario*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006, p. 187-208, p. 203).

<sup>249</sup> POLIZELLI, Victor Borges. *Contratos fiscais: viabilidade e limites no contexto do direito tributário brasileiro*. 2013. 305 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 166.

<sup>250</sup> SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito à intimidade e privacidade das pessoas. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 3. São Paulo, La Ley, 17-18 ago. 2001, *Anais*, p. 153-157, p. 155.

<sup>251</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993, p. 457.

A divulgação de dados sobre incentivos tributários pode ser obstada se os dados em questão puderem ser qualificados como informações pessoais, nos termos do art. 31 da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI). A divulgação de dados sobre incentivos tributários recebidos por uma pessoa física, por exemplo, poderia ser considerada informação restrita com vistas a proteger sua privacidade.

No entanto, não haveria que se falar em sigilo fiscal na divulgação para a sociedade de dados agregados sobre pessoas jurídicas beneficiárias de programas de incentivos condicionados.<sup>252</sup> Tais informações permitiriam o controle da realização das finalidades pretendidas pelo programa a partir do conhecimento dos destinatários do tratamento benéfico concedido.<sup>253</sup>

A promoção da transparência nos programas de incentivo tributário condicionado permitiria a publicidade de informações indicando quem são as pessoas jurídicas beneficiárias, as contrapartidas a que elas se comprometeram e o volume estimado do incentivo recebido em cada exercício. A divulgação de tais informações não é capaz de comprometer a condução dos negócios dos contribuintes.

Em relação aos destinatários, a informação sobre a concessão de benefícios condicionados, em regra, já é pública, dado que sua efetivação depende de um ato administrativo (“despacho da autoridade administrativa”, previsto no art. 179 do CTN), cuja publicidade é requisito de eficácia.<sup>254</sup> Nessa linha, como individualmente o dado sobre a outorga do benefício já é público, não haveria que se falar em sigilo sobre divulgação de maneira consolidada.

No que tange às contrapartidas e requisitos que devem ser cumpridos pelos beneficiários como condição para a outorga do incentivo, estas configuram verdadeiras cláusulas contratuais, cujo cumprimento pode e deve ser objeto de controle pela sociedade e pelos órgãos habilitados.

O art. 7º da LAI estabelece que o acesso à informação compreende dados pertinentes a “contratos administrativos”. A mesma lei estabelece para os órgãos e entidades públicas o

---

<sup>252</sup> RIÑOS GRANADOS, Gabriela. Acceso a la información tributaria: derecho y deber de los contribuyentes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (org.). *Direito financeiro e tributário comparado: estudos em homenagem a Eusébio Gonzáles García*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 334-373. p. 335.

<sup>253</sup> POLIZELLI, Víctor Borges. *Contratos fiscais: viabilidade e limites no contexto do direito tributário brasileiro*. op. cit., 2013, p. 165.

<sup>254</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A publicidade e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 204, p. 85-102, abr./jun. 1996, p. 85.

dever de divulgar em local de fácil acesso “todos os contratos celebrados” (art. 8, § 1º, inciso IV).

Tomar os incentivos tributários condicionados como contratos fiscais, ante sua bilateralidade e onerosidade, significa aceitar que a renúncia conferida é o preço pago pela sociedade pelas contrapartidas a que se comprometeram os destinatários no contexto de um programa de fomento tributário. Nesse contexto, os contratos fiscais firmados pelos contribuintes poderiam ser equiparados aos contratos administrativos e ter suas cláusulas divulgadas para fins de transparência, com base no art. 8º, § 1º, inciso IV, da LAI.

Sobre a quantificação dos incentivos condicionados outorgados a pessoas jurídicas, é relevante considerar que, em uma perspectiva agregada, tal informação não é protegida pelo sigilo fiscal no direito brasileiro. A Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1973, cria, no art. 195-A, a conta contábil chamada “reserva de incentivos fiscais”, na qual as empresas submetidas ao regime do lucro real devem reconhecer os valores decorrentes de benefícios como as subvenções de investimento (art. 30 da Lei n. 12.973, de 13 de maio de 2014).

Embora a divulgação de dados individualizados sobre o impacto dos incentivos condicionados em cada operação realizada pelas pessoas jurídicas beneficiárias possa representar um risco ao sigilo comercial, este perigo não ocorre com os dados agregados sobre o volume de incentivos recebidos em determinado exercício, dado que tal informação já deveria (no caso das companhias de capital aberto) ou poderia constar no balanço da própria empresa.

No universo das pessoas jurídicas, a divulgação dos dados sobre beneficiários em programas de incentivo tributário possibilita um ambiente de concorrência mais equilibrado, na medida em que os agentes de mercado têm conhecimento dos tratamentos favorecidos dispensados aos seus concorrentes.

Uma tributação neutra é um elemento que garante a livre concorrência. Embora essa neutralidade seja afastada em nome dos objetivos que a Administração pretende atingir por meio dos programas de incentivo tributário, a criação de um ambiente de concorrência equilibrada depende do amplo conhecimento dos destinatários dos incentivos pelos agentes que com eles concorrem pelo mesmo mercado.<sup>255</sup>

A assimetria de informação em relação aos incentivos tributários acaba atendendo apenas aos interesses dos beneficiados, que se encontram em uma situação “que lhes permite

---

<sup>255</sup> ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. *Direito Tributário Atual*, v. 19, São Paulo, 2005, p. 24-40, p. 26.

seguir se apresentando como modelos de eficiência econômica e como defensores da não intervenção, enquanto de forma encoberta se beneficiam dos cofres do Tesouro Público”.<sup>256</sup>

A própria Constituição da República reconhece que a tributação pode causar desequilíbrios de concorrência e, para preveni-los, atribui a lei complementar o papel de estabelecer critérios especiais (art. 149-A da CRFB). Enquadra-se no contexto dessa norma de competência a disposição da Lei Complementar n. 160, de 07 de agosto de 2017, que determinou que as unidades federadas prestem informações sobre isenções, incentivos e benefícios fiscais vinculados ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) no Portal Nacional da Transparência Tributária (art. 3º, § 6º). Embora tal norma não tenha sido plenamente implementada até o momento, a divulgação dos dados sobre programas de incentivo tributário teria impacto positivo sobre a concorrência, na medida em que explicitaria as condições tributárias favoráveis outorgadas a agentes do mercado.<sup>257</sup>

A divulgação de dados sobre as pessoas jurídicas beneficiárias dos programas de incentivo tributário é um passo importante para reduzir o grau de opacidade em relação a esta modalidade de despesa “*off budget*”, cuja execução não está sujeita às mesmas regras aplicáveis às despesas diretas,<sup>258</sup> o que inclui as regras de divulgação dos dados associados.

A indução de transparência em relação a esses dados tem potencial de atuar como fator que gera maior confiança na atuação do estatal, reduzindo, com isso, o efeito “*free rider*” no consumo de bens públicos (nesse caso, benefícios derivados de renúncias de receitas), na medida em que haveria uma conscientização coletiva sobre o universo de sujeitos contemplados.<sup>259</sup>

---

<sup>256</sup> No original: “*quienes se benefician así del Estado, que les permite seguir presentándose como modelos de eficiencia económica y como defensores del no-intervencionismo, mientas que em forma encubierta se benefician de las arcas del Tesoro Público.*” (REZZOAGLI, Luciano Carlos. El gasto fiscal en la Ley Tributaria Sustantiva en el Ámbito Presupuestario. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PUSIN, João Bosco Coelho (orgs.). *Direito financeiro e tributário comparado: estudos em homenagem a Eusébio Gonzáles García*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 756-767, p. 766).

<sup>257</sup> Em uma perspectiva mais abrangente, o Projeto de Lei do Senado n. 188, de 2014, propõe acrescentar o inciso IV ao § 3º do art. 198 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), para permitir a divulgação, por parte da Fazenda Pública, dos beneficiários de renúncia de receita (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 188, de 2014 – Complementar*. Autor Sen. Randolfe Rodrigues (PSOL/AP). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117839>. Acesso em: 18 mar. 2022).

<sup>258</sup> GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. op. cit., 2015, p. 444.

<sup>259</sup> SLEMROD, Joel. Trust in Public Finance. In: CNOSEN, Sijbren; SINN, Hans-Werner (ed.). *Public Finance and Public Policy in the New Century*. Cambridge: MIT Press, 2003, p. 49-88, p. 54.

A deficiência de transparência em relação aos sujeitos beneficiados pelos programas de incentivo tributário condicionado em nível federal poderia ser reconhecida como ilegitimidade pelo TCU, que, no exercício de sua competência, teria poder para determinar a audiência do responsável pela gestão do programa para apresentar razões e justificativa, nos termos do art. 43, inciso II, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTUCU).

Caso se confirme a irregularidade por ilegitimidade na omissão da Administração em divulgar os dados, o TCU pode assinar prazo para que as providências sejam adotadas (art. 45, *caput*, da LOTUCU).

Na hipótese de descumprimento da determinação, o tribunal poderia comunicar sua decisão ao Poder Legislativo e aplicar multa ao responsável (art. 45, § 1º, incisos I e II, da LOTUCU).

Considerando que o TCU é órgão de controle externo e, no desempenho dessa função, jamais pode substituir a Administração<sup>260</sup>, seria incabível que o órgão determinasse como a Administração deve apresentar os dados. Caberia ao tribunal apenas reconhecer a omissão ilegítima em disponibilizá-los e punir os responsáveis.

## CONCLUSÃO

O controle da legitimidade nos programas de incentivo tributário transcende a legalidade formal para sindicarem a adequação dos atos de gestão a todos os princípios que orientam a atividade administrativa.

Embora não haja espaço de escolha do administrador na execução dos programas de incentivo tributário, cujos requisitos para o acesso e efeitos indutores derivam diretamente da norma de incentivos correspondente (discricionariedade), o controle de legitimidade realizado pelo TCU pode ter como foco a gestão dos programas como um todo, com especial foco para a transparência e sinceridade das informações disponibilizadas pela União Federal.

A União tem avançado em relação à transparência relativa ao volume de gastos tributários estimado relativo aos programas de incentivo tributário. Porém, em nível federal, ainda não estão disponíveis informações sobre quem são os destinatários dos programas de incentivo, os dados agregados de benefícios outorgados e informações sobre as contrapartidas a que estes destinatários se comprometeram.

---

<sup>260</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177-230, p. 182

A transparência em relação aos destinatários garante a equidade concorrencial, evitando a assimetria de informações entre agentes que disputam o mesmo mercado. A divulgação dos dados agregados sobre o volume de renúncias gozado por cada destinatário revela-se como outro instrumento de controle sobre a alocação econômica de recursos que, não fossem os incentivos, integrariam o patrimônio público. Em relação às contrapartidas, estas provêm de verdadeiras relações contratuais, cujo controle depende da divulgação dos termos e condições que devem ser realizados pelos destinatários de condições tributariamente favoráveis.

O TCU poderia reconhecer, a partir do parâmetro da legitimidade, irregularidade por ofensa ao princípio da transparência em relação a todos estes aspectos de opacidade (destinatários, volume agregado de benefícios e contrapartidas contratuais) identificados na gestão dos programas de incentivo tributário federais.

### **Referências Bibliográficas**

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 188, de 2014 – Complementar*. Autor Sen. Randolfe Rodrigues (PSOL/AP). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/117839>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.661/MA*. Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 05 jun. 2002, DJ 23 ago. 2002.

CHEVALIER, Jacques. Le mythe de la transparence administrative. In: CENTRE UNIVERSITAIRES DES RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP). *Information et transparence administratives*, Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1988, p. 239-275.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. *Revista de Direito Administrativo*, v. 43, p. 1-20, 1956.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- GOMES, Emerson Cesar da Silva. *O direito dos gastos públicos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2015.
- GRANADOS, María Antonieta Martín. Los incentivos tributarios para investigación y desarrollo tecnológico (caso México). In: RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.). *La influencia de las nuevas tecnologías en el derecho tributario*. Cidade do México: Universidade Nacional Autónoma de México (UNAM), 2006, p. 187-208.
- HORVATH, Estevão. *O direito tributário no contexto da atividade financeira do Estado*. 2009. 221 p. Tese (Titularidade em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.
- HORVATH, Estevão. *O orçamento no século XXI: tendências e expectativas*. 2014. 418 p. Tese (Titularidade em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. O princípio da transparência. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Tratado de direito administrativo*: v. 1: teoria geral e princípios do direito administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 419-482.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 190, p. 1-44, 1992.
- MOTTA, Fabrício. Notas sobre publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, v. 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007.
- NAGATA, Bruno Mitsuo. *Fiscalização financeira quanto à legitimidade*. 2013. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- POLIZELLI, Victor Borges. *Contratos fiscais: viabilidade e limites no contexto do direito tributário brasileiro*. 2013. 305 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- REZZOAGLI, Luciano Carlos. El gasto fiscal en la Ley Tributaria Sustantiva en el Ámbito Presupuestario. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PUSIN, João Bosco Coelho (orgs.). *Direito financeiro e tributário comparado: estudos em homenagem a Eusébio Gonzáles García*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 756-767.
- RÍOS GRANADOS, Gabriela. Acceso a la información tributaria: derecho y deber de los contribuyentes. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PASIN, João Bosco Coelho (org.).

*Direito financeiro e tributário comparado: estudos em homenagem a Eusébio Gonzáles García.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 334-373.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. O sigilo bancário e o direito à intimidade e privacidade das pessoas. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 3. São Paulo, La Ley, 17-18 ago. 2001, *Anais*, p. 153-157.

SLEMROD, Joel. Trust in Public Finance. In: CROSSEN, Sijbren; SINN, Hans-Werner (ed.). *Public Finance and Public Policy in the New Century*. Cambridge: MIT Press, 2003, p. 49-88.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Competências de controle dos tribunais de contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177-230

SY, Aboubakry. *Transparence dans le droit budgétaire de l'état en France*. Paris: LGDJ, 2017.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A publicidade e os contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 204, p. 85-102, abr./jun. 1996.

TÁCITO, Caio. A moralidade administrativa e a nova Lei do Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo*, v. 242, p. 75-84, 2005.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional financeiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da transparência no direito financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, 1999, n. 8, p. 133-156, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 121, jan./mar. 1994, p. 265-271.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 5.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Variações sobre o princípio da neutralidade no direito tributário internacional. *Direito Tributário Atual*, v. 19, São Paulo, 2005, p. 24-40.

# ORDEM PRINCIPIOLÓGICA PARA ALÉM DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR APLICÁVEL ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

## Principle order beyond the Consumer Protection Code applicable to consumer relations

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior<sup>261</sup>

Daniel Israel de Anchieta Ramos<sup>262</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Princípios atinentes à proteção do consumidor; 3. Princípios da Ordem Econômica Constitucional; 4 Princípios da Ordem Civil; 5. Considerações finais; 6. Referencias Bibliográficas.

**Resumo:** A Constituição Federal de 1988 trata a “proteção ao consumidor” como um tema recorrente porém, impossível não notar o fato de o constituinte não prever a exigência de nenhum outro código, afora o de defesa do consumidor. A existência do Código Penal, Código de Processo Penal, Código Civil etc., decorrem da nossa tradição jurídica de codificação, ficando assim translúcido que o arcabouço normativo protetivo das relações consumeristas não se limita exclusivamente às normas (regras e princípios) do próprio Código de Defesa do Consumidor. A proteção da dignidade da pessoa humana como causa justificadora da própria proteção do consumidor merece ser relembraada constantemente, vez que em relações que envolvam grupos vulneráveis e hipervulneráveis, como são os consumidores, é reconhecer que tais grupos demandam especial proteção na busca da consagração de direitos peculiares, assegurando-se assim as regras protetivas, dentro de uma realidade de igualdade substancial. Fica implícito que o sistema das relações de consumo tem normas endêmicas, dadas as singularidades destas relações. Entretanto, não é refratário ao influxo e à influência de outros ramos do Direito, que permite uma exportação de seus princípios para outros sistemas jurídicos, orientando-se pelos Princípios atinentes à proteção do consumidor, Princípios da Ordem Econômica Constitucional e Princípios da Ordem Civil.

**Palavras-chaves:** Direito do Consumidor; Código de Defesa do Consumidor; Princípios atinentes à proteção do consumidor; Princípios da Ordem Econômica Constitucional; Princípios da Ordem Civil.

**Abstract:** The Federal Constitution of 1988 deals with “consumer protection” as a recurring theme, but it is impossible not to notice the fact that the constituent does not foresee the requirement of any other code, apart from that of consumer protection. The existence of the Penal Code, Criminal Procedure Code, Civil Code, etc., stems from our legal tradition of codification, thus making it clear that the protective normative framework of consumer relations is not limited exclusively to the norms (rules and principles) of the Code of

---

<sup>261</sup> Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre pela ITE/Bauru. Professor de Direito Civil da AE Toledo, de Presidente Prudente, e da FEMA/IMESA, de Assis/SP. Professor convidado da pós-graduação da UEL – Universidade Estadual de Londrina. jesualdo@almeidapimentel.com.br

<sup>262</sup> Cirurgião Dentista, Mestre em Odontologia Legal e Deontologia pela FOP/Unicamp. Especialista em Direito médico, Odontológico e da Saúde pela FMRP/USP- Graduando em Direito pela FEMA/IMESA, de Assis/SP. peritodanielisrael@gmail.com

Consumer defense. The protection of the dignity of the human person as a justification for consumer protection itself deserves to be constantly remembered, since in relationships involving vulnerable and hyper-vulnerable groups, such as consumers, it is to recognize that such groups demand special protection in the search for the consecration of rights peculiarities, thus ensuring the protective rules, within a reality of substantial equality. It is implied that the system of consumer relations has endemic norms, given the singularities of these relations. However, it is not refractory to the influx and influence of other branches of law, which allows its principles to be exported to other legal systems, guided by the Principles relating to consumer protection, the Principles of the Constitutional Economic Order and the Principles of the Civil Order.

**Keywords:** Consumer Law; Consumer Protection Code; Principles relating to consumer protection; Principles of the Constitutional Economic Order; Principles of Civil Order.

## 1. Introdução

A proteção do consumidor ganhou especial destaque com o constituinte de 1988. De fato, é um dos poucos direitos que recorrentemente é citado pela Constituição em trechos diferentes. Com efeito, pelo art. 5º, XXXII da Constituição Federal, é guindado em nível de Direito Fundamental ao se estabelecer que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e ainda, no art. 150, ao tratar da ordem tributária, previu que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”.

Em outro trecho, agora no art. 170 que trata da ordem econômica, dispôs que esta será “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

No art. 175 lê-se que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. E como *grand finale*, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

Digno de nota o fato de o constituinte não prever a exigência de nenhum outro código, afóra o de defesa do consumidor. A existência do Código Penal, Código de Processo Penal, Código Civil etc., decorrem da nossa tradição jurídica de codificação. Entretanto, a ocorrência do Código de Defesa do Consumidor depreende-se da exigência constitucional.

## 2. Princípios atinentes à proteção do consumidor

Princípios de Direito são normas munidas do mais alto grau de abstração, que permeiam o sistema jurídico como um todo. São mais do que meras regras jurídicas.

Encarnam valores fundamentais da sociedade, servem como fontes subsidiárias do Direito e conferem critérios de interpretação de normas e regras jurídicas em geral.

Já se disse amiúde que o Direito está em crise, em especial dentro das concepções positivistas, que o limitam às regras escritas. Nas palavras de Luiz Roberto Barroso<sup>263</sup> (2001, p. 26), o direito positivista vive uma grave crise existencial na medida em que não consegue entregar com eficiência os produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos, ao passo que a “a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”.

A normatividade dos princípios percorreu três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, os princípios estavam fora do Direito num campo metafísico, associados à dimensão ético-valorativa inspiradora do Direito.

Na fase positivista os princípios ingressaram nos códigos e leis como fonte normativa subsidiária, com a função de garantir a inteireza e coesão do sistema.

Por fim a fase pós-positivista atual, na qual os princípios constitucionais têm um papel fundamental, consagrando-se não apenas como direito, mas como “pedestal” normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

O pós-positivismo representaria, então, exatamente o anseio por um novo fôlego, a busca de uma nova perspectiva; a ousadia de erguer a cabeça e olhar por sobre as ondas...<sup>264</sup>(MARANHÃO, 2015, p. 30)

O pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade (BARROSO, 2001, p. 27).

E o pós-positivismo tem como principal marca a admissão da normatividade dos princípios. Neste passo, apesar das leis, decretos e regras escritas em geral serem elementos imprescindíveis para a construção do Direito, são os princípios que assumem papel fundamental ao colocarem de lado uma perspectiva dogmática presa nas normas programáticas.

Dworkin<sup>265</sup> (2010, p. 32) atesta grosso modo que os princípios existem porque as regras não dão conta do recado. Para ele o Direito de uma comunidade é um conjunto de

---

<sup>263</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>264</sup> MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *O fenômeno pós-positivista*. Disponível em: <<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001573.pdf>> Acesso em: 21/04/2015

<sup>265</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

regras que detém pedigree, que podem ser usadas para distinguir regras válidas de espúrias; e esse conjunto de regras coexiste com o Direito. Neste passo, os princípios podem promover uma maior harmonização e otimização do sistema jurídico.

### **3. Princípios da Ordem Econômica Constitucional**

Dentro da perspectiva do estudo dos princípios há alguns que merecem destaque para a proteção do Consumidor, conquanto não estejam expressos no próprio texto do Código de Defesa do Consumidor. Inicialmente abordar-se-ão os princípios da ordem econômica. Neste diapasão, quando o constituinte “olhou” para a ordem econômica nacional, estabeleceu algumas premissas principiológicas a serem seguidas obrigatoriamente. Ei-las:

Estabelecida como fundamento da república, a soberania nacional é um dogma intangível. Em linhas gerais é o poder e domínio dentro de seus limites territoriais, estando ao menos em tese livre da influência ou comando exercido por outros Estados.

Parece truísmo num estado capitalista afirmar que há direito à propriedade privada. Todavia, pense que em 1.988, data da nossa Constituição, ainda estávamos sob a guerra fria e pelo menos 1/3 do mundo vivia sob a influência comunista, que basicamente limita o direito à propriedade privada.

A propriedade é assegurada como direito humano fundamental e deverá atender à função social que se lhe reserva. Todavia, a Constituição assegurou o “direito” à propriedade. Mas não dá a ninguém a propriedade propriamente dita.

A questão da propriedade fora tão relevante ao constituinte, que este a elegeu como princípio geral da atividade econômica (CF, art. 170, II, III - “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade).

A função social da propriedade depende do justo equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual. Nos termos do art. 182 da Constituição Federal, § 2º. “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”.

O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

O descumprimento da função social da propriedade urbana autoriza o Município que tenha lei específica neste sentido a determinar o parcelamento ou edificação compulsórios; o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Já a propriedade imobiliária rural atinge a função social quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos requisitos do aproveitamento racional e adequado; da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; da observância das disposições que regulam as relações de trabalho e da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (CF, art. 186).

Caso a propriedade rural não atinja a função social, competirá à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

Porém, são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena (01 a quatro módulos fiscais) e média propriedade rural (04 a 15 módulos fiscais), assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra propriedade produtiva (art. 185).

O Estado brasileiro, durante certo período de sua história, foi um grande fomentador da economia. Antes da égide da Constituição Federal eram comuns “estatais” participarem diretamente em atividades econômicas diferenciadas, como a EMBRATEL nas telecomunicações, a CSN – Companhia Siderúrgica Nacional, a Vale do Rio Doce em mineração etc. No Estado de São Paulo tínhamos a VASP no setor da aviação, a TELESP nas telecomunicações, a CESP na geração de energia elétrica, o BANESPA como banco público etc.

Todavia, o modelo adotado pelo constituinte, num perfil nítido de “estado mínimo” na economia, determina no art. 173 que o Estado somente atuará diretamente nesta por imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Deste modo, a rigor, a iniciativa econômica é particular.

Contudo, o Estado deverá ser um agente regulador e normativo (CF, art. 174) da economia. E basicamente assim se faz através das agências reguladoras (teoria dos

ordenamentos setoriais), que desempenham papel de normatização e fiscalização dos ramos privados da economia, como a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações - , que fiscaliza e normatiza o setor das telecomunicações, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica - no setor elétrico, a ANP - Agência Nacional de Petróleo - para distribuição de combustível, a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar - , que trata do setor da saúde privada etc.

A livre concorrência é a base de um mercado saudável. Monopólios e oligopólios ofendem diretamente os interesses do consumidor. Com efeito, quanto mais concentrado for um mercado, menos alternativas qualitativas restam ao consumidor e fica muito mais fácil o ajuste sobre preços pelos fornecedores.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 646, que traduz o pensamento da liberdade de iniciativa: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.”

Eram comuns em várias cidades leis municipais estabelecendo que um posto de combustível não poderia estar a 300 (trezentos) metros de outro, que uma farmácia não poderia ser montada a menos de 500 (quinhentos) metros de outra, e assim sucessivamente. Estas leis são flagrantemente inconstitucionais pois, em última análise, ferem a livre concorrência e ofendem interesses dos consumidores.

Nota-se que a defesa do consumidor é um princípio da ordem econômica, dada a sua exponencial importância para toda a economia.

#### **4. Princípios da Ordem Civil**

Sem prejuízo dos princípios acima dispostos, alocados constitucionalmente, há ainda outros que interessam à ordem civil e que igualmente influenciarão todo o sistema de proteção ao consumidor.

Sabe-se que a dignidade da pessoa humana tornou-se um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime.

Após a 2ª. Guerra Mundial, a ideia de dignidade da pessoa humana migra paulatinamente para o mundo jurídico. Desde o terror nazista, incluindo experiências científicas nos campos de concentração, a dignidade humana passou a ser salvaguardada nos principais documentos de direito internacional e constituições de Estados democráticos.

Além disso, o pós-positivismo reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política. E como consequência natural, discursos outrora eminentemente morais são incorporados em textos jurídicos. E neste sentido a dignidade da pessoa humana fez-se presente em várias Constituições, ora como direito do indivíduo, ora como princípio informativo do sistema, ora como fundamento da existência do Estado. Trata-se de uma das maiores conquistas da civilização em prol da valorização da pessoa humana, conforme Norberto Bobbio<sup>266</sup> (1992, p. 21).

Não se nega que a dignidade da pessoa humana seja um conceito jurídico. Resta, no entanto, buscar uma definição uniforme que corresponda ao que, de fato, seja esta dignidade de cunho jurídico e sua aplicação prática.

Curiosamente, muitas vezes é mais fácil reconhecer a dignidade quando esta é negada ou violada. Casos de tortura, violência sexual, privação de alimentos, humilhações de grupos vulneráveis, exploração de trabalhadores etc., remete-nos à ideia da dignidade exatamente pelo seu viés contraposto: agressões ao conceito da dignidade.

O conceito de dignidade humana permeia todos os direitos humanos fundamentais e os documentos relativos aos direitos humanos. Para nós, isso é tão natural que achamos que nem sequer faz sentido indagar o que realmente significa a dignidade humana, ou por que a humanidade deveria possuí-la, nem tampouco nos indagamos por que razão faz sentido que todos nós a reconheçamos uns nos outros e uns para os outros.

A expressão “autonomia da vontade” está ligada à vontade como fonte das obrigações, com predominância do individualismo. Já a “autonomia privada” é mais apropriada recentemente para questões negociais, com uma predominância social.

Durante o período romano, cujo dogma é rejuvenescido nas revoluções e Códigos Civis burgueses, em especial o Código napoleônico, valeu de forma intangível o princípio “pacta sunt servanda”, pelo qual os contratos deveriam ser cumpridos nos exatos termos em que contratados.

Hoje, essa autonomia privada está limitada pelo razoável e mitigada pelo “dirigismo contratual”, pelo qual há clara interferência do Estado nos contratos particulares, que confere ao Estado-Juiz o poder/dever de modificar relações negociais que se mostrem

---

<sup>266</sup> BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997

descompassadas com a função social e com os ditames da boa-fé (Código Civil brasileiro, arts 422 e 423).

De tal sorte que Gustavo Tepedino<sup>267</sup> (2010, p. 55) prega que com o advento de avanços científicos e tecnológicos, no seio de uma sociedade massificada, aliadas a uma nova modalidade legislativa de dirigismo contratual, fica difícil uma cristalina diferenciação entre o que seja afeto ao direito público e o que esteja atrelado ao direito privado. Urge “uma redefinição de limites e uma profunda revitalização conceitual

Deste modo, pelo dirigismo contratual admite-se a interferência do Estado nos contratos particulares, com a clara possibilidade de revisão, modificação e anulação de cláusulas contratuais desproporcionais ou abusivas, tal como previsto no art. 51 do CDC.

Pietro Perlingieri<sup>268</sup> (2010, p. 277) sustenta que está superado o “dogma sacro e inviolável” da autonomia privada. Hoje, ela se condiciona ao que diz a lei e, principalmente, aos princípios constitucionais, e na falta destes pelos usos e pela equidade.

Irineu Strenger<sup>269</sup> (2012, p. 19) ensina que autonomia da vontade sofreu as inevitáveis vicissitudes do processo histórico, que nas suas projeções culturais não poderia deixar de abranger o mundo do direito, provocando a revisão de muitos de seus esquemas tradicionais, e, em muitos sentidos, com impactos mais sensíveis, reformulando alguns conceitos básicos. O mesmo autor destaca que o interesse público deve sempre prevalecer em face da autonomia privada. “Ele (o interesse público) pode se referir a qualquer tipo de função contratual sem mudar, nem mesmo minimamente, as suas características” (STRENGER, 2012, p. 288).

Segundo Maria Stela Gregori<sup>270</sup> (2012, p. 140) é a função social do contrato princípio implícito constitucionalmente e a partir do Código Civil atual tornou-se princípio expresso.

Paulo Luiz Netto Lôbo<sup>271</sup> (2014, p. 107) prega a existência do contrato social. Para este autor, o contrato somente será admitido à luz da Constituição, se, assim como a propriedade, atingir sua função social. Neste andar,

Uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica é o Código do Consumidor, que regulamenta a relação contratual de

---

<sup>267</sup> TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro*. In: Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>268</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

<sup>269</sup> STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

<sup>270</sup> GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. Editora Revista dos Tribunais,

<sup>271</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. *Boletim Instituto Brasileiro de Direito de família*, n. 4, set/out. 2007.

consumo (...) Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos vitais.

Destarte, está cada vez mais claro que o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor.

Miguel Reale<sup>272</sup>, na obra "A Boa-fé no Código Civil" menciona que “a boa-fé subjetiva é relativa ao sujeito, indivíduo, “*corresponde, fundamentalmente, a uma atitude psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito*” (2003, p. 3-4). Contudo, a boa-fé ora tratada é a “objetiva”. E o mesmo Miguel Reale a define:

A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública’.

A boa-fé objetiva estabelece um padrão ético de conduta para as partes nas relações negociais. É um um standard criado, pelo qual alguém crê no comportamento do outro porque tem razões legítimas para tanto, e espera que este comportamento se realize.

Com o CDC a boa-fé torna-se um dos princípios fundamentais das relações de consumo e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas. E com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, passou a ser regra expressa nos art. 422: “*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”. E, doravante, passa a ser orientador de várias decisões dos nossos Tribunais.

O Superior Tribunal de Justiça já tem jurisprudência firmada no sentido de que a seguradora não pode extinguir unilateralmente contrato renovado por vários anos. Num dos casos julgados na Terceira Turma em 2011 (REsp 1.105.483), os ministros entenderam que a iniciativa ofende o princípio da boa-fé. A empresa havia proposto à consumidora, que tinha o seguro de vida havia mais de 30 anos, termos mais onerosos para a nova apólice.

---

<sup>272</sup> REALE, Miguel. *A boa fé objetiva no código civil*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>

Em 2011, a Segunda Seção também definiu que, em caso de suicídio cometido durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, período de carência, a seguradora só estará isenta do pagamento se comprovar que o ato foi premeditado (Ag 1.244.022).

A Terceira Turma apontou ofensa ao princípio da boa-fé objetiva quando o plano de saúde reajusta mensalidades em razão da morte do cônjuge titular. No caso, a viúva era pessoa de 77 anos e estava vinculada à seguradora como dependente do marido fazia mais de 25 anos (AREsp 109.387).

Contraria a boa-fé das relações negociais o livre oferecimento de imóvel, bem de família, como garantia hipotecária. Esta é a jurisprudência do STJ. Num dos precedentes, analisado em 2010, a relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, entendeu que o ato equivalia à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabe ser inexequível, esvaziando-a por completo (REsp 1.141.732)”.

Destarte, tem-se que a proteção do consumidor se faz não apenas por regras escritas, como também pela adoção de princípios com força normativa.

## **5. Considerações finais**

O arcabouço normativo protetivo das relações consumeristas não se limita às normas (regras e princípios) do próprio Código de Defesa do Consumidor. Regras e principalmente princípios constitucionais e das relações civis em geral são perfeitamente aplicáveis e devem ser superdimensionadas nas relações de consumo, se pertinentes. Deste modo, as relações consumeristas adotam e claramente se valem dos princípios constitucionais, notadamente aqueles voltados para a ordem econômica.

A proteção da dignidade da pessoa humana como causa, inclusive, justificadora da própria proteção do consumidor é inequívoca e merece ser lembrada constantemente. Deveras, pensar na proteção da dignidade da pessoa humana, notadamente em relações que envolvam grupos vulneráveis e hipervulneráveis como são os consumidores, é reconhecer que tais grupos demandam especial proteção na busca da consagração de direitos peculiares. E, nesta perspectiva, assegurarem-se regras protetivas, dentro de uma realidade de igualdade substancial, passa a ser a tônica de todo o sistema.

A assunção de princípios milenares como a “boa-fé”, conquanto rejuvenescida pelo viés da “boa-fé objetiva”, é certificar que o Direito do Consumidor deita raízes em sistemas tradicionais. Não se trata de uma invenção. Pelo contrário, muitas vezes duplicou-se um

método básico que já foi há muito aceito e considerado comum em outros ramos do Direito, porém, agora, dentro de uma perspectiva singular da proteção do consumidor.

Evidentemente que o sistema das relações de consumo tem normas endêmicas, dadas as singularidades destas relações. Entretanto, não é refratário ao influxo e à influência de outros ramos do Direito, e permite uma exportação de seus princípios para outros sistemas jurídicos.

### **Referências Bibliográficas**

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. Editora Revista dos Tribunais,

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. *Boletim Instituto Brasileiro de Direito de família*, n. 4, set/out. 2007.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. *O fenômeno pos-positivista*. Disponível em: <<http://ww1.anamatra.org.br/sites/1200/1223/00001573.pdf>> Acesso em: 21/04/2015

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro:Renovar, 1997.

REALE, Miguel. *A boa fé objetiva no código civil*. Disponível em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>

STRENGER, Irineu. *Autonomia da vontade em direito internacional privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

# 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 Cidade<sup>273</sup>

**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 firefighters 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

---

<sup>273</sup> Departamento de Geografia da Faculdade de Letras da Universidade do Porto josecarloscidade@gmail.com

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 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 ocorram<sup>274</sup>.

Os corpos de bombeiros<sup>275</sup> podem subdividir-se em profissionais<sup>276</sup>, mistos<sup>277</sup>, voluntários<sup>278</sup> e privativos<sup>279</sup>, 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.<sup>280</sup>

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

---

274 De acordo com o ponto 1 do artigo 1º da Lei n.º 27/2006, de 3 de julho.

275 Definido na alínea c) do artigo 2º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

276 Com as características definidas no ponto 2 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

277 Com as características definidas no ponto 3 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

278 Com as características definidas no ponto 4 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

279 Com as características definidas no ponto 5 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

280 Nos termos do número 2 do artigo 7º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

município situa-se na margem sul do Rio Douro. Insere-se na Área Metropolitana do Porto (NUTS III)<sup>281</sup> e na Região do Norte (NUTSII)<sup>282</sup>. O município de Vila Nova de Gaia, tem uma área territorial de 168,46 Km<sup>2</sup>, com 302 296 habitantes,<sup>283</sup> num total de quinze (15) freguesias.<sup>284</sup>

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 a□ 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 a□ 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**

---

281 Nos termos do Decreto-lei nº 46/89, de 5 de fevereiro

282 De acordo com o Decreto-lei nº 46/89, de 5 de fevereiro

283 De acordo com consulta efetuada a [www.ine.pt](http://www.ine.pt), em 24 de janeiro de 2023

284 Nos termos da Lei nº 11-A/2013, de 28 de janeiro

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 prioritária<sup>285</sup> neste município. O contingente desta companhia, é classificado do tipo 2<sup>286</sup>, o que significa que é constituído por 90 a 120 bombeiros profissionais. Todos os seis corpos de bombeiros voluntários foram fundados no 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
<b>TOTAL</b>	<b>124222</b>			
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
<b>TOTAL</b>	<b>35176</b>			
Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários de Valadares	06.12.1914	T3 (entre 60 - 90 bombeiros)	Vilar do Paraíso	13878
			Valadares	10678
			Gulphilhars	11348
			Canelas	13459
			Madalena (parte)	3894
<b>TOTAL</b>	<b>53257</b>			
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
<b>TOTAL</b>	<b>41408</b>			
Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários de Avintes	20.08.1931	T3 (entre 60 -90 bombeiros)	Avintes	11497
			Oliveira do Douro	22383
			<b>TOTAL</b>	<b>33880</b>
Associação Humanitária de Bombeiros Voluntários de Crestuma	20.02.1995	T4 (até 60 bombeiros)	Sandim	5938
			Olival (parte)	3000
			Lever	2794
			Crestuma	2621
<b>TOTAL</b>	<b>14353</b>			

- a) 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](http://www.ine.pt), em 30 de janeiro de 2023.

## 2.2 – Evolução da atividade operacional dos corpos de bombeiros

285 Nos termos do ponto 3 do artigo 5º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

286 De acordo com o artigo 10º do Decreto-lei n.º 247/2007, de 27 de junho

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	<b>69704</b>
A.H.B.V.Aguda	3683	4298	4715	5086	5106	4851	4158	4424	4373	4436	1074	<b>46204</b>
A.H.B.V.Avintes	1741	2567	2539	2924	2896	2665	2631	2591	2761	5087	1094	<b>29496</b>
A.H.B.V.Carvalhos	3421	4406	4627	4998	4697	4750	4794	4748	5207	5515	1221	<b>48384</b>
A.H.B.V.Coimbrões	3348	4697	5129	5669	6520	6304	6943	6817	7041	6791	1503	<b>60762</b>
A.H.B.V.Crestuma	1295	1540	1470	1646	1661	1490	1116	1274	1171	1303	856	<b>14822</b>
A.H.B.V.Valadares	4086	5254	5316	5189	4598	4149	3327	3765	3693	3901	1044	<b>44322</b>
Total Voluntários	17574	22762	23796	25512	25478	24209	22969	23619	24246	27033	6792	<b>243990</b>
Total em Gaia	20739	26295	27810	30519	30383	29047	27261	28296	28492	31941	32911	<b>313694</b>

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%).

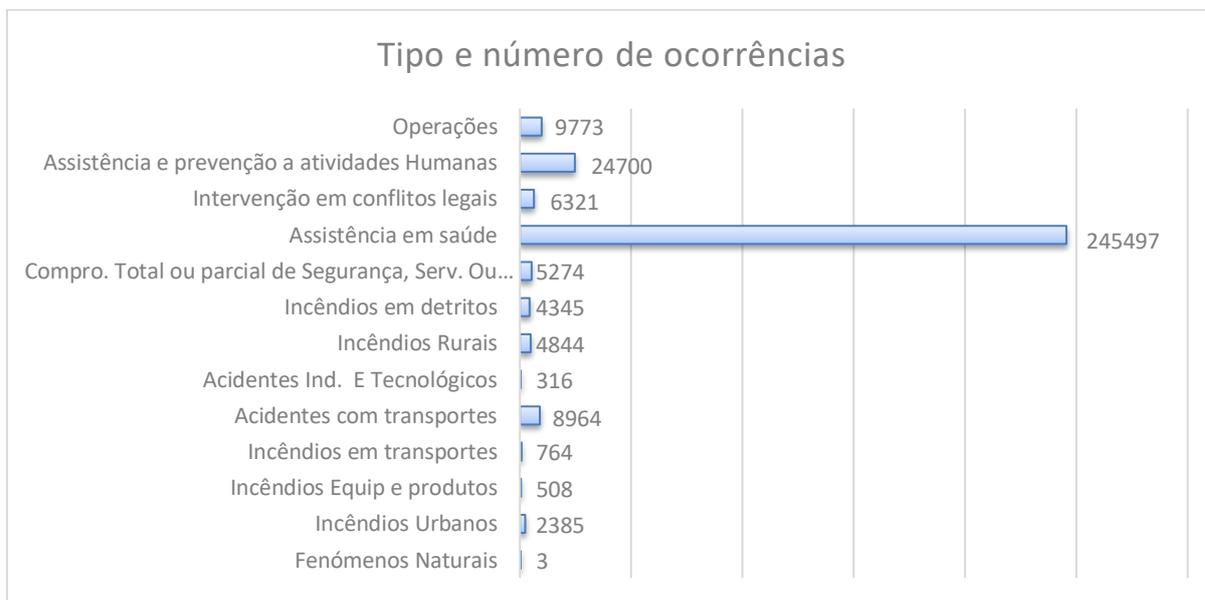


Figura 1 - Número e tipo de ocorrência verificada em V.N. de Gaia, entre 2006 – 2016

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 própria<sup>287</sup>.

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.

---

<sup>287</sup> Nos termos do artigo 5º do Decreto-lei nº 247/2007, de 27 de junho

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 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 freguesias<sup>288</sup>, 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).

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 n.º 27/2006, de 3 de julho

Lei n.º 11-A/2013, de 28 de janeiro

Decreto-lei n.º 46/89, de 15 de fevereiro

Decreto-lei n.º 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

---

288 Lei n.º 11-A/2013, de 28 de janeiro

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](http://www.ine.pt), consultado a 24 e 30 de janeiro de 2023.

# SHARENTING: UMA ANÁLISE DA COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS GENITORES À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

## Sharenting: an analysis of the collision between fundamental rights and the civil parental liability under Brazilian law

Laura Padovani Cardoso<sup>289</sup>

Carolina Merida<sup>290</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Do conflito entre direitos fundamentais; 3. Da responsabilidade civil dos genitores; 4. Da suspensão ou perda da guarda por abuso de poder; 5. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O compartilhamento de dados está presente em todos os ramos da vida cotidiana. As redes sociais (Instagram, Facebook, Twitter, entre outras) tornaram-se um dos maiores mecanismos de coleta e fluxo de informações pessoais já existentes, visto que são alimentadas diariamente por nós mesmos e através dos “mercadores de atenção”, formando um perfil de dados públicos a todos aqueles que buscarem saber sobre alguém. Nesta seara, o trabalho em questão visa trazer maior segurança às crianças e adolescentes que foram ou que possam ser vítimas do *sharenting* diante da ausência de conhecimento acerca do fenômeno, por parte de seus representantes legais. Tem como principal objetivo analisar os conflitos existentes entre o direito à privacidade e à intimidade das crianças e adolescentes, e o direito à liberdade de expressão de seus pais nas redes sociais, a fim de orientar os genitores quanto aos riscos jurídicos relacionados ao compartilhamento de dados de seus filhos menores, e quais os efeitos da responsabilidade civil sob os genitores, polo ativo do fenômeno. A pesquisa foi regida pelo método exploratório, a fim de unir informações sobre o assunto; descritivo, para realizar a exposição e interpretação dos dados que serão levantados; e dedutivo, para a solução do problema a partir de conclusões das circunstâncias apresentadas. Espera-se que com a presente pesquisa seja possível compreender a importância dos limites que devem existir entre a autoridade parental para publicações de dados e imagens de crianças e adolescentes, visto que, futuramente, esta superexposição pode promover impactos não só na privacidade e segurança da vítima, como também em sua saúde psíquica e mental, afetando o desenvolvimento da criança ou adolescente.

**Palavras-chave:** *Sharenting*. Direitos Fundamentais. Responsabilização Civil. Livre Desenvolvimento da Criança.

**Abstract:** Data sharing is present in all branches of everyday life. Social networks (Instagram, Facebook, Twitter, among others) have become one of the largest mechanisms for collecting and flowing personal, as they are fed daily by ourselves and through “attention merchants”, forming a profile of public data to all those who seek to know about someone. In this context, the present work aims to bring greater security to children and adolescents who have been or may become victims of *Sharenting* due to the lack of knowledge about the phenomenon on the part of their legal representatives. Its main objective is to analyze the conflicts between the right to privacy and intimacy of children and adolescents and the right to freedom of expression of their parents on social media in order to guide parents about the legal risks related to the sharing of data of their minor children, and the effects of civil liability on parents, the active party in the phenomenon. The research will be guided by the exploratory method in order to gather information on the subject; descriptive, to carry out the exposition and interpretation of the data that will be collected; and deductive, for the solution of the problem from conclusions of the presented circumstances. It is hoped that with the present research it will be possible to understand the importance of the limits that must exist between the parental authority for publications of data and images of children and adolescents, since, in the future, this overexposure can promote impacts not only on the privacy and safety of the victim, but also on their psychic and mental health, affecting the development of the child or adolescent.

**Keywords:** *Sharenting*. Fundamental Rights. Civil Liability. Free Development of the Child.

---

<sup>289</sup> Acadêmica do nono período de Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Rio Verde. Bolsista CNPQ de iniciação científica (Programa PIBIC). E-mail: laura.padovani54@gmail.com

<sup>290</sup> Pós-Doutoranda em Direito Público na Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (Espanha). Doutora em Direito Público pela UNISINOS. Professora Titular na Faculdade de Direito e no Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde. Procuradora do Município de Rio Verde. E-mail: merida@unirv.edu.br

## 1 Introdução

Com o avanço e desenvolvimento da era da informação, o compartilhamento de dados é imprescindível ao meio atual, e está presente em todos os ramos da vida cotidiana. As redes sociais (Instagram, Facebook, Twitter, etc.) tornaram-se um dos maiores mecanismos de coleta e fluxo de informações pessoais já existentes, visto que são alimentadas diariamente por nós mesmos e através dos “mercadores de atenção”, que são compreendidos como agentes econômicos que se valem de técnicas de marketing e comunicação para despertar e manter a atenção do público em relação a seus produtos, serviços ou ideias, utilizando até mesmo de vulnerabilidades psicológicas dos indivíduos como a necessidade de reconhecimento social, para fomentar um engajamento contínuo com suas marcas, formando assim um perfil de dados públicos, a todos aqueles que buscarem saber sobre alguém.

Embora essas inovações tenham trazido inúmeros benefícios para diversas áreas de conhecimento, ao analisá-las sob uma perspectiva diferente, torna-se evidente que os malefícios são numerosos. Ao abordar o tema "crianças na internet", a principal preocupação é o monitoramento e a responsabilidade dos pais em relação aos cliques e às classificações de idade para acessar determinados conteúdo. No entanto, de acordo com o Instagram, é necessário que os usuários tenham pelo menos 13 anos de idade para criar uma conta na plataforma. Segundo Choi e Lewallen<sup>291</sup>, essa restrição indica que aqueles que estão abaixo da idade mínima são principalmente supervisionados por adultos mais velhos, especialmente pelos pais, e raramente se discute o compartilhamento de dados pessoais de crianças pelos próprios pais ou responsáveis.

Este assunto ganhou maior visibilidade com o surgimento de influenciadores digitais e a popularização das redes sociais. Esses influenciadores utilizam seus perfis para divulgar informações sobre suas vidas, incluindo fotos e vídeos de seus filhos e outras crianças com quem convivem, além de detalhes sobre suas rotinas escolares e outros dados pessoais tendo se tornado uma nova forma de marketing na era digital.

À primeira vista, não há um problema a ser discutido, pois estamos vivendo a era da extimidade, em que o compartilhamento de fotos e vídeos na internet se tornou comum. No entanto, o conflito surge quando se perde o controle sobre o que e quanto se compartilha,

---

<sup>291</sup> CHOI, Grace Yiseul; LEWALLEN, Jennifer. Say Instagram, Kids! Examining Sharenting and Children's Digital Representations on Instagram. *Howard Journal of Communications*, [s. l.], v. 29, 2018.

fenômeno este denominado como “*sharenting*”, sendo compreendido da junção das palavras em inglês “*share*” (compartilhar) e “*parenting*” (parentalidade).

Sendo assim, este trabalho tem como principal objetivo compreender quais as medidas de proteção disponíveis na legislação aplicável para tutela dos indivíduos que se tornam vítimas de *sharenting* e quais os limites para este compartilhamento, sem infringir nenhum direito dos menores, tendo como objetivo geral a análise dos conflitos existentes entre os direitos fundamentais do direito à privacidade e à intimidade das crianças e adolescentes, e o direito à liberdade de expressão se seus pais nas redes sociais a fim de orientar os genitores quanto aos riscos jurídicos relacionados ao compartilhamento de dados de seus filhos menores, destacando a importância de estabelecer limitações necessárias para proteger o princípio do melhor interesse da criança e a hipótese de responsabilização civil que terão os genitores praticantes do fenômeno.

## **2 Do conflito entre direitos fundamentais**

O fenômeno do *sharenting* passou a ser observado e estudado de modo mais detido após a intensificação da extimidade<sup>292</sup> nas redes sociais, e com a popularização das redes essa prática tem se tornado cada vez mais frequente. No entanto, a ideia de compartilhar informações e fotos dos filhos não é nova. Desde a antiguidade, os pais costumavam registrar momentos importantes na vida dos filhos, como o nascimento, o batismo, o primeiro dia de escola, entre outros. Porém, com o advento das redes sociais, a prática se tornou mais frequente e, muitas vezes, excessiva, tornando público tudo o que é compartilhado.

Para Lucia Maria Teixeira Ferreira<sup>293</sup>, o fenômeno ocorre quando os pais ou responsáveis legais têm o hábito de, recorrentemente, postar (geralmente em redes sociais) fotos, informações e dados pessoais – até mesmo dados sensíveis – de seus filhos menores.

Em uma pesquisa realizada pela AVG, uma empresa fabricante de softwares de segurança, através da Revista Crescer que pertence ao Grupo Globo, foram entrevistadas 2.200 mães dos Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, França, entre outros. Os dados afirmam que 81% de bebês com menos de 2 anos de idade, já possuem seus próprios perfis nas redes sociais, logicamente, monitorados pelos pais, com o intuito de compartilharem

---

<sup>292</sup> Segundo Bolesina, a extimidade é “a revelação de partes selecionadas da intimidade e o recebimento do feedback que é reabsorvido e, no fechar desse ciclo, tem-se o enriquecimento da intimidade, e a transformação da própria identidade.” In: BOLESINA, Iuri. *O direito à extimidade: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 187.

<sup>293</sup> FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. A superexposição dos dados e da imagem de crianças e adolescentes na Internet e a prática de *Sharenting*: reflexões iniciais. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 78, p. 165-173, jan. /2020.

fotos e vídeos desde o pré-natal, e toda a trajetória posterior ao nascimento da criança. E ao questionarem sobre a preocupação em relação as informações expostas de seus filhos, na internet, 22% dos entrevistados dos Estados Unidos, afirmaram que fazem isto a fim de incrementarem seus perfis nas redes sociais.<sup>294</sup>

Para Mariana Garcia Duarte Marum<sup>295</sup>, pode-se dizer que o fato a ser pesquisado, traz:

Preocupações que transcendem a esfera dos riscos à integridade física e psíquica do menor. Também confronta os direitos fundamentais de personalidade destas pessoas, especialmente os direitos relacionados à divulgação da imagem e privacidade do infante, contra os direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação de quem publica este tipo de conteúdo, ou seja, os progenitores.

Ou seja, o fenômeno ocorre quando os pais ou responsáveis legais têm o hábito de, recorrentemente, postar em redes sociais fotos, informações e dados pessoais – até mesmo dados sensíveis – de seus filhos menores.

Ocorre que, conforme a corrente de pensamento de Fernando Eberlin<sup>296</sup>, “a questão jurídica corre em relação aos dados pessoais das crianças que são incluídos nas redes, que permanecem nela ao longo dos anos, e que podem ser acessadas por qualquer indivíduo”, podendo os dados serem coletados, armazenados e acessados por terceiros sem o devido consentimento dos pais ou responsáveis legais, submetendo o infante a riscos à sua privacidade e segurança, incluindo a exposição e utilização inadequada de suas informações pessoais.

A proteção dos dados pessoais dos cidadãos Brasileiros, é um debate tão pertinente e recente, que em fevereiro do ano de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional nº115, que tornou possível à União organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais; legislar sobre o assunto e; ainda mais importante, incluiu a proteção dos dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, inclusive nos meios digitais. Dessa forma, é inevitável afirmar que os direitos de toda criança devem ser respeitados, protegidos e cumpridos no ambiente digital, tendo em vista que as inovações nas tecnologias digitais

---

<sup>294</sup> GLOBO.COM. Pesquisa revela que 81% das crianças com menos de 2 anos já tem perfil na internet. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI182812-15151,00PESQUISA+REVELA+QUE+DAS+CRIANCAS+COM+MENOS+DE+ANOS+JA+TEM+PERFIL+NA+INTERNE.html>. Acesso em: 22 abr. 2022.

<sup>295</sup> MARUM, Mariana Garcia Duarte. *O direito à privacidade ameaçado pelo sharenting: Podem os pais serem responsabilizados civilmente à luz do direito civil português?* 2020. 139 p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2020, p.7.

<sup>296</sup> EBERLIN, F. B. V. T. *Sharenting, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro*. *Revista Brasileira De Políticas Públicas*, Brasília, v. 07, n. 03, p. 1-25, jan. /2017, p. 9.

impactam a vida das crianças e seus direitos de maneira ampla e interdependente, mesmo quando as crianças em si não acessam a Internet.<sup>297</sup>

Ao mencionar a família como detentora da proteção especial do Estado, a Constituição Federal traz em seu artigo 226 um rol exemplificativo das relações familiares. À medida que estas relações têm sido alteradas, e tem se tornado cada vez mais aceitas e reguladas pelas doutrinas e jurisprudências, foi-se constatada a necessidade da constitucionalização nas relações privadas a fim de interpretar o direito privado em conformidade com os princípios e direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, sem desconsiderar a autonomia da vontade inerente a ele, mas sempre respeitando a dignidade da pessoa humana<sup>298</sup>. Logo, toda e qualquer análise relacionada à família deverá partir de uma premissa Constitucional, visando a relação entre família, sociedade e Estado.

Com isso, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, aborda os direitos fundamentais da pessoa humana, sendo eles: o direito de imagem, liberdade de expressão e manifestação do pensamento, e inserido recentemente através da Emenda Constitucional nº 115, a proteção de dados pessoais inclusive nos meios digitais, como uma forma de intensificar e garantir a não exposição exacerbada de dados privativos da pessoa humana.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)<sup>299</sup>, em seu artigo 15, aborda de maneira explícita que: tanto a criança quanto o adolescente, devem ser considerados sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição Federal e nas demais leis. Este mesmo instrumento legal, em seu artigo 100, inciso V, garante o direito à privacidade destes, por meio do respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva de sua vida privada.

Por outro lado, a Lei Geral de Proteção de Dados<sup>300</sup>, especificamente em seu artigo 14, discorre que o tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. Destaca ainda que deverá ser realizado com o consentimento específico em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

---

<sup>297</sup> ONU, Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral N. 25 sobre direitos da criança em relação ao ambiente digital [S. l.], 2021. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/biblioteca/comentario-geral-n-25/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

<sup>298</sup> BERTI, L. G; FACHIN, Z. A. Sharenting: Violação Do Direito De Imagem Das Crianças E Adolescentes Pelos Próprios Genitores Na Era Digital. *Revista De Direito De Família E Sucessões*, [S. L.], V. 7, Ed. 1, P. 95-113, 2021.

<sup>299</sup> BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>300</sup> BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 20 mar. 2023.

Compreende-se que a legislação brasileira é repleta de dispositivos que buscam a melhor administração dos dados pessoais de qualquer pessoa humana e quanto ao fenômeno *sharenting*, entende-se que há uma certa colisão entre direitos fundamentais das partes envolvidas. Questiona-se, conforme Marum<sup>301</sup>: “qual deles há de prevalecer? O direito do menor à imagem e à reserva sobre a intimidade da vida privada ou o direito do progenitor à liberdade de expressão e informação?”

Cumpra ressaltar que não se pretende com este trabalho coibir indiscriminadamente toda e qualquer publicação de informações ou imagens pelos genitores, haja vista que tal conduta contraria a garantia da liberdade de expressão destes. Entretanto, busca-se tão somente orientá-los acerca dos limites que devem ser observados no que tange ao conteúdo divulgado, sempre pautados pelo princípio do melhor interesse da criança, bem como orientá-los acerca dos riscos envolvidos na exposição excessiva de informações nas redes sociais.

De um lado, os pais, utilizando-se do seu poder familiar e da liberdade de expressão ao filmar e compartilhar as imagens de sua criança os direitos à imagem e à intimidade da criança sendo violados de maneira evidente, além de que, a partir do momento que algo é publicado nas redes, é quase impossível ser apagado pois o fluxo de dados e compartilhamentos são imensuráveis, logo o direito ao esquecimento desta criança também é violado. Uma vez que um indivíduo expõe aspectos de sua vida privada, ainda que em ambiente digital, ele é protegido por seu direito constitucional à livre expressão, devendo ser totalmente vedado a censura ou qualquer tipo de retaliação, e qualquer tentativa de restringir esse direito por ações ou fatos que não configurem uma violação criminal ou ética constitui uma forma de censura, o que é amplamente prejudicial para o sistema democrático que pressupõe o debate e a livre circulação de ideias, sejam elas de natureza política, ideológica ou artística.<sup>302</sup>

Por outro lado, o direito constitucional à privacidade tem por objetivo resguardar a dignidade da pessoa humana e remete à ideia de não interferência pelo Estado na vida do indivíduo. Mesmo que ocorra divergência de conceituação entre os termos “vida privada” e

---

<sup>301</sup> MARUM, Mariana Garcia Duarte. *O direito à privacidade ameaçado pelo sharenting: Podem os pais serem responsabilizados civilmente à luz do direito civil português?* 2020. 139 p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2020.

<sup>302</sup> ASSIS, Apoena Guerreiro; BONELLI, Rita Simões. *Alice no País das maravilhas Digitais: Uma análise sobre a prática do sharenting e Responsabilidade Parental*. 2022. Artigo (Direito das Famílias e Sucessões) - Universidade Católica do Salvador, [S. l.], 2022.

“intimidade” mencionados no texto constitucional, a expressão direito à privacidade abarca, de forma mais ampla e de fácil entendimento, os diversos aspectos que o direito pretende assegurar.<sup>303</sup>

A princípio, em casos de conflito entre direitos fundamentais, não há uma hierarquia entre eles, pois são considerados igualmente importantes. Portanto, não há um direito fundamental absoluto que possa ser utilizado para suprimir ou diminuir a proteção de outros direitos fundamentais.

E apesar do poder dever familiar e do Estado expressos na Constituição Federal e no ECA, como sendo garantidores destas prerrogativas, não há qualquer garantia de sua efetividade, tendo em vista que diante do fenômeno do *sharenting* há a sobreposição do direito de liberdade de expressão parental sobre os direitos inerentes à criança. Entretanto, deve-se promover a distinção do que se configura a violação de cada direito, para que se analise é fundamental considerar a relevância de cada um dos princípios que estão em conflito, a fim de determinar qual deles terá prioridade ou cederá em relação ao outro, levando em conta a lei de colisão.<sup>304</sup>

Nesta senda, o professor Fernando Eberlin<sup>305</sup> compreende que a análise acerca dos direitos a serem tutelados em casos de *sharenting* requer a aplicação de mecanismos de solução para cada caso específico podendo ser feito por meio da ponderação, baseada no princípio da proporcionalidade, ou por meio de uma interpretação sistemática. É crucial encontrar um equilíbrio justo que garanta tanto o direito à liberdade de expressão dos pais e terceiros quanto o direito à privacidade e proteção de dados pessoais das crianças. Exemplos demonstram que esses mecanismos não são novos no sistema jurídico brasileiro e podem ser aplicados efetivamente em casos de conflito entre princípios na sociedade da informação.

Entretanto, não é justificável afirmar que o direito à privacidade de crianças e adolescentes deva ser usado como um fundamento absoluto e incondicional para proibir qualquer forma de exposição no ambiente digital, tendo em vista que o enfoque principal da pesquisa diz respeito ao excesso de exposição ocasionado pela liberdade de expressão dos pais que contradiz os direitos fundamentais da criança. Busca-se tão somente orientar os genitores e responsáveis legais acerca dos limites que devem ser observados no que tange ao

---

<sup>303</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>304</sup> SOARES, Andréa Farias. *Sharenting*: Uma análise à luz da dignidade da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 19, 2020.

<sup>305</sup> EBERLIN, F. B. V. T. *Sharenting*, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Revista Brasileira De Políticas Públicas*, Brasília, v. 07, n. 03, p. 1-25, jan. /2017.

conteúdo divulgado, sempre pautados pelo princípio do melhor interesse da criança, assim compreendido como *sharenting consciente*, considerando o uso responsável das redes sociais prezando sempre o bem-estar e a privacidade dos filhos, e levando em conta os riscos envolvidos na divulgação de informações pessoais na internet.

Portanto, quando os pais compartilham imagens dos filhos nas redes sociais estão admitindo poder sobre o direito de imagem dos infantes, pois estes ainda estão sobre o poder familiar até que completem maior idade. Contudo, mesmo possuindo o poder de representar ou assistir nas questões de direito da personalidade, enquanto menores, devem sempre levar em conta o melhor interesse da criança.<sup>306</sup>

Nesse aspecto, o Instituto Brasileiro de Direito de Família em enunciado divulgado em Outubro de 2021, afirma que “A liberdade de expressão dos pais em relação à possibilidade de divulgação de dados e imagens dos filhos na internet deve ser funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente e ao respeito aos seus direitos fundamentais, observados os riscos associados à superexposição.”<sup>307</sup>

Assim sendo, ainda que não exista uma solução clara para esse conflito, é razoável que o direito da parte mais frágil seja protegido, uma vez que, embora os pais tenham liberdade de expressão, esta não deve comprometer a privacidade e a intimidade de seus filhos, e sim ser exercida em consonância com o poder de zelo e proteção à privacidade e a intimidade de seus filhos, especialmente no ambiente digital, que oferece riscos adicionais de exposição indevida.

### **3 Da responsabilidade civil dos genitores**

Tendo em vista que, uma vez violados os direitos fundamentais das crianças, havendo a prevalência o direito de liberdade de expressão pelo poder parental exercido, há uma superposição dos interesses dos representantes legais sobre o princípio do melhor interesse da criança.

Ocorre que, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira<sup>308</sup>, o poder familiar não é absoluto, pois encontra limites nos direitos do próprio, o que a lei busca proteger de eventual abuso praticado pelos genitores. E, apesar de ser dever dos genitores a criação e educação,

---

<sup>306</sup> CRUZ, Rossana Martingo. A divulgação da imagem do filho menor nas redes sociais e o superior interesse da criança. Portugal, 2016. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>. Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>307</sup> ENUNCIADOS DO IBDFAM. [S. L.], 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 20 abr. 2023.

<sup>308</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, [s. l.], v. 13, 2003.

conforme elencado pelo artigo 1.634 do Código Civil, isto não os dá direito de ferir, insultar ou prejudicar a dignidade de seus filhos.

O artigo 187 do Código Civil Brasileiro, entende cometedor de ato ilícito aquele “titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Ou seja, nas palavras de Rubens Limonji França<sup>309</sup>, o abuso de direito é como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”.

A princípio, o Enunciado 539 da VI Jornada de Direito Civil trata do abuso de direito, que é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. O enunciado estabelece que o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano. E, de fato, abuso de direito pode ser considerado uma conduta ilícita, mesmo que não tenha causado um dano concreto a outra pessoa. Em justificativa, resta demonstrado que é incontestável que a responsabilidade civil possa surgir em decorrência do exercício abusivo de uma posição jurídica que cause danos. Contudo, é igualmente possível que tal exercício abusivo não cause dano algum, mas ainda assim deve ser combatido com medidas judiciais eficazes.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o abuso pode existir sem que haja dano, e, portanto, sem a necessidade de responsabilidade civil. Há dois casos em que o abuso de direito pode ser aplicado: no primeiro, em demandas preventivas, buscando evitar que condutas irregulares ocorram e, assim, prevenir a ocorrência de danos; no segundo, para cessar um ato inadmissível ou para impor um agir que não seja inadmissível. Se houver ou não cumulação com a pretensão de reparação civil, não tem grande relevância.

Ocorre que, para que o abuso de direito pela prática do *sharenting* seja idealizado como totalmente caracterizado como “fato gerador” da responsabilidade civil, é necessário abordar dois aspectos, sendo eles o elemento da culpa e necessidade de dano ou prejuízo do infante.

A doutrina brasileira, majoritariamente, entende que para a concretização da responsabilidade civil pelo abuso de direito, o ato deve ocorrer independentemente da presença de culpa, sendo caracterizado pelo mero exercício irregular do direito, conforme demonstrado pelo artigo 187 do Código Civil. Neste mesmo sentido é o enunciado 37 da V Jornada de Direito Civil, com a seguinte redação: “Art. 187 - A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério

---

<sup>309</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1977.

objetivo-finalístico.”<sup>310</sup> E realmente, o termo mencionado exemplifica com precisão essa ideia, já que evidencia que a caracterização do abuso de direito não requer a intenção de prejudicar o afetado.

Essa abordagem que considera o abuso de direito como fundamento para a responsabilidade civil é bastante relevante para a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Nessa perspectiva, ao reconhecer que a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito não depende da presença de culpa, a doutrina brasileira enfatiza a necessidade de que o exercício dos direitos seja norteado pela ética e pelos princípios da boa-fé objetiva. Além disso, ao considerar o critério objetivo-finalístico como fundamento da responsabilidade civil pelo abuso de direito, o enunciado reforça a ideia de que a finalidade do direito não é apenas proteger interesses particulares, mas também buscar o alcance do bem comum e da justiça social.

Dessa forma, a compreensão de que o abuso de direito pode ser caracterizado pelo mero exercício irregular do direito, independentemente da presença de culpa, é crucial para que os indivíduos sejam protegidos contra práticas abusivas e para que o Estado possa cumprir sua função de garantir a justiça e a equidade nas relações jurídicas.

Considerando que a exposição excessiva de imagens por si só, causam danos irreparáveis, não seria diferente quando o conteúdo da mídia fosse crianças ou adolescentes em situações vexatórias ou de constrangimento, bem como dados divulgados sem o consentimento da vítima.

No quesito prejudicial ao infante, deve-se levar em consideração as lesões da boa-fé, função social, econômica e bons costumes, conforme especificados pelo artigo 187 do Código Civil, que evidenciam os danos de ordem material ou moral para a confirmação da responsabilidade civil.

Além de ser um dos princípios norteadores do direito, nas palavras do jurista brasileiro Orlando Gomes<sup>311</sup>, a boa-fé é um princípio fundamental do Direito, que deve presidir a conduta de todas as pessoas em suas relações jurídicas, visando à preservação da justiça e da segurança nas relações sociais. A prática regular de um direito, diante da ausência da boa-fé, é uma condição impossível, considerando que sua principal função é garantir a lealdade, honestidade, transparência e principalmente a confiança das relações. Portanto, ao

---

<sup>310</sup> ENUNCIADOS DO IBDFAM. [S. L.], 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 20 abr. 2023.

<sup>311</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

agir de forma imprudente e sem considerar possíveis consequências com relação à privacidade e segurança dos infantes, compartilhando dados online, e também sem o consentimento, principalmente de adolescentes, são totalmente contrários à boa-fé.

De maneira geral, a função social é um imperativo que visa assegurar que as relações jurídicas e sociais estejam em conformidade com os interesses da coletividade, contribuindo para o bem comum e promovendo a igualdade, solidariedade e sustentabilidade. Como tal, a função social é um instrumento relevante para a harmonização das relações sociais, e sua observância se mostra imprescindível para a efetivação dos valores e princípios que permeiam o universo jurídico. Dessa forma, para Andréa Farias Soares<sup>312</sup>:

A função social da paternidade e maternidade, como alicerce da família, tem por finalidade garantir o desenvolvimento saudável dos filhos, assegurando-lhes uma vida digna e justa, voltada para o bem-estar individual e coletivo. O fenômeno do *sharenting*, no entanto, pode vir a comprometer a privacidade e a integridade da criança, bem como expor a sua imagem e informações pessoais a riscos diversos, como a violação de direitos fundamentais, o assédio virtual e a exposição indevida. Diante disso, é fundamental que os pais e responsáveis adotem uma postura crítica e consciente em relação à divulgação de informações pessoais e imagens de seus filhos, considerando os impactos dessa prática sobre a privacidade e dignidade da criança, bem como sobre a sua inserção social e digital.

A função econômica ou fim econômico é um fenômeno que surge quando a busca por lucro ou benefício financeiro entra em choque com outros valores, como a privacidade, a integridade e a dignidade das pessoas envolvidas, neste caso, crianças e adolescentes. No contexto da exposição de informações pessoais em redes sociais, esse conflito pode se tornar evidente, como no caso da youtuber Bel do canal Bel Para Meninas que possui atualmente, mais de 7 milhões de inscritos, estando há cerca de 10 anos na internet.

O caso aconteceu em 2020, quando foi levantada a *hashtag* no Twitter “#SalvemBelParaMeninas”. Os internautas perceberam que a criança era exposta a situações vexatórias e humilhantes, em troca de viralização e monetização dos vídeos postados, principalmente através da mãe, conhecida como Fran. Um dos vídeos mais comentados de Bel, foi uma gravação em que estavam presentes a mãe e a filha, em que Bel é encorajada a ingerir uma batida de leite com bacalhau, mesmo expressando seu desagrado, o que resultou em vômitos na criança. Outro vídeo que gerou revolta entre os internautas foi sobre a escolha de uma mochila. A mãe da criança pediu que seus seguidores escolhessem a mochila que Bel deveria usar na escola, ignorando a vontade da menina e causando decepção em Bel.

---

<sup>312</sup> SOARES, Andréa Farias. *Sharenting*: Uma análise à luz da dignidade da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 19, 2020, p. 167.

Fora outras situações vexatórias em que a menina era exposta, como quebrar ovos em sua cabeça e dizer que ela seria adotada.<sup>313</sup>

É possível identificar neste caso a prática do *sharenting inconsciente* quando os genitores compartilham informações ou imagens de seus filhos de forma excessiva ou inadequada, sem considerar os possíveis riscos e impactos para a privacidade e dignidade da criança ou adolescente, buscando, muitas vezes, a monetização do conteúdo divulgado. Nessa perspectiva, é essencial que os pais compreendam a importância de exercerem a guarda responsável, e evitem expor seus filhos a situações constrangedoras ou humilhantes, em troca de lucro financeiro ou visibilidade nas redes sociais.

Cabe destacar que a proteção da criança é um valor fundamental que deve ser protegido pelo Estado e pela sociedade como um todo, em detrimento de interesses financeiros ou de outros valores que possam comprometer a integridade e a dignidade da infância. Portanto, é importante que os pais, a mídia e as redes sociais ajam com responsabilidade e respeitem a função social da proteção dos direitos das crianças, evitando expô-las de forma excessiva ou inadequada.

Portanto, quando a conduta dos pais possuir uma violação funcional ao direito da criança em excesso manifesto, como por exemplo os abordados pelo artigo 1.638 do Código Civil (castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono ou praticar atos contrários à moral e aos bons costumes) e apresentar expressas limitações ao livre desenvolvimento da personalidade de seu filho, fugindo dos parâmetros abordados pelos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes sendo evidente o exercício irregular do direito e, houver a comprovação de que estes atos de excessiva exposição causaram danos ao infante tanto de ordem material ou moral, estarão cometendo ato ilícito, devendo reparar os danos existentes conforme redação do artigo 927, do mesmo dispositivo legal. Ou seja, os pais ou responsáveis que compartilham informações e fotos dos filhos nas redes sociais podem ser considerados responsáveis por quaisquer danos que seus filhos possam sofrer como resultado dessa prática.

---

<sup>313</sup> CAPRICHIO. Bel para Meninas: entenda o caso e o porquê da remoção de vídeos do canal. [S.I.], 2020. Disponível em: <https://capricho.abril.com.br/comportamento/bel-para-meninas-entenda-o-caso-e-o-porque-da-remocao-de-videos-do-canal/>. Acesso em: 22 mar. 2023.

#### 4 Da suspensão ou perda da guarda por abuso de poder

De acordo com Anderson Schreiber<sup>314</sup>, a autoridade dos pais não deve ser vista como um poder absoluto de decisão, mas sim como uma responsabilidade de fazer escolhas que visem o bem-estar da criança e deve ser exercido dentro do contexto de uma preocupação legítima com o melhor interesse da criança. Dessa forma, compreende-se que, a autoridade parental não é um direito ilimitado, mas sim uma responsabilidade que deve ser exercida com prudência e sensatez, levando sempre em conta o melhor interesse da criança, tendo em vista que o exercício irregular desse direito, pode causar danos mais complexos do que a mera violação de direitos da personalidade.

Ainda que o poder familiar seja essencial para o desenvolvimento saudável e equilibrado da criança, este também não é absoluto. É incumbência dos pais exercerem sua autoridade dentro das balizas legais, cumprindo os deveres estabelecidos em lei, a exemplo da obrigação de proteger e educar a prole, provendo-lhe alimentação, saúde e segurança adequadas, dentre outros. Na hipótese de descumprimento desses deveres por negligência, abuso ou quaisquer outras circunstâncias, a intervenção do Estado se faz necessária para salvaguardar o princípio do interesse superior da criança.

Nesse contexto, uma das medidas cabíveis é a limitação do poder familiar, mediante a destituição deste. É importante destacar a relevância dos artigos 22 e 23 do ECA, que estabelecem que os pais estão sujeitos à suspensão ou até mesmo à perda do poder familiar quando não cumprem com as necessidades básicas de sua prole.

Nesse sentido, aplicando ao fenômeno em debate neste artigo, o artigo 1.637 do código civil, aponta que é causa de suspensão do poder familiar, o abuso de autoridade por pai ou mãe.

Um caso recente para entendimento, apesar de não ser brasileiro, deve ser levado para reflexão. De acordo com a CNN, uma tiktoker americana, denominada, Savannah Glembin, teve a sua guarda do filho suspensa após postar um vídeo em que a criança aparece enrolada em plástico filme e está com os braços e pernas imobilizados, o que gerou indignação dos usuários. As autoridades de proteção às crianças retiraram o bebê da casa,

---

<sup>314</sup> SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. Saraiva Educação, 2018.

mas posteriormente a guarda foi devolvida aos pais após uma avaliação. A mãe se desculpou publicamente e afirmou que cometeu um erro, mas que sua casa é segura para o filho.<sup>315</sup>

No Brasil, a legitimidade para requerer a suspensão do poder familiar é do Ministério Público ou de qualquer interessado que se manifeste em detrimento da suspensão, conforme disposto o artigo 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por ser a suspensão uma medida temporária e menos grave, é permitido que o juiz a cancele quando extinta a causa que a gerou, desde que não seja danoso para a criança ou adolescente a volta para a companhia dos pais. Isto é, a suspensão do poder familiar perdura somente enquanto for evidenciada a sua necessidade.<sup>316</sup>

Já a perda do poder familiar, elencado pelo artigo 1.638 do Código Civil de 2002, aponta causas em que perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que, castigar imoderadamente o filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou, por último mas não menos importante, incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo anterior (Art. 1.637). Tal medida se torna necessária quando restar identificada pelo magistrado a insuficiência da suspensão outrora aplicada para preservar o filho de atos que representem ameaça ao seu seguro desenvolvimento.<sup>317</sup>

Apesar de ser uma medida drástica, pode ser determinada judicialmente, desde que comprovada de forma clara e objetiva a ocorrência de casos graves e a transgressão dos incisos previstos no artigo em questão pelos genitores ou responsáveis legais. Portanto, é uma decisão que deve ser fundamentada em elementos fáticos e jurídicos que demonstrem a indispensabilidade da adoção desta medida excepcional, sempre considerando o superior interesse da criança ou adolescente. Neste sentido a perda do poder familiar, inclusive da guarda do filho, não é uma sanção, mas uma consequência jurídica em virtude do abuso do poder familiar e/ou de fatos supervenientes que impedem ou tornam indesejável a convivência do filho com o genitor que abusou de seu poder familiar, devendo sempre prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente.<sup>318</sup>

Considerando que o *sharenting* pode ser um elemento para a configuração do abuso de poder parental, quando os pais ou responsáveis legais utilizam as redes sociais para expor

---

<sup>315</sup> CNN Brasil. Tiktoker perde a guarda do filho após enrolar ele em plástico filme e postar na internet. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/tiktoker-perde-a-guarda-do-filho-apos-enrolar-ele-em-plastico-filme-e-postar-na-internet/>. Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>316</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

<sup>317</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 5. v. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>318</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

seus filhos de forma excessiva ou inadequada, violando a privacidade e a dignidade da criança ou adolescente, além da proteção contra a exposição pública prejudicial, pode ser caracterizado como abuso psicológico, ao expor a criança a situações constrangedoras ou humilhantes em público, sem seu consentimento e sem considerar os riscos envolvidos colocando em risco a segurança e privacidade da criança.

Nesse sentido, é imprescindível que os pais estejam cientes das limitações e dos perigos associados ao *sharenting*, adotando uma postura consciente e responsável na utilização das redes sociais, sempre levando em consideração o bem-estar e a privacidade dos filhos.

## **5 Considerações finais**

Diante das reflexões apresentadas neste estudo, constata-se que a prática do *sharenting* pode ser prejudicial e danosa à privacidade e dignidade da criança ou adolescente, levando em consideração a superposição da liberdade de expressão dos pais, que não é direito absoluto, impedindo o bem-estar e proteção dos filhos, bem como afetando o seu desenvolvimento.

Evidenciou-se que a exposição excessiva e inadequada nas redes sociais pode configurar um abuso de poder parental, ocasionando danos psicológicos e emocionais irreparáveis à criança, ferindo dispositivos legais que apontam a responsabilidade civil dos genitores, bem como podendo culminar na suspensão ou perda da guarda do infante como consequência da superexposição, tendo em vista que o Código Civil Brasileiro estipula a perda do poder familiar por aquele que, reiteradamente, abusar de sua autoridade.

Assim, restando caracterizada uma superposição dos interesses dos representantes legais do infante com relação ao seu direito de liberdade de expressão sobre o princípio do melhor interesse da criança, que protege a sua imagem, seus dados pessoais nas mídias e o seu direito ao desenvolvimento, é evidente a configuração de abuso de autoridade parental.

Sob outro viés, é de suma importância enfatizar que o *sharenting* consciente, exercido com prudência e cautela, mediante a meticulosa seleção das fotografias e informações divulgadas, o uso de ajustes de privacidade adequados e a obtenção do consentimento da criança, quando possível, constitui maneira saudável de partilhar instantes e experiências com parentes e amigos próximos, desde que sejam zelados os princípios da privacidade e dignidade da criança.

Como medida de intervenção, propõe-se a implementação de mecanismos pelas redes sociais que possibilitem a identificação de postagens que envolvam crianças e

adolescentes menores de 18 anos de idade, notificando os responsáveis legais acerca dos riscos sociais e jurídicos que esta publicação pode gerar, incluindo uma mensagem de aceitação antes da postagem, a qual demonstraria o consentimento total da pessoa que está realizando a publicação. Tal medida poderia promover a conscientização dos pais acerca dos riscos envolvidos no *sharenting*, bem como inibir a publicação de conteúdos que violem os princípios do melhor interesse da criança.

Em conclusão, é imprescindível que a sociedade exerça um papel ativo na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, principalmente em relação ao uso das redes sociais, que se tornam cada vez mais presentes no cotidiano das pessoas.

### Referências Bibliográficas

ANDRADE, Edilene Pereira de. Extinção, suspensão e perda do poder familiar. [S. l.], 19 abr. 2017. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9860/Extincao-suspensao-e-perda-do-poder-familiar>.

ASSIS, Apoena Guerreiro; BONELLI, Rita Simões. Alice no País das maravilhas Digitais: Uma análise sobre a prática do sharenting e Responsabilidade Parental. 2022. Artigo (Direito das Famílias e Sucessões) - Universidade Católica do Salvador, [S. l.], 2022.

BERTI, L. G; FACHIN, Z. A. Sharenting: Violação Do Direito De Imagem Das Crianças E Adolescentes Pelos Próprios Genitores Na Era Digital. *Revista De Direito De Família E Sucessões*, [S. l.], V. 7, Ed. 1, P. 95-113, 2021.

BOLESINA, Iuri. *O direito à intimidade: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 20 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 20 mar. 2023.

CAPRICHIO. Bel para Meninas: entenda o caso e o porquê da remoção de vídeos do canal. [S. l.], 2020. Disponível em: <https://capricho.abril.com.br/comportamento/bel-para-meninas-entenda-o-caso-e-o-porque-da-remocao-de-videos-do-canal/>. Acesso em: 22 mar. 2023.

CHOI, Grace Yiseul; LEWALLEN, Jennifer. Say Instagram, Kids! Examining Sharenting and Children's Digital Representations on Instagram. *Howard Journal of Communications*, [s. l.], v. 29, 2018.

CNN Brasil. Tiktoker perde a guarda do filho após enrolar ele em plástico filme e postar na internet. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/tiktoker-perde-a>

[guarda-do-filho-apos-enrolar-ele-em-plastico-filme-e-postar-na-internet/](#). Acesso em: 20 mar. 2023.

CRUZ, Rossana Martingo. A divulgação da imagem do filho menor nas redes sociais e o superior interesse da criança. Portugal, 2016. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>. Acesso em: 20 mar. 2023.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 5. v. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EBERLIN, F. B. V. T. *Sharenting*, liberdade de expressão e privacidade de crianças no ambiente digital: o papel dos provedores de aplicação no cenário jurídico brasileiro. *Revista Brasileira De Políticas Públicas*, Brasília, v. 07, n. 03, p. 1-25, jan. /2017.

ENUNCIADOS DO IBDFAM. [S. L.], 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam>. Acesso em: 20 abr. 2023.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. A superexposição dos dados e da imagem de crianças e adolescentes na Internet e a prática de *Sharenting*: reflexões iniciais. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 78, p. 165-173, jan. /2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1977.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Forense: Rio de Janeiro, 2006.

GLOBO.COM. Pesquisa revela que 81% das crianças com menos de 2 anos já tem perfil na internet. Disponível em: <https://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI182812-15151,00PESQUISA+REVELA+QUE+DAS+CRIANCAS+COM+MENOS+DE+ANOS+JA+TEM+PERFIL+NA+INTERNE.html>. Acesso em: 22 abr. 2022.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARUM, Mariana Garcia Duarte. *O direito à privacidade ameaçado pelo sharenting: Podem os pais serem responsabilizados civilmente à luz do direito civil português?* 2020. 139 p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Abuso do direito. *Revista Trimestral de Direito Civil*, [s. l.], v. 13, 2003.

ONU, Comitê dos Direitos da Criança. Comentário Geral N. 25 sobre direitos da criança em relação ao ambiente digital [S. l.], 2021. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/biblioteca/comentario-geral-n-25/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. Saraiva Educação, 2018.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Andréa Farias. *Sharenting*: Uma análise à luz da dignidade da criança e do adolescente. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 19, p. 167, 2020.

# EFEITOS PERSUASIVO, PRECEPTIVO E VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS, SOB A LUZ DAS NORMAS JURÍDICAS VIGENTES NO BRASIL

## Persuasive, preceptive and binding effects of judicial precedents, under the light of the legal rules in force in Brazil

Dr. Marcelo Lamy<sup>319</sup>  
Dr. Danilo de Oliveira<sup>320</sup>

**Sumário:** Introdução; 1 A interpretação do que é “vinculante”; 1.1 Surgimento normativo do efeito vinculante; 1.2 Projeção da decisão proferida em ADC para atos normativos federais idênticos; 1.3 Efeitos vinculantes “por enquanto”; 1.4 Projeção da decisão proferida em ADC ou em ADI; 1.5 Projeção dos fundamentos para situações semelhantes; 1.6 Projeção para atos normativos federais e estaduais; 1.7 Projeção dos fundamentos dos precedentes das súmulas vinculantes; 1.8 Projeção das decisões proferidas em incidente de inconstitucionalidade; 2 A interpretação do que é “preceptivo”; 2.1 Efeito preceptivo circunscrito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC); 2.2 Efeito preceptivo da Decisão de Inexistência de Repercussão Geral; 2.3 Efeito preceptivo das decisões de mérito proferidas em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, em Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos; 2.4 Efeito preceptivo dos fundamentos das súmulas de jurisprudência; Considerações finais; Referências.

**Resumo:** Tema: quais são os possíveis efeitos jurídicos que decisões judiciais anteriores aportam para as decisões futuras. Problema: as normas vigentes não apontam de maneira explícita o efeito adequado, é a realidade operacional que tem indicado se as decisões judiciais anteriores podem vir a ser persuasivas, preceptivas ou vinculantes. Objetivos: identificar em que medida os efeitos foram previstos pelas normas quando interpretadas criticamente, se essas interpretações estão alinhadas com a doutrina especializada no assunto; ademais, como os Tribunais Superiores têm interpretado e utilizado desses efeitos. Metodologia: ancorados no levantamento de normas vigentes, de textos doutrinários e de casos paradigmáticos efetivado pela web, os dados coletados foram analisados valendo-se da técnica da revisão crítico-narrativa e dos olhares estruturalista e hermenêutico. Resultados: restou identificada a possível distinção entre efeitos gerais e circunscritos, o efeito vinculante atrela-se a ideia da autoridade, da impossibilidade da desobediência, o efeito preceptivo atrela-se a ideia de uma descoberta de um raciocínio justo que convém seguir, o efeito persuasivo vincula-se a ideia de um bom fundamento. Conclusões: no sistema brasileiro é possível identificar um conjunto restrito de decisões com efeito vinculante geral ou circunscrito, um conjunto maior de

---

<sup>319</sup> 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](mailto:marcelolamy@unisanta.br).

<sup>320</sup> 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](mailto:danilooliveira@unisanta.br).

decisões com efeito preceptivo geral ou circunscrito e a ampla abertura para o efeito persuasivo.

**Palavras-Chave:** Precedentes judiciais; Efeito persuasivo; Efeito preceptivo; Efeito vinculante; Racionalidade vinculante.

**Abstract:** Issue: what are the possible legal effects that previous judicial decisions have for future decisions. Problem: the norms in force do not explicitly indicate the appropriate effect, it is the operational reality that has indicated whether previous judicial decisions may become persuasive, preceptive or binding. Objectives: to identify to what extent the effects have been foreseen by the norms when critically interpreted, whether these interpretations are in line with the specialized doctrine on the subject; furthermore, how the Superior Courts have interpreted and used these effects. Methodology: Anchored in the survey of current norms, doctrinal texts and paradigmatic cases carried out on the web, the data collected was analyzed using the critical-narrative review technique and the structuralist and hermeneutic perspectives. Results: a possible distinction between general and circumscribed effects was identified, the binding effect is linked to the idea of authority, of the impossibility of disobedience, the preceptive effect is linked to the idea of a discovery of a fair reasoning that should be followed, the persuasive effect is linked to the idea of a good fundament. Conclusions: in the Brazilian system it is possible to identify a restricted set of decisions with general or limited binding effect, a larger set of decisions with general or limited preceptive effect, and a wide openness for persuasive effect.

**Keywords:** Judicial precedents; Persuasive effect; Preceptive effect; Binding effect; Binding rationality.

## Introdução

O presente estudo analisa em que medida decisões judiciais anteriores, no Brasil, passaram a ostentar a posição de precedentes judiciais. Em outras palavras, quais são os efeitos jurídicos que decisões judiciais anteriores, especialmente algumas elencadas pelo ordenamento jurídico pátrio, trazem para o sistema, ou seja, que tipo de racionalidade aportam para as decisões futuras.

O sistema brasileiro é compatível com os diversos efeitos – persuasivo, preceptivo e vinculante –, pois convive com argumentos de exemplo, de justiça e de autoridade.

A ausência de conceitos e de mais profundos detalhamentos normativos acerca desses efeitos têm causado grande celeuma entre operadores do Direito e doutrinadores, em grande medida fruto da imprecisão da expressão “observar” contida no art. 927, do CPC/2015 que impõe aos juízes e tribunais “observar” um rol de precedentes judiciais quando do exercício da prestação jurisdicional.

O sistema brasileiro de precedentes judiciais foi construído paulatinamente por meio de alterações constitucionais e legislativas cuja interpretação imediata não desvela um efeito, mas apenas uma racionalidade genérica.

É a realidade operacional do sistema brasileiro de precedentes judiciais, influenciada paradoxalmente pelas correntes interpretativas minimalista e maximalista, que aponta em que medida e de que modo cada uma das decisões judiciais anteriores, notadamente as elencadas no rol do art. 927 do CPC/2015, são ou podem vir a ser uma racionalidade persuasiva, preceptiva ou vinculante no sistema jurídico.

Nessa pesquisa, objetivou-se, primeiro, identificar em que medida os efeitos persuasivo, preceptivo e vinculante foram previstos pelas normas jurídicas brasileiras que regem o sistema de precedentes judiciais, quando interpretadas criticamente; segundo, identificar em que medida essas interpretações estão alinhadas com a doutrina, nacional e estrangeira, especializada no assunto. Visou-se, também, destacar como os Tribunais Superiores brasileiros têm interpretado e utilizado desses efeitos.

A presente pesquisa se desenvolveu, no âmbito da coleta de dados, a partir do levantamento de normas primárias e secundárias, processuais e procedimentais, vigentes no Brasil sobre a temática; valendo-se do site de normas jurídicas do Planalto e das normas jurídicas regulamentares disponíveis nos sites do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ancorados na doutrina, ou melhor, em um conjunto de livros publicados no Brasil (e fora dele) por autores de renome e em artigos sobre a temática identificados no portal de revistas eletrônicas da Revista dos Tribunais, identificamos as interpretações usuais e os casos paradigmas do STF ou do STJ.

Os dados coletados foram analisados valendo-se da técnica da revisão crítico-narrativa<sup>321</sup>. Em outras palavras, resume-se o pensamento dos autores ou das normas jurídicas ou das decisões judiciais e agrega-se a crítica dialógica dos autores consultados e dos autores do presente trabalho.

Do ponto de vista filosófico ou geral de abordagem, a presente pesquisa ampara-se no estruturalismo hermenêutico<sup>322</sup>. Pelo matiz estruturalista, identificamos os elementos justificadores estáveis, os efeitos que o sistema consolidou. Pelo matiz hermenêutico, identificamos os elementos justificadores circunstanciais, as peculiaridades de cada efeito para o contexto processual brasileiro atual.

---

<sup>321</sup> 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.

<sup>322</sup> 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.

## 1 A interpretação do que é “vinculante”

Nosso levantamento não identificou normativa ou jurisprudência que fixasse parâmetros para delimitar um significado preciso para o efeito preceptivo ou para o efeito persuasivo.

No âmbito da doutrina, há um conjunto de autores brasileiros – por todos, Luiz Guilherme Marinoni<sup>323</sup> & Daniel Mitidiero<sup>324</sup> – que advogam pelo efeito vinculante de todas as decisões proferidas pelo STF e pelo STJ (a quem intitulam cortes de vértice) e pelo efeito apenas persuasivo das decisões dos outros tribunais. Esses autores, mergulham na construção de um “vinculante” que significa obrigatório, autoridade inquestionável, obediência.

Esses autores acabam por não enxergar o efeito preceptivo e nem por desenvolver o que seria o efeito persuasivo.

Por outro lado, há um conjunto de autores brasileiros – por todos, Lênio Streck<sup>325</sup> & Juraci Mourão Lopes Filho<sup>326</sup> – que pleiteiam o reconhecimento comedido de efeitos, e muitas vezes apenas o efeito persuasivo.

Esses últimos autores amparam-se fortemente na ideia de que a decisão judicial nunca será norma geral e abstrata, de que as decisões podem servir de parâmetro “argumentativo” para as decisões futuras, sempre observando os contornos fáticos e jurídicos da tomada de decisão (o *stare decisis*). Desvelam, portanto, o significado do efeito persuasivo: ser mais uma das premissas argumentativas da tomada de decisão do caso novo.

Leituras de obras estrangeiras<sup>327</sup> permitiram-nos compreender, no entanto, que por trás da discussão do *stare decisis*, desvela-se classificação tripartite dos efeitos, fala-se em efeitos vinculantes para as decisões que se impõe pela autoridade, em efeitos preceptivos para as decisões que são seguidas porque desvelam um argumento de justiça, em efeitos persuasivos para as decisões que são invocadas como um bom argumento, como exemplo.

Razão pela qual focamos nossos estudos, na normatividade e na jurisprudência.

---

<sup>323</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

<sup>324</sup> Cf. MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

<sup>325</sup> Cf. STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Juspodivm, 2023.

<sup>326</sup> Cf. LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

<sup>327</sup> Cf. 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.

### 1.1 Surgimento normativo do efeito vinculante

O efeito vinculante surgiu em nosso sistema em razão da Emenda Constitucional (EC) n. 3, de 17/03/1993, só para a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), ao inserir o parágrafo segundo no artigo 102 da Constituição Federal:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.<sup>328</sup>

Não havia certeza do que poderia ser esse efeito vinculante, naquele momento.

Esse efeito, passou a ter seu significado preenchido apenas durante o julgamento da Questão de Ordem incitada na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1.

### 1.2 Projeção da decisão proferida em ADC para atos normativos federais idênticos

Sob a batuta do voto do relator, Min. Moreira Alves, mais de 7 meses depois, em 27/10/1993, foi considerado efeito vinculante a possibilidade da “decisão” de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (não dos fundamentos) ser aplicável para “atos normativos idênticos” que não tenham sido julgados na ADC.

Vejamos o que o ministro afirmou sobre as facetas do efeito vinculante que seriam próprias da ADC e a diferenciaria da ADI:

“se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que este garanta a autoridade dessa decisão[...] essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais [...]”<sup>329</sup>

### 1.3 Efeitos vinculantes “por enquanto”

Nesse mesmo julgamento, depois de despertada divergência pelo Min. Marco Aurélio<sup>330</sup>, que compreendia que o efeito vinculante geraria violação à independência ou à

---

<sup>328</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988.

<sup>329</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Questão de Ordem (QO) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1/DF**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/10/1993, D. J. 16/06/1995, fls. 19-20 do acórdão.

<sup>330</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Questão de Ordem (QO) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1/DF**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/10/1993, D. J. 16/06/1995, fls. 60-62 do acórdão.

consciência dos juízes ou tribunais inferiores, restou compreendido pelo demais ministros<sup>331</sup> que isso não ocorreria; pois, após a decisão vinculante fixada pelo STF não impediria que os juízes e tribunais assumissem posição contrária. A observação de novas circunstâncias, ao contrário, permitiria posição divergente. A única diferença seria que, nesse caso, a parte poderia levar ao STF a discussão de tal divergência pelo instituto da reclamação, para que o STF pudesse avaliar a correção ou incorreção da divergência.

De qualquer forma, essa divergência apurou, naquela ocasião, a percepção de que a decisão de constitucionalidade é vinculante por enquanto. E esse “por enquanto” é que preserva a livre convicção dos juízes.

Trechos da lavra do Min. Carlos Velloso desvelam essa percepção:

“[...] a declaração de constitucionalidade da lei não impede, a meu ver, diante da alteração das circunstâncias fáticas ou da realidade normativa, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade {...}”<sup>332</sup>

“Esse efeito vinculante, aliás, não tem sabor de novidade no sistema judicial norte-americano, em razão do stare decisis, ‘doutrina pela qual, baixando a Corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato, aderir-se-á a esse princípio e aplicar-se-á a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos?’”<sup>333</sup>

Em 1993, portanto, o efeito vinculante era compreendido como a possibilidade de a “decisão” de mérito de ADC projetar-se a atos normativos idênticos, por enquanto.

#### 1.4 Projeção da decisão proferida em ADC ou em ADI

Seis anos depois, em 10/11/1999, a Lei n. 9.868 (que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal) ampliou o rol de manifestações judiciais que poderiam adquirir efeito vinculante<sup>334</sup>: (1) A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade – proferida em ADC ou em ADI, (2) A

---

<sup>331</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Questão de Ordem (QO) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1/DF**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/10/1993, D. J. 16/06/1995, fls. 63-86 do acórdão. O que fora sintetizado de maneira exemplar pelo Min. Sydney Sanches à fl. 76 do acórdão.

<sup>332</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Questão de Ordem (QO) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1/DF**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/10/1993, D. J. 16/06/1995, fls. 64-65 do acórdão.

<sup>333</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Questão de Ordem (QO) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1/DF**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/10/1993, D. J. 16/06/1995, fl. 66 do acórdão.

<sup>334</sup> E fez isso no artigo 28, inserido no capítulo IV da lei, que regula a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade e em ação declaratória de constitucionalidade.

decisão que fixa interpretação conforme a Constituição – proferida em ADC ou em ADI e  
(3) A decisão que declara parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto – proferida em ADC ou em ADI. Vejamos:

Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.<sup>335</sup>

A ampliação do efeito vinculante para as decisões proferidas em ADI tornaria possível o efeito vinculante da decisão de constitucionalidade e inconstitucionalidade (que suspende para todos os efeitos de um ato normativo, que estabelece uma interpretação constitucional – técnica da interpretação conforme – ou que estabelece uma interpretação inconstitucional – técnica da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto) recair não apenas sobre lei ou ato normativo federal (objeto da ADC), mas também sobre lei ou ato normativo estadual (objeto possível na ADI).

Ocorre, no entanto, que no Agravo Regimental na Reclamação n. 1.880/2002<sup>336</sup>, a maioria dos ministros entendeu que o efeito vinculante da decisão proferida em ADI seria possível apenas no objeto “lei ou ato normativo federal”, ou seja, no objeto da ADC. Entendeu-se que a atribuição de efeito vinculante somente poderia ser estabelecida pela Constituição e, assim sendo, que a ampliação infraconstitucional do efeito vinculante seria possível apenas na dimensão em que a ADC e a ADI têm caráter dúplice e ambivalência. A decisão explicitada na ementa, apesar disso, com a máxima vênia, foi mal redigida, pois aparentemente simplesmente afastou a alegação de inconstitucionalidade.

### 1.5 Projeção dos fundamentos para situações semelhantes

Em 2003, o STF, ultrapassando a literalidade do texto constitucional que expressamente atribui efeito vinculante às decisões, adotou o entendimento de que o efeito vinculante alcança também os “fundamentos determinantes” da regra de decisão, o que implica em atingir “situações semelhantes” às julgadas no precedente (não somente a atos normativos idênticos, como asseverado em 1993):

---

<sup>335</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999.

<sup>336</sup> Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Agravo Regimental na Reclamação n. 1.880-6/SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2002, D. J. 19/03/2004.

“o alcance do efeito vinculante das decisões [proferidas em ADI ou em ADC sobre lei ou ato normativo federal] não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados ‘fundamentos determinantes’.”<sup>337</sup>

## 1.6 Projeção para atos normativos federais e estaduais

Em 30/12/2004, a Emenda Constitucional n. 45 estabeleceu nova redação ao parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição Federal, consolidando normativamente a possibilidade do efeito vinculante em ADI e ADC, ou seja, sob “leis ou atos normativos federais ou estaduais”:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)<sup>338</sup>

## 1.7 Projeção dos fundamentos dos precedentes das súmulas vinculantes

Essa mesma Emenda Constitucional (EC 45/2004) inseriu na Constituição brasileira novo instituto com efeitos vinculantes, a súmula com efeito vinculante, que tem como objeto qualquer norma e está atrelada também ao instrumento garantidor da reclamação<sup>339</sup>.

A súmula com efeito vinculante não é uma decisão judicial anterior (tecnicamente é uma decisão administrativa do STF), portanto, em sentido estrito, não é um precedente. Ocorre que a súmula com efeito vinculante (que nasce para superar divergência, nos termos do §1º do art. 103-A da CF/1988), assim como as súmulas de jurisprudência (sem efeito vinculante, que nasce para consolidar jurisprudência constante ou dominante, nos termos do

---

<sup>337</sup> Cf. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Reclamação n. 2.363/PA**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/10/2003, D. J. 01/04/2005, fl. 8 do acórdão. No mesmo sentido, decisão anterior: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Reclamação n. 1.987-0/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01/10/2003, D. J. 21/05/2004.

<sup>338</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988.

<sup>339</sup> “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.” (BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988)

artigo 926, §1º do CPC/2015), além de fixar uma interpretação de uma norma específica (como estabelece o §2º do art. 103-A da CF/1988), ampara-se em decisões judiciais anteriores (precedentes). Razão pela qual ela mesma pode ser tratada como uma síntese de precedentes, ou como precedente em sentido amplo. Importa, no entanto, para usá-la como se fosse um precedente, extrair a *ratio decidendi* de seus precedentes, notadamente às circunstâncias fáticas e jurídicas dos precedentes que motivaram sua criação (como exigem os artigos 489, § 1º, V e VI, e 926, §2º do CPC/2015). Assim sendo, o uso da súmula com efeito vinculante ou da súmula de jurisprudência como precedente depende sempre da explicitação dos seus “fundamentos” (que estão nos precedentes). Não nos parece possível pensar na súmula-precedente apenas pela “regra de decisão”<sup>340</sup>.

Reforçam o efeito vinculante da súmula vinculante a configuração de hipótese de tutela de evidência (art. 311, II do CPC/2015) e a garantia da reclamação para assegurar a observância da súmula vinculante (art. 103-A, §3º da CF/1988 e art. 988, III do CPC/2015).

### **1.8 Projeção das decisões proferidas em incidente de inconstitucionalidade**

Seguindo o pressuposto de que o efeito vinculante tem de ter base constitucional (o que fora explicitado pelo STF em 2002), parece-nos possível atribuir efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelos órgãos especiais ou pelos plenos dos tribunais em incidente de inconstitucionalidade, pois amparam-se na interpretação conferida pelo STF ao artigo 97 da Constituição Federal. Logicamente, tratar-se-ia de um efeito vinculante circunscrito ao âmbito de jurisdição do tribunal que decidir por esse expediente.

Esse entendimento vê-se amparado por decisões proferidas nos anos de 1995 e 1996 pelo STF (que construiu o entendimento da dispensa da reserva do plenário ou especial, antes que isso fosse consolidado na normativa processual, em 1998)<sup>341</sup>.

Os termos do parágrafo único do art. 949 do CPC/2015 desvelam esse efeito vinculante ao valer-se da expressão imperativa “não submeterá”, vejamos:

“Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.”<sup>342</sup>

---

<sup>340</sup> Por isso, criticamos os termos que foram estabelecidos no artigo 927, inciso II e IV do CPC/2015. Requer-se a observação dos enunciados das súmulas, quando deveria exigir a observação dos fundamentos das súmulas.

<sup>341</sup> Nesse sentido: AI AgR 168149/1995; RE 190726/1996; RE 190727/1996; RE 190730/1996

<sup>342</sup> BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil).

Mais recentemente, a Recomendação CNJ n. 134/2022 reconhece que o sistema possui “precedentes vinculantes”, embora não indique se está a se referir ao que fora estabelecido até aqui como vinculante (decisões e fundamentos das decisões proferidas no controle concentrado, fundamentos das súmulas vinculantes e decisões proferidas no incidente de inconstitucionalidade):

Art. 46. Recomenda-se que na própria decisão que altera orientação jurisprudencial pacificada anterior ou adotada em precedente vinculante haja manifestação expressa sobre a modulação dos efeitos da nova orientação, sob pena de que a decisão possa ser tida por omissa, e considerada, portanto, embargável de declaração.<sup>343</sup>

A Recomendação do CNJ de n. 134/2022 sugere também que os juízes podem se afastar de decisão vinculante, valendo-se dela com efeitos apenas persuasivos:

Art. 41. [...] Parágrafo único. O magistrado poderá se afastar da tese fixada se adotar fundamento não analisado no precedente, que, na hipótese, terá somente o efeito persuasivo.<sup>344</sup>

Em nosso ver, o CNJ confunde o efeito vinculante com o efeito obrigatório, inquestionável e tenta criar uma válvula de escape incoerente: não seguir e ao mesmo tempo utilizar o precedente. Melhor seria que compreendesse que o efeito vinculante (como já fez o STF) não engessa as possibilidades de distinção, nem de aplicação analógica. Aliás, é o que sugere outro trecho da recomendação:

Art. 14. Poderá o juiz ou tribunal, excepcionalmente, identificada distinção material relevante e indiscutível, afastar precedente de natureza obrigatória ou somente persuasiva, mediante técnica conhecida como distinção ou distinguishing.<sup>345</sup>

Equívocou-se apenas na necessidade de afastar o que for meramente persuasivo.

## **2 A interpretação do que é “preceptivo”**

No âmbito do Código de Processo Civil de 2015, não há menção ao efeito persuasivo ou ao efeito preceptivo. A palavra vinculante aparece, mas atrelada apenas ao instituto da súmula vinculante.

---

<sup>343</sup> BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022** (Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro).

<sup>344</sup> Cf. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação n. 134**, de 9 de setembro de 2022 (Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro).

<sup>345</sup> Cf. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação n. 134**, de 9 de setembro de 2022 (Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro).

É possível, no entanto, extrair dos dispositivos que regulam determinadas decisões, o desenho do tipo de efeito compatível com cada espécie de decisão. Observaremos isso com relação às decisões proferidas em: IRDR, IAC, Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, Recurso Extraordinário Repetitivo e Recurso Especial Repetitivo.

Partimos, no entanto, de um pressuposto dantes revelado: o pressuposto apresentado pelo STF de que o efeito vinculante não pode ser atribuído pela legislação infraconstitucional. Esse pressuposto levou-nos a seguinte solução: quando a norma infraconstitucional desvela querer atribuir efeito vinculante, compreendemos como presente o efeito preceptivo. Isto porque o efeito preceptivo é aquele que a doutrina estrangeira aponta justamente como o efeito atrelado ao querer atribuir à decisão e a seus fundamentos uma construção lógica tão adequada que pode ser considerada uma “regra justa”. Se desvela um argumento de justiça, o precedente pode ser visto mais do meramente persuasivo (uma inclinação, uma direção, um argumento para se somar aos próprios argumentos).

## **2.1 Efeito preceptivo circunscrito do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e do Incidente de Assunção de Competência (IAC)**

Parece-nos possível afirmar que a normativa processual estabelece para esses incidentes o efeito preceptivo (máximo efeito que pode ser atribuído para uma decisão no âmbito infraconstitucional), em função de seu comando linguístico imperativo (“será aplicada” e “vinculará”). Ambos, também, estão amarrados à circunscrição da jurisdição. Vejamos...

Para o IRDR:

“Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986 .”<sup>346</sup>

Para o IAC: “Art. 947 [...] § 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.”<sup>347</sup>

Outras previsões do Código de Processo Civil reforçam o efeito preceptivo circunscrito, visto que impõem às seguintes condutas: (1) nas causas que dispensem a fase

---

<sup>346</sup> BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil).

<sup>347</sup> BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil).

instrutória, o juiz julgará liminarmente improcedente se o pedido contrariar o entendimento firmado em IRDR ou em IAC (art. 332, III); (2) deve o relator negar provimento a recurso contrário ao entendimento firmado em IRDR ou em IAC (art. 932, IV, c); (3) deve o relator dar provimento a recurso se a decisão recorrida for contrária ao entendimento firmado em IRDR ou em IAC (art. 932, V, c); (4) impossibilidade da remessa necessária quando a sentença estiver fundada em entendimento firmado em IRDR ou em IAC (art. 496, §4º, III).

Além disso, reforça tal efeito a possibilidade de se valer da reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de IRDR ou de IAC (art. 988, IV)

O CPC prevê ainda um efeito persuasivo para o entendimento firmado em IAC, pois vale-se da expressão linguística “poderá”. Trata-se da possibilidade de o relator julgar monocraticamente o conflito de competência ancorado em entendimento firmado em IAC (art. 955, parágrafo único, II).

A Recomendação do CNJ de n. 134/2022 sugere efeito vinculativo para o IRDR e IAC no âmbito do tribunal emissor da decisão e efeito persuasivo fora de sua circunscrição:

Art. 33. Recomenda-se que o precedente produzido no IRDR ou no IAC seja aplicado com efeito vinculativo no âmbito do respectivo tribunal, em sentido horizontal e vertical. [...] § 2º A tese fixada poderá, naturalmente, ter efeito persuasivo em relação aos juízos situados fora da área de jurisdição do tribunal que tenha julgado o incidente.<sup>348</sup>

Em nosso ver, o mais correto seria dizer que essas manifestações judiciais possuem fundamentos com efeito preceptivo circunscrito (até mesmo porque o STF tem sido resistente a atribuição de efeito vinculante pela via infraconstitucional); ademais, efeito persuasivo fora da circunscrição.

## **2.2 Efeito preceptivo da Decisão de Inexistência de Repercussão Geral**

O CPC/2015 prevê que a presidência do tribunal recorrido “deve” negar seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral (art. 1.030, I, a). O que desvela efeito preceptivo geral, para todas as cortes.

Se negada a repercussão geral pelo STF, a presidência do tribunal de origem “tem de negar” seguimento a eventuais sobrestados (art. 1.035, §8º). Por outro lado, no âmbito dos

---

<sup>348</sup> Cf. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação n. 134**, de 9 de setembro de 2022 (Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro).

repetitivos, se for negada a repercussão geral, todos os sobrestados serão “automaticamente” inadmitidos (art. 1.039, parágrafo único).

Esse automatismo desenhado pela normativa revela de maneira singular a ideia de efeito preceptivo, de se ter encontrado uma ideia de justiça que tem de seguida, embora não tenha efeito vinculante.

### **2.3 Efeito preceptivo das decisões de mérito proferidas em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, em Recursos Extraordinários e Especiais Repetitivos**

O CPC/2015 prevê que a presidência do tribunal recorrido “deve” negar seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral (art. 1.030, I, a) ou do STF e do STJ no regime dos repetitivos (art. 1.030, I, a), inclusive dos sobrestados (art. 1.040, I). O que desvela efeito preceptivo geral, para todas as cortes.

O CPC/2015 prevê também que, diante do seguimento, incumbe (dever) ao relator “negar provimento” a recurso que for contrário a acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos (art. 932, IV, b) ou “dar provimento” ao recurso se a decisão recorrida for contrária (art. 932, V, b).

Complementa o desenho desse efeito (o preceptivo), que se quer impor por sua justiça, o chamamento ao órgão julgador para fazer sua retratação (artigo 1.030, II). Da mesma forma a novel possibilidade de decisões proferidas nesse âmbito fundarem “embargos rescisórios” (art. 525, §1º, II, §§ 12 e 14; Art. 535, III, §§5º, 7º) ou “ações rescisórias” (art. 525, §1º, II, §§ 12 e 15; Art. 535, III, §8º), inclusive por ausência de distinção (art. 966, §5º).

Com relação especificamente às decisões proferidas em repetitivos, complementa o desenho do efeito preceptivo a possibilidade de se exigir o enfrentamento do argumento de justiça em embargos de declaração (art. 1022, parágrafo único), ou de auferir a tutela de evidência se o pedido dessa tutela abraçar tese firmada em julgamento de casos repetitivos (art. 311, II). Da mesma forma, a indicação de o juiz deve julgar liminarmente improcedente o pedido que contrariar acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos (art. 332, II). Assim como o óbice à remessa necessária quando a sentença estiver fundada em acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos (art. 496, §4º, II).

O CPC prevê ainda um efeito persuasivo para o entendimento firmado em julgamento de casos repetitivos, pois vale-se da expressão linguística “poderá”. Trata-se da possibilidade de o relator julgar monocraticamente o conflito de competência ancorado em entendimento firmado em julgamento de casos repetitivos (art. 955, parágrafo único, II).

#### **2.4 Efeito preceptivo dos fundamentos das súmulas de jurisprudência**

Embora nos pareça indevido atribuir efeitos preceptivos aos fundamentos das súmulas de jurisprudência, por razões históricas, porque elas nasceram apenas para orientar o labor judicante; é preciso reconhecer que a normativa processual vigente estabelece algumas consequências para os fundamentos dessas súmulas que temos de reconhecer que possuem o viés preceptivo.

O CPC/2015 indica que o juiz deverá julgar liminarmente pela improcedência o pedido que contrariar súmula do STF ou do STJ ou do tribunal local (art. 332, I e IV); que o relator deverá “negar provimento” a recurso que for contrário a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal (art. 932, IV, a), assim como deverá “dar provimento” ao recurso se a decisão recorrida for contrária as mesmas súmulas de jurisprudência (art. 932, V, a); que não deve se permitir a remessa necessária quando a sentença estiver fundada em súmula de tribunal superior (art. 496, §4º, I); que é dispensada a caução para levantamento em cumprimento provisório, quando sentença está em consonância com súmula (art. 521, IV), que é possível ação rescisória na hipótese de não-distinção às circunstâncias da súmula (art. 966, §5).

O CPC prevê apenas um efeito persuasivo para o entendimento firmado em súmula de jurisprudência: a possibilidade de o relator julgar monocraticamente o conflito de competência ancorado em entendimento firmado em súmula do STF, do ATJ ou do próprio tribunal (art. 955, parágrafo único, I).

#### **Considerações Finais**

Pareceu-nos possível identificar no sistema brasileiro de precedentes judiciais normas jurídicas que atribuem efeitos persuasivos, preceptivos ou vinculantes, de modo que possam influenciar decisões futuras tanto a título de argumento de exemplo, quanto a título de argumento de justiça ou até mesmo de argumento de autoridade.

A boa compreensão dos efeitos e, conseqüentemente, do seu grau de influência sobre os casos futuros, desaguará na adequada hermenêutica dos precedentes judiciais: a

identificação não apenas do sentido do precedente, mas da sua racionalidade persuasiva, preceptiva ou vinculante.

Possuem efeito **vinculante geral** as “regras de decisão” veiculados em decisões do STF no controle concentrado (em ADI, ADO, ADC e ADPF<sup>349</sup>), bem como os “fundamentos” das decisões proferidas pelo STF no controle concentrado e das decisões expressamente compendiadas em súmulas vinculantes como precedentes.

Possuem efeito **vinculante circunscrito** (no âmbito do tribunal emissor) as “regras de decisão” proferidas pelo pleno ou órgão especial dos tribunais estaduais ou regionais proferidas no incidente de inconstitucionalidade.

Possuem efeito **preceptivo geral** a “regra de decisão” da decisão de inexistência de repercussão geral, os “fundamentos” das decisões proferidas em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral ou Repetitivo e em Recurso Especial Repetitivo, os fundamentos das súmulas de jurisprudência.

Possuem efeito **preceptivo circunscrito**, no âmbito do próprio tribunal, os “fundamentos” das decisões proferidas em IRDR e IAC.

O entendimento firmado em IAC, repetitivos ou súmula de jurisprudência sobre conflito de competência, as orientações do plenário ou do órgão especial (exceto das proferidas em incidente de inconstitucionalidade, que possuem efeito vinculante), os “fundamentos” das decisões proferidas em IRDR e IAC fora da circunscrição e demais decisões não abarcadas pelas hipóteses anteriores possuem efeito **persuasivo**.

## Referências Bibliográficas

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil - CPC/2015). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 22.04.2023.

---

<sup>349</sup> Não foi possível detalhar nesse trabalho quais seriam os efeitos das decisões proferidas pelo STF em ADPF, em razão da limitação estabelecida pelo edital para os trabalhos finais e em razão do alongado arrastado necessário para discutir os efeitos dessa ação específica. De qualquer forma, convém destacar que, em 3/12/1999, a Lei n. 9.882 (que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal) estabeleceu efeito vinculante para a decisão proferida em ADPF: “Art. 8º [...] § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.” (BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999). A ampliação normativa do efeito vinculante para as decisões proferidas em ADPF torna possível o efeito vinculante da decisão de constitucionalidade e inconstitucionalidade do STF recair também sobre lei ou ato normativo municipal, leis anteriores à Constituição – para discutir eventual não recepção (ADPF 53), atos regulamentares (ADPF 55), atos administrativos, normas revogadas (ADPF 33) ou de efeitos exauridos (ADPF 77).

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022** (Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro). Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/206073>. Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n. 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 21.04.2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Agravo Regimental na Reclamação n. 1.880-6/SP**. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2002, D. J. 19/03/2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Questão de Ordem (QO) na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 1/DF**. Rel. Min. Moreira Alves, j. 27/10/1993, D. J. 16/06/1995.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Reclamação n. 1.987-0/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 01/10/2003, D. J. 21/05/2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), Pleno. **Reclamação n. 2.363/PA**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 23/10/2003, D. J. 01/04/2005.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa: técnicas de investigação, argumentação e redação**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 3ª ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

MAGALONI KERPEL, Ana Laura. ***El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano***. Madrid: McGraw-Hill Interamericana, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 102-103.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

SORIANO, Leonor Moral. ***El precedente judicial***. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e hermenêutica**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Juspodivm, 2023.

# TECNOLOGIA E DESENVOLVIMENTO SOCIAL: ROTAS PARA A CONSTRUÇÃO DO PROJETO FUTURO DO BRASIL EM AMBIENTES ECOSSISTÊMICOS NA ERA DIGITAL

**Technology and social development: paths for the construction of the project future  
of Brazil in ecosystem environments in the digital age**

Maria José Menezes Lourega Belli<sup>350</sup>

Anna Cláudia Menezes Lourega Belli<sup>351</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Perspectiva história: disputa entre as forças políticas e econômicas para projetar um futuro melhor para o Brasil; 3. Reflexões sobre arranjos produtivos nacionais, tecnologia social e inovação tecnológica realizando vantagens competitivas de modo continuado; Considerações Finais.

**Resumo:** O estudo objeto do presente artigo aborda a tecnologia social e seu importante papel enquanto componente no processo de transição de economias entrópicas provocadoras de desequilíbrios e degradações nos ecossistemas do planeta para economias comprometidas com o desenvolvimento sustentável normatizada por sólidas e consistentes bases jurídicas, característica marcante dos sistemas democráticos consolidados no cenário global. O contexto analisado pelas pesquisadoras situa o Brasil em um mercado internacional marcado por uma divisão internacional do trabalho e por um jogo de disputas concorrenciais definidoras de desenho geopolíticos. Nesse sistema mundo, na era digital, posições são definidas pela capacidade de inserção nas complexas e exigentes transações comerciais, financeiras e industriais envolvendo aspectos de produção e consequentemente ecossistemas tecnológicos voltados à defesa da sustentabilidade planetária. Nessa correlação de forças, a tecnologia social se apresenta como instrumento importante, capaz de auxiliar no processo de aprimoramento dos modelos de gestão socioeconômica, oportunizando a possibilidade de um reposicionamento competitivo da nação em um cenário internacional. Esse movimento adaptativo precisa estar estruturado em dimensões micro e macroeconômicas numa relação público-privada para assegurar sua estabilidade e continuidade. As pesquisadoras verificaram que o Brasil, apesar de possuir algumas cadeias produtivas complexas e integradas, necessita fortalecer e ampliar sua cultura empresarial para agregar valor em suas exportações de produtos manufaturados e bens e serviços informacionais.

---

<sup>350</sup> Professora Dr<sup>a</sup> Maria José Menezes Lourega Belli. Doutora em Educação pela PUCPR. Mestre em História pela PUC/SP. Professora da Universidade Tecnológica Federal do Paraná do Departamento Acadêmico de Filosofia e Ciências Sociais-DAFCH. Integrante do Grupo de Pesquisa em Educação, Migração e Direitos Humanos na PUCPR e da Incubadora de Economia Solidária (TECSOL) da UTFPR. Participa da Rede Internacional Interdisciplinar sobre Desigualdades. Lecionou na Faculdade de Administração e Economia (FAE), na Pontifícia Universidade Católica do Paraná e na Universidade Federal do Paraná. E-mail: loubelli@utfpr.edu.br.

<sup>351</sup> Bacharel em Direito pela PUC-PR Anna Cláudia Menezes Lourega Belli. Integrante dos grupos de pesquisa Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional-NEADI-PUCPR e Business Human Rights-BHR-PUCPR. Integrante da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR. E-mail: bellianna2001@gmail.com

**Palavras-chave:** Tecnologia Social; Ecossistemas informacionais; Sustentabilidade Ambiental.

**Abstract:** The object study of this article approaches social technology and the important role as a component in the transition process from entropic economies that cause imbalances and degradation in the planet's ecosystems to economies committed to sustainable development regulated by solid and consistent legal bases, a striking feature of the democratic systems consolidated on the global stage. The context analyzed by the researchers places Brazil in an international market marked by an international division of labor and a game of competitive disputes that define geopolitical designs. In this world system, in a digital age, positions are defined by their ability to participate in complex and demanding commercial, financial and industrial transactions involving production aspects and, consequently, technological ecosystem aimed at defending planetary sustainability. In this correlation of forces, social technology presents itself as an important instrument, capable of assisting in the process of improvement of socioeconomic management models, providing the possibility of a competitive repositioning of the nation in an international scenario. This adaptive movement needs to be structured in micro and macroeconomic dimensions in a public-private relationship to ensure its stability and continuity. The researchers found that Brazil, despite having some complex and integrated production chains, needs to strengthen and expand its business culture to add value to its exports of manufactured products and informational goods and services.

**Keywords:** Social Technology; Informational ecosystems; Environmental Sustainability.

## 1. Introdução

O presente estudo busca analisar as estruturas econômicas brasileiras configuradas pelos princípios da tecnologia social e solidária em arranjos políticos compromissados em promover o fortalecimento de ecossistemas produtivos competitivos, que fortaleçam virtuosamente o mercado interno e promovam reposicionamentos mais vantajosos no sistema econômico globalizado, marcado pela era digital.

A reestruturação do capitalismo mundial torna urgente e central a reformulação da gestão de negócios que precisam ir além de ações a curto prazo e inserir em sua agenda operacional inovações capazes de albergar nas ações de planejamento práticas de responsabilidade social, sustentabilidade, governança e implementação de processos de informatização. Por essa perspectiva é possível reconhecer as mudanças necessárias para favorecer especialização produtiva em um processo de substituição de importações e que venha a colocar em marcha a exportação de bens e serviços digitais. Esse esforço por desenvolver a efetiva soberania tecnológica alinhada aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável insere no presente uma perspectiva futura de reindustrialização e de reconfiguração do modelo agrário-exportador, A montagem dessas novas diretrizes como caminhos de transição coexistem com a longevidade do paradigma que prioriza as exportações em torno do agro-minero-hidro-bio, configurando modelos de negócios com

baixo valor agregado situando o Brasil numa posição de desvantagem na participação internacional do trabalho.

O encontro desses referenciais permitiu reconhecer dois horizontes, a continuidade da “vocalização primário-exportadora” que indica para o futuro da manutenção da condição de reprodução do velho associada ao rentismo. Essa tendência poderá ser modificada se fortalecermos avanços que direcionem a nação a empreender bases produtivas sofisticadas assentadas na tecnologia social visando criar redes de interação com capitalismo da era digital.

A interligação contraditória desses cenários fundamentou a construção da seguinte hipótese: os policentros de inovação tecnológica integrados aos sistemas produtivos ao fixarem suas ações no eixo estruturante dado pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, pela ESG e Economia Solidária viabilizam processos de transição para a formação de ecossistemas próprios e soberanos capazes de se reposicionar o Brasil autoralmente frente a colonialidade do poder.

Para melhor orientar esse percurso analítico é importante buscar responder a seguinte questão: o paradigma apresentado pela tecnologia social na era digital e a reconfiguração nas correlações de forças presentes nos diferentes cenários podem proporcionar uma alternativa capaz de disputar um espaço de destaque no projeto de futuro do Brasil?

Estas reflexões evidenciaram a demarcação do campo investigativo e a relevância de sua temática, pois “a percepção de que o Brasil se encontra diante de sua quarta grande transformação estrutural requer a reinvenção da atual capacidade de fazer política” (POCHMANN, 2022, p. 131), ou seja, arranjos institucionais que se comprometam a propiciar investimentos públicos e privados que possibilitem a formulação de respostas competitivas na era digital.

Para a identificação dessa tensionada teia relacional foi necessário o desenvolvimento de caminhos metodológicos que integrasse a disposição de realizar os seguintes procedimentos: uma abordagem histórica, dialética, qualitativa constituída de revisão bibliográfica e exaustiva pesquisa de informações na mídia eletrônica além da análise de documentos formulados e divulgados pela Organização das Nações Unidas.

O desenvolvimento da interpretação dessas informações para a constituição de um campo de entendimento foi viabilizado pela preocupação por adotar a orientação de: “a) pensar entre quadros conceptuais e ter consciência das geopolíticas do conhecimento estruturadas pela diferença colonial epistêmica, e b) imaginar futuros possíveis”

(MIGNOLO, 2011, p. 691), um vir a ser redesenhador do futuro com a convergência de forças que se encontram no presente.

O estatuto teórico da presente pesquisa está apoiado em autores como: POCHMANN (2022); MIGNOLO (2011); SOUSA (2011); LATOUR (2019) e DAGNINO (2019).

## **2. Perspectiva história: disputa entre as forças políticas e econômicas para projetar um futuro melhor para o Brasil**

O cenário global na década de 90 foi marcado por mudanças estruturais impulsionadas pelo avanço dos processos de informatização das cadeias produtivas, pela configuração ampliada do ciberespaço, pela financeirização desenfreada, pela flexibilização das regulamentações trabalhistas e a valorização do empreendedorismo empresarial e pessoal. Em oposição ao movimento neoliberalista, que se moveu com a falsa promessa de assegurar um progresso ilimitado no futuro, emergiram reações manifestando a necessidade de efetivar uma revisão de rota guiada por reformas garantidoras de um desenvolvimento sustentável com justiça social.

Esse duplo movimento provocou no Brasil uma desindustrialização, uma retração no setor formal de contratação, uma reprimarização econômica e desequilíbrios nos biomas nacionais. Todavia, esses retrocessos podem ser revertidos pela elasticidade da capacidade instalada no país e sua potencialidade de incrementação via tecnologia social. Nesse contexto, é importante destacar a presença de sistemas produtivos complexos, diversificados e integrados que, tendo também uma presença política, persistem na defesa por conquistar resultados superavitários tanto na produção de manufaturados quanto na produção de bens e serviços informacionais.

## **3. Reflexões sobre arranjos produtivos nacionais, tecnologia social e inovação tecnológica realizando vantagens competitivas de modo continuado**

O empreendedorismo de alto impacto tecnológico, viabilizado pela política desenvolvimentista varguista ocorreu em várias frentes cabendo destaque a criação da Universidade de São Paulo (USP), uma das universidades brasileiras de maior destaque inclusive no cenário mundial, já com objetivos de promover o progresso da ciência por meio da pesquisa. Após a II Guerra, foram criados o Centro Tecnológico da Aeronáutica (CTA), o Instituto Militar de Engenharia (IME). Tributária desses esforços, a indústria de armamentos organiza empresas estatais como a EMBRAER, construindo aviões com

tecnologia desenvolvida no ITA, empresas privadas como a ENGESA, para veículos blindados, eletrônica e mísseis balísticos e a AVIBRAS para produção de aviões e foguetes militares. Ainda na área militar ocorreu em 1956 a fundação do Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares (IPEN), objetivando realizar pesquisas científicas e desenvolvimento tecnológico, bem como formar especialistas na área nuclear.

Em 1948, foi fundada a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) e em 1951, foi a vez do Conselho Nacional de Pesquisas (CNPq), talvez o marco mais relevante da institucionalização do apoio à pesquisa científica e tecnológica no Brasil. Ao fim dos anos sessenta, estruturam-se projetos ambiciosos de novas instituições de pesquisa no Brasil, como a Coppe, no Rio de Janeiro, e a Unicamp, em São Paulo.

Em 1989, o CNPq deu início a um esforço nacional de redes acadêmicas que resultou no projeto Rede Nacional de Pesquisa (RNP). A RNP, também como programa prioritário de informática do Ministério de Ciência Tecnologia, implementou a infraestrutura de serviço para a integração da rede nacional de computadores com a rede mundial (Internet), interligando as instituições de ensino superior entre si e com outras do exterior, facilitando a internacionalização do ensino e pesquisa do Brasil. As Diretrizes Estratégicas para Ciência, Tecnologia e Inovação apoiou a consolidação de redes estaduais, implantou serviços básicos, englobando repositórios de software e acesso a bases de dados, assegurou a compatibilidade de aplicações e, em 1995, induziu e apoiou a difusão do uso de tecnologia Internet pelo setor privado, principalmente por pequenas e médias empresas do setor de serviços.

Em 1965, foi criado o Fundo de Financiamento de Estudos de Projetos e Programas, vinculado ao então Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e que daria origem, em 1967, à Financiadora de Estudos e Projetos (Finep), responsável pelo apoio a projetos de pesquisa e desenvolvimento realizados por empresas e institutos de pesquisa.

Dentre os inúmeros projetos financiados pelo Finep, é importante destacar o C.E.S.A.R e o Porto digital em Recife que é um instituto de inovação, incubadora/aceleradora e empreendedora, o Parque tecnológico na Universidade Federal do Rio de Janeiro e a empresa EMBRAPPII voltada a desenvolver projetos de biotecnologia, nanotecnologia e microtecnologia.

A consolidação no país destes campos de inovações estratégicas foi possível por considerar basilar a implementação da tecnologia social, lembrando que o Brasil ao sediar a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente – ECO-92 passou a interagir

ativamente nos debates que avançaram por meio de vários compromissos firmados, como por exemplo a Carta da Terra e a Agenda 21. Em 2000, na Cúpula do Milênio ocorreu a estruturação da Agenda 2030 que consiste da Declaração apontando 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e suas 169 metas.

Quatro anos após a Cúpula do Milênio, o Secretário-Geral da ONU Kofi Annan, atento em fortalecer as ODS, agrega a estratégia de integrar na agenda empresarial práticas ambientais, sociais e de governança que contribuem para tornar a tecnociência compromissada com o social. Assim, a ESG amplia a liberdade criativa renovando o desenvolvimento tecnológico, pois o compromisso passa por substituir o lucro predador pelo ganho com a responsabilidade ética de restaurar os desequilíbrios ambientais.

Essas correções de rumos, tendo como referência a ODS e a ESG, são fundamentais para assegurar a vida digna e justa para as próximas gerações, portanto, “uma experiência ruim não é aquela que falha, mas é aquela da qual não se tira nenhuma lição para preparar a experiência seguinte.” (LATOURE, 2019, p. 270)

Considera-se que essa margem de manobra permite lançar luz sobre os riscos de tomar decisões no presente com o olhar do passado, que ao se blindar das revisões necessárias acaba cancelando o futuro.

A concepção de tecnologia social integra princípios capazes de pavimentar caminhos possíveis para que decisões políticas e econômicas deixem de negligenciar os desequilíbrios ambientais e passe a integrar a ética do cuidado em seus negócios, uma orientação de reconfiguração do metabolismo do capitalismo. Essa guinada adquire vigor ao identificar a presença nessa rede colaborativa experiências que tornam a tecnologia social um “produto, método ou técnica, criado para solucionar algum tipo de problema social e que atenda quesitos de simplicidade, baixo custo, fácil aplicabilidade (replicabilidade) e impacto social comprovado” (DAGNINO, 2019, p. 43).

É importante registrar que o passo inicial de organização da produção em coletivos autogestionários ocorreu pelo processo pedagógico construído na Incubadora Tecnológica Social na Universidade Federal do Rio de Janeiro (URJ), em 1996, liderada pelo professor Gonçalo Guimarães, que trabalhava num dos centros de pesquisas da Coordenação dos Programas de Pós-Graduação em Engenharia (COPE) da URJ. Em 1998, a experiência já havia se reproduzido em outras universidades e a formação Rede Universitária de Incubadoras Tecnológicas de Cooperativas Populares oportunizou uma integração capaz de gerar reflexões fomentadoras de revisões operacionais. A representatividade política como

mecanismo de integração, mobilização e reivindicação se manifesta no Fórum Brasileiro de Economia Solidária, Plenárias de Economia solidária e no Conselho Nacional de Economia Solidária. Agora em 2023, a Secretaria Nacional de Economia Solidária do Ministério do Trabalho e Emprego retoma suas atividades.

A relevância dessas ações foi também reconhecida pela fundação Banco do Brasil que possui uma linha de crédito específica para esses empreendimentos e inclusive anualmente é concedido o Prêmio Fundação Banco do Brasil de Tecnologia Social. Essas decisões evidenciam que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável estão numa posição central na agenda de compromissos do Banco do Brasil, bem como atuam em consonância com os critérios Ambientais, Sociais e de Governança – ASG.

Para caracterizar que a tecnologia social está inserida nos grupos de produção e aprendizagem na rede sublinhamos o desempenho do movimento social Plim My Carroça que desenvolve educação ambiental gerando um designe identitário em contextos urbanos, que visa demarcar o papel fundamental dos catadores de materiais reciclados para a operacionalização da Política Nacional de Resíduos Sólidos. Essa trajetória da Plim My Carroça nos ambientes físicos se redimensiona em ecossistemas de transformação digital (microuniversos) por meio do aplicativo Cataki. Isso foi possível com a colaboração da EITA- Cooperativa de Trabalho em Educação, Informação e Tecnologia de Autogestão que inter-relaciona tecnologia social com softwares livre.

Princípios consensuados que englobam os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS, a Sustentabilidade, Social e Governança – ESG e Economia Solidária tornam claro a força dos seus vínculos e garantem a autonomia de construir soluções no coletivas. Tal comprometimento ético alarga o olhar local e lança luz sobre racionalidade ambiental como uma oportunidade de efetivar uma correção de rota.

### **Considerações finais**

A demarcação das conquistas em uma perspectiva histórica-dialética-sócio-cultural procurou fortalecer o entendimento que o caminho se faz na própria caminhada, ou seja, a incerteza, a dúvida, a indeterminação, o imprevisível são partes inerentes aos desafios.

A noção de que as mudanças são incompletas ou que exigem muitas vezes revisão de rotas e reconstruções nos levam a reconhecer a tecnologia social como um farol que tanto lança luz de forma crítica às decisões descomprometidas com a ética do cuidado como constituem invenções responsáveis por substituir o progresso desigual para o

desenvolvimento voltado para a defesa dos ecossistemas. Assim, verificou-se que os polícentros de inovação tecnológica integrados aos sistemas produtivos, ao fixarem suas ações no eixo estruturante dado pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, pela ESG e Economia Solidária, viabilizam processos de transição para a formação de ecossistemas próprios e soberanos capazes de reposicionar o Brasil autoralmente frente à colonialidade do poder. É importante ainda observar que “a democratização do espaço da cidadania é emancipatória apenas na medida em que esteja articulada com a democratização de todos os restantes espaços estruturais” (SANTOS, 2011, p. 340).

Por essa perspectiva, a tecnologia social precisa ser também política e respaldada juridicamente para que os arranjos institucionais regidos por um Estado democrático atuem na materialização de um novo paradigma econômico, baseado no equilíbrio metabólico de todo o planeta.

### **Referências Bibliográficas**

DAGNINO, Renado. **Tecnociência solidária: um manual estratégico**. Marília: Lutas anticapital, 2019.

LATOUR, Bruno. **Políticas da natureza**. São Paulo: Editora Unesp, 2019

MIGNOLO, Walter D. Os esplendores e as misérias da ciência, colonialidade geopolítica do conhecimento e pluri-versalidade epistêmica. In.: SANTOS, Boaventura S. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2018.

POCHMAN, Marcio. **Novos horizontes no Brasil na quarta transformação estrutural**. Campinas, SP: Editora Unicamp, 2022.

# DESAFIOS E CONTRIBUIÇÕES AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL A PARTIR DO ROTEIRO PARA COOPERAÇÃO DIGITAL DA ONU

## Challenges and Contributions to Social Development from the UN Roadmap for Digital Cooperation

Marina Schmidlin Sponholz<sup>352</sup>

Raissa de Cavassin Milanezi<sup>353</sup>

Cinthia Obladen de Almendra Freitas<sup>354</sup>

**Sumário:** 1. Sociedade informacional e surgimento de novas necessidades; 2. Desafios da era digital; 3. Roteiro para Cooperação Digital das Nações Unidas e o desenvolvimento social; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

**Resumo:** A sociedade é permeada pelas tecnologias da informação e comunicação (TICs) em todas suas áreas de conhecimento, contudo, a revolução informacional agravou problemas sociais, uma vez que o mundo digital, em que pese necessário, não é acessível a toda população. A era digital criou contornos na forma da sociedade se organizar, impactando os sujeitos, empresas, organizações e Estados. Analisa-se o Roteiro para a Cooperação Digital elaborado pela ONU para responder se tal instrumento está relacionado com a busca pelo desenvolvimento social, traçando um paralelo com a sociedade informacional e com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas, eis que tal instrumento de *soft law* visa fortalecer a cooperação de governos, setor privado, sociedade civil, organizações internacionais e instituições acadêmicas no espaço digital. A pesquisa utilizou o método dedutivo, com procedimento teórico e técnica bibliográfica. Concluiu-se que, o Roteiro para Cooperação Digital das Nações Unidas e as propostas que envolvem adequar o uso de tecnologias à proteção da dignidade humana, à inclusão social, à redução de desigualdades e minimização de riscos no tratamento de dados, estão diretamente relacionados com a busca pelo desenvolvimento social e são de extrema importância para que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) sejam alcançados.

**Palavras-chave:** Sociedade informacional; Roteiro para Cooperação Digital das Nações Unidas; Desafios tecnológicos, Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

**Abstract:** The society is permeated by information and communication technologies (ICTs) in all its areas of knowledge, however, the informational revolution has aggravated social

---

<sup>352</sup> Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) (área de concentração: Direito Socioambiental e Sustentabilidade). E-mail: marinasponholz@gmail.com.

<sup>353</sup> Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) (área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento). E-mail: raissadcm@gmail.com.

<sup>354</sup> Doutora em Informática. Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pesquisadora Permanente e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da PUCPR. E-mail: cinthia.freitas@pucpr.br.

problems, since the digital world, despite being necessary, is not accessible to the entire population. The digital age has created contours in the way society organizes itself, impacting subjects, companies, organizations and States. The Roadmap for Digital Cooperation prepared by the UN is analyzed to answer whether such an instrument is related to the search for social development, drawing a parallel with the information society and with the Sustainable Development Goals (SDGs) of the United Nations, here that such a soft law instrument aims to strengthen the cooperation of governments, the private sector, civil society, international organizations and academic institutions in the digital space. The research used the deductive method, with theoretical procedure and bibliographical technique. It was concluded that the United Nations Digital Cooperation Roadmap and the proposals that involve adapting the use of technologies to the protection of human dignity, social inclusion, reduction of inequalities and minimization of risks in data processing, are directly related to the pursuit of social development and are extremely important for the achievement of the Sustainable Development Goals (SDGs).

**Keywords:** Information society; United Nations Roadmap for Digital Cooperation; Technological challenges, Sustainable Development Goals.

## 1. Sociedade informacional e o surgimento de novas necessidades:

O surgimento do conceito de sociedade informacional tem, como um dos principais expoentes, Manuel Castells que, em seu livro, *A Sociedade em Rede*<sup>355</sup>, aborda os aspectos/reflexos da era da informação na economia, sociedade e na cultura. Para o autor, a tecnologia é tão marcante hodiernamente que a sociedade é permeada por ferramentas tecnológicas, de tal forma que a tecnologia é a própria sociedade, dada a presença dela nas relações sociais e o significado que os sujeitos dão ao se arranjam em torno da tecnologia.

A inclusão da tecnologia na sociedade é um evento histórico, tal qual como foi a revolução industrial, já que as tecnologias alteraram de forma significativa as relações sociais, ao passo em que o ser humano auxiliou de forma direta na revolução informacional, que ganhou forças nas últimas duas décadas.

De acordo com Boff, Fortes e Freitas, a sociedade da informação – designada por Castells como informacional - é marcada por uma “forma específica de organização social na qual a geração, o processamento e a transmissão de informação se convertem nas fontes fundamentais da produtividade e do poder por conta das novas condições tecnológicas”<sup>356</sup>, à medida em que o capitalismo é engendrado por uma nova economia informacional, global e em rede:

---

<sup>355</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede** – A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução: Roneide Venancio Majer. 24. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

<sup>356</sup> BOFF, Oro Salete; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de Dados e Privacidade: Do Direito às Novas Tecnologias na sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 09.

É informacional porque a produtividade e a competitividade das unidades ou agentes nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, processar e aplicar de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. É global porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. É rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em rede global de interação entre redes empresariais.<sup>357</sup>

No bojo dos avanços tecnológicos é que se tem o avanço digital, que circunda toda a sociedade, de forma a alterar não somente a relação social em nível individual, mas também de forma a alterar a atuação e a gestão das empresas e dos Estados, já que a Internet não dispõe de fronteira física ou geográfica.

Se antes o Estado, que inclusive deu aporte ao desenvolvimento tecnológico, era visto como um ente recrudescido e centralizador, hoje tornou-se ineficiente, em outras palavras, “O Estado produtor cede lugar ao fluxo produtivo e administrativo global, de soberania reduzida, mas com capacidade de ação”<sup>358</sup> tudo isso fruto da sociedade informacional e da busca constante por tecnologias disruptivas, já que o referido modelo social também é vetor de riqueza e de poder<sup>359</sup>, que se repete sucessivamente:

Verifica-se que a busca, a produção e o consumo da informação formam um ciclo que se repete sucessivamente sem cessar, uma vez que conhecimento gera mais conhecimento (que, por sua vez, gera ainda mais conhecimento) e, do ponto de vista tecnológico, este se torna uma ferramenta passível a ser aplicada e reaplicada mediante processos sequenciais de armazenamento, recuperação, processamento e transmissão da informação.<sup>360</sup>

A Sociedade então, que passa a se conectar em rede, se organiza por meio da Internet e de seus utilitários, gerando fluxos de informação aos atores. O reflexo dessa nova gestão social é que o Estado “não tem controle dos fluxos de informação entre os cidadãos”<sup>361</sup> e

---

<sup>357</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede** – A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução: Roneide Venancio Majer. 24. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022. p. 119.

<sup>358</sup> BOFF, Oro Salete; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de Dados e Privacidade: Do Direito às Novas Tecnologias na sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 13.

<sup>359</sup> OLIVEIRA, Dânton Hilário Zanetti. **Big Data e Lei Geral de Proteção de Dados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 17.

<sup>360</sup> OLIVEIRA, Dânton Hilário Zanetti. **Big Data e Lei Geral de Proteção de Dados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 17-18.

<sup>361</sup> BOFF, Oro Salete; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de Dados e Privacidade: Do Direito às Novas Tecnologias na sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 14.

uma das saídas, segundo Castells, é a descentralização de recursos do Estado para aproximar o cidadão na resolução de seus problemas.

A descentralização de recursos do Estado para aproximar o cidadão é de extrema importância, especialmente em razão do primado da publicidade dos atos administrativos. O acesso à informação com a disponibilização de ferramentas adequadas ao corpo social para manusear e participar de forma ativa dos problemas sociais confere primazia ao desenvolvimento social, especialmente frente a uma época em que se tem a coleta de diversos dados que, muitas vezes, não correspondem a um mecanismo de informação que poderia ser utilizado em prol do desenvolvimento humano.

A sociedade informacional demonstra como o ser humano mudou sua forma de ser no mundo. Atualmente, a coleta de dados, incluindo dados pessoais e sensíveis, com o ulterior processamento para se chegar ao nível de informação é capaz de apontar indicações que vão desde a cadeia de fornecedores de uma empresa até a abordagens de marketing para os diferentes tipos de consumidores<sup>362</sup> e essa nova lógica de acumulação está cada dia mais presente na vida de algumas pessoas, já que a tecnologia, infelizmente, não contempla todos os sujeitos de forma direta – em que pese perpassa por eles, criando uma nova necessidade, qual seja, a de tornar o acesso à Internet universal, já que é essencial para o desenvolvimento das capacidades humanas, sem esquecer da economia, das questões sociais e ambientais.

## 2. Desafios da era digital

Com o surgimento das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) e o advento de uma era digital marcando a evolução do eletrônico para uma nova forma de representação, a digital, severas transformações sociais foram promovidas e conseqüentemente apareceram novos desafios à dignidade humana, ao desenvolvimento da personalidade e à justiça social.

Em um contexto de maior exposição dos indivíduos, de ascensão e consolidação de um capitalismo de vigilância e de uma cada vez maior ubiquidade e pervasividade das tecnologias, a vulnerabilidade da humanidade se encontra maior do que jamais antes visto. Riscos continuam existindo e permeando a sociedade, mas foram disfarçados pelas diversas

---

<sup>362</sup> ZUBOFF, Shoshana. **Big Other**: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. Tradução Antonio Holzmeister Oswaldo Cruz e Bueno Cardoso. Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 21.

promessas atreladas às tecnologias ao mesmo tempo em que foram potencializados pela aceleração da transformação digital causada pela pandemia da COVID-19.

O surgimento da COVID-19 impulsionou o uso das tecnologias a outro patamar, pois evidenciou como elas poderiam ser úteis para confrontar a doença ao mesmo tempo em que mantêm as pessoas conectadas<sup>363</sup>. A necessidade fez com que a conectividade aumentasse e que se acelerasse a transformação digital<sup>364</sup>. Os desafios que vinham sendo enfrentados gradativamente com o advento da sociedade em rede<sup>365</sup> inevitavelmente também foram intensificados.

Desde o advento da Internet se verificou que haviam vários cuidados a serem tomados quando no uso de tecnologias para que elas pudessem ser efetivamente usadas em favor da humanidade. Um dos pontos sensíveis trazidos pelas tecnologias que permitem informação e comunicação instantâneas é o obscurecimento do espaço público, gerando um enorme prejuízo à vida em sociedade “podendo inclusive levar ao flerte com estruturas autoritárias de condução da vida coletiva”<sup>366</sup>. Os indivíduos passaram a ter muita dificuldade de enxergar além de si mesmos e de criar ligações e não apenas de pontes entre si<sup>367</sup>, pois a sociabilidade passa a ser caracterizada pelo individualismo em rede.<sup>368</sup>

Além do impacto no pensar coletivo, o advento da era digital trouxe consigo outro desafio: a exclusão digital. Passaram a serem excluídos aqueles que não sabem lidar com as tecnologias e também aqueles que não possuem condições de acessá-la. Seja por motivo financeiro ou por desconhecimento técnico, o fato é que tornar o mundo digital da maneira acelerada como isso vem acontecendo e sem se preocupar com o acompanhamento da sociedade, agrava as desigualdades sociais acrescentando mais um elemento de essencialidade

---

<sup>363</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General - Roadmap for Digital Cooperation**. June 2020. Disponível em: [https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap\\_for\\_Digital\\_Cooperation\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap_for_Digital_Cooperation_EN.pdf). Acesso em: 08 fev. 2023. p. 02.

<sup>364</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General - Roadmap for Digital Cooperation**. June 2020. Disponível em: [https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap\\_for\\_Digital\\_Cooperation\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap_for_Digital_Cooperation_EN.pdf). Acesso em: 08 fev. 2023. p. 06.

<sup>365</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede** – A era da informação: economia, sociedade e cultura. Tradução: Roneide Venancio Majer. 24. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

<sup>366</sup> FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Releitura dos Espaços Público e Privado frente às TICS. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of Print, n. XX mês/mês 2020. p. 03-04.

<sup>367</sup> PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Tradução: Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012. p. 20-21.

<sup>368</sup> CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 133.

à subsistência da humanidade. O “ser” não passou apenas a ser influenciado pelas tecnologias<sup>369</sup>, mas sim condicionado.

Como bem pontuou o Secretário Geral das Nações Unidas António Guterres<sup>370</sup>, a aceleração da transformação digital provocada pela pandemia da COVID-19 evidenciou e exacerbou desigualdades, pois “Aqueles sem acesso à tecnologia digital – quase metade do mundo – não têm oportunidades de estudar, se comunicar, negociar, trabalhar e participar de muito do que agora é a vida normal para a metade mais rica do mundo.”<sup>371</sup> (tradução nossa).

Outro problema agravado pelo uso inadequado de tecnologias, em especial as de informação e comunicação, é a segurança e privacidade dos indivíduos que se encontram cada vez mais expostos e conseqüentemente mais vulneráveis.<sup>372</sup> Além de ser mais difícil definir o que é privado, também se tornou mais difícil enxergar de onde podem surgir as ameaças.

Considerando que dentre as múltiplas sociedades que compõem o novo mundo<sup>373</sup> está a sociedade informacional concebida por Castells<sup>374</sup> “com uma organização social específica na qual a informação (sua geração, processamento e transmissão) se tornou a fonte fundamental de produtividade e poder” e “a principal mercadoria em circulação, possuindo potencial social, econômico e ambiental importantíssimos”, foi inevitável o surgimento de preocupações dos indivíduos com relação ao controle sobre seus dados pessoais e sua privacidade.<sup>375</sup>

---

<sup>369</sup> FLORIDI, Luciano (ed.). **The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era**. Springer Open, 2015.

<sup>370</sup> GUTERRES, António. Message to Web Summit. **Web Summit Blog**, Lisboa, 04 dezembro 2020. Disponível em: <https://websummit.com/blog/a-message-from-the-un-secretary-general-antonio-guterres-web-summit-digital-divide>. Acesso em: 17 dez. 2022.

<sup>371</sup> GUTERRES, António. Message to Web Summit. **Web Summit Blog**, Lisboa, 04 dezembro 2020. Disponível em: <https://websummit.com/blog/a-message-from-the-un-secretary-general-antonio-guterres-web-summit-digital-divide>. Acesso em: 17 dez. 2022.

<sup>372</sup> FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Releitura dos Espaços Público e Privado frente às TICS. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of Print, n. XX mês/mês 2020. p. 08.

<sup>373</sup> FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Releitura dos Espaços Público e Privado frente às TICS. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of Print, n. XX mês/mês 2020. p. 08.

<sup>374</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 24. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

<sup>375</sup> SPONHOLZ, Marina Schmidlin; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Autodeterminação informacional: um instrumento de gestão de poder nas múltiplas sociedades. *In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI*, 11., 2022, Santiago do Chile. **Anais Direito, governança e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, 2022. p. 140-158. Disponível em: <https://conpedi.org.br/#/publicacao-lista-gt/artigo/82>. Acesso em: 08 fev. 2023. p. 144 e 147.

Neste contexto, considerando que os riscos à privacidade se viram ampliados, a proteção à privacidade dos sujeitos, tão cara ao desenvolvimento digno de sua personalidade, passou a ter que abranger “o direito da pessoa humana de manter o controle sobre os seus dados pessoais”<sup>376</sup>, afinal “dados e informações, devem ser enxergados como elementos essenciais ao exercício da personalidade e preservação da dignidade humana”<sup>377</sup>.

Passou a ser indispensável a adoção de técnicas de Segurança da Informação e de cibersegurança como ferramental tecnológico para a proteção da dignidade humana, mas muitas vezes mesmo estas técnicas não são suficientes para evitar a exposição dos indivíduos aos novos riscos oriundos da era digital. Em alguns casos o aumento da vulnerabilidade das pessoas vem legitimado pelo próprio Estado, como é o exemplo o uso de dados biométricos eleitorais e dos institutos de identificação em prol de persecução criminal, desviando da finalidade originária de coleta<sup>378</sup>.

Os desafios são vários, mas o que grande parte deles têm em comum é seu impacto no exercício democrático. A tecnologia tem o potencial de ser um valioso instrumento para o exercício da democracia ao possibilitar “uma nova aproximação do indivíduo à coletividade, um resgate de seu papel na sociedade” e ao “transpor obstáculos temporais e geográficos”.<sup>379</sup> A Internet, por exemplo, possibilita que as pessoas, mesmo em um mundo tecnológico, tenham um espaço para se manifestarem, proporem ideias e defenderem seus direitos enquanto cidadãos.<sup>380</sup> No entanto, existem cuidados que devem ser tomados para que a tecnologia seja efetivamente uma aliada da cidadania e da democracia e não apenas um

---

<sup>376</sup> SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 136.

<sup>377</sup> SPONHOLZ, Marina Schmidlin; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Autodeterminação informacional: um instrumento de gestão de poder nas múltiplas sociedades. *In*: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 11., 2022, Santiago do Chile. **Anais Direito, governança e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, 2022. p. 140-158. Disponível em: <https://conpedi.org.br/#/publicacao-lista-gt/artigo/82>. Acesso em: 08 fev. 2023. p. 147.

<sup>378</sup> MILANEZI, Raissa de Cavassin; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Mesclagem de dados eleitorais em proveito do banco multibiométrico: lei de identificação penal e proteção de dados pessoais. *In*: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 11., 2022, Santiago do Chile. **Anais Direito Penal, Processo Penal e Criminologia**. Florianópolis: CONPEDI, 2022. p. 244-261. Disponível em: <https://conpedi.org.br/#/publicacao-lista-gt/artigo/82>. Acesso em: 08 fev. 2023.

<sup>379</sup> PAMPLONA, Danielle Anne; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Exercício democrático: a tecnologia e o surgimento de um novo sujeito. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 1, p. 82-105, jan./abr. 2015. p. 101.

<sup>380</sup> CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 168.

instrumento de “controle do povo pelo poder”<sup>381</sup>, sendo essencial que o povo efetivamente tenha um controle sobre a nova ágora pública<sup>382</sup>.

Por esta razão, a superação destes desafios é imprescindível ao desenvolvimento social. Em um mundo no qual a democracia entra em colapso, permeado por aumento de desigualdades e onde a humanidade tenha a sua dignidade ameaçada das mais diversas formas, não há como haver desenvolvimento, pois ele vai muito além da questão econômica, envolvendo a expansão das liberdades dos indivíduos e o respeito às “coisas que de fato importam”.<sup>383</sup>

### 3. Roteiro para Cooperação Digital das Nações Unidas e o desenvolvimento social

Dados coletados pela empresa Wunderman Thompson Data apontam que 93% dos consumidores globais concordam que a tecnologia é o futuro, 76% dizem que suas vidas e atividades cotidianas dependem da tecnologia e 52% dizem que sua felicidade depende da tecnologia.<sup>384</sup> Então, se o afastamento das tecnologias é algo inconcebível, o grande desafio atual é conciliar o contínuo desenvolvimento tecnológico com a preservação da dignidade humana e com o desenvolvimento social.

Como visto, à medida que mais pessoas estão *online* e que as TICs avançam, inevitavelmente são promovidas diversas transformações na sociedade, no cotidiano e no próprio meio ambiente, mas seus impactos não são apenas positivos. Muitas vezes novas vulnerabilidades surgem, desigualdades são agravadas e injustiças cometidas. (UNITED NATIONS, 2020, p. 2). No entanto, um mundo que busca seu desenvolvimento – especialmente o social – precisa combater estes problemas de forma ampla e eficiente, e isto demanda que seja formulada uma estratégia, traçados objetivos e promovidas mudanças, pois “O desenvolvimento supõe uma transformação progressiva da economia e da sociedade.”<sup>385</sup>

---

<sup>381</sup> SERRAGLIO, Priscila Zilli; ZAMBAM, Neuro José. Democracia e Internet: Pensando a Limitação do Poder na Sociedade da Informação. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 49 p. 114 a 141 jul./dez. 2016. p. 115.

<sup>382</sup> CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução: Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. p. 168.

<sup>383</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 28-29 e 52.

<sup>384</sup> WUNDERMAN THOMPSON INTELLIGENCE. **Into the Metaverse**. 2021. Disponível em: <https://www.wundermanthompson.com/insight/new-trend-report-into-the-metaverse>. Acesso em: 08 fev. 2023. p. 02.

<sup>385</sup> COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46.

Quando a Organização das Nações Unidas (ONU) traçou os 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), que são “um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade” ela afirmou que há uma interconexão entre eles.<sup>386</sup> Ou seja, os principais desafios de desenvolvimento estão correlacionados e seu combate exige uma ação conjunta e integrada.

O ODS 9, no qual está inserido o fomento à inovação e o objetivo específico de “Aumentar significativamente o acesso às tecnologias de informação e comunicação e se empenhar para oferecer acesso universal e a preços acessíveis à Internet nos países menos desenvolvidos, até 2020”<sup>387</sup>, está diretamente relacionado com outros objetivos como a erradicação da pobreza e redução de desigualdades, o que evidencia que para que haja um desenvolvimento e que ele seja sustentável, se faz necessário que todo o incentivo ao uso de tecnologias não gere mais desigualdades. Afinal, o incentivo à inovação e ao uso de tecnologias só contribuirá para o desenvolvimento dos países se ele respeitar a dignidade humana e não agravar desigualdades.

Neste sentido, alinhada com os objetivos que propôs para um desenvolvimento sustentável e incentivada pela transformação digital proporcionada pela pandemia da COVID-19, a ONU por meio de um relatório do seu Secretário Geral desenvolvido em junho de 2020 intitulado *Roadmap for Digital Cooperation* (Roteiro para a Cooperação Digital em tradução livre) com o objetivo de dar sequência a trabalhos já iniciados em julho de 2018 pelo *High-level Panel on Digital Cooperation* - ou em tradução livre Painel de Alto Nível sobre Cooperação Digital – e de estabelecer pontos de ação para dar sequência ao fortalecimento da cooperação no espaço digital.<sup>388</sup>

A partir do momento em que passou a ser exigido do ser humano uma conexão digital cada vez maior e que se sabe que isto exigiria uma transformação no modo de viver da população mundial, especialmente daquelas pessoas que não possuem condições de acesso a determinadas tecnologias ou não possuem habilidades para lidar com elas, se fazia necessária a estruturação de um plano de ação mundial, que pudesse orientar os países de

---

<sup>386</sup> Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. **NAÇÕES UNIDAS BRASIL**, s.d. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 09 fev. 2023.

<sup>387</sup> Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 9 - Indústria, inovação e infraestrutura. **NAÇÕES UNIDAS BRASIL**, s.d. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/9>. Acesso em: 09 fev. 2023.

<sup>388</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General - Roadmap for Digital Cooperation**. June 2020. Disponível em: [https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap\\_for\\_Digital\\_Cooperation\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap_for_Digital_Cooperation_EN.pdf). Acesso em: 08 fev. 2023. p. 04.

como se auxiliarem mutuamente e de como atender a população mundial nesta migração para o digital em uma velocidade que acompanhe a rapidez com que as transformações vêm ocorrendo. A governança das tecnologias passou a ser essencial para o melhor aproveitamento do potencial das tecnologias digitais e para mitigar os danos que elas podem causar.<sup>389</sup>

Ao longo do Relatório são apresentados levantamentos que constataam que há um problema de participação na era digital, decorrente da desigualdade no acesso às tecnologias que está relacionada a problemas de infraestrutura dos países, monopólio de banda larga, custo das ferramentas digitais, falta de habilidades digitais, dificuldade de acesso à bens públicos digitais, igualdade de gênero, desigualdades sociais, culturais e econômicas, dentre vários outros fatores. Por esta razão, o documento tem como foco garantir que os indivíduos permaneçam seguros, protegidos e produtivos quando ficam online, lhes conferindo iguais oportunidades e dando o devido respeito às necessidades de todas as pessoas<sup>390</sup>.

Ao identificar os principais desafios a serem enfrentados com relação à transformação digital e ao uso de tecnologias digitais, o Relatório<sup>391</sup> propõe uma série de medidas a serem adotadas por meio de uma conjugação de esforços entre governos, setor privado, sociedade civil, organizações internacionais, instituições acadêmicas, comunidade técnica e outros interessados. Todas elas têm como foco garantir que o avanço das tecnologias digitais seja seguro, respeite direitos humanos e a dignidade dos indivíduos.

Ou seja, as diversas propostas que têm sido feitas pela ONU, deixam claro que as tecnologias têm um enorme potencial a ser explorado, mas que se faz necessário que determinados cuidados sejam tomados para que efetivamente seja proporcionada uma contribuição social. Uma “Cooperação digital efetiva é fundamental para alcançarmos o “futuro que queremos” e os ambiciosos objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”<sup>392</sup>.

---

<sup>389</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General - Roadmap for Digital Cooperation**. June 2020. Disponível em: [https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap\\_for\\_Digital\\_Cooperation\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap_for_Digital_Cooperation_EN.pdf). Acesso em: 08 fev. 2023. p. 03.

<sup>390</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General - Roadmap for Digital Cooperation**. June 2020. Disponível em: [https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap\\_for\\_Digital\\_Cooperation\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap_for_Digital_Cooperation_EN.pdf). Acesso em: 08 fev. 2023. p. 10-12.

<sup>391</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General - Roadmap for Digital Cooperation**. June 2020. Disponível em: [https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap\\_for\\_Digital\\_Cooperation\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap_for_Digital_Cooperation_EN.pdf). Acesso em: 08 fev. 2023.

<sup>392</sup> UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General - Roadmap for Digital Cooperation**. June 2020. Disponível em: [https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap\\_for\\_Digital\\_Cooperation\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap_for_Digital_Cooperation_EN.pdf). Acesso em: 08 fev. 2023. p. 22.

Assim, em uma sociedade cada vez mais conectada e dependente das tecnologias, a noção de desenvolvimento social se vê transformada. A qualidade de vida dos sujeitos e o essencial para uma vida digna passam a envolver o acesso fácil, seguro e igualitário à tecnologias. O desenvolvimento passa a envolver também o acompanhamento da transformação digital com o devido respeito aos direitos humanos.

A transformação promovida pelas novas tecnologias digitais trouxe consigo novas oportunidades e benefícios, mas também riscos que precisam ser mitigados para que elas não se tornem um entrave à promoção e defesa da dignidade humana, e conseqüentemente a um desenvolvimento sustentável das nações.<sup>393</sup> As tecnologias precisam ser usadas a favor do desenvolvimento social, da redução de desigualdades e da promoção de justiça social. Por esta razão que diversas questões que visem aprimorá-las ou aperfeiçoar e tornar mais seguro o seu uso são tão importantes para o desenvolvimento, como é o caso do respeito à proteção de dados pessoais que por meio da proteção das cidadãs e cidadãos estrutura e fortalece a democracia e contribui para o progresso e desenvolvimento da humanidade<sup>394</sup>.

Sob a lógica da economia social, para a promoção da inclusão, do desenvolvimento e da coesão social é importantíssima a adoção de mecanismos de solidariedade, pois “os Estados são cada vez mais incapazes de acudir a todas as necessidades sociais que se apresentam aos indivíduos”<sup>395</sup>. E justamente neste sentido que as propostas da ONU e o Relatório para a Cooperação Digital têm se estruturado buscando uma aliança entre governos, setor privado, sociedade civil, organizações internacionais, instituições acadêmicas, comunidade técnica e outros interessados e também entre as tecnologias e o desenvolvimento social.

Portanto, é correto afirmar que o Roteiro para Cooperação Digital das Nações Unidas e as propostas que envolvem adequar o uso de tecnologias à proteção da dignidade humana, à inclusão social, à redução de desigualdades e procurem minimizar seus danos, estão diretamente relacionados com a busca pelo desenvolvimento social e são de extrema importância para que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável sejam alcançados. Eles demonstram, que na sociedade atual as tecnologias têm um papel determinante no

---

<sup>393</sup> ONU pede maior cooperação para que benefícios da tecnologia digital cheguem a todos. **ONU NEWS**, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/06/1675501>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>394</sup> LANA, Alice de Perdigão; CORTIANO, Marcelle. DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO: reflexões sobre as experiências alemã e brasileira. In: WACHOWICZ, Marcos (org.). **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM PERSPECTIVA: LGPD e RGPD NA ÓTICA DO DIREITO COMPARADO**. Curitiba: Gedai, UFPR, 2020. p. 355-385. p. 375.

<sup>395</sup> CAEIRO, Joaquim Manuel Croca. Economia social: conceitos, fundamentos e tipologia. **Revista Katál**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 61-72, jan./jun. 2008. p. 70.

desenvolvimento social das nações e não podem ser um assunto apenas a ser tratado no futuro, pois elas já são o presente.

## Considerações finais

Além de notórios avanços, a era digital trouxe inúmeros desafios sociais, eis que agravou e criou vulnerabilidades, já que a tecnologia ao permear de forma intensa todas as relações sociais modificou, inclusive, a forma do ser e de ser no mundo, bem como a própria estrutura dos Estados e das empresas.

A pandemia do COVID-19 demonstrou os reflexos da transformação digital no corpo social ao escancarar, por exemplo, que inúmeras pessoas não poderiam ter acesso à educação justamente porque não possuíam um instrumento físico que as conectasse à Internet ou ainda, que inúmeros brasileiros não conseguiram solicitar ou tiveram dificuldades de pleitear o auxílio emergencial.

Além do fato das TICs não serem universais e acessíveis e impactarem o exercício da cidadania, agravando vulnerabilidades, outro problema criado com a era digital refere-se a proteção de dados pessoais, já que o seu tratamento resulta em informação e, conseqüentemente em poder, ao passo em que a proteção de dados foi reconhecida recentemente como um direito fundamental na Constituição Federal brasileira, justamente em razão da sociedade informacional descrita por Castells e da necessidade de proteger à dignidade da pessoa humana.

Contudo, a proteção digital se faz necessária em todos os países, já que o digital transpõe barreiras. Cientes disso, os líderes mundiais que participaram do Fórum Econômico Mundial, em Davos, no ano de 2023, manifestaram-se sobre a necessidade da criação de mecanismos de cibersegurança, do contrário os países poderão sofrer uma grande catástrofe virtual, caso não adotem medidas e estratégias de cibersegurança.<sup>396</sup>

Conclui-se que o Roteiro para Cooperação Digital, formulado em 2020, no contexto da pandemia do COVID-19, é de extrema importância para garantir que as tecnologias em ambiente digital sejam seguras, de forma a primar pelos direitos humanos e pela dignidade dos indivíduos em nível de cooperação internacional. Além disso, o Roteiro para Cooperação

---

<sup>396</sup> Mundo corre risco de uma catástrofe cibernética em dois anos. **Forbes**, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/01/mundo-corre-risco-de-uma-catastrofe-cibernetica-em-dois-anos/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

Digital tem primado por diminuir vulnerabilidades que foram criadas com o advento da sociedade informacional.

## Referências Bibliográficas

BOFF, Oro Salete; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de Dados e Privacidade: Do Direito às Novas Tecnologias na sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAEIRO, Joaquim Manuel Croca. Economia social: conceitos, fundamentos e tipologia. **Revista Katál**, Florianópolis, v. 11, n. 1, p. 61-72, jan./jun. 2008.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Tradução: Roneide Venancio Majer. 24. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

FLORIDI, Luciano (ed.). **The Onlife Manifesto: Being Human in a Hyperconnected Era**. Springer Open, 2015.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Releitura dos Espaços Público e Privado frente às TICs. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of Print, n. XX mês/mês 2020.

GUTERRES, António. Message to Web Summit. **Web Summit Blog**, Lisboa, 04 dezembro 2020. Disponível em: <https://websummit.com/blog/a-message-from-the-un-secretary-general-antonio-guterres-web-summit-digital-divide>. Acesso em: 17 dez. 2022.

LANA, Alice de Perdigão; CORTIANO, Marcelle. DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E O EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO: reflexões sobre as experiências alemã e brasileira. *In*: WACHOWICZ, Marcos (org.). **PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EM PERSPECTIVA: LGPD e RGPD NA ÓTICA DO DIREITO COMPARADO**. Curitiba: Gedai, UFPR, 2020. p. 355-385.

MILANEZI, Raissa de Cavassin; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Mesclagem de dados eleitorais em proveito do banco multibiométrico: lei de identificação penal e proteção de dados pessoais. *In*: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 11., 2022, Santiago do Chile. **Anais Direito Penal, Processo Penal e Criminologia**. Florianópolis: CONPEDI, 2022. p. 244-261. Disponível em: <https://conpedi.org.br/#/publicacao-lista-gt/artigo/82>. Acesso em: 08 fev. 2023.

Mundo corre risco de uma catástrofe cibernética em dois anos. **Forbes**, 20 jan. 2023. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/01/mundo-corre-risco-de-uma-catastrofe-cibernetica-em-dois-anos/>. Acesso em: 15 fev. 2023.

Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 9 - Indústria, inovação e infraestrutura. **NAÇÕES UNIDAS BRASIL**, s.d. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/9>. Acesso em: 09 fev. 2023.

OLIVEIRA, Dânton Hilário Zanetti. **Big Data e Lei Geral de Proteção de Dados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

ONU pede maior cooperação para que benefícios da tecnologia digital cheguem a todos. **ONU NEWS**, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/06/1675501>. Acesso em: 10 fev. 2023.

PAMPLONA, Danielle Anne; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Exercício democrático: a tecnologia e o surgimento de um novo sujeito. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 20, n. 1, p. 82-105, jan./abr. 2015.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Tradução: Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERRAGLIO, Priscila Zilli; ZAMBAM, Neuro José. Democracia e Internet: Pensando a Limitação do Poder na Sociedade da Informação. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 49 p. 114 a 141 jul./dez. 2016.

Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil. **NAÇÕES UNIDAS BRASIL**, s.d. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 09 fev. 2023.

SPONHOLZ, Marina Schmidlin; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Autodeterminação informacional: um instrumento de gestão de poder nas múltiplas sociedades. *In*: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 11., 2022, Santiago do Chile. **Anais Direito, governança e novas tecnologias II**. Florianópolis: CONPEDI, 2022. p. 140-158. Disponível em: <https://conpedi.org.br/#/publicacao-lista-gt/artigo/82>. Acesso em: 08 fev. 2023.

UNITED NATIONS. **Report of the Secretary-General - Roadmap for Digital Cooperation**. June 2020. Disponível em: [https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap\\_for\\_Digital\\_Cooperation\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/content/digital-cooperation-roadmap/assets/pdf/Roadmap_for_Digital_Cooperation_EN.pdf). Acesso em: 08 fev. 2023.

WUNDERMAN THOMPSON INTELLIGENCE. **Into the Metaverse**. 2021. Disponível em: <https://www.wundermanthompson.com/insight/new-trend-report-into-the-metaverse>. Acesso em: 08 fev. 2023.

ZUBOFF, Shoshana. **Big Other**: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. Tradução Antonio Holzmeister Oswaldo Cruz e Bueno Cardoso. **Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem**. São Paulo: Boitempo, 2018.

# O RENDIMENTO SOCIAL DE INSERÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## The Social Income of Insertion in the Jurisprudence of the Constitutional Court

Mário Simões Barata<sup>397</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Enquadramento Normativo; 3. Fundamento Constitucional; 4. Alterações Legislativas e os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade; 5. Conclusão.

**Resumo:** O rendimento social de inserção é uma prestação social que visa concretizar o direito à segurança social e solidariedade constante do artigo 63º, nº3, da Constituição da República Portuguesa. A prestação foi criada em 1996 com a designação de rendimento mínimo garantido (RMG). Contudo, a atribuição da mesma tem suscitado na sociedade portuguesa alguma controvérsia. Nesse sentido, vários partidos políticos têm reclamado, desde a sua entrada em vigor, a sua alteração ou revogação. Estes apelos obtiveram algum eco em 2003 quando o XV Governo Constitucional revogou o RMG e, no seu lugar, criou o rendimento social de inserção (RSI). Contudo, a crise das dívidas soberanas e o combate ao elevado défice público motivaram novas alterações ao RSI no sentido de limitar a atribuição desta prestação. Estas alterações legislativas deram origem a vários processos de fiscalização da constitucionalidade onde se discutiu a possibilidade de aplicar o princípio do não retrocesso social às mesmas. Apesar de o Tribunal Constitucional não subscrever este entendimento, declarou as alterações inconstitucionais dado que as mesmas violavam princípios fundamentais da lei fundamental, nomeadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da igualdade constantes dos artigos 1º, 2º e 13 da Constituição da República Portuguesa.

**Palavras-chave:** direito à segurança social e solidariedade; rendimento social de inserção; liberdade de conformação do legislador

**Abstract:** The social insertion income is a social benefit aiming at realising the right to social security and solidarity as stated in Article 63, paragraph 3, of the Portuguese Constitution. The benefit was created in 1996 with the following designation: minimum guaranteed income (RMG). However, the attribution of this benefit has raised some controversy in Portuguese society. In this sense, several political parties have been calling for its modification or repeal since its creation. These appeals had some echo in 2003 when the XV Constitutional Government revoked the minimum guaranteed income and, in its place, created the social insertion income (RSI). However, the sovereign debt crisis and the fight against the public deficit motivated new changes in the RSI that sought to limit the scope of entitlement. These legislative changes gave rise to several constitutionality review cases where the possibility of applying the principle of no social regression was discussed. Although the Constitutional Court did not follow this understanding, it declared the changes unconstitutional as they violated fundamental principles of the Constitution, namely the principle of human dignity, proportionality and equality as stated in articles 1, 2 and 13 of the Portuguese Constitution.

---

<sup>397</sup> Professor Adjunto do Politécnico de Leiria. Investigador do IJP - Pólo de Leiria. E-mail: mario.barata@ipleiria.pt

Keywords: the right to social security and solidarity; social insertion income; the legislator's freedom to legislate

## 1. Introdução

Uma das políticas públicas de segurança social mais controversas em Portugal prende-se com o rendimento social de inserção. Esta prestação social foi concebida em 1996 pelo legislador, através da Lei n.º 19-A/96, de 29 de junho, que criou o então rendimento mínimo garantido (RMG) e visou concretizar a Lei que aprova as Bases Gerais do Sistema da Segurança Social, bem como o artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) relativamente à segurança social e solidariedade. Contudo, um segmento da sociedade portuguesa e vários partidos políticos colocados mais à direita do espectro político-partidário sempre reclamaram uma profunda alteração do regime jurídico desta prestação, no sentido de limitar a sua atribuição, ou a extinção da mesma (i.e., revogação *in toto* desta política pública de segurança social). Estes apelos obtiveram algum eco junto do poder político no XV Governo Constitucional quando o regime jurídico atinente ao RMG foi revogado. No seu lugar foi criado o rendimento social de inserção (RSI) através da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio. No entanto, este ato normativo tem sido alvo de inúmeras alterações. Na verdade, as regras relativas à atribuição desta prestação foram modificadas pelo legislador após a sua entrada em vigor e as alterações suscitaram questões jurídico-constitucionais que foram analisadas pelo Tribunal Constitucional em diversas ocasiões. Assim, este trabalho visa apresentar os vários acórdãos do Tribunal Constitucional relativamente às tentativas do legislador de alterar o regime jurídico desta prestação e tecer algumas considerações acerca da possibilidade constitucional de o legislador modificar direitos derivados a prestações que densifiquem direitos fundamentais sociais.

## 2. Enquadramento Normativo

O rendimento social de inserção é, nas palavras do Instituto da Segurança Social (2022, p. 4), “uma prestação em dinheiro para assegurar a satisfação” de “necessidades mínimas” disciplinado pela Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, que instituiu o Rendimento Social de Inserção (RSI). O ato legislativo aprovado pela Assembleia da República em 2003 revogou a versão originária desta prestação. Dito de outro modo, a Lei n.º 13/2003 revogou a Lei n.º 19-A/96, de 29 de junho, que criou o RMG e instituiu, em seu lugar, o rendimento social de inserção. No entanto, ao longo de quase vinte anos de vigência a versão original do regime jurídico da RSI foi modificada através de uma retificação em 2003 e alterada oito vezes entre 2005 e 2019.

### 3. Fundamento Constitucional

O n.º 1 do artigo 63.º da Constituição dispõe que “todos têm direito à segurança social”. Nas palavras de Gomes Canotilho e Vital Moreira o n.º 1 do artigo 63.º da lei fundamental trata do “direito à sobrevivência e à garantia de condições materiais para uma existência compatível com a dignidade da pessoa humana”.<sup>398</sup> O direito à segurança social é um “típico direito social de natureza positiva cuja realização exige o fornecimento de prestações por parte do Estado, impondo-lhe verdadeiras obrigações de fazer e de prestar”.<sup>399</sup>

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 63.º da lei fundamental dispõe que “incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, com a participação das associações sindicais, de outras organizações representativas dos trabalhadores e de associações representativas dos demais beneficiários”. Consequentemente, Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam que a principal incumbência do Estado está inscrita no artigo 63.º, n.º 2, e consiste na organização e manutenção de um sistema de segurança social de natureza pública e obrigatória. Trata-se de uma garantia institucional conexas com o sistema público de segurança social.<sup>400</sup>

Por fim, o n.º 3 estabelece que “o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho”. Assim, a Constituição exemplifica algumas situações de carência no artigo 63.º, n.º 3. Contudo, o legislador constituinte admite outras, dado que acrescentou uma cláusula genérica nesse sentido. Consequentemente, Gomes Canotilho e Vital Moreira afirmam que a cláusula genérica abrange “todas as situações de carência dos meios de subsistência ou de perda ou diminuição de capacidade para o trabalho”.<sup>401</sup> Logo, o rendimento mínimo garantido/rendimento social de inserção visa efetivar o direito a uma existência condigna.

### 4. Alterações Legislativas e os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade

Conforme já afirmámos, o regime jurídico relativamente ao rendimento social de inserção foi modificado diversas vezes e algumas alterações suscitaram questões jurídico-

---

<sup>398</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1.º a 107.º*, p. 814.

<sup>399</sup> *Idem*, p. 815.

<sup>400</sup> Cfr., CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1.º a 107.º*, p. 815.

<sup>401</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1.º a 107.º*, p. 818.

constitucionais que foram apreciadas pelo Tribunal Constitucional (TC). Em concreto, as modificações ao regime jurídico do rendimento social de inserção foram apreciadas em três acórdãos.

a. O Acórdão n.º 509/2002

O acórdão referido em epígrafe tem origem num pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade do Presidente da República (PR) relativamente à norma constante do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX, recebido na Presidência da República, em novembro de 2002, para ser promulgado como lei. Em concreto, a dúvida de constitucionalidade prendia-se com a redação da norma que disciplinava a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, na medida em que a nova redação garantia a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos enquanto a anterior reconhecia a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos. Assim, o PR pretendia saber se a restrição objetiva da titularidade do direito em causa respeitava as normas e princípios constitucionais, designadamente: o princípio da igualdade; o princípio da universalidade; o direito à segurança social e solidariedade.

Na apreciação da questão da inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional ponderou aplicar o princípio do não retrocesso social e recordou as posições doutrinárias conexas com o assunto, no plano internacional e nacional. No entanto, o Tribunal considerou ser necessário “harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador”.<sup>402</sup> Esta vontade de compatibilizar o princípio do não retrocesso social e a liberdade de conformação do legislador implica, na ótica do Tribunal, que se distingam as situações. Nesse sentido, o Tribunal sustentou o seguinte:

aí, por exemplo, onde a Constituição contenha uma *ordem de legislar*, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade» (cfr. Acórdão n.º 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma *inconstitucionalidade por omissão* – e terá sido essa a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso tratado no já referido Acórdão n.º 39/84.

Noutras circunstâncias, porém, a *proibição do retrocesso social* apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o *princípio da alternância democrática*, sob

---

<sup>402</sup> TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 509/2002 ([tribunalconstitucional.pt](http://tribunalconstitucional.pt))

pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.<sup>403</sup>

Para além de afastar o princípio do não retrocesso social, o Tribunal Constitucional não aplicou ainda o princípio da igualdade ao caso concreto, na medida em que reconhece o legislador tem a discricionariedade legislativa para estabelecer distinções entre destinatários. Nesse sentido, o Tribunal considerou que o princípio da igualdade proíbe “a adoção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável (*vernünftiger Grund*) ou sem qualquer justificação objetiva e racional”.<sup>404</sup>

Assim, o Tribunal Constitucional considerou que a questão central era de saber “se existe uma garantia constitucional a um mínimo de existência condigna”. Para tanto, recordou as posições doutrinárias e a jurisprudência conexa com esta garantia constitucional na passagem seguinte:

daqui se pode retirar que o *princípio do respeito da dignidade humana*, proclamado logo no artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2º, e ainda afluído no artigo 63º, nºs 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o *direito à segurança social* e comete ao sistema de segurança social a *proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho*, implica o reconhecimento do *direito* ou da *garantia* a um *mínimo de subsistência condigna*.<sup>405</sup>

O Tribunal Constitucional acabou por se pronunciar a favor da inconstitucionalidade da norma, na medida em que entendeu que a restrição, que limitava a atribuição do RSI a indivíduos com menos de 25 anos, atingia o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1º, 2º e 63º, nºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

b. O Acórdão nº 141/2015

O segundo acórdão do TC relativamente ao rendimento social de inserção tem origem nas alterações legislativas à prestação operada em 2012. Em concreto, o Governo alterou as condições de atribuição desta prestação social através do Decreto-Lei nº 133/2012, de 27 junho. Assim, a nova redação do artigo 6º da Lei nº 13/2003, de 21 de maio, passou a

---

<sup>403</sup> [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 509/2002 \(tribunalconstitucional.pt\)](#)

<sup>404</sup> [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 509/2002 \(tribunalconstitucional.pt\)](#)

<sup>405</sup> [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 509/2002 \(tribunalconstitucional.pt\)](#)

exigir a cidadãos portugueses um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal para poder aceder ao rendimento social de inserção (alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º) e a extensão do requisito de um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal, previsto na alínea a) do n.º 1 daquele preceito legal, aos membros do agregado familiar do requerente de rendimento social de inserção (n.º 4 do artigo 6.º).

O Provedor da Justiça, em sede de fiscalização abstrata sucessiva, solicitou, ao abrigo do artigo 281.º, n.º 2, alínea d) da CRP, a declaração de inconstitucionalidade das referidas normas, na medida em que as alterações violavam o princípio da universalidade plasmado no artigo 12.º, n.º 1, e no artigo 63.º, n.º 1, da lei fundamental; lesavam o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição; e contrariavam o direito a um mínimo de existência condigna que decorre dos artigos 1.º, 2.º e 63.º, n.º 1 e 3, da CRP. Pelo contrário, o Primeiro-Ministro sustentou a constitucionalidade das modificações legislativas e fundamentou a sua posição com base na natureza da prestação e “a necessidade de assegurar uma certa ligação prévia ao país para evitar situações de permanência inconstante e de eventuais benefícios iníquos” bem como em exigências decorrentes do Direito da União Europeia.

Em face dos elementos legislativos oferecidos pelo Governo, o Tribunal Constitucional não considerou razoável a exigência feita aos cidadãos portugueses “de assegurar uma certa ligação prévia ao país”, na medida em que pelo simples facto de o serem “constitui condição suficiente de comprovação da existência desse elo efetivo”.<sup>406</sup> O Tribunal recordou ainda a ligação entre a cidadania portuguesa e o direito de habitar o território que identifica Portugal. O reconhecimento desse direito implica uma proibição de expulsão de cidadão portugueses nos termos do artigo 33.º, n.º 1, da lei fundamental. Para além destas observações, o Tribunal apontou para o facto de os portugueses disporem de um direito de emigrar ou de sair de Portugal e o direito de regressar. Consequentemente, o exercício de direito fundamental não pode resultar num “estatuto diminuído de cidadania”.<sup>407</sup>

Os juízes do Palácio Ratton (sede do Tribunal Constitucional em Lisboa) também não acolherem a interpretação feita pelo Governo do Direito da União Europeia, dado que não havia qualquer imposição deste ordenamento jurídico que impunha o tratamento igualitário entre cidadãos portugueses e os cidadãos de outros Estados-membros da União Europeia nestas matérias. Assim, o Tribunal recortou a questão jurídico-constitucional a analisar do seguinte modo:

---

<sup>406</sup> [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 141/2015 . \(tribunalconstitucional.pt\)](#).

<sup>407</sup> [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 141/2015 . \(tribunalconstitucional.pt\)](#).

a questão que se coloca é a de saber se, entre pessoas à partida iguais numa precisa condição jurídica – a que decorre da comum nacionalidade portuguesa – pode o legislador introduzir diferenças de regime jurídico que tenham como único fundamento (para o tratamento *in pejus* de algumas delas) circunstâncias de facto que correspondem ao exercício de liberdades individuais, constitucionalmente protegidas.<sup>408</sup>

O Tribunal Constitucional entendeu ser impensável “que alguém possa ser prejudicado ou tratado diferentemente de outros que, em princípio, são seus iguais, pelo simples facto de ter exercido um direito fundamental”, designadamente aquele previsto no artigo 44.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, que garante a todos “o direito de emigrar ou de sair do território nacional e o direito de regressar”. O Tribunal considerou que tal diferenciação constituía fundamento bastante para considerar inconstitucional a nova redação do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, no segmento que exige a cidadãos portugueses um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal para poderem aceder ao RSI.

Assim, o Tribunal Constitucional escusou-se de analisar os outros fundamentos invocados pelo Provedor de Justiça, nomeadamente a violações do princípio da universalidade e do direito a um mínimo de existência condigna. Por fim, o Tribunal utilizou a mesma fundamentação para justificar o juízo de inconstitucionalidade relativamente ao n.º 4 do artigo 6.º do mesmo diploma que exigia um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal aos membros do agregado familiar do requerente de rendimento social de inserção. Consequentemente, o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral a inconstitucionalidade da alínea a) do n.º 1 e o n.º 4 do artigo 6.º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, por violação do princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

c. O Acórdão 296/2015

O terceiro acórdão aqui apresentado é o Acórdão n.º 296/2015 do Tribunal Constitucional. O processo que lhe deu origem deriva de um pedido complexo oriundo da Procuradoria Geral da República (PGR) para apreciar e declarar a ilegalidade de duas normas do DL n.º 133/2012, de 27 de maio, por violação de lei de valor reforçado (i.e., a Lei que aprova as Bases Gerais do Sistema da Segurança Social) e um pedido de declaração de inconstitucionalidade atinente à norma constante do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4, da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, na redação que lhe foi conferida pelo artigo 5.º do Decreto-Lei

---

<sup>408</sup> TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 141/2015 . (tribunalconstitucional.pt)

n.º 133/2012, de 27 de junho, por violação do princípio da proporcionalidade. O Governo foi notificado, nos termos dos artigos 54º e 55º da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), e respondeu que não havia nenhuma ilegalidade e inconstitucionalidade.

Em concreto, a nova redação do artigo 6º da Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, operada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho, veio condicionar ou fazer depender o reconhecimento ao direito ao rendimento social de inserção à residência legal em Portugal nos últimos 3 anos quando o requerente é estrangeiro. Para além de restringir o acesso ao rendimento social de inserção, o ato normativo adotado pelo Governo, em 2012, estendeu a condição atinente à residência legal em Portugal nos últimos três anos aos membros do agregado familiar do requerente quando o mesmo é estrangeiro (artigo 6º, n.º 4, da Lei n.º 13/2003 na redação dada pela DL n.º 133/2012).

No quadro da fundamentação o Tribunal Constitucional apreciou os argumentos apresentados em torno da ilegalidade do artigo 6º, n.º 1, alínea b) e o artigo 6º, n.º 4 da Lei n.º 13/2003, na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 133/2012 e concluiu pelo não conhecimento e não declaração das ilegalidades. Consequentemente, passou à análise da constitucionalidade das referidas normas, designadamente à luz do princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

Na sua análise o Tribunal Constitucional recordou o seu entendimento do princípio da proporcionalidade explanado no Acórdão n.º 345/2002. Assim, o Tribunal entendeu averiguar se o requisito que impunha a residência legal em Portugal por um período mínimo de 3 anos para atribuição da RSI aos estrangeiros era necessário, adequado e proporcional. Paralelamente, o Tribunal esclareceu que o segmento em causa não era o da residência legal, mas o período de três anos.

O Tribunal não encontrou motivos para questionar a adequação das opções legislativas vertidas na norma e aceitou os motivos apresentados pelo Governo em torno da necessidade de se evitar um “turismo prestacional” para não contestar a necessidade da mesma. Contudo, entendeu controlar a proporcionalidade da medida à luz da salvaguarda do valor constitucional da sustentabilidade do sistema global da segurança social. Aqui, o TC entendeu que “só uma fortíssima razão, uma necessidade evidente, poderá justificar a dilação de 3 anos imposta”.<sup>409</sup> O Tribunal apurou que só serão elegíveis como titulares do direito ao RSI os estrangeiros com autorização de residência concedida pelas autoridades portuguesas.

---

<sup>409</sup> [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 296/2015 . \(tribunalconstitucional.pt\)](#)

No entanto, esse processo impõe a verificação de requisitos conexos com a subsistência económica dos estrangeiros. Assim, o Tribunal admite que poderão ocorrer situações de doença ou desemprego após a verificação dos meios de subsistência por parte das autoridades portuguesas aquando da concessão da residência temporária ou permanente. Logo, os referidos estrangeiros poderão encontrar-se numa situação de carência. Contudo, não poderão aceder ao RSI se não cumprirem com os requisitos legais, designadamente aquele que impõe uma residência legal em Portugal nos últimos três anos.

O teste da proporcionalidade em sentido restrito levou o Tribunal a afirmar que não contestava o interesse em prevenir encargos excessivos para o sistema de segurança social. Contudo, constatou que tal interesse sacrifica um direito a uma prestação social “que garante um mínimo de existência socialmente adequado” a um determinado grupo de pessoas. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional considerou:

ao fazer depender, do prazo de 3 anos de residência legal em Portugal, o direito a uma prestação social que assegure uma sobrevivência minimamente condigna ou a um mínimo de sobrevivência, que é resultado da conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança social em situações de carência, o legislador impõe aos estrangeiros um sacrifício desproporcionado ao fim da restrição.

Tal opção atinge cidadãos em situação de grave vulnerabilidade, sem meios imediatos para satisfazer necessidades vitais do agregado familiar, que foram, como ficou demonstrado, admitidos em Portugal no cumprimento das regras fixadas pelo legislador, nomeadamente quanto à fixação de requisitos relativos à disponibilidade de meios de rendimento.

Ponderando, associadamente, a pouca relevância da despesa do RSI no orçamento global da Segurança Social e o peso diminuto dos gastos com a concessão do RSI a não nacionais, já que o valor desta prestação é reduzido e abrange um universo muito limitado de destinatários, torna-se evidente a desproporção desta solução.<sup>410</sup>

Assim, tendo em conta os controlos efetuados pelas autoridades aquando da concessão de autorização de residência e o baixo valor das prestações, bem como a situação de vulnerabilidade dos cidadãos que se agrava como o tempo, o TC entendeu que o prazo de três anos para a concessão do benefício representava “um sacrifício desproporcionado ao fim da restrição”, dando assim por violado o princípio da proporcionalidade”.<sup>411</sup> Este entendimento da questão jurídico-constitucional assenta na seguinte passagem do acórdão:

tudo ponderado, conclui-se que a imposição de um prazo de 3 anos - que se traduz na negação da concessão de meios de sobrevivência a um cidadão estrangeiro em situação de risco social, antes de decorrido esse período - é excessiva, colidindo, de modo intolerável, com o direito a uma prestação que assegure os meios básicos

---

<sup>410</sup> TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 296/2015 . (tribunalconstitucional.pt)

<sup>411</sup> RIBEIRO, José Sousa. *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador*, p. 322.

de sobrevivência. Com uma tal duração, o prazo definido constitui um sacrifício desproporcionado ou demasiado oneroso, em face da vantagem associada aos fins de interesse público que se visa atingir com a sua fixação.<sup>412</sup>

Em suma, o prazo de três anos foi considerado como excessivo (i.e., desproporcionado). Logo, a exigência legal em torno dos três anos de residência legal em Portugal violava o princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Consequentemente, o Tribunal Constitucional declarou “a inconstitucionalidade do artigo 6.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4, da Lei n.º 13/2003, na redação que por último lhe foi conferida pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 133/2012, por violação do princípio da proporcionalidade”<sup>413</sup> vertido no artigo 2º da lei fundamental.

## 5. Conclusão

O rendimento mínimo garantido foi criado pelo legislador em Portugal na última década do século passado. Esta prestação social visava concretizar o direito à segurança social e solidariedade consagrado no artigo 63º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa bem como a Lei que aprova as Bases Gerais do Sistema da Segurança Social. Contudo, a atribuição desta prestação gerou controvérsia na sociedade portuguesa. Tal levou a diversas modificações legislativas no seu regime jurídico que originaram três processos de fiscalização da constitucionalidade. Os diversos acórdãos do Tribunal Constitucional em matérias atinentes ao rendimento social de inserção confirmam a possibilidade de o legislador de modificar direitos derivados a prestações que densifiquem direitos fundamentais ao arrepio do princípio do não retrocesso social invocado por parte da doutrina. Contudo, as alterações legislativas terão de respeitar os princípios fundamentais da Constituição com especial destaque para os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da igualdade consagrados nos artigos 1º, 2º e 13º da lei fundamental.

## Referências Bibliográficas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1º a 107º*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Correia, José Manuel Sérvulo. *Teoria da Segurança Social: apontamentos das lições proferidas no ano letivo de 1967-68*. Lisboa: Instituto de Estudos Sociais, 1967.

---

<sup>412</sup> [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 296/2015 . \(tribunalconstitucional.pt\)](http://tribunalconstitucional.pt)

<sup>413</sup> [TC > Jurisprudência > Acórdãos > Acórdão 296/2015 . \(tribunalconstitucional.pt\)](http://tribunalconstitucional.pt)

Departamento de Prestações e Contribuições. *Guia Prático – Rendimento Social de Inserção*. Lisboa: Instituto da Segurança Social, I.P. 2022. [https://www.seg-social.pt/documents/10152/15010/8001\\_rendimento\\_social\\_insercao/75f2f024-aeac-42dc-81ad-503ab0e9c441](https://www.seg-social.pt/documents/10152/15010/8001_rendimento_social_insercao/75f2f024-aeac-42dc-81ad-503ab0e9c441)

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2020.

MIRANDA, Jorge & Medeiros, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Volume I, Preâmbulo, Princípios Fundamentais, Direitos e Deveres Fundamentais, Artigos 1º a 79º*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2017

RIBEIRO, José Sousa. *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Almedina, 2021.

# SEGURANÇA ALIMENTAR DEMOCRÁTICA

## Democratic Food Security

Miguel Belinati Piccirillo<sup>414</sup>

Pietro de Jesús Lora Alarcón<sup>415</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Estado Democrático de Direito e Soberania Popular; 3. Segurança Alimentar e Democracia; 4. Considerações Finais. Referencias Bibliográficas.

**Resumo:** A construção de uma sociedade democrática e participativa pressupõe a garantia de direitos fundamentais sociais. Para que as pessoas possam participar adequadamente do processo decisório é preciso que lhes seja garantido o acesso à moradia, o acesso ao transporte, o acesso à segurança, o acesso à saúde, o acesso à educação e especialmente o acesso à segurança alimentar. A insegurança alimentar além de causar efeitos nos indivíduos e nas famílias gera transtornos em toda a sociedade. Para a consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito é preciso concretizar os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Uma pessoa que convive com a fome não pode se dedicar adequadamente a solução de problemas de sua cidade, de seu estado ou de seu país pois tem a preocupação imediata de assegurar o pão de cada dia. Para assegurar a estabilidade democrática e o acesso ao desenvolvimento é preciso primeiro criar mecanismos para acabar com a fome e para garantir segurança alimentar para todos. A fome é um flagelo social e individual e seu combate deve ser entendida como política de Estado. Pretende-se apresentar dados sobre a situação da fome na República Federativa do Brasil, assim como os meios jurídicos disponíveis para que o Estado possa garantir o acesso à alimentação possibilitando assim a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Far-se-á ainda uma pesquisa bibliográfica para tratar da questão da fome, da questão da segurança alimentar, do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, do objetivo fundamental de eliminar a pobreza e a marginalização e por fim relacionar esses assuntos com o Estado Democrático de Direito previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**Palavras-chave:** Fome; Segurança Alimentar; Desenvolvimento e Democracia.

**Abstract:** Building a democratic and participatory society presupposes the guarantee of fundamental social rights. So that people can properly participate in the decision-making process, they must be guaranteed access to housing, access to transport, access to security, access to health, access to education and especially access to food security. Food insecurity, in addition to causing effects on individuals and families, generates disorders throughout society. For the consolidation of a true Democratic State of Law it is necessary to materialize the constitutionally guaranteed social rights. A person who lives with hunger cannot adequately dedicate himself to solving the problems of his city, his state or his country because he is immediately concerned with ensuring his daily bread. To ensure democratic

---

<sup>414</sup> Doutorando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ItE-Bauru. Professor de Direito Constitucional da Uel-Pr. Diretor do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Uel. E-mail: miguel.belinati@uel.br

<sup>415</sup> Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito Público e relações Internacionais da PUC/SP. Professor Titular do Centro Universitário Bauru – CEUB/ITE. Pós-Doutorado pela Universidad Carlos III de Madrid e Pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: plalarcon@uol.com.br

stability and access to development, mechanisms must first be created to end hunger and ensure food security for all. Hunger is a social and individual scourge and its fight must be understood as a State policy. It is intended to present data on the situation of hunger in the Federative Republic of Brazil, as well as the legal means available for the State to guarantee access to food, thus enabling the construction of a free, fair and solidary society. There will also be a bibliographical research to deal with the issue of hunger, the issue of food security, the fundamental objective of building a free, fair and solidary society, the fundamental objective of eliminating poverty and marginalization and finally relating these matters with the Democratic State of Law foreseen in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

**Keywords:** Hunger; Food Security; Development and Democracy

## **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição brasileira de 1988 reconheceu o princípio democrático e a soberania popular, consagrando ainda um leque generoso de direitos fundamentais.

Apesar da amplitude dos direitos estampado no seu texto normativo, bem como das diversas situações de reconhecimento formal do princípio democrático, a participação política efetiva do povo brasileiro é mediada e limitada por fatores e obstáculos que revelam profundas desigualdades sociais.

A partir dos indicadores de 2022, o retorno do Brasil ao mapa da fome, além de constituir um grande retrocesso social e econômico, se projeta a consequências políticas que dificultam e impedem a participação popular plena nas decisões sobre o futuro do Estado. (SENADO, 2023).

Destarte, pretende-se abordar, desde uma ótica jurídica crítica, a problemática da fome e da segurança alimentar como fator necessário para a construção do Estado Democrático de Direito.

## **2. Estado Democrático de Direito e Soberania Popular**

O Brasil é um grande produtor de alimentos. Na verdade, o país consegue produzir alimentos suficientes para atender ao consumo interno e para a exportação (EMBRAPA, 2022).

Essa evidencia comprova as contradições da sociedade brasileira. É dizer, embora seja um grande fornecedor de alimentos o país retornou ao mapa da fome. Ao mesmo tempo em que a exportação de alimentos e gêneros alimentícios é ampliada, milhões de pessoas sofrem com a falta de uma alimentação adequada. Segundo os dados do 2º inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, no ano 2022, 33,1 milhões de pessoas não tinham que comer e são mais de 14 milhões de pessoas no Brasil

em situação de fome. Igualmente, 58,7% da população brasileira convive com algum grau de insegurança alimentar (NUTRICIONAL, 2022).

Pois bem, por outro lado, o Diploma Constitucional brasileiro promulgado em 1988 estabelece no seu artigo 1º que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Se instala, assim, o princípio democrático que logo será complementado no parágrafo único do mesmo artigo com o postulado da soberania popular.

Assim, nos termos da Carta (BRASIL, 2023):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

E logo, no parágrafo lê-se: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 2023).

Um pouco mais adiante, no artigo 14, se detalha o reconhecimento da Soberania Popular, expondo-se que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular” (BRASIL, 2023).

A intenção constitucional de edificar um Estado Democrático de Direito implica que daqui emana um dever jurídico de alicerçar o exercício cotidiano do poder público em favor da democracia, isto é, de gerar os canais e mecanismos tendentes a incentivar a participação, deliberação e manifestação, em todos os níveis possíveis, da cidadania.

Essa pretensão, em tal sentido, perpassa, inclusive, o exercício de interpretação e aplicação do Direito. É dizer, o próprio direito deve ser construído também com respeito ao princípio democrático (CANOTILHO, 2014).

Veja-se, ainda, que o reconhecimento do poder popular sugere que o Estado apresenta uma dimensão pessoal, identificada na massa popular, identificada pelos atributos da nacionalidade. É precisamente essa massa a que deve participar das deliberações políticas, de forma que aquelas decisões que sejam proferidas a margem da discussão democrática carecem de compatibilidade com a Constituição.

Por isso, não há como desvincular o caráter democrático do Estado, manifestado no texto normativo, nem da atuação do ente público nem da atuação dos particulares. A democracia, a cidadania e a participação popular constituem eixo transversal da intenção

constitucional quanto ao regime político e a própria forma de ser da sociedade (CANOTILHO, 2014).

### **3. Segurança Alimentar e Democracia**

Entrelaçaremos o postulado democrático com a problemática da segurança alimentar. É preciso esclarecer que o direito à alimentação não foi originalmente previsto na Carta de 1988.

Com efeito, foi tão somente no 2010 que o direito à alimentação foi reconhecido expressamente como direito social fundamental através da Emenda Constitucional n.64. Assim, na redação atual do artigo 6º da carta da República (BRASIL, 2023):

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

Veja-se que o aquilo que certamente já deveria ser considerado um direito fundamental do ponto de vista substancial, decorrente da matriz da dignidade humana como autêntico valor de pré-compreensão do ordenamento jurídico, passou a ser considerado formalmente fundamental. Isso significa que hoje não há como esquivar a aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais à segurança alimentar.

Em tal sentido, aplicar-se-á, para efeitos de sua interpretação e aplicação a máxima efetividade de sua finalidade como direito ligado à proteção da vida e da saúde humana, com os quais tem clara interdependência; a proibição de retrocesso, que impede ao Estado de estabelecer política dirigidas a menosprezar sua importância ou reduzir seu alcance; a integralidade de um conteúdo jurídico próprio; sua universalidade e aplicabilidade direta, como corresponde aos direitos considerados pelo constituinte como fundamentais, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição (SIQUEIRA, 2015).

De maneira mais singela podemos afirmar, com todas as letras que se a Constituição reconhece o direito à alimentação como um direito fundamental, então constitui um dever fundamental do Estado assegurar que o ser humano brasileiro e incluso, em interpretação extensiva e atrelada à plena vigência universal dos direitos, que todos os que se encontrem em solo brasileiro devem ter acesso a uma alimentação adequada (SIQUEIRA, 2015).

Esse dever fundamental atravessa várias dimensões: a) implica que o Estado deve-se omitir de realizar práticas que entorpeçam a efetividade do direito à alimentação; b) implica que o Estado deve remover os obstáculos que impeçam o exercício do direito, assegurando o acesso e quem não possua os recursos suficientes; c) gera o dever de informação adequada sobre a qualidade dos alimentos. Neste último campo, deve-se destacar que é obrigação do Estado, através de seus órgão e agentes competentes, verificar e informar sobre a quantidade de sódio, de açúcar e ingredientes que fazem parte dos produtos de consumo.

Há que advertir que o reconhecimento infraconstitucional do direito à alimentação foi anterior ao da própria Constituição. A lei n. 11.346/2006(BRASIL, 2023) em seu artigo segundo dispõe que:

A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Observe-se que a própria legislação reconhece que o direito à alimentação é indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, ratificando o sentido de interdependência de direitos. Sem alimentação não há vida, nem saúde, nem condições de exercer direitos como a educação, nem forças para o trabalho. Aqui, em sentido complementar à alimentação é preciso mencionar a introdução pela EC 114 de 2021 da renda básica familiar. Assim, nos termos do parágrafo único do artigo 6º (BRASIL, 2023):

Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.

Veja-se que uma alimentação adequada é fundamental para que as pessoas possam exercer as mais diversas atividades. A criança para estudar e assimilar o conhecimento ministrado no ambiente escolar precisa estar adequadamente alimentada. Neste sentido, deve-se observar o destaque que a Constituição fornece aos cuidados com os jovens, crianças e adolescentes. Veja-se que no artigo 227 se determina: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação (...)”.

Importante analisar como alguns autores expressam sua preocupação com a chamada “alimentação adequada”. Assim, Mariana de Araujo Ferraz(2017) expõe:

O conceito de adequação do alimento remete a uma ideia de quantidade suficiente para uma existência normal e ativa (e não a uma porção mínima de calorias que previna a morte por inanição) Remete também à qualidade que atenda não só à proteção contra a fome, mas também a outras determinantes sociais, culturais e ambientais.

Veja-se que a alimentação adequada é necessária para possibilitar as condições de exercício de praticamente toda a atividade econômica, cultural, social e claramente a política.

A participação política requer de que um conjunto de direitos sejam efetivados, de maneira que essa incidência nos assuntos da pólis possa ser realizada de forma consciente, contundente, de forma que a pessoa projete sua vontade ao conjunto das decisões que conduzem à própria construção da lei, das políticas públicas e em geral do Direito.

Em tal sentido, é preciso enxergar como moradores de rua que sofrem com severas restrições alimentares ou pessoas desprovidas de uma renda têm prejudicada sua possibilidade de participação democrática. Não se está a negar que, por exemplo, nas periferias das grandes cidades existam esforços necessários, louváveis e que demonstram a capacidade de resistência do povo brasileiro para não se deixar arrastar pela ineficácia estatal e a inefetividade dos direitos. A exigência popular de efetivar direitos oriunda dos setores mais carentes é também uma forma de participação política. Mas isso não pode esconder, por exemplo, que dificuldades de transporte público impeçam, em muitos lugares do vasto Brasil, que as pessoas se dirijam a postos de votação para exercer o direito ao voto.

Mais gravemente, há que falar da urgência de suprir a necessidade básica de alimentação. Vencer a fome passa a ser a prioridade primeira.

Segundo Josué de Castro(2022) a fome :

não age apenas sobre os corpos das vítimas da seca, consumindo sua carne, corroendo seus órgãos e abrindo feridas em sua pele, mas também age sobre seu espírito, sobre sua estrutura mental, sobre sua conduta moral. Nenhuma calamidade pode desagregar a personalidade humana tão profundamente e num sentido tão nocivo quanto a fome, quando atinge os limites da verdadeira inanição.

Não é possível continuar em um cenário no qual limitar ou proibir o exercício democrático seja uma constante para aqueles que não possuem acesso a uma alimentação

adequada. Propõe-se que o Estado possa assegurar através de políticas públicas que todos tenham acesso a uma alimentação adequada pois, além da dimensão de direito social o correto acesso aos alimentos é necessário para possibilitar o debate político.

Walter Claudius Rothenburg (2021) também aborda a questão do relacionamento do Direito à Alimentação com outros direitos. O autor afirma que

Como os direitos fundamentais em geral, o direito à alimentação relaciona-se a diversos outros (inter-relação). A alimentação está intrinsecamente ligada aos mais elementares direitos à vida, à saúde, mas também ao direito à educação (ensino), do que é exemplo a merenda escolar. Há relações com o direito ambiental e o princípio da sustentabilidade e mesmo os direitos culturais e a preservação de tradições e costumes dos povos tradicionais naquilo que diga respeito aos seus hábitos alimentares.

Segundo Dirceu Pereira Siqueira (2015):

O Estado tem um vasto campo em que deve atuar para a concretização do direito à alimentação adequada dos indivíduos ou da sociedade; seja realizando campanhas de conscientização e instrução, seja fiscalizando o cumprimento das normas, envidando esforços para facilitar o acesso das pessoas à alimentação adequada, com o fim precípuo de garantir a todos uma existência digna.

Não existe a possibilidade de construção de um Estado Democrático de Direito sem a garantia de direitos sociais em especial sem assegurar o acesso a alimentação adequada.

A própria Lei n. 11.346/2006 (BRASIL, 2023) estabelece uma definição de segurança alimentar em seu artigo terceiro:

Art. 3º A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis

E na sequência dispõe sobre a abrangência da segurança alimentar (BRASIL, 2023):

Art. 4º A segurança alimentar e nutricional abrange: I - a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição de alimentos, incluindo-se a água, bem como das medidas que mitiguem o risco de escassez de água potável, da geração de emprego e da redistribuição da renda; II - a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos; III - a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social; IV - a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos

alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população; V – a produção de conhecimento e o acesso à informação; e VI – a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País; VII - a formação de estoques reguladores e estratégicos de alimentos.

A construção da segurança alimentar é um processo dinâmico, o Estado deve construir políticas permanentes para assegurar o acesso aos alimentos.

Inclui-se na segurança alimentar a questão da produção, distribuição e comercialização de alimentos, a questão do respeito ao meio ambiente, a questão do desenvolvimento sustentável, a questão sanitária, o acesso à informação adequada e a formação de estoques reguladores e estratégicos.

Para aqueles que não possuem condições de acesso a alimentação adequada em virtude de questões econômicas o Estado deve promover políticas de transferência de renda e de distribuição de alimentos.

As desigualdades e contradições existentes na sociedade brasileira criam obstáculos para a plena participação política. A efetividade do direito a segurança alimentar é fundamental para a Construção do Estado Democrático de Direito.

#### **4. Considerações Finais**

Embora o Brasil seja um grande produtor de alimentos, encontra-se atualmente no mapa da fome.

A Constituição da República Federativa do Brasil possui os instrumentos necessários para a construção de um Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania popular.

Para que a participação popular seja plena existe a necessidade de reconhecimento e de garantia de direitos sociais, em especial o direito à alimentação e a segurança alimentar.

A Constituição de 1988, por emenda reconheceu o direito à alimentação, a legislação infraconstitucional também reconhece tal direito.

O direito à alimentação caracteriza-se como direito social, a segurança alimentar também possui tal característica.

Os direitos sociais relacionam-se com outros direitos como o direito à vida, à saúde e a dignidade. Defende-se que a concretização dos direitos sociais é necessária para o bom debate democrático.

Somente com uma alimentação adequada é possível uma plena participação popular democrática.

Sair do mapa da fome é fundamental para a construção do Estado Democrático de Direito.

## Referencias Bibliográficas

ALFONSIN, Jacques Távora. **O Acesso à Terra como Conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e À Moradia**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ALMEIDA FILHO Niemeyer; RAMOS, Pedro. **Segurança Alimentar: Produção Agrícola e Desenvolvimento Sustentável**. Campinas: Editora Alínea, 2010.

BRASIL, República Federativa do. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) . Acesso em 03 de maio de 2023.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.346/2006 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111346.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111346.htm) . Acesso em 02 de maio de 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Josué de. **Geografia da Fome: o dilema brasileiro: pão ou aço**. São Paulo: Todavia, 2022.

EMBRAPA. Ciência e Tecnologia tornaram o Brasil um dos maiores produtores mundiais de alimentos. 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 01 de maio de 2023.

FERRAZ, Mariana de Araujo. **Direito Humano à Alimentação e Sustentabilidade no Sistema Alimentar**. São Paulo: Paulinas, 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Segurança Alimentar e Desenvolvimento Sustentável: A Tutela Jurídica da Alimentação e das Empresas em face do Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NUTRICIONAL, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil**. Disponível em <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf> . Acesso em 03 de maio de 2023.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos Sociais são Direitos Fundamentais Simples Assim**. Salvador: Juspodim, 2021.

SENADO, Agência. Retorno do Brasil ao mapa da fome preocupa senadores e estudiosos. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/10/retorno-do-brasil-ao-mapa-da-fome-da-onu-preocupa-senadores-e-estudiosos> . Acesso em 03 de maio de 2023.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Teoria Geral do Direito à Alimentação**: Cultura, Cidadania e Legitimação. Birigui: Boreal, 2015.

SOUZA, Jesse. **A Ralé Brasileira**. 3.ed. São Paulo: Contracorrente, 2018.

# SUSTENTABILIDADE E REGULAÇÃO PARA NANOTECNOLOGIAS: UMA QUESTÃO DE ESCOLHA DE NORMALIZAÇÃO TÉCNICA OU JURÍDICO-NORMATIVA?

Patricia Santos Martins<sup>416</sup>

Wilson Engelmann<sup>417</sup>

**Sumário:** 1. Sustentabilidade e Nanotecnologias: o uso das tecnologias como forma de concretização de Direitos Humanos e cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2. As possíveis respostas do ordenamento jurídico ao cenário nanotecnológico e seu necessário diálogo com fontes de normalização técnica na construção do desenvolvimento sustentável: o hibridismo normativo. 3. Considerações Finais. 4. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O presente trabalho pretende estabelecer alguns traços teóricos acerca do desenvolvimento nanotecnológico, a diversidade de aplicação, especialmente no que diz respeito a produção de energia limpa, bem como analisar o cenário regulatório sob a perspectiva de normalização técnica e jurídico-normativa como instrumentos de garantia para um desenvolvimento sustentável com a manutenção de condições ambientais e da vida humana adequadas aos ditames já assegurados no texto constitucional e elevados por este, ao status de direitos fundamentais. Para isso se optará por lançar bases teóricas do escopo nos conceitos defendidos por Benoit Frydman sobre a categoria do hibridismo normativo, ao propor um diálogo entre a normalização técnica de instituições privadas ou não governamentais como a ISO e a produção jurídico-normativa feita pelo monopólio estatal. Por fim, ao entrelaçar os campos técnico e jurídico se propõe uma interface a partir do conteúdo de seus princípios para vislumbrar a possibilidade de atender a categoria conceitual de sustentabilidade no curso do desenvolvimento nanotecnológico. O texto busca responder a questão: “sob quais condições se pode analisar o desenvolvimento das nanotecnologias, para assegurar um desenvolvimento sustentável e cumprimento dos ODSs, diante da ausência de marco regulatório nanoespecífico?”, e, a metodologia empregada será a fenomenológica construtivista, que parte da existência de um fenômeno para construir as possibilidades de resposta, utilizando-se de técnicas de pesquisa como a revisão bibliográfica e pesquisa a textos legais, artigos produzidos pelas diferentes áreas do saber e doutrina jurídica.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais e Nanotecnologias; Hibridismo Normativo e Nanotecnologias; Nanotecnologias e Sustentabilidade.

---

<sup>416</sup> Professora Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/São Leopoldo/RS (Bolsa Capes/Proex). Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO/Unisinos/RS. Professora no Curso de Graduação em Direito na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA/Torres/RS. E-mail: patricia.mart@hotmail.com

<sup>417</sup> Pós-doutor en los Retos Actuales del Derecho Público pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha; Profefssor do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br

## **1. Sustentabilidade e Nanotecnologias: o uso das tecnologias como forma de concretização de Direitos Humanos e cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**

Tratar de temas como a sustentabilidade e nanotecnologias, implica no compromisso de esclarecer a conexão destes conceitos e práticas em todas as demais esferas do saber e do cotidiano, por que não se trata de um saber isolado, ou de práticas empresariais isoladas, mas de determinadas condutas (no que diz respeito à sustentabilidade) e determinados fenômenos (no que tange às nanotecnologias) que afetam, alteram a realidade e repercutem em consequências econômicas e sociais cujos destinatários são difusos e cujos efeitos, são de longo prazo.

Assim, a sustentabilidade que se pretende lançar bases nesta pesquisa, diz respeito à conexão deste conceito ao princípio da solidariedade intergeracional que está presente na Constituição Federal brasileira de forma implícita no conteúdo do artigo 225 ao referir que a responsabilidade da preservação e defesa de um meio ambiente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, ao Poder Público e à sociedade. Princípio que por sua vez, vem inspirado pela Declaração de Estocolmo de 1972.

Soma-se a essa ideia de um enunciado transgeracional o fato de que não se pode consentir que o desenvolvimento econômico, e vinculado a este, o tecnológico e nanotecnológico, despreze que a longo prazo, persiste o direito das próximas gerações às mesmas condições no que diz respeito aos recursos disponíveis, do que as atuais.

A percepção de sustentabilidade não se esgota no futuro previsível e do qual se tem, muitas vezes, uma expectativa de resultados das atuais descobertas científicas, mas perdura enquanto se pode imaginar que perdure a espécie humana na terra. Com isso, o conceito de sustentabilidade se apresenta mais, como uma maneira de se conduzir, do que uma decisão de emergência para satisfazer necessidades de mercado e responsabilidade social. A sustentabilidade se desdobra em vieses econômico, social, normativo, dentre outras perspectivas que se pode explorar. Ao tratar do tema, Garce (2021, p.143) enfatiza que os direitos só podem ser usufruídos com significado, se a presente geração os respeitar, em outras palavras, a exploração dos recursos disponíveis na atual geração, deve ser entendida como algo a ser explorado com responsabilidade tal que, conforme Weiss (2008, p.3) “o conceito básico é de que todas as gerações são parceiras, cuidando e deixando a Terra e os recursos naturais em tão bom estado quanto o recebemos. Isso tem por base três princípios de equidade intergeracional: opções, qualidade e acesso. Para Weiss esses três princípios dão

espaço a um equilíbrio entre a realidade presente e as possibilidades futuras, inclusive quanto aos Direitos futuros.

A partir da compreensão deste conceito amplo de sustentabilidade, se propõe analisar o desenvolvimento nanotecnológico como forma de concretização de direitos humanos e de alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Para isso, se diz das nanotecnologias aquelas diversas técnicas que, empregadas em diferentes áreas, carrega consigo a promessa de vantagens de produtividade, eficiência, além de econômicas e de consumo, capaz de atender aos mais recentes anseios sociais. Ao referir-se também às nanotecnologias, se diz da possibilidade de emprego de técnicas pelo homem com o objetivo de explorar, a escala nanométrica, equivalente a uma bilionésima parte de um metro, cuja equação matemática pode ser representada pela expressão:  $10^{-9}$  ou ainda dizer de um tamanho equivalente entre 1 a 100 nanômetros, por convenção conceitual. (MARTINS, 2021, p.49/50). Além disso, como recorte conceitual se utiliza a cadeia de padrões emitidas pela ISO uma vez que, na atualidade, é a organização de normalização técnica com mais normas emitidas acerca de padronizar as especificações e regular padrões metrológicos aplicados à nanoescala, além de ter também ofertado a todos os países membros, nas três distintas categorias de membros, normas que se propõem a qualificar condutas através de padrões técnicos procedimentais. No Brasil, representada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, tem realizado a tradução de internalização de normas técnicas aplicadas à nanoescala visando assegurar aos desenvolvedores e produtores de nanotecnologias e nanoproductos, ambiente de desenvolvimento em conformidade com o enunciado de princípios coerentes com princípios constitucionais brasileiros e voltados à atender, os objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030, especialmente os objetivos diretamente relacionados à sustentabilidade como 06, 07, 09, 12 e 13 dentre outros, que tratam de temáticas vinculadas água e saneamento, energia acessível e limpa, indústria, inovação e infraestrutura, cidades e comunidades sustentáveis, consumo e produção responsáveis, combate as alterações climáticas, dentre outros.

A exploração nanotecnológica pode ser acompanhada, pelos dados quantitativos publicados na base de dados StatNano, que até maio de 2023 indica o registro de 10.765 produtos gerados a partir da atividade de 3608 empresas e em 67 diferentes países (StatNano, 2023, ProdutosDataBase). A partir da leitura dos dados disponibilizados, se verifica que os três segmentos que mais desenvolvem a partir de nanoproductos ou nanotecnologias são, respectivamente: indústria de eletrônicos, medicamentos e construção civil. Seguidos na

sequência por cosméticos, têxteis e automotivos, em uma listagem onde se inclui também a indústria alimentícia de petróleo e energias renováveis (StatNano, 2023, ProdutosDataBase).

A exploração da qual resultam as soluções apresentadas nos diversos produtos já disponíveis no mercado, envolve refletir sobre o impacto deste desenvolvimento não somente nos vetores (de extrema importância) econômicos, de produtividade e, eficiência mas a médio e longo prazo, na parcela que este impacto gera no comprometimento dos recursos disponíveis para as futuras gerações. Isso significa dizer da responsabilidade inerente ao desenvolvimento que se propõe identificar como sustentável.

Sobre a avaliação e constatação de riscos, pesquisa publicada pelos pesquisadores do Centro de Energia Nuclear na Agricultura da Universidade de São Paulo (CENA-USP) revisaram 1.154 artigos científicos originais, publicados entre 2009 e 2022, que tratam do efeito de nanomateriais sobre 1.374 plantas de 253 espécies com o objetivo de capturar (de forma quantitativa) e organizar os parâmetros experimentais empregados pela comunidade científica, além dos resultados obtidos ao longo da última década (SANTOS et al, 2022), identificou dentre muitas variantes que se pode citar, um exemplo relevante para o alerta sobre os riscos: de que há dúvidas científicas em relação às nanopartículas, se relaciona ao “corante E171”, que contém nanopartículas de dióxido de titânio, que é normalmente encontrado em produtos alimentícios variados, além de medicamentos e cosméticos e empregado como agente branqueador e de realce em doces, chicletes, molhos brancos e glacê para bolos.

Em maio de 2021, como resultado de continuadas pesquisas científicas sobre esse corante, se descobriu o risco de que essas nanopartículas pudessem criar danos ao DNA, não sendo possível determinar a segurança para o consumo dessa modalidade de corante nanoparticulado. Como iniciativas regulatórias sobre este risco identificado, a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar (que tem o acrônimo EFSA, no inglês) emitiu documento para o Parlamento Europeu - considerando a proibição da adição desse corante que já foi adotado na França, Itália, Holanda, Alemanha - seja suspensa a autorização para a utilização a partir de 2022 (Motion for a Resolution - B9-0308/2020). Por isso, o Regulamento da Comissão Europeia 2022/63, determinou que alimentos com E171 poderiam chegar ao mercado até 07/08/2022 e comercializados até o prazo de validade, depois, não se poderá mais comercializar, fechando também o ciclo produtivo (Regulamento (UE) 2022/63 da Comissão Europeia). Essa discussão destaca a incerteza científica em relação a essa espécie de nanopartícula. Característica que está presente em muitas outras partículas nessa escala e

que integram produtos do nosso cotidiano, especialmente quando se tratam de metais pesados.

Diante da perspectiva de outros inúmeros riscos desse desenvolvimento, questiona-se qual o papel do desenvolvimento nanotecnológico, como espaço de descobertas de soluções por meio da eficiência tecnológica, para garantir que direitos humanos estejam na mira do olhar dos desenvolvedores e, que a humanidade seja colocada no topo da lista de prioridades como destinatária de seus benefícios.

A responsabilidade no desenvolvimento, que é um dos elementos essenciais de um desenvolvimento que se diz sustentável, envolve também refletir sobre os destinatários das vantagens, que não somente aqueles que imediatamente desfrutam da parcela econômica dele resultante, portanto, ao produzir uma gama de nanofármacos, importa não apenas atender aos interesses econômicos da indústria de medicamentos, mas verificar quais efetivos benefícios para os homens considerando que, de maneira global, enfrentam verdadeira batalha contra grandes moléstias.

Ademais, envolve a conscientização das organizações e empresas no que diz respeito a sua interação com a sociedade e a sua responsabilidade com relação aos espaços sociais de onde retira os recursos para a manutenção de suas atividades, a fim de conectar empresas, organizações e pessoas por meio de um elo comum a todos, qual seja, a proteção dos direitos humanos e a busca da concretização de objetivos de desenvolvimento, como aqueles identificados pela Agenda 2030: assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável da água e saneamento para todos, energia acessível e limpa, construção de infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação, assegurar padrões de produção e consumo sustentáveis e tomar medidas urgentes para combater as mudanças climáticas e seus impactos.

Dos dados extraídos da base de dados StatNano, que representa o desenvolvimento nanotecnológico é possível aferir que existem soluções sustentáveis dentro das diferentes áreas, direcionar os resultados sem a existência de um constrangimento legal consiste em amadurecimento dos princípios e conceitos acerca dos direitos humanos hoje, no futuro imediato e para a subsistência da humanidade, ao adotar condutas coerentes com enunciados que visam proteger os direitos humanos, independente da existência de um marco normativo nanoespecífico é a representação da responsabilidade social que se inspira no tripé de equidade proposto por Weiss: “opção, qualidade e acesso” e que repercute em tomada de decisões na atualidade que sejam racionais, economicamente viáveis e de qualidade para

promover a manutenção de idênticas condições das gerações futuras, com relação ao desenvolvimento humano e tecnológico, que a atual geração desfruta. O resultado desta equação, promoverá o acesso aos direitos humanos e de desenvolvimento individual, social e tecnológico, equilibrado.

## **2. As possíveis respostas do ordenamento jurídico ao cenário nanotecnológico e seu necessário diálogo com fontes de normalização técnica na construção do desenvolvimento sustentável: o hibridismo normativo**

As respostas esperadas pelo Direito ao desenvolvimento nanotecnológico, deve necessariamente passar pelo vazio regulatório ainda persistente. Apesar de iniciativas legislativas, não há em vigor, efetivamente nenhuma regulação proposta a exemplo das citadas nas iniciativas europeias.

Razão pela qual, ao explorar o tema proposto, é necessário manter o olhar na categoria de hibridismo normativo proposto por Frydman, em que hibridismo normativo é o meio de aproximar o Direito do resultado da inovação e tecnologias que possuem a marca da celeridade das transformações. Benoit Frydman na obra *O Fim do Estado de Direito: Governar por standards* (2018, p.92) , ratifica o uso por parte do Estado de categorias de normas que surgem de sistemas mundiais autorreprodutores, cada qual com sua respectiva autonomia, como o sistema da economia, a ciência, a cultura, a técnica, o sistema de saúde, a previdência social dentre outros; para o autor o hibridismo normativo é o diálogo entre as normas produzidas pelo Estado e o uso, pelo próprio Estado, de normas (inclusive as Normas Técnicas da ISO) que são produzidas fora do monopólio estatal mas que protegem ou tenham por objetivos e princípios, a proteção dos bens jurídicos já tutelados no ordenamento jurídico.

Frydman (2018, p.93), ao narrar que o próprio Estado, quando necessita produzir regulação acerca de temas muito específicos, lança mão da interface entre outros atores de produção de normas técnicas apropriando-se de seu conhecimento e norma produzida para inserí-la na produção de norma jurídica; além disso, o Estado se curva a padrões de normalização técnica econômicos e de sustentabilidade, apropriando-se por exemplo do uso de indicadores de risco-país ou ainda, reconhecendo a existência e adequando-se aos ditames técnicos sobre a redução de gases poluentes, aderindo aos chamados papéis de crédito de carbono. Inúmeras já são as interfaces já existentes e utilizadas pelos diversos países e as

normas produzidas por diferentes atores de normalização (organizações não governamentais, empresas etc.).

O diálogo entre as fontes do Direito e fontes de normalização técnica representa um grau de especificidade técnica necessária e adequada ao retrato atual do desenvolvimento nanotecnológico, à disposição do Direito. Em primeiro lugar, por que os processos de produção legislativos brasileiros, por meio das escolhas constitucionais que visam proteger e oferecer segurança jurídica à sociedade, se apresenta engessado por diversas questões burocráticas que não caminham no mesmo ritmo que as nanotecnologias (essencialmente caracterizadas por serem disruptivas), em segundo lugar por que abrangem elementos técnicos que não se encontram vislumbrados pelos responsáveis pela produção jurídica normativa e que são determinantes vetores de vantagens ou riscos, e por estarem no foco da produção das normas técnicas podem ser informações úteis ao sistema normativo, beneficiando toda a sociedade.

Assim, o hibridismo proposto por Frydman, abre espaço para uma convivência normativa pacífica, ordenada por princípios e de atuação técnico-normativa suplementar à regulação jurídica produzida pelo Estado.

O que se busca concretizar por meio do convívio entre normas jurídicas e técnicas, é a proteção de determinadas condições de desenvolvimento, de garantia quanto aos bens jurídicos já tutelados, e, de responsabilidade com relação a exploração dos recursos disponíveis na atualidade. Somando-se a Frydman, Delmas-Marty também considera acerca de uma renovação sobre os atores de produção normativa, que existe um movimento de renovação das representações que fundamentam os sistemas jurídicos, Delmas-Marty (2013) proporciona a possibilidade de se compreender que surge uma nova contingência, que remete com o que Frydman (2018) menciona acerca da existência de uma nova possibilidade para o Direito, dentro de uma perspectiva de novos canteiros normativos, um hibridismo jurídico. Em outras palavras, a referida abertura que se lança mão nas expressões de Delmas-Marty conecta-se com os conceitos de hibridismo jurídico-normativo e da atuação dos novos atores de produção normativa, fora do monopólio estatal.

Os Estados já utilizam parte da produção normativa metaestatal como os indicadores econômicos, os créditos de carbono e esta cognição estatal com relação à produção normativa que ocorre fora do contexto tradicional de produção normativa dos Estados, reflete que há por parte dos próprios Estados esta contingência normativa.

Para a autora, a velocidade do desenvolvimento pede reflexões “em tempo real” e, que a França neste sentido, desistiu de revisar as leis de bioética, deixando que a jurisprudência assumisse o caminho de adaptar a realidade deste célere desenvolvimento (DELMAS-MARTY, 2013, p.81-82). Para Delmas-Marty, importa refletir: (i) que esta renovação tecnológica ocorre em um curtíssimo espaço de tempo; que: (ii) o desenvolvimento tem afetado ao mesmo tempo, nossas representações e sociedade, e os limites à ação humana (biotecnologias), que abre novas possibilidades de comunicação entre seres humanos, através das tecnologias de informação (TICs) e, por fim que (iii) que as inovações tecnológicas, por muito tempo, contribuiu para humanização, e para o agir humano sobre aquilo que é nãohumano (DELMAS-MARTY, 2013, p. 83).

A consequência de um cenário desenvolvimentista disruptivo e inovador, é a obtenção de produtos e soluções igualmente inovadoras para velhos problemas da humanidade, e, diante disso, mantendo-se os mesmos padrões de produção normativa, revela-se insuficiente a proteção dos direitos humanos e fundamentais por meio dos mesmos mecanismos normativos produzidos pelo Estado.

A Organização ISO de padronização técnica, no Brasil representada pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, tem a participação de 167 órgãos nacionais de padronização, e por meio de seus membros, consegue reunir especialistas que compartilham seu conhecimento com o intuito de desenvolver padrões técnicos de maneira voluntária, apoiados em um consenso de necessidades a serem atendidas sob a perspectiva técnica e de mercado, acompanhando e apoiando a inovação, além de conseguirem fornecer soluções aos desafios globais.

Apesar dos padrões produzidos pela ISO não terem um caráter vinculante eles possuem legitimidade regulatória em face da relevância da participação e da ampla divulgação de seus padrões, em diferentes países. Dessa forma, na medida em que se tem representantes de cada país participando do processo de elaboração desses Standards, eles acabam tendo uma conjugação de interesses públicos com elementos privados, formando um conjunto de normas jurídicas, do tipo de normas técnicas e que destacam uma nova forma de produção de normas para regular comportamentos.

Esse tipo de regulação interessa ao cenário nanotecnológico, em que os padrões técnicos deverão ser seguidos por todas as partes interessadas e que operam ao longo de todo o ciclo de vida de um nanomaterial, especialmente nos setores da agricultura, alimentos e questões ambientais, dentre os demais acima apresentados. Não será necessário aguardar

nenhuma outra iniciativa ou fórmula de regulação. Os Standards têm validade jurídica, pois foram criados a partir de procedimentos publicizados por cada uma dessas organizações e estão alinhadas com o estado atual do desenvolvimento das nanotecnologias. Portanto, apresentam elementos intrínsecos e extrínsecos para serem considerados normas jurídicas. Como são 55 organizações localizadas em 44 países diferentes, além de se considerar que cada uma dessas organizações é a reunião de diversos Estados membros (países), os Standards apresentam uma abrangência global que dificilmente se conseguirá com qualquer outra iniciativa regulatória (ISO, 2023).

Assim, é possível afirmar que a categoria conceitual de hibridismo normativo proposta por Frydman e presente em outros autores como Delmás-Marty representam uma tendência factível sob o ponto de vista da produção normativa, especialmente naquilo que diz respeito à produção de inovação e tecnologias disruptivas como a nanotecnológica.

A proposta encontra fundamento também na manutenção entre as fontes, de um diálogo oxigenado por enunciados principiológicos que respeitam, coordenam e visam concretizar condutas de responsabilidade social, econômica e um compromisso com relação aos direitos já assegurados ao homem, possibilitando que, o desenvolvimento nanotecnológico e de quaisquer tecnologias de inovação, sejam seguros e sustentáveis.

Como conclusões parciais se tem acerca da possibilidade de estabelecer interfaces regulatórias entre normas técnicas e normas jurídicas desde que, da análise dessas esteja evidente a interface no conteúdo de seus princípios e a proteção aos direitos fundamentais já assegurados constitucionalmente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O desenvolvimento de nanotecnologias representa a presença humana em uma escala de exploração até então pouco explorada, e que, pelas alterações das reações físico-químicas dos materiais em razão das características da nanoescala, poderão dar espaço a diversos novos produtos, com características atraentes devido à meios eficiência, produtividade além de servirem como soluções para a fome, o uso de energia limpa, acessibilidade a água potável, medicações mais precisas com fármacos tecnologicamente mais eficientes, dentre outras várias aplicações.

A problemática não está no quanto a humanidade é capaz de desenvolver, ou quais os limites da exploração tecnológica, mas de que forma esse desenvolvimento poderá ocorrer

para ser considerado sustentável sob a perspectiva teórica de manutenção dos recursos e direitos de desenvolvimento das futuras gerações.

Com isso, foi possível verificar o status atual do desenvolvimento de nanotecnologias, a diversidade de aplicações e setores industriais que mais desenvolvem nesta área além de se produzir uma reflexão acerca da insuficiência normativa existente no Brasil, referente à proteção aos possíveis riscos derivados do desenvolvimento.

Em face da eventualidade de riscos, é necessário que determinados padrões normativos sejam considerados e, na ausência destes, a promoção de um diálogo entre fontes jurídico-normativas e fontes de normalização técnica, aos moldes da ISO, que tenham em comum, um conteúdo principiológico que proteja direitos já tutelados como o direito ao desenvolvimento humano, um meio ambiente equilibrado, acessibilidade a água potável e saneamento, a redução das desigualdades, ainda que, em cada modelo de produção normativa, esses elementos sejam protegidos de distintas maneiras e que, do desenvolvimento nanotecnológico a partir dos padrões técnicos se possa extrair elementos informativos capazes de demonstrar ao Direito o cumprimento de princípios jurídicos já conhecidos.

A sistemática proposta de um diálogo entre Fontes, envolve a categoria conceitual de Frydman, identificada como hibridismo normativo, que surge a partir do uso, pelos Estados de normas técnicas produzidas por diferentes atores e servem para assegurar o cumprimento de objetivos Estatais de desenvolvimento e ao mesmo tempo, cumprimento de condutas coerentes com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável propostos na Agenda 2030 da ONU.

Se é possível observar que o Estado se serve na fonte técnica utilizando padrões da economia como norteadores do ordenamento jurídico, é possível afirmar que a produção de normas técnicas pode servir ao Direito para informar, consolidando uma interface, padrões de conduta de desenvolvimento nanotecnológico adequadas ao desenvolvimento sustentável.

Com isso, é possível responder ao problema proposto para a pesquisa: “sob quais condições se pode analisar o desenvolvimento das nanotecnologias, para assegurar um desenvolvimento sustentável e cumprimento dos ODSs, diante da ausência de marco regulatório nanoespecífico?” que, as condições para concretizar um desenvolvimento nanotecnológico sustentável e para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável passa necessariamente pelas interfaces possíveis e existentes entre diferentes

atores de produção de normas, inclusive as Normas Técnicas ISO, e o ordenamento jurídico já conhecido com seus princípios e enunciados, operando um verdadeiro elo entre o disruptivo cenário de desenvolvimento nanotecnológico e a segurança jurídica que se deposita na atividade estatal legislativa, envolta em uma espécie de segurança jurídica e técnica, capaz de suprir a ausência de marco regulatório nanoespecífico.

## Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 04 mai. 2023.

DELMAS-MARTY. Résister, responsabiliser, anticiper. Éditions du Seuil, janvier 2013. ISBN: 978-2-02-108579-2.

ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologia e direitos humanos. Cadernos de Dereito Actual, Santiago de Compostela, Espanha, n. 9. Núm. Ordinario, 2018, p. 441-487. Disponível em <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/325/> 201. Acesso em 04 mai. 2023.

FRYDMAN, Benoit. O fim do Estado de Direito: Governar por standards e indicadores. Tradução Mara Beatriz Krug. Revisão: Jânia Maria Lopes Saldanha. 2 Ed. Porto Alegre, 2018.

GARCEZ, Gabriela Soldano. O acesso à educação para garantia da dignidade das futuras gerações, nos termos da Agenda 2030. In: Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-brasileira. Organizadores: Fabio da Silva Veiga; Filippo Viggliione; Vivenzo Durante. Vol. 1. Padova. Porto. 2021. Disponível em: <<file:///C:/Users/Administrador/Desktop/Doutorado/Padova-Vol.-1-Direitos-Fundamentais-Italobrasileiro-7hi7ld.pdf>> Acesso em 04 mai. 2023.

ISO - International Organization for Standardization. 2023. Disponível em: <https://www.iso.org/about-us.html>. Acesso em 04 mai. 2023

MARTINS, Patricia Santos. As nanotecnologias e as Normas ISO: estruturando a governança regulatória por normas técnicas. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/10094>> Acesso em: 04 mai. 2023.

REGULAMENTO (UE) 2022/63 da Comissão Europeia. Regulamento (UE) 2022/63 da Comissão de 14 de janeiro de 2022 que altera os anexos II e III do Regulamento (CE) n. 1333/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho no que se refere ao aditivo alimentar dióxido de titânio (E 171). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32022R0063>. Acesso em 04 mai. 2023.

SANTOS, E.; MONTANHA, G.S.; GOMES, M.H.F.; DURAN, N.M.; CORRÊA, C.G.; ROMEU, S.L.Z.; PEREIRA, A.E.S.; OLIVEIRA, J.L.; ALMEIDA, E.; PÉREZ-DE-LUQUE, A.; GHOSHAL, S.; SANTAELLA, C.; LIMA, R.; FRACETO, L.F.; CARVALHO, H.W.P. Are nanomaterials leading to more efficient agriculture? Outputs from 2009 to 2022 research metadata analysis. Environmental Science: Nano, Issue 10, 2022. Disponível em:

<https://pubs.rsc.org/en/content/articlelanding/2022/en/d1en01078f#!divCitation>.  
Acesso em 04 mai. 2023.

STATNANO. Nanotechnology Products DataBase. Disponível em: <  
<https://product.statnano.com/> > Acesso em: 04 mai.2023.

WEISS, Edith Brown. Climate Change, Intergenerational Equity, and International Law.  
Disponível em:<  
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2637&context=facpub>  
> Acesso em: 04 mai. 2023.

# ANÁLISE DE VULNERABILIDADES NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

## Analysis of vulnerabilities in grounds for judicial decisions

Samia Saad Gallotti Bonavides <sup>418</sup>

Ana Claudia Lorenzetti Mendes <sup>419</sup>

André Del Grossi Assumpção <sup>420</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A revisão da argumentação jurídica no contexto da afirmação neopositivista e neoconstitucionalista de direitos fundamentais; 3. O problema da falta de consciência sobre a injustiça epistêmica; 4. Novos instrumentos positivos nacionais alinhados à preocupação hermenêutica com grupos vulneráveis; 5. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** O presente artigo trata de questões específicas relativamente à fundamentação das decisões judiciais, considerando ser a injustiça epistêmica, uma consequência da baixa representatividade política e, também, ao fato de identidade, o que leva a credibilizar ou não determinadas falas conforme o pertencimento do indivíduo a determinado grupo social, como acontece com os grupos minoritários em representação, que ficam vulnerabilizados, o que interfere quanto a completude dos elementos que fundamentam as decisões judiciais, diante da estigmatização e da existência de estereótipos sociais, conduzindo a conclusões discriminatórias devido ao julgamento de credibilidade. Também passa pela ideia de hermenêutica pluralista, enfrentando a questão da sustentação racional das decisões que se baseia na racionalidade usando da argumentação jurídica e, enfatizando a superação do paradigma positivista tradicional, diante do neopositivismo e neoconstitucionalismo, destacando a importância dos direitos fundamentais, com crescente valorização da vítima, pois, embora o tema da injustiça epistêmica não seja exclusivo desta, a elas é muito presente. Ao final, destacam-se novos instrumentos aptos a concretizar os direitos aos grupos vulnerabilizados, já presentes na legislação, e, ainda referendados em normativas do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, de modo a minimizar as injustiças interpretativas. O método científico utilizado para a pesquisa foi o hipotético-dedutivo, com revisão bibliográfica e normativa.

**Palavras-chave:** Hermenêutica; Fundamentação das decisões; Argumentação jurídica; Grupos vulnerabilizados; Injustiça epistêmica.

---

<sup>418</sup> Doutora em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), onde também é professora dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Procuradora de Justiça e Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional, além de Coordenadora do NUPIA, Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição e da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. E-mail: [samia@uenp.edu.br](mailto:samia@uenp.edu.br)

<sup>419</sup> Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pela Projuris Estudos Jurídicos. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Analista Jurídico do Ministério Público do estado de São Paulo. E-mail: [ana.lorenzetti@gmail.com](mailto:ana.lorenzetti@gmail.com)

<sup>420</sup> Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. E-mail: [andredga@bol.com.br](mailto:andredga@bol.com.br)

**Abstract:** The present article deals with specific issues regarding the grounds of judicial decisions, considering that epistemic injustice is a consequence of the low political representativeness and, also, the fact of identity, which leads to the credibility or not of certain speeches according to the individual's belonging to a certain social group, as it happens with minority groups in representation, which become vulnerable, interfering as to the completeness of the elements that ground the judicial decisions, in face of stigmatization and the existence of social stereotypes, leading to discriminatory conclusions due to the judgment of credibility. It also goes through the idea of pluralist hermeneutics, facing the question of rational support of decisions that is based on rationality using legal argumentation and, emphasizing the overcoming of the traditional positivist paradigm, in face of neopositivism and neoconstitutionalism, highlighting the importance of fundamental rights, with increasing valorization of the victim, because, although the theme of epistemic injustice is not exclusive to them, it is very present. At the end, we highlight new instruments capable of concretizing the rights of vulnerable groups, already present in the legislation, and, still referenced in normatives of the National Council of Justice and the National Council of the Public Ministry, in order to minimize interpretative injustices. The scientific method used for the research was the hypothetical-deductive, with bibliographic and normative review.

**Keywords:** Hermeneutics; Rationale of decisions; Legal argumentation; Vulnerable groups; Epistemic injustice.

## 1. Introdução

O conceito de injustiça epistêmica se propõe a explicar os aspectos ainda mais abrangentes das relações díspares dos indivíduos com as instâncias de poder. Remete ao exercício nem sempre declarado do poder social, que pode, também no cenário processual contribuir para a discriminação, descrédito e desrespeito a direitos fundamentais de grupos estigmatizados por sua condição de gênero ou raça, por exemplo.

Uma das características mais relevantes do poder social que subjaz à injustiça epistêmica é seu caráter pulverizado, muitas vezes inconsciente, que sobrevive nas entrelinhas das instâncias judiciárias, reproduzindo comportamentos e conclusões discriminatórias, sabendo-se que os agentes normalmente não atentam ao seu próprio papel nesse contexto. Como ressalva a doutrina norte-americana sobre esse caráter subliminar (não consciente) do poder social “[...] ele pode controlar nossas ações independentemente, inclusive, de nossas crenças.”<sup>421</sup>

Uma vez que esse fenômeno se faz conhecido, com a identificação do preconceito ou estigma durante a tomada de depoimentos, por exemplo, esse contexto não pode mais ser ignorado quando se estuda a atividade decisória dos magistrados. Trata-se de ponto inerente

---

<sup>421</sup> FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice. Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007. Versão do Kindle, posição 235. Tradução livre do original em inglês.

ao próprio acesso à justiça de pessoas e grupos inteiros que se encontram desprovidos de voz e representatividade também nos tribunais, os quais não são ouvidos, por mais que falem.

O presente artigo que é inspirado na viabilidade de perspectivas hermenêuticas pluralistas, que atendam às necessidades de nossa região periférica entre os países centrais (como salientam Jeferson Antônio Fernandes Bacelar e Vicente de Paula Barreto a respeito dos caminhos para a epistemologia latino-americana)<sup>422</sup>, pretendendo pôr em destaque o que ocorre quando se tem consciência da injustiça epistêmica, no âmbito da teoria da argumentação na prática da fundamentação dos atos judiciais decisórios para assegurar tratamento paritário diante da identificação dos fatores capazes de produzir desequilíbrios injustos.

Com efeito, a pretensa sustentação racional das decisões judiciais por meio da argumentação jurídica reclama atenção dúplice tanto à chamada justificação interna (*internal justification*, que aponta ao controle lógico da decisão), quanto à justificação externa (*external justification*, que atenta à dimensão social do ato decisório), esta última que ultrapassa o exercício da subsunção dos fatos ao texto legal para fazer conscientes os reflexos do ato decisório sobre a realidade social<sup>423</sup>. Da mesma forma, então, não poderão ser ignorados o racismo, a exclusão social, a discriminação de gênero, ou, de modo geral, a estigmatização das minorias, ao proferir a sentença, sob pena de torná-la mais suscetível - precisamente por que “cega” - à injustiça por estigmatização de pessoas e grupos humanos.

Com apoio no método hipotético-dedutivo e valendo-se da técnica de revisão bibliográfica e normativa, revisitam-se as exigências básicas da argumentação jurídica para se por à prova a hipótese de que se faz imprescindível que cada juiz(a) inclua sempre no exame das circunstâncias fáticas do caso concreto os elementos sinalizadores de injustiça epistêmica que possam interferir de modo prejudicial a seu julgamento.

No Brasil, mecanismos relativos recentes inseridos na legislação reforçam esses imperativos de justificação e abrem espaço à consciência da injustiça epistêmica sobre grupos vulneráveis, pondo ênfase sobre o dever de que os(as) magistrados(as) exponham de modo detalhado as providências que aplicarem para afastar ou diminuir as influências da estigmatização sobre seu julgamento (ou os motivos de sua inação).

---

<sup>422</sup> BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; BARRETO, Vicente de Paulo. “*Novas Hermenêuticas*” para “*Novos Direitos*” ou *Não se põe vinbo novo em odres velhos*. *Conpedi Law Review*, v. 1, n. 14 (2015), p. 18 e seguintes. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3515> . Acesso em: 13 fev 2023.

<sup>423</sup> CAMBI, 2020, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 440.

## 2. A revisão da argumentação jurídica no contexto da afirmação neopositivista e neoconstitucionalista de direitos fundamentais

A superação do paradigma positivista tradicional impõe um esforço também renovado de racionalidade argumentativa, para conciliação do descolamento da atividade decisória em relação ao texto estrito da norma positiva com os imperativos de fundamentação das decisões judiciais e preservação da segurança jurídica em último aspecto.

Eduardo Cambi ressalta que a teoria da argumentação jurídica se traduz como uma variação da *teoria do discurso prático geral*, mas com especificidades, porque o direito está sujeito a condições específicas, que limitam o espaço de exercício da racionalidade argumentativa jurídica. Eis porque a “correção” da decisão judicial no contexto de argumentação racional implica que não apenas a decisão judicial seja adequadamente justificada, mas também o direito, considerado formalmente válido, seja racional e justo (porque uma decisão logicamente fundada sobre um direito irracional será necessariamente defeituosa)<sup>424</sup>.

Assim, a teoria da argumentação jurídica no cenário contemporâneo depende da necessária atenção à chamada justificação interna (*internal justification*, que aponta ao controle lógico da decisão) e à justificação externa (*external justification*, que atenta à dimensão social do ato decisório)<sup>425</sup>. No primeiro aspecto, a afirmação da lógica interna não significa controle da tomada da decisão em si (razão pela qual o autor distingue momentos de descoberta e de justificação), mas aponta à observação de formalidades, das regras gerais interpretativas que servem ao propósito de uniformização da exegese e segurança jurídica. Remonta às premissas do silogismo jurídico tradicional. Diferentemente, no segundo aspecto, a argumentação jurídica deverá voltar-se à demonstração de “justeza” do ato decisório para além do mero silogismo jurídico, alcançando problemas desde os pontos de vista teleológico, moral etc.<sup>426</sup>.

Ao resultado da aplicação argumentativa racional do *direito vigente*, o autor se refere por meio de uma outra expressão, a saber: “*direito vivente*”<sup>427</sup>. Ora, essa justificativa externa “[...] está voltada ao problema da correção ou da justeza da decisão, a partir de pontos de vista teleológicos, morais, políticos ou outros, os quais compõem a aceitabilidade racional do ato decisório”<sup>428</sup>.

---

<sup>424</sup> CAMBI, *op. cit.*, p. 442 e seguintes.

<sup>425</sup> CAMBI, *op. cit.*, p. 440.

<sup>426</sup> CAMBI, *op. cit.*, p. 440-441.

<sup>427</sup> CAMBI, *op. cit.*, p. 443.

<sup>428</sup> CAMBI, *op. cit.*, p. 441.

No que diz respeito especialmente a direitos fundamentais ancorados no texto constitucional, o problema da racionalidade da argumentação jurídica se torna ainda mais notável, porque reside aí um conflito permanente entre facticidade e juridicidade, ou seja, a afirmação de como as coisas são e como deveriam ser (ou quais as condições políticas e sociais para a realização das prestações estatais em matéria social e o que diz a Constituição sobre o assunto, por exemplo).

Konrad Hesse, em texto traduzido pelo Ministro Gilmar Mendes com o título “A Força Normativa da Constituição”, relembra que em 1862 Ferdinand Lassalle discursou em uma conferência em Berlim, enfatizando a distinção entre a constituição real e a constituição jurídica, com uma grande ênfase na sobreposição da realidade fática das relações de poder sobre as relações jurídicas afirmadas no texto constitucional:

Assim [refere-se o autor à hipótese de limitar-se a regulação constitucional a reconhecer as instâncias fáticas de poder], o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função - indigna de qualquer Ciência - de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política<sup>429</sup>.

Em razão disso, especialmente em matéria de afirmação de direitos fundamentais, com esteio no mesmo autor, ressalta-se o necessário esforço que deve haver para concretização da Constituição no meio social, enfatizando-se conforme a reflexão efetuada por Konrad Hesse que:

Se não quiser permanecer ‘eternamente estéril’, a Constituição – entendida como ‘Constituição jurídica’ - não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. [...]”<sup>430</sup>e que para além da *vontade de poder (Wille zur Macht)* se destaca a imprescindível *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*<sup>431</sup>.

A argumentação jurídica deve ser reanalisada de modo a não apenas se considerar o direito formalmente posto, mas a justeza das decisões, considerando-se os pontos de vista da aceitabilidade racional dos atos decisórios, a fim de que, acima de tudo, seja a Constituição concretizada no meio social.

---

<sup>429</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 10.

<sup>430</sup> HESSE, *op. cit.*, p. 16 a 18.

<sup>431</sup> HESSE, *op. cit.*, p. 19.

### 3. O problema da falta de consciência sobre a injustiça epistêmica

Ao destacarem a especialidade dos problemas de nossa região, os pesquisadores Jeferson Antônio Fernandes Bacelar e Vicente de Paula Barreto abordam a necessária busca perene de revisão dos direitos, no contexto de uma nova preocupação hermenêutica, que se exercite de modo crítico em relação a problemas com o eurocentrismo e a “falta de abordagem explícita quanto aos direitos humanos” da perspectiva tradicional da hermenêutica filosófica gadameriana<sup>432</sup>.

É preciso ter a necessária consciência de que faltam imperativos para ser levada em conta a *injustiça epistêmica* quando dos julgamentos, nos moldes da expressão talhada pela autora Miranda Fricker, quando põe em destaque a natureza estruturante do poder social e do poder de identidade disseminados no imaginário coletivo, com capacidade de controlar ações e falas de membros de outros grupos, incluindo dos agentes do Poder Judiciário, descredibilizando testemunhos de indivíduos e grupos com base em concepções compartilhadas de preconceito<sup>433</sup>.

Chama-se a atenção notoriamente para a “injustiça epistêmica testemunhal”, que se verifica pela credibilidade deficitária decorrente do preconceito de identidade do ouvinte sobre a pessoa que presta um depoimento em juízo. Ocorre que, este preconceito do ouvinte por sua correspondência à formação estrutural do preconceito de identidade, dispensa até mesmo a consciência de que se atua de modo preconceituoso. Isso porque, o estar consciente ou não, se dissolve como parte de um conjunto mais amplo de injustiças sociais persistentes e sistemáticas sofrida pelos grupos desprestigiados pelo exercício discriminatório do poder social, como as mulheres no que diz respeito a questões decorrentes de sua condição feminina, afrodescendentes, pessoas de gênero não binário e tantos outros<sup>434</sup>.

O tema ganha contornos ainda mais fluídos à medida que a noção que se tem de grupos tornados vulneráveis e minorias em representação política, de modo geral, não é bem definida e conformada. Em regra, aponta para os grupos postos à margem se comparados

---

<sup>432</sup> BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; BARRETO, Vicente de Paulo. “Novas Hermenêuticas” para “Novos Direitos” ou Não se põe vinho novo em odres velhos. *Conpedi Law Review*, v. 1, n. 14 (2015), p. 10. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3515> Acesso em 13 de fevereiro de 2023.

<sup>433</sup> FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice. Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007. Versão do Kindle. Posição 216 e seguintes.

<sup>434</sup> FRICKER, *op. cit.*, posição 570 e seguintes.

aos padrões de valores culturais hegemônicos, mas não apenas isso, pois sua própria existência é contraditada pelo pensamento hegemônico:

essa disparidade entre os grupos (os estabelecidos e os que destoam dos padrões) é marcada por uma tensão de marginalização, negação e tentativas de supressão em face das minorias para que se adequem (ou pereçam) frente à maioria.<sup>435</sup>

O tema aponta aos episódios em que indivíduos pertencentes a grupos que se vulnerabilizam em vista de fatores estigmatizantes, também por terem suas versões dos fatos, apreciados num julgamento judicial, desacreditadas a partir, especialmente, da sua condição estigmatizada, ou seja, independentemente do conteúdo importante de constatação de fatos vividos ou testemunhados, que transpareça das informações que prestem. Exemplos ilustrativos podem ser encontrados na produção cinematográfica *Marshall*,<sup>436</sup> que conta a história de um homem negro acusado de atacar sua patroa branca; e na série televisiva *Unbelievable*, que conta a história de uma jovem acusada de mentir sobre um estupro que sofreu, em ambos os casos com evidência do descompasso inerente à relevância que (não) é conferida às declarações de tais pessoas, por mais injusta que a solução resulte.<sup>437</sup>

O tema da injustiça epistêmica não é exclusivo das vítimas, mas quando se trata delas, normalmente está frequentemente presente. Howard Zehr aponta que a maioria das vítimas luta com sentimentos de vergonha e culpa, muitas vezes se perguntando sobre a razão de terem sido vitimizadas, o que naturalmente se traduz num sentimento de vulnerabilidade e impotência,<sup>438</sup> o que se potencializa pela injustiça epistêmica, sem dúvidas.

#### **4. Novos instrumentos positivos nacionais alinhados à preocupação hermenêutica com grupos vulneráveis**

Nesse cenário, observam-se iniciativas que procuram induzir ferramentas para a reflexão dos órgãos judiciários e também do Ministério Público, a respeito de como sair deste círculo vicioso. A preocupação com a violência institucional sobre as vítimas, por exemplo, motivou a Resolução nº 253/2018, do Conselho Nacional de Justiça, definindo a política

---

<sup>435</sup> NASCIMENTO, Arthur Ramos do; ALVES, Fernando de Brito. *Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 36, n. 2: 363-388, jul./dez. 2020.

<sup>436</sup> *Marshall: igualdade e justiça*. Papo de cinema. S.d. Disponível em: <https://www.papodecinema.com.br/filmes/marshall/>. Acesso em: 03 abr. 2023.

<sup>437</sup> *Unbelievable: a inacreditável história de um estupro*. Valkírias. S.d. Disponível em: <https://valkirias.com.br/unbelievable/>. Acesso em: 03 abr. 2023.

<sup>438</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Atena, 2008. p. 20-21.

institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais<sup>439</sup>, bem como a Resolução nº 243/2021 do Conselho Nacional do Ministério Público, dispondo sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas<sup>440</sup>, a fim de reforçar a perspectiva de que “a vítima tem o direito de ser protegida contra a repetição de delitos da mesma natureza e contra a vitimização secundária e terciária”.

Ademais, o caso real bem conhecido no Brasil de Mariana Ferrer, vítima de estupro que foi ofendida e humilhada com base em ataques preconceituosos inerentes à sua condição feminina, durante a colheita de seu depoimento em instrução processual, gerou uma polêmica nacional, que motivou a promulgação da Lei nº 14.245/21, com medidas para coibir práticas semelhantes.<sup>441</sup>

Referidos atos normativos permitem reforçar a proteção de vítimas junto às instâncias judiciárias, mas ainda são insuficientes para assegurar que *todos* os atos do Poder Judiciário se abram à necessária consciência da injustiça epistêmica.

Acredita-se que a preocupação com a injustiça sobre pessoas vulnerabilizadas poderá/deverá ser amparada também por diferentes mecanismos gerais atinentes à fundamentação dos atos judiciais, relativamente a recentes alterações introduzidas no direito brasileiro.

Assim, em 2018, houve modificações pela Lei n. 13.655/2018, no Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), aprofundando a exigência de fundamentação das decisões judiciais para que considerem as consequências de cada ato decisório: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. [...]”<sup>442</sup>

Na época da substituição do Código de Processo Civil de 1973, também houve uma mudança com efeitos importantes a serem considerados sobre sete temas, no que concerne à distribuição do ônus da prova, que era estático, a partir da posição das partes, interesse sobre a demonstração do fato e natureza dos fatos pensados mais propriamente desde um ponto de vista ideal (idealizado) sobre as relações sociais e nada atendo à realidade concreta da vida social.

---

<sup>439</sup> CNJ. *Resolução n. 253, de 4 de setembro de 2018.*

<sup>440</sup> CNMP. *Resolução n. 243, de 18 de outubro de 2021.*

<sup>441</sup> BRASIL. *Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021.*

<sup>442</sup> BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.*

Por isso mesmo, isso já havia sido excepcionado no contexto de alguns atos normativos especiais, como demonstravam os artigos 19 da Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e 90 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), mas o Código de Processo Civil de 2015, nosso atual diploma processual, avançou no mesmo sentido e alterou a distribuição do ônus da prova por meio do art. 373 (primeiro parágrafo), ajustando-se a um contexto argumentativo que pode contribuir para a diminuição das distorções<sup>443</sup>.

É bem verdade que, no âmbito da justiça penal a adaptação da intervenção do Estado-Juiz resulta mais dificultada, em razão aparentemente da rigidez de seus conceitos dogmáticos e do que vem em torno do princípio da obrigatoriedade quanto à persecução e punição das infrações.

A despeito do olhar ainda crescente sobre soluções alternativas ao fenômeno delituoso que rompe com a lógica punitivista<sup>444</sup>, há quem defenda – sem contestação direta da dogmática tradicional –, a valoração *compensatória* de responsabilidade (culpabilidade) dos indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, no contexto da chamada *co-culpabilidade* da sociedade organizada. No contexto dessa tese exculpante, a verificação de condições pessoais desfavoráveis poderá implicar admissão de uma verdadeira situação de conflito de deveres jurídicos do indivíduo, entre as condições sociais adversas que enfrenta nas favelas e bairros pobres das áreas urbanas e as exigências normativas de comportamento (como causa supralegal de exculpação por *escolha* do mal menor entre as alternativas inexistentes de comportamento de acordo com a norma)<sup>445</sup>.

A positivação de mecanismos que reclamem a atenção sobre a injustiça depositada a grupos vulneráveis não seria estritamente necessária, uma vez que a perspectiva pós-positivista e neoconstitucionalista dispensa o apego do intérprete à redação explícita dos textos normativos. Mas, a positivação desses instrumentos parece favorável ao enfrentamento do problema, à medida que põe à luz o problema e reforça a necessidade dos magistrados de fazerem-se conscientes e encarregarem-se de demonstrar, na fundamentação de seus atos, as medidas aplicadas para coibir a injustiça detectada, sobre indivíduos ou grupos, a partir do que ocorre na arena judiciária.

---

<sup>443</sup> CAMBI, *op. cit.*, p. 454 e s.

<sup>444</sup> Nesse sentido, em especial: BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. *A justiça restaurativa como um novo modelo de prática para a restauração do vínculo comunitário*. Tese – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica – Curso de Direito - UENP, Campus de Jacarezinho, Jacarezinho/PR, 2020.

<sup>445</sup> Assim, entre outros: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 7.ed. Florianópolis-SC, Empório do Direito, 2017. p. 337.

Pensa-se que esses mecanismos que enfatizam a necessária atenção às vulnerabilidades que podem ser potencializadas por meio de uma ~~na~~ fundamentação judicial que não considere tais aspectos aqui salientados, desfavorecem a prevenção da multiplicidade argumentativa arbitrária, que Canotilho denominou “metodologia Fuzzy”, tomando de empréstimo a expressão que no campo da lógica aponta a esquemas de raciocínio complexo e não linear, para apontar o caos argumentativo (que dificulta o assentamento hermenêutico dos direitos fundamentais sociais no cenário contemporâneo, inclusive)<sup>446</sup>.

A preocupação com estes grupos estigmatizados tem feito órgãos indutores de políticas públicas e o próprio legislador redirecionarem seu olhar a situações que induzem o reforço de sua condição, de modo a que isso seja evitado ou minimizado, para que magistrados e demais operadores do direito sejam impelidos a efetuar uma releitura quanto à recepção das falas de integrantes de determinados grupos sociais, a fim de que seja resgatada sua dignidade e realizado o justo juízo de credibilidade, despido de estigmatização social.

## 5. Considerações finais

A injustiça epistêmica é fenômeno que remete ao poder social, que não raras vezes se manifesta em forma de discriminação, descrédito, estereótipo e estigmatização, quando se está diante de grupos minoritários em representação política, os quais se tornam vulnerabilizados, pelo déficit na interpretação e aplicação dos seus direitos fundamentais.

Neste sentido, mostra-se a gravidade da conduta do ouvinte, quando marcada por estereótipos ao realizar um julgamento de credibilidade, conforme o falante integre este ou aquele grupo social, o que é um se apresenta como grande problema na elaboração das decisões judiciais, ao refletir a visão de mundo do ouvinte que vem impregnada de preconceitos, muitas das vezes inconsciente. Interessante a conclusão no sentido de que há pessoas que, embora tendo o que relatar sobre os fatos, sendo peças importantes a contribuir para sua elucidação, simplesmente não são ouvidas, por mais que falem, e quando lhes é possibilitada a fala.

---

<sup>446</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm)> Acesso em: 06 abr. 2022.

Deve, pois, haver uma necessária conscientização ao se realizar a sustentação racional das decisões judiciais, para que se evite a injustiça e estigmatização de pessoas e grupos humanos, em especial quando chamados a participar de um processo, de modo a que a decisão judicial seja correta, adequadamente justificada, e o direito considerado formalmente válido seja racional e justo, devendo-se atentar ao direito vivente, numa interpretação que não seja distorcida por fatores que comprometem o real significado, portanto, não apenas ao direito vigente, de modo a se concretizar a constituição no meio social.

Na condição de réus o sistema de justiça já possui regras que se destinam a proteger os direitos e garantias individuais, e agora o sistema se preocupa também em preservar os direitos das vítimas, como atores processuais que estavam sendo relegados, a fim de evitar a vitimização secundária e terciária, e também promover seus direitos e garantias fundamentais de uma forma mais abrangente.

Diante disso tudo, observa-se um movimento ascendente de ampliação das condições para a efetivação dos direitos fundamentais de todos os que estão presentes na cena processual, de modo a também contribuir para que haja maior conscientização sobre todos os aspectos que interferem na elaboração de uma decisão justa, considerando-se, neste aspecto, aquelas que são também prolatadas com o fito de se minimizarem as vulnerabilidades existentes, por meio da superação de qualquer resquício de estigmatização, a partir dos estereótipos e preconceitos que permeiam o inconsciente coletivo.

### Referências Bibliográficas:

- BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes; BARRETO, Vicente de Paulo. “*Novas Hermenêuticas*” para “*Novos Direitos*” ou Não se põe vinho novo em odres velhos. *Conpedi Law Review*, v. 1, n. 14 (2015), p. 18 e seguintes. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3515> Acesso em: 13 fev 2023.
- BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. *A justiça restaurativa como um novo modelo de prática para a restauração do vínculo comunitário*. Tese – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica – Curso de Direito - UENP, Campus de Jacarezinho, Jacarezinho/PR, 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm#:~:text=L13655&text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%20DL%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%BAblico](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm#:~:text=L13655&text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%20DL%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%BAblico). Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021*. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2021/lei/114245.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/114245.htm) . Acesso em: 03 abr. 2023.

CAMBI, 2020, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 440.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 22, fev. 2008. Disponível em: [https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose\\_Canotilho.htm](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm) Acesso em: 06 abr. 2022.

CAPUANO, Amanda. *Racismo e erro judicial: o real e a ficção da série ‘Olhos que Condenam’*. Revista Veja. Coluna é tudo história. 11 jun 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/e-tudo-historia/racismo-e-erro-judicial-o-real-e-a-ficcao-da-serie-olhos-que-condenam/> . Acesso em: 03 abr. 2023.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 253, de 4 de setembro de 2018*. Define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado131337202104146076ea817d8dc.pdf> . Acesso em: 03 abr. 2023.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 243, de 18 de outubro de 2021*. Dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Brasília: CNMP, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2023.

FRICKER, Miranda. *Epistemic Injustice. Power and the Ethics of Knowing*. Oxford: Oxford University Press, 2007. Versão do Kindle.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

*Marshall: igualdade e justiça*. Papo de cinema. S.d. Disponível em: <https://www.papodecinema.com.br/filmes/marshall/> . Acesso em: 03 abr. 2023.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do; ALVES, Fernando de Brito. *Vulnerabilidade de grupos minoritários entre cenários de crise e proteção de direitos*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 36, n. 2: 363-388, jul./dez. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 7.ed. Florianópolis-SC, Empório do Direito, 2017.

*Unbelievable: a inacreditável história de um estupro*. Valkírias. S.d. Disponível em: <https://valkirias.com.br/unbelievable/> . Acesso em: 03 abr. 2023.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Atena, 2008.

# A PERSONALIDADE ELETRÔNICA SOB UMA ABORDAGEM ONTOLÓGICO-INSTITUCIONALISTA.<sup>447</sup>

**The electronic personality under an ontological-institutionalist approach.**

Samuel Procópio Menezes de Oliveira<sup>448</sup>

Leônidas Meireles Mansur Muniz de Oliveira<sup>449</sup>

**Sumário:** 1. Pessoa natural e Personalidade no Direito brasileiro; 2. Pessoa jurídica; 3. Pessoa e personalidade eletrônica; 3.1 – Analogia como meio de institucionalização da personalidade eletrônica no direito brasileiro; 4. Considerações Finais.

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo apresentar a personalidade eletrônica por meio de uma perspectiva ontológico-institutionalista. Essa perspectiva é fruto da análise detida da obra “Dupla Crise da Pessoa Jurídica” de José Lamartine Corrêa de Oliveira. Percebe-se que a personalidade eletrônica, conceito aventado pela Comissão de Direito Civil e Robótica da União Europeia, tem ainda um debate muito incipiente no Brasil, o que, por sua vez, justifica uma profunda pesquisa acerca do tema.

A pesquisa é iniciada com um estudo, mediante revisão bibliográfica, do conceito de pessoa e de personalidade, com intenção de denotar que essas categorias são eminentemente jurídicas. Disso decorre que o ser humano sempre foi uma realidade ontológica anterior ao direito, sendo que este último apenas amalgama o indivíduo em sua ordem jurídica sob o epíteto de pessoa. Observa-se que o mesmo movimento é realizado em relação a pessoa jurídica e à pessoa eletrônica, qual seja, de uma pré-existência ao direito. Sendo assim, a personalidade é um princípio de individuação, sendo que para essa afirmação ser feita deve retroagir-se num momento anterior a ordem jurídica onde estava ausente o conceito de pessoa. Com isso, propõe-se que “pessoa natural” tomada como categoria é produto do direito, bem como vem a ser “pessoa jurídica”. Isso porque se considera que pessoa jurídica é a reificação de uma materialidade que já existia antes mesmo de ser declarada pelo direito. O objetivo, por conseguinte, deste trabalho é perceber que o direito não constitui, como parte essencial, o gênero de “pessoa”, seja esta natural, jurídica ou eletrônica. O direito tem como base uma observação ôntico-ontológica da realidade trazendo à sua ordem aqueles entes que fenomenologicamente lhe aparecem. Disso decorre que, em relação a personalidade eletrônica, deve ocorrer um movimento semelhante, qual seja, de perceber fenomenologicamente sua característica ôntico-ontológica e institucionalizá-la para que o direito possa, conseqüentemente, normatizá-la.

**Palavras-chave:** Personalidade eletrônica, Direito Civil, Ontologia, Institucionalização.

---

<sup>447</sup> O presente artigo resulta de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais.

<sup>448</sup> Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Graduando em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Bolsista FAPEMIG de iniciação científica e integrante do Grupo de Pesquisa: “Pessoa jurídica em crise”, vinculado ao Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC-MG. Foi aluno da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Endereço eletrônico:samuca.procopio@gmail.com

<sup>449</sup> Professor do Departamento de Direito da PUC-MG. Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenador do Grupo de Pesquisa: “Pessoa jurídica em crise” vinculado ao Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC-MG. Endereço eletrônico: leonidasmansur@yahoo.com.br

**Abstract:** The present study aims to present the electronic personality through an ontological-institutionalist perspective. This perspective is the result of the detailed analysis of the work "Double Crisis of the Legal Entity" by José Lamartine Corrêa de Oliveira. It is noticed that the electronic personality, concept proposed by the Civil Law and Robotics Commission of the European Union, still has a very incipient debate in Brazil, which, in turn, justifies a deep research on the subject.

The research begins with a study, through means of a literature review, of the concept of person and personality, with the intention of denoting that these categories are eminently legal. It follows that the human being has always been an ontological reality prior to the law, and the latter only amalgamates the individual in its legal order under the epithet of person. It is observed that the same movement is carried out in relation to the legal person and the electronic person, that is, of a pre-existence to the law. Therefore, personality is a principle of individuation, and in order for this statement to be made it is necessary to go back to a previous moment in the legal order where the concept of person was absent. With this, it is proposed that "natural person" taken as a category is a product of the law, as well as "legal person". This is because it is considered that legal personhood is the reification of a materiality that already existed even before it was declared by the law.

The aim, therefore, of this work is to realize that the law does not constitute, as an essential part, the genus of "person", whether natural, legal or electronic. The law is based on an ontic-ontological observation of reality bringing to its order those entities that phenomenologically appear to it. It follows that, in relation to the electronic personality, a similar movement must occur, which is, to phenomenologically perceive its ontic-ontological characteristic and institutionalize it so that the law can, consequently, regulate it.

**Keywords:** Electronic Personality, Civil Law, Ontology, Institutionalization.

## **1-Pessoa natural e Personalidade no Direito brasileiro**

A personalidade é o primeiro conteúdo a ser disposto no Código Civil brasileiro. No livro, título e capítulos primeiros o legislador se ocupa em traçar o que é a personalidade para o direito civil do país. Essa anterioridade topográfica não é por acaso ou se origina em uma mera formalidade do legislador. Isso se dá porque é necessário que se estabeleça juridicamente o que é a personalidade, como começa e até quando esta subsiste no tempo para que todos os outros assuntos possam girar em seu entorno.

A personalidade é o primeiro motor de um sistema jurídico. Somente a partir desse exercício legiferante de individuação do humano, é que se supre um hiato entre a biologia e o direito. Isto é, o ato de personificar um ser humano é um ato jurídico, porquanto "ser humano", o homem em sua concretude física, é anterior biológica e epistemologicamente à pessoa, conceito eminentemente jurídico.

Um comprovativo de que o *homem*, ou *ser humano*, que é tratado como gênero, se torna pessoa somente por intervenção do direito é o fato que os sujeitos escravizados são<sup>450</sup> coisas, meros objetos intercambiáveis por valores na mão de quem os detém. Antes do ingresso na ordem jurídica o exterior é totalmente instrumental.

Tendo em vista o sistema constitucional federativo brasileiro é imperioso mencionar que os direitos de personalidade dispostos no Código Civil, para alçarem eficácia e efetividade no ordenamento jurídico, devem estar em conformidade com a Constituição. A Constituição Federal deve manter uma relação de parametricidade para com todos os diplomas legais que se dão sem a presença do poder constituinte originário. Nesse sentido, diz Silvio de Salvo Venosa que “Os princípios dos direitos de personalidade estão expressos de forma genérica em dois níveis. Na constituição Federal, que aponta sua base, com complementação no Código Civil Brasileiro”<sup>451</sup>. Sendo assim, é possível identificar que o Código Civil especializa um conteúdo que já foi disposto constitucionalmente, seja de forma direta ou programática, mas não desviando em nenhuma hipótese de reafirmar o constitucionalmente inferido.

A personalidade é um procedimento de individuação do ser humano que é proposto por si, sendo que serve a satisfação de suas necessidades. Se somente se torna pessoa a partir de um sistema jurídico previamente instituído, deduz-se, logicamente, que toda personalidade é jurídica. Sobre este cenário vejamos o ensinamento de Silvio de Salvo Venosa: “Todo ser humano é pessoa na acepção jurídica”<sup>452</sup>. No desenvolvimento do sistema jurídico e com todas as suas terminologias, essa conclusão pode, por diversas ocasiões, passar despercebida. Ainda mais quando se convencionou a utilizar a expressão “pessoa jurídica” e “pessoa natural”.

O conceito de pessoa natural deve ser observado de forma a incuti-lo significado eminentemente jurídico e afastar dessa terminologia de qualquer resquício de um pensamento jusnaturalista. Isso porque, como a argumentação supra delinea, a pessoa só o é por intercessão do ordenamento jurídico que é criado em seu entorno. Acerca do conceito de pessoa natural, diz Caio Mário da Silva Pereira:

Mantendo-nos na corrente dos civilistas nacionais, aderimos à designação *pessoa natural* para enxergar a pessoa tal como existe, com todos os predicados que a sua

---

<sup>450</sup> Usamos esse verbo no presente por reconhecer que a escravidão não é um problema reservado aos livros de história, mas atual. Veja-se: <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>

<sup>451</sup> VENOSA, Silvio de Salvo Direito civil: parte geral - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. - (Coleção direito civil; v. 1). p. 180.

<sup>452</sup> Ibid. p. 139.

individualidade enfeixa, a fim de lhe conferir, nesse estado, os atributos da personalidade<sup>453</sup>.

Apesar da nomenclatura adotada pela tradição jurídica nacional, é comum se observar também o termo “pessoa física” que funciona como um sinônimo para aquilo que se deseja nomear quando se utiliza “pessoa natural”. Todavia, a Constituição de 1988 adotou a designação de pessoa humana. O importante é ter consignado que essas três terminologias fazem referência ao mesmo “objeto do conhecimento”, que é o indivíduo inserido na ordem jurídica que é capaz de direitos e deveres, como indica o Artigo 1º do Código Civil.

O conceito de pessoa necessita de uma complementação para sua plena operacionalização no contexto de uma ordem jurídica. Essa complementação é dada pela categorização da personalidade, que funciona como uma característica anímica para a pessoa natural. Conforme lição de Silvio de Salvo Venosa: A personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é uma projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas.<sup>454</sup>

Apesar de haver uma relação de interdependência não se pode dizer que há, por sua vez, nessa relação uma precedência, de tal forma que a pessoa surge antes da personalidade. A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolúvelmente ligada<sup>455</sup>. Disso decorre que é uma corda atada a pessoa de tal forma que enquanto a pessoa tem seu ânimo presente, a corda está tensionada, mas quando perde a sua vitalidade, essa corda se rompe. Com isso, podemos dizer que a personalidade começa com a vida e se encerra com a morte. Não é outra situação que dispõe o Código Civil em seu artigo segundo, a saber: Art. 2º: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.

Pode-se dizer que o conjunto de contingências que o ser humano se vale para figurar nas relações jurídicas é intitulado personalidade. Todavia, cabe aqui mencionar, ainda que de forma breve, que há calorosa discussão sobre quando começa a personalidade de fato. Exemplificando, os questionamentos se dão a perquirir se a personalidade inicia a partir do nascimento ou a partir da primeira centelha potencial de vida que é possível inferir, como o após a nidação do embrião no útero, e o conseqüente desenvolvimento intrauterino do

---

<sup>453</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp. 183-184.

<sup>454</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo Direito civil: parte geral - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. - (Coleção direito civil; v. 1). p. 137.

<sup>455</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.184.

nascituro. Correntemente existem dos mais variados debates em torno dessa situação, com influxos interdisciplinares como da filosofia, da biologia e da bioética. Apesar de não ser o foco deste trabalho essa digressão é necessária para dizer que o Código Civil Brasileiro reconhece a personalidade se e somente se ocorrer o nascimento com vida. Na sistemática jurídica do país ao nascituro somente ocorre a salvaguarda dos seus direitos, mas sem a atribuição de personalidade. A argumentação de Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 185) ilustra precisamente o posicionamento e os efeitos da legislação pátria:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não se chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.<sup>456</sup>

Sendo assim é forçoso concluirmos que a partir do nascimento com vida, ao passo que se alia a vida presente o conteúdo anímico, sob o epíteto de personalidade, a pessoa humana torna-se sujeito de direito. Como forma de manter o substrato da vida, é necessário e imperioso que a pessoa trabalhe o mundo ao seu redor para garantir a sua subsistência. A ordem jurídica garante a pessoa, uma série de direitos inerentes que são, sobretudo, indisponíveis e irrevogáveis, porque acompanham seu *ser*. Ao satisfazer suas necessidades o homem posiciona-se sempre em relações jurídicas. Desse modo, em torno de sua pessoa, o ser humano cria um conjunto de direitos e obrigações que denominamos patrimônio, que é a projeção econômica da personalidade<sup>457</sup>.

Até então estamos a tratar da *pessoa* de maneira individual, como se utilizássemos um experimento prototípico, onde esta é observada por sua constituição em perspectiva dentro de um ordenamento jurídico. Com o desenvolvimento das relações jurídicas, surge em determinada contingência da história a necessidade de adoção de categorias jurídicas para abarcar entidades com certo acúmulo patrimonial que já distinguiam ou existiam por meio das orientações da pessoa natural. Os indivíduos, conforme o jogo social se desenvolve, percebem que para efetivar-se no mundo é necessário conjugar esforços, mais do que

---

<sup>456</sup> Ibid. p. 185

<sup>457</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo Direito civil: parte geral - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. - (Coleção direito civil; v. 1). p. 237.

dissocia-los. Com isso, decorre a atribuição de capacidade jurídica aos entes abstratos assim constituídos, gerados pela vontade e necessidade do homem<sup>458</sup>.

## **2 - Pessoa jurídica.**

Na seção anterior foi desenvolvido o conceito de pessoa natural, tendo em vista que o ser humano, é, juridicamente, pessoa. Esta pessoa, constituída em torno do ordenamento jurídico começa também através deste a titularizar direitos e possuir obrigações constitutivos de uma sociedade. Neste ponto, não se pode perder de vista que até então foi elaborado um cenário da pessoa em sua individualidade substancial e que a constitui. Todavia, é necessário dizer que o homem é eminentemente gregário<sup>459</sup>, de tal forma que necessita dos seus consortes para trabalhar o mundo e coexistir.

A partir dessa associação de fins e desígnios, sempre girando na órbita do direito, surgem as sociedades, desde as feudais até as contemporâneas. Essas sociedades podem ser enxergadas como uma superfície de contato que é colocada à disposição dos indivíduos que dela participam de tal sorte que põem em prática seus empreendimentos e seus anseios pessoais. O importante a ser apreendido é que em sociedade o indivíduo encontra-se impelido pelo contato em constante com os outros indivíduos a se associar em busca de determinados fins ou em cumprimento de outras obrigações. Nesse ponto pode nos ajudar a seguinte passagem de Caio Mário da Silva Pereira (2017, p. 250) que diz: “O sentimento gregário do indivíduo permite afirmar que a associação é inerente à sua natureza corrigindo-lhe as fraquezas e suprindo com a sua continuidade a brevidade da vida<sup>460</sup>”. Da mesma forma diz Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 237):

A necessidade ou premência de conjugar esforços é tão inerente ao homem como a própria necessidade de viver em sociedade. É por meio da pessoa jurídica que o homem sobrebuja suas limitações e transcende a brevidade da vida.<sup>461</sup>

É precisamente nesse sentido, o de associação, que a pessoa inicia por concorrer com outras pessoas, acumular capital, e de certa forma há um hiato entre a sua vida particular e aquele montante acumulado. Exsurge, portanto, materialmente, e não primeiro formalmente uma dissociação entre os indivíduos e aquele patrimônio que formaram ou estão formando.

---

<sup>458</sup> Ibid. p.237.

<sup>459</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>460</sup> Ibid. p. 250.

<sup>461</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo Direito civil: parte geral - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. - (Coleção direito civil; v. 1). p. 237.

Os indivíduos, diante dessa situação necessitam de algo para arrebatá-lo daquele conteúdo real que se põe diante deles, e então se desenvolve o conceito de pessoa jurídica. A pessoa jurídica é o *ente* que arrebatá-lo o que já existia, isto é, o patrimônio, e se posiciona no ordenamento jurídico como sujeito de direito, já que recebe, no momento do seu ato constitutivo personalidade jurídica e capacidade, por conseguinte.

Vejam que apesar de estarmos trabalhando aparentemente com categorias metajurídicas, o fio conector com a realidade, que é o importante, não foi em nenhum momento desviado. Obviamente há de se recorrer a artifícios de linguagem para tentar aproximar de um momento conceitual onde a pessoa natural proporcionou uma transição, ou melhor, onde ocorreu um *improvement*<sup>462</sup> para o conceito de pessoa jurídica. Na verdade, em nenhum momento a intenção é se posicionar numa metafísica da pessoa jurídica, diferentemente do que propõe aqueles que se pautam pela teoria ficcionista e, em algum sentido, aqueles que seguem a teoria normativista.

A pessoa jurídica, neste trabalho, merece um olhar menos vertical e mais horizontal, observando-a como mais um fruto real da contingência entre seres humanos. Nesse sentido é que nos valerá a obra de José Lamartine Correa de Oliveira, pois este autor propõe uma solução por demais ímpar e lúcida para o problema da conceituação da pessoa jurídica. Dessa forma diz Rodrigo Xavier Leonardo:

Por meio da concepção *ontológico-institucionalista*, Lamartine reconhece o substrato ôntico conformado (pelo menos no caso das associações) pela coletividade de homens que integram, em unidade, uma existência autônoma.<sup>463</sup>

Para José Lamartine Correa de Oliveira a pessoa jurídica consiste em uma “realidade permanente, individual, completa, incomunicável fonte de atividade consciente e livre, realidade distinta”<sup>464</sup>. A partir dessa perspectiva, percebe-se que a pessoa jurídica não é nenhuma entidade metafísica que somente vêm à tona quando os indivíduos por meio da imaginação estabelecem a sua existência. A pessoa jurídica não é uma ficção, tampouco algo sobre-natural. Conforme explica Leônidas Meirelles Mansur Muniz de Oliveira:

Partindo do conceito ontológico-institucional de José Lamartine Corrêa de Oliveira, o principal elemento para designar a existência da pessoa jurídica é

---

<sup>462</sup> Melhoramento.

<sup>463</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. n. 46, p. 119-149, 2007. P.128. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14977>. Acesso: 25/03/2023.

<sup>464</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 17.

compreendê-la enquanto substrato ôntico, ou seja, um ente coletivo de existência real<sup>465</sup>.

O substrato ôntico da pessoa jurídica refere a uma característica própria desta e que dispensa intermédio de outros entes, haja vista que ela existe por si só, como se fosse apreensível "imediatamente", mas no sentido de que o seu modo-de-ser também se dê "imediatamente"<sup>466</sup>.

A pessoa jurídica, fenomenologicamente, é anterior. Quando o ordenamento jurídico repara na sua condição real, é que procura institucionalizar aquela característica ôntica que já é preexistente porquanto representa um ente coletivo de existência real. Para um observador desatento, pode parecer que a pessoa jurídica lhe é apresentada mediante o ordenamento jurídico. Todavia, a pessoa jurídica não é constituída pelo ordenamento, ou mais diretamente, por força de uma lei ou ato normativo que como num “truque de mágica” lhe dá a existência. A pessoa jurídica quando vem para o ordenamento jurídico já possui uma condição ôntica própria anterior, isto é, uma ipseidade constitutiva anterior, um resíduo substancial de individualidade que se espelha numa coletividade de existência real. José Lamartine Correa de Oliveira diz que:

Não se trata, porém, tal ato de reconhecimento estatal assemelhado a mera constatação. Realmente, esse reconhecimento estatal é requisito *extrínseco*, mas não *constitutivo*, da personalidade. Cabe ao Estado uma função investigativa que verifica se a instituição que se pretende registrar possui realmente as características ontológicas de realidade institucional análoga à pessoa humana<sup>467</sup>.

É imperioso perceber que o Estado não é o demiurgo da pessoa jurídica, ela é, por característica mesma do verbo “ser”, independentemente de qualquer ato extrínseco para constituir a sua personalidade. Na verdade, se se observar com muita “fineza” os argumentos aqui apresentados, perceberá que pessoa jurídica já é a denominação do direito para o ente coletivo que foi “fagocitado” pelo Estado como forma de abrigá-lo em sua ordem jurídica e participar daquela sociedade sob sua tutela.

Não nos deixa tergiversar o próprio Código Civil quando diz da pessoa jurídica em seu artigo 45, a saber:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

---

<sup>465</sup> OLIVEIRA, Leônidas, Meireles Mansur Muniz de. As organizações religiosas como pessoa jurídica de direito privado. Belo Horizonte: Fórum, 2022. P. 125.

<sup>466</sup> HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Trad. de Fausto Castilho. Editora da Unicamp. Vozes, 2015. P.59.

<sup>467</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 14.

Ao fazer a leitura do artigo acima colacionado, vê-se que o seu núcleo é que “a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado se dá com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro”. Todavia, indo além da mera leitura e tentando uma análise detida e minuciosa, percebemos que a existência legal é a que começa com a inscrição do ato constitutivo, e não existência material, ou melhor, ôntico-ontológica.

Assim o Direito reconhece que a existência real da pessoa jurídica, na forma de sociedade começa antes do registro, tanto assim que se o registro ocorrer até trinta dias da criação da pessoa jurídica, seus efeitos retroagem para alcançar a data inaugural, de surgimento no mundo real dessa pessoa<sup>468</sup>.

Não é por acaso que temos no nosso ordenamento a figura das sociedades em comum, por exemplo, que mesmo que não se regularizem efetuando um registro e, portanto, somente por meio deste ingressam no ordenamento jurídico. Assim, percebe-se que o movimento realizado pelo ordenamento jurídico, em relação as pessoas jurídicas não é, em nenhuma hipótese constitutivo. Isso porque a pessoa jurídica já é fenômeno anterior ao seu reconhecimento pelo ordenamento, que somente procede a sua institucionalização por meio do direito.

Essa institucionalização da pessoa jurídica, segundo Lamartine, se dá por meio da analogia. Antes de mais nada, explica o autor que:

A analogia não é aqui utilizada no sentido pós-normativo em que aparece como recurso utilizado na aplicação da norma mas no sentido pré-normativo de analogia entre as categorias da vida que funcionam como *dado* prévio ao *construído* normativo, para empregar a terminologia de Gény<sup>469</sup>.

Dessa forma, percebemos que a analogia é uma tentativa de justaposição simples de duas categorias ou dois entes no mundo. Se guardarem traços, atitudes, e quaisquer condições em comum serão em alguma medida ou em outra análogos. Dessa forma, Lamartine concluirá que a pessoa jurídica apresenta semelhanças e continuidades quando observada sob o prisma da pessoa humana, sendo que possui, até mesmo por seu caráter ôntico-ontológico prévio, realidade própria. Senão vejamos: “A pessoa moral é uma *realidade permanente, individual, completa, incomunicável, fonte de atividade consciente e livre, realidade distinta*”<sup>470</sup>.

---

<sup>468</sup> SALMEN, Caroline Salah; WACHOWICZ, Marcos. A atribuição da pessoa jurídica à inteligência artificial: desafios e sua efetividade. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 7, p. 71445-2021. 2525-8761. DOI: <https://doi.org/DOI:10.34117/bjdv7n7-359>. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD>. Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>469</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 16.

<sup>470</sup> *Ibid.*, p. 16.

Todavia, apesar de apresentar continuidades, aspectos consonantes a pessoa humana, a pessoa jurídica apresenta um em especial que define a sua ruptura, isto é, “ao contrário da pessoa humana, realidade *substancial*, a pessoa moral é realidade *acidental*”<sup>471</sup>. Essa constatação do autor perfaz um centro de gravidade da sua obra, porquanto estabelece que a pessoa humana diverge da pessoa jurídica conforme a substância. Sobre esse ponto, diz Rodrigo Xavier Leonardo, que:

Os seres de forma substancial seriam aqueles que não necessitariam de fundamentos extrínsecos para sustentar-se, ou seja, existiriam por si mesmos. Por outro lado, os seres de forma acidental não teriam existência em si mesmos, na medida em que seriam dependentes de outros seres de substância.<sup>472</sup>

Neste ponto é importante uma breve digressão para ser pontuado que Lamartine é um autor que se inspira na filosofia aristotélica e na tomista, razão pela qual se apropria de conceitos como *substância* e *acidente*. Isso porque, Aristóteles, em sua obra *Metafísica* se debruça em grande parte aos princípios inerentes ao ser, como, por exemplo, acidente, substância, causa formal e material etc. Por seu turno, Tomás de Aquino, posteriormente como um dos principais intérpretes do autor helenista continua na vereda do estudo do ser e de sua essência, confirmadas pelo acidente e substância. Senão vejamos que:

No De Ente et Essentia, Tomás perpassa, de forma clara e sintética, por várias questões metafísicas como a distinção entre substância e acidente; a distinção entre substâncias simples e composta; princípio de individuação, abordando, ainda, questões lógicas e gnosiológicas.<sup>473</sup>

Também percebeu da inspiração de Lamartine o autor Rodrigo Xavier Leonardo, que auxilia a interpretação com a seguinte referência, a saber:

Segundo os postulados da filosofia tomista adotados pelo autor, os seres existentes poderiam ser diferenciados entre aqueles dotados de forma substancial e outros dotados de forma acidental.<sup>474</sup>

Retomando, se a pessoa jurídica não equivale a pessoa humana, posteriormente natural aos olhos do ordenamento jurídico, como lançar sobre uma a mesma égide jurídica que a outra possui? O meio para tal empreitada é, precisamente, a analogia que foi delineada

---

<sup>471</sup> Ibid., p. 17

<sup>472</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. n. 46, 2007. P.128. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14977>. Acesso: 25/03/2023.

<sup>473</sup> SILVA, Pedro Rodolfo Fernandes da; VIEIRA, Sadoque Lee Melo. OS FUNDAMENTOS METAFÍSICOS DE TOMÁS DE AQUINO A PARTIR DA OBRA DE ENTE ET ESSENTIA. REVISTA SEARA FILOSÓFICA, 2021, n. 22, p. 15, 2021. ISSN 2177- 8698. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/>. Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>474</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. op.cit., p. 128.

nas linhas anteriores. A analogia será um meio de justapor dois entes que se deseja em determinada situação e salientar o que é comum e o que os separa, sem, no entanto, os eliminar pela oposição, tendo em vista que o seu princípio é equivalente. Exemplificando, por meio da analogia, ocorre a possibilidade de aglutinar dois entes que diferem em substancialidade. Isso se dá porque o seu princípio é o mesmo, isto é, cada qual, a seu modo, realiza os outros caracteres da personalidade<sup>475</sup>.

Assim, apesar de num primeiro momento pessoa jurídica e pessoa natural aparentarem ser conceitos embaraçados, irreduzíveis, e que se eliminam por uma exclusão na substancialidade de uma categoria que não compatibiliza com a acidentalidade de outra, ambas realizam os caracteres comuns da personalidade. Ao realizar esses caracteres comuns, como a capacidade, aperfeiçoam em sujeitos de direito. A realização destes caracteres é a forma pela qual o ordenamento jurídico possa compartilhar da mesma noção de capacidade, e personalidade, entre pessoa jurídica e pessoa natural.

### **3- Personalidade (pessoa) eletrônica.**

Até a presente seção do trabalho, espera-se ter ficado clara a trama conceitual aqui desenvolvida, de modo que seja possível ao leitor observar que o conceito de pessoa não é constituído pelo direito, mas que redunde de uma precedência ôntica de uma entidade material já existente. O ser humano existe antes da “pessoa” bem como uma concorrência de seres humanos movidos por um desígnio comum e que numa acumulação primitiva de capital, é também preexistente ao conceito de pessoa jurídica. Segundo José Lamartine Correa de Oliveira “Num plano distinto, lógica e cronologicamente posterior, o Estado *reconbece, declara*, realidade que preexiste a tal declaração”<sup>476</sup>.

Todavia, a pessoa natural possui substancialidade e a pessoa jurídica é um acidente, na melhor categorização aristotélica e tomista. Disso decorre que o ordenamento jurídico, por analogia, reconhecendo as continuidades atreladas aos exercícios dos caracteres da personalidade que pessoa natural e pessoa jurídica compartilham, estende sua égide até as pessoas jurídicas.

Contudo, é perceptível que novas realidades se apresentam no mundo material, no mundo fenomênico, onde o substrato ôntico se desenvolve. Uma dessas realidades, que não será aqui tomado inicialmente como um instrumento, é a inteligência artificial. A inteligência artificial ainda carece de um conceito extremamente polido e sem arestas, muito por conta

---

<sup>475</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 49.

<sup>476</sup>Ibid., p. 14.

da sua incipiente contemporaneidade. Para os fins deste trabalho, consideraremos inteligência artificial segundo definem pesquisadores da universidade Jonh Hopkins (Max Planck Institute for Innovation and Competition Research) em *paper* especializado. Abaixo, vê-se, que:

Artificial intelligence is a *catch-all term* that covers machine learning, evolutionary algorithms, and other technologies like rule-based systems. However, due to the fact that different subfields often overlap, the *exact delineation is difficult* and a subject of controversy among researchers.<sup>477</sup>

Como forma de esclarecimento máximo da categoria aqui a ser trabalhada, ainda vale a seguinte menção:

One of the closest neighbouring fields of artificial intelligence is **robotics**, which is a branch of engineering. While in principle both fields are independent, overlaps emerge when artificial intelligences is embedded in robots whith the aim to enable to better react to a complex, uncertain dynamic environment.<sup>478</sup>

Vemos que inteligência artificial é adjacente a diversos outros conceitos que emergem de áreas do conhecimento também correlatas, como computação e robótica. O direito, inicialmente, nada tem a ver com inteligência artificial. A afirmação é categórica, mas não deixa de ser pertinente na justa medida em que o objeto inteligência artificial, seus ramos e raízes, não são constituídos pelo direito em sua gênese, porém se lhe apresentam posteriormente como fato presente no mundo, fenomenologia.

Sendo assim, seguindo a argumentação de Nuno Silva (2017, p. 491), utilizaremos para tratar deste assunto uma “[...] abordagem fenomenológica e não dogmática. Trata-se de analisar um aspecto da vida social do ponto de vista do sistema jurídico, ao invés de isolar questões jurídicas do seu domínio próprio”<sup>479</sup>. Não cabe aqui perquirir os caminhos da inteligência artificial e de suas espécies, até porque corremos o risco de perder em profundidade argumentativa.

Essa abordagem fenomenológica só é possível porque trata-se de um objeto do conhecimento que já tem seu lugar, sua posição no mundo material. A inteligência artificial e suas ramificações já são ontologicamente anteriores ao direito, e é esse o ponto necessário a ser observado. A inteligência artificial é pré-existente ôntica e ontologicamente a qualquer

---

<sup>477</sup> Drexl, Hilty et al., Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective, Version 1.0, October 2019, available at: <https://ssrn.com/abstract=3465577>, p. 3.

<sup>478</sup> Ibid., p. 3.

<sup>479</sup> SOUSA E SILVA, Nuno, Direito E Robótica - Uma Primeira Aproximação (Robots and the Law - a First Take) (June 21, 2017). P. 491. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2990713> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2990713>. Acesso em: 25/03/2023.

recurso de natureza jurídica. Nesse ponto o argumento de Nuno Sousa e Silva, há de nos ajudar, haja vista que:

Quanto mais cedo os juristas virarem a sua atenção para as tecnologias emergentes, melhor poderão conformar sua forma futura. Por outras palavras, quanto mais conscientemente acompanharmos, como sociedade e cidadãos, o desenvolvimento destas tecnologias, que se preveem pervasivas, melhores serão as nossas escolhas colectivas<sup>480</sup>

É exatamente na intenção de se atentar, perceber aquilo que aparece aos olhos (fenômeno), que o Parlamento Europeu adotou em 16 de fevereiro de 2017, uma resolução com recomendações à Comissão Europeia sobre regras de Direito Civil sobre robótica. A União Europeia, mediante seus parlamentares, procura desde então trazer para o direito as questões atinentes à inteligência artificial. A resolução propõe à Comissão, em seu item 59, alínea “f” que seja criado um status legal específico para robôs.<sup>481</sup>

É importante salientar que a intervenção da União Europeia é mediante proposta e processo legislativo, conforme o artigo 114 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia. Isto é, ao fim e ao cabo, o direito, mediante o seu artifício, por excelência, destinado a regular aquilo que ontologicamente é exterior ao seu ordenamento, tenta trazer a inteligência artificial para junto de si, com vias a uma normatização. Tenta-se por meio da norma jurídica, normatizar um objeto do conhecimento que se lhe escapa no plano ôntico-ontológico e no plano essencial.

Resumidamente, vê-se que tendo reconhecido a iminência de fazerem incidir normas sobre a inteligência artificial e seus rebentos, surge a noção de um “status jurídico específico para robôs”. Porém, o primeiro desafio é no que consiste esse status jurídico para robôs, ou seja, de que forma será arbitrado no direito e nas relações entre os sujeitos.

### **3.1 – Analogia como meio de institucionalização da personalidade eletrônica no direito brasileiro.**

Primeiramente, há de ser percebido que guardam semelhanças a pessoa natural e a entidade de inteligência artificial, como, por exemplo, na capacidade de entender. Entender, aqui é considerado como a capacidade de trabalhar com características do real que são colocadas diante do objeto, ou seja, a partir de determinado estímulo (*input*), a inteligência artificial

---

<sup>480</sup> Ibid., p. 492

<sup>481</sup> Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica. Parlamento Europeu, 27, jan. 2017. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html)>. Último acesso em: 01, março. 2023.

fornece um (*output*). Isso se assemelha ao humano na justa medida que ao ser confrontado com uma pergunta, fornece uma resposta, ou tem reflexos ainda mais naturalísticos, como quando aproxima a mão de uma superfície em chamas, retira-a imediatamente.

Anteriormente, foi visto em relação a pessoa jurídica que esta é declarada “pessoa” pelo fato de exercer caracteres da personalidade e mediante analogia é absorvida ao ordenamento jurídico. Da mesma forma que o fez com aquele agrupamento de indivíduos, que posteriormente veio a ser declarado como pessoa jurídica, o direito deve proceder mediante analogia para que os entes ativos através da inteligência artificial possam lhe fazer parte. A analogia, como visto e delineado mediante a obra de José Lamartine é necessária porquanto se reconhece em determinada categoria de entes o exercício de algum dos atributos da personalidade, tendo como parâmetro a pessoa natural. Neste ponto, José Lamartine, ajuda-nos com o seguinte esclarecimento:

Confia-se ao real, para salientar o que é comum aos seres que considera e o que os separa sem os opor, de modo a que seu princípio seja o mesmo. A noção de personalidade é uma noção analógica.<sup>482</sup>

A personalidade eletrônica, portanto, deve ser reconhecida pelo Estado, que possui, por óbvio, o monopólio legítimo do Direito, mediante analogia, assim como feito com as pessoas jurídicas. No entanto, não se pode despropositadamente pensar que pessoa jurídica e pessoa eletrônica poderiam ser agrupadas dentro da mesma categoria, sem mais distinções. Isto é, não se pode simplesmente esquivar da constituição prévia da inteligência artificial e incuti-la dentro da categoria de pessoa jurídica, como se não houvesse algum problema senão o de trazer o conceito para o ordenamento jurídico. Esse pensamento seria falacioso na justa medida em que existem diferenças entre pessoa jurídica e pessoa eletrônica. Senão vejamos que:

Artificial intelligence cannot be considered an organizational unit whose acts can only be performed through its bodies. The issue of artificial intelligence boils down to determining the relationship between it acting alone, without the help of a natural person, and man—the creator or owner of the robot. Therefore, it should be recognized that the concept of legal personality cannot be directly applied to artificial intelligence, because AI is not an organizational unit acting through organs stipulated by the statute<sup>483</sup>.

---

<sup>482</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 17.

<sup>483</sup> Ziemianin, K. (2021). Civil legal personality of artificial intelligence. Future or utopia?. Internet Policy Review, 10(2). <https://doi.org/10.14763/2021.2.1544>, p. 9.

Percebe-se, portanto, que é necessário avocar uma ipseidade da personalidade daqueles entes que agem mediante inteligência artificial e que não se pode, apenas por economia conceitual e terminológica, embarçá-los juntamente ao conceito de personalidade jurídica. É precisamente isso que a União Europeia vem tentando fazer através da Recomendação a Comissão de direito civil sobre robótica que foi colacionada acima. É necessário, por conseguinte, desenvolver um conceito legal específico para entes dotados de inteligência artificial.

Trazendo o argumento para a prática jurídica brasileira, vemos que no tocante a pessoa jurídica foi delineado nas seções acima que o próprio Código Civil em seu artigo 45 considera que pessoa jurídica existe para o direito após a sua averbação. Isso porque:

Para que a lei reconheça, é preciso que reconheça algo que, anteriormente ao reconhecimento, já possua as características ontológicas necessárias ao reconhecimento. A lei não reconhece qualquer coisa.<sup>484</sup>

Este mesmo raciocínio deve se aplicar à declaração pelo ordenamento jurídico, mediante processo legislativo, da personalidade jurídica eletrônica. É interessante perceber que não há óbice estrutural no direito brasileiro para receber a personalidade eletrônica. Isso se dá em relação as próprias pessoas jurídicas haja vista que o direito brasileiro apenas as declara, entendendo que sua constituição, por excelência, é anterior ao seu ingresso no ordenamento jurídico.

É possível ver a argumentação acerca da analogia como forma de institucionalizar, ou melhor, fazer o ordenamento jurídico incidir sobre também no argumento de Nuno Sousa e Silva:

A atribuição de personalidade jurídica a robots e/ou a sua responsabilidade civil e criminal à primeira vista pode parecer um absurdo mas, se vista por analogia com a personalidade jurídica das pessoas colectivas, revela-se um expediente jurídico atraente para lidar com alguns dos problemas que a tecnologia irá colocar, especialmente em termos de responsabilidade<sup>485</sup>.

Apesar de o autor dizer da analogia em relação as pessoas jurídicas, é perfeitamente aplicável as pessoas naturais, haja vista que a primeira também é inserida no ordenamento jurídico por força da analogia com a segunda.

Pode, ainda, surgir alguma dúvida no sentido de que a inteligência artificial por funcionar como um autômato, seria uma *realidade substancial*, conforme argumentação de José

---

<sup>484</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. Op Cit., 21.

<sup>485</sup> SOUSA E SILVA, Nuno, Direito E Robótica - Uma Primeira Aproximação (Robots and the Law - a First Take) (June 21, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2990713> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2990713>. P, 505. Acesso em: 25/03/2023.

Lamartine. Por autômato, queremos dizer algo que realiza atividades próprias sem mediação contínua exterior de terceiros, nesse caso o ser humano. Essa dúvida seria legítima, mas improcedente, ao fim e ao cabo. Ocorre que o conceito de *acidente* e *substância* aqui trabalhados, remetem a Tomás de Aquino, que, por sua vez, diz: A substância é ente enquanto sujeito apto a existir por si<sup>486</sup>.

Exemplificando, apesar de no primeiro olhar parecer que a inteligência artificial é uma *substância*, deve-se assegurar o contrário, ou seja, que é um *acidente*. São *acidentais* estes entes porquanto dependem do ser humano para dar-lhes a constituição necessária para funcionamento, como os arquivos onde operacionalizará suas atividades, isto é, não possuem uma centelha de perenidade que os singularizam por completo diante de qualquer outro.

Sendo assim, importa salientar que ao estabelecer uma tentativa de trazer a personalidade jurídica para o ordenamento brasileiro, não estamos nos valendo de um artifício, ou ficção. Por lado diametralmente oposto, verificou-se uma contingência do real e busca-se, portanto, balizá-la ao direito. Em consonância com o posicionamento desenvolvido é a argumentação de José Lamartine (apud) Larenz (1979, p. 19):

Não se trata aqui de uma ficção e portanto também não de uma decisão inteiramente deixada ao arbítrio do legislador, nem também só de um artifício técnico-jurídico, porém de uma analogia, que encontra nas realidades efetivas suas bases e ao mesmo tempo seus limites.<sup>487</sup>

Ademais, pode-se considerar que a inteligência artificial e seus rebentos por ela ativados, como os robôs<sup>488</sup>, tem as condições necessárias para exercerem caracteres da personalidade, requisito essencial para que lhe seja atribuído tal estatuto. Dito de outra forma, realizar caracteres da personalidade equivale a ter capacidade jurídica e conseqüentemente ser aglutinado no ordenamento como sujeito de direito. Sendo assim, pode-se dizer que a inteligência artificial possui as cinco características a seguir, segundo Nuno Sousa e Silva (2017, p.500):

[...] capacidade comunicativa, conhecimento interno (de si mesma), conhecimento externo (acerca do mundo), comportamento determinado por objetivos e

---

<sup>486</sup> TOMÁS DE AQUINO. Suma de Teologia. Tradução de Aimon-Marie Roguet et all. São Paulo: Edições Loyola, 2001, v. I a VIII. p. 99.

<sup>487</sup> CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979. P. 17.

<sup>488</sup> Segundo Nuno Sousa e Silva (2017, p.500): A grande diferença dos robots em relação à chamada inteligência artificial reside na actividade física, na interacção mais directa e corpórea com a realidade. Fazendo da autonomia um carácter definidor da robótica este terá necessariamente alguma componente de inteligência artificial. Dito de outra forma, um robot é uma das várias aplicações da inteligência artificial. É a inteligência artificial que confere autonomia a uma máquina e faz deste um robot.

criatividade (no sentido de explorar vias alternativas de solução quando as vias anteriormente ensaiadas falharem).<sup>489</sup>

Esses caracteres são mais refinados, inclusive, do que a primeira figura institucionalizada pelo direito, que foram as pessoas jurídicas. Os aspectos associativos e interativos da inteligência artificial são mais resultado do avanço técnico da sociedade contemporânea, por óbvio. No entanto, é um imperativo que se põe diante do direito brasileiro que é superável, sendo necessária ação legislativa positiva e que não fomente uma legislação meramente simbólica, ou seja, aquela na qual possui um espaço, um hiato, entre o positivado e o que pretende ser efetivamente normatizado e que produza efeitos.

#### **4- Considerações Finais.**

A investigação empreendida prestou-se a identificação, projeção e circunscrição da possibilidade do ingresso da categoria conceitual da personalidade jurídica eletrônica no direito brasileiro. Foi percebido, inicialmente, a vanguarda da questão proposta. Para tanto, regrediu-se o novelo argumentativo antes mesmo da noção de pessoa, mostrando que esta resulta eminentemente de caracteres jurídicos.

Na sequência, viu-se que a pessoa jurídica já era uma realidade antes mesmo da sua declaração pelo direito. Disso decorre que caem por terra as teorias civilistas que tentam estabelecer a pessoa jurídica como fruto da ficção da pessoa natural, como se a pessoa natural projetasse mentalmente, e, ato contínuo, surgisse a pessoa jurídica. Todavia, o direito não tem nenhuma capacidade de demiurgo, sendo que apenas declara como existentes determinados entes que já são pré-constituídos e os institucionaliza mediante o processo legislativo próprio. Corroborou o nosso argumento o artigo 45 do Código Civil que diz do início da existência legal da pessoa jurídica, deixando implícito que anteriormente já havia existência material.

Sobre a adequação da pessoa jurídica ao ordenamento se procedeu mediante o exercício de analogia, analisando a existência de caracteres de personalidade, que, por conseguinte, ensejam a capacidade e possibilidade de ser sujeito de direito. Concluiu-se da possibilidade também de aplicação da analogia para as entidades que operacionalizam mediante inteligência artificial, que era, por fim, o foco do presente trabalho.

Para tanto, afastamos todas as tentativas metafísicas de constituição da pessoa jurídica e mostrou-se que existe a possibilidade de existência ôntica e ontológica anterior ao direito.

---

<sup>489</sup> SOUSA E SILVA, Nuno, *Direito E Robótica - Uma Primeira Aproximação (Robots and the Law - a First Take)* (June 21, 2017). P. 500. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2990713> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2990713>. Acesso em: 25/03/2023

Necessariamente, também esticamos esta condição de realidade, não calcando nenhum argumento metafísico sobre a personalidade eletrônica. Em relação a personalidade eletrônica, foi constatado que também possui uma condição *a priori* quando situado ao lado do ordenamento, já que esta é rebento das ciências da computação e da matemática.

Em conclusão, percebe-se que conforme seu desenvolvimento exponencial, observamos, paulatinamente, o exercício de alguns caracteres da personalidade, fato que enseja uma conduta ativa do direito com vias a normatização deste substrato ôntico. Por derradeiro, foi também visto que não há óbice estrutural para aplicar analogicamente a categoria de personalidade eletrônica no direito civil brasileiro.

### **Referências bibliográficas.**

CORRÊA DE OLIVEIRA, J. Lamartine. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.

DREXL, Hilty et al., Technical Aspects of Artificial Intelligence: An Understanding from an Intellectual Property Law Perspective, Version 1.0, October 2019, available at: <https://ssrn.com/abstract=3465577>, p. 3.

HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. Trad. de Fausto Castilho. Editora da Unicamp. Vozes, 2015

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR. n. 46, p. 119-149, 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14977>. Acesso: 25/03/2023.

OLIVEIRA, Leônidas, Meireles Mansur Muniz de. As organizações religiosas como pessoa jurídica de direito privado. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

Parlamento Europeu, 27, jan. 2017. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_PT.html)>. Último acesso em: 01,março. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – v. I / Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Relatório que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica.

SALMEN, Caroline Salah; WACHOWICZ, Marcos. A atribuição da pessoa jurídica à inteligência artificial: desafios e sua efetividade. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v. 7, p. 71438-71457, 2021. 2525-8761. DOI: <https://doi.org/DOI:10.34117/bjdv7n7-359>. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SILVA, Pedro Rodolfo Fernandes da; VIEIRA, Sadoque Lee Melo. OS FUNDAMENTOS METAFÍSICOS DE TOMÁS DE AQUINO A PARTIR DA OBRA DE ENTE ET ESSENTIA. REVISTA SEARA FILOSÓFICA, 2021, n. 22, p. 14-30, 2021. ISSN 2177-8698. Disponível em:

<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/view/>. Acesso em: 25 mar. 2023.

SOUSA E SILVA, Nuno, Direito E Robótica - Uma Primeira Aproximação (Robots and the Law - a First Take) (June 21, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2990713> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2990713>. Acesso em: 25/03/2023

TOMÁS DE AQUINO. Suma de Teologia. Tradução de Aimon-Marie Roguet et all. São Paulo: Edições Loyola, 2001, v. I a VIII. p. 99.

VENOSA, Sílvio de Salvo Direito civil: parte geral - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. - (Coleção direito civil; v. 1).

ZIEMIANIN, K. (2021). Civil legal personality of artificial intelligence. Future or utopia?. Internet Policy Review, 10(2). Disponível em: <https://doi.org/10.14763/2021.2.1544>. Acesso em 25/03/2023.

# CONSUMIDOR NA ERA TECNOLÓGICA: DESAFIOS PARA O D. I. PRIVADO <sup>490</sup>

Vera Lúcia Viegas-Liquidato <sup>491/492</sup>

**Sumário:** Resumo. Abstract. Palavras-chave. Keywords. Introdução. 1 - Considerações Iniciais. 2 - Arbitragem e os Contratos Internacionais. 2.1 Arbitragem e Escolha do Direito Aplicável nos contratos B2B. 2.2 Arbitragem e relações de consumo: contratos internacionais B2C. 2.3 Código de Defesa do Consumidor e abusividade da cláusula compromissória de arbitragem. 2.4 Contratos internacionais B2C e cláusula de eleição de foro. 3 - Contratos internacionais digitais consumeristas: peculiaridades. 3.1 Direito aplicável aos contratos internacionais digitais consumeristas e possibilidade da autonomia privada: *de lege ferenda*. 3.1.1.0 Projeto de Lei nº 3.514 de 2015. 8.1.1.1 PL 3.514 e celebração de contratos B2C à distância. 3.1.2 Projeto de Lei nº 1.038 de 2020. 3.1.3 Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017. 3.2 – Direito aplicável aos contratos internacionais digitais consumeristas e a aplicação do direito mais benéfico ao consumidor. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

**Palavras-chave:** Direito Internacional Privado; Contratos Internacionais Consumeristas; Autonomia Conflitual; Contratos Digitais.

**Resumo:** O *e-commerce* sofreu um aumento exponencial durante a pandemia do COVID-19; vivemos a era da interconectividade, da hiperconectividade, do movimento do *always-on, always recording, readily accessible*; nesse incremento da globalidade. Esse cenário impõe à estrutura clássica do Direito Internacional Privado (D. I. Pr.) - calcada no territorialismo -, desafios para fazer frente a essa hipervulnerabilidade. Este trabalho objetiva analisar quais instigações a era digital impõe à atual estrutura jurídica do DIPr na seara das relações jurídicas plurilocalizadas consumeristas e de quais institutos/princípios/ferramentas o DIPr pode se valer para fazer frente a esses desafios.

Este estudo concentrar-se-á na matéria das cláusulas contratuais, mormente, a cláusula arbitral para os contratos *Business to Business* (B2B) e a de escolha do direito aplicável. Dessa forma, o objetivo da investigação é analisar os percalços e os condicionantes que a autonomia conflitual das partes na escolha do direito aplicável apresentam para os contratos internacionais digitais consumeristas. A metodologia foi a dedutiva, partindo do levantamento bibliográfico e normativo, ou seja, análise da doutrina e da regulamentação jurídica (*de lege lata* e *de lege ferenda*) referentes à matéria.

---

<sup>490</sup> Este trabalho foi apresentado, de forma presencial, no VI Encontro Iberoamericano de Direito e Desenvolvimento, Curitiba, Brasil, dentro do GT 15: Direito Digital e Direito do Consumidor, coordenados por João Pedro Leite Barros (UNB) e Fábio Veiga (Universidade Lusófona) e por isso tem a limitação de tempo e espaço do texto que o evento exigiu.

<sup>491</sup> Pós-doutorado em Direito Internacional Privado pela Universidade de Bolonha, doutora em Direito Internacional pela USP, pesquisadora do CEISAL (Conselho Europeu de Investigações Sociais para a América Latina), consultora da Clínica de Direito Internacional Humanitário da UFRGS, membro da SLADI, ASADIP (Associação Americana de Professores de D. I. Pr.), SBDI, ABDI e IBDipr (Instituto Brasileiro de D. I. Pr.). Professora da pós-graduação da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC) e do doutorado na Universidade Nacional de Mar del Plata.

<sup>492</sup> Email: viegasliquidato@gmail.com. *Link para curriculum lattes:* <http://lattes.cnpq.br/0981437458828867>.

**Abstract:** The *e-commerce* suffered an exponential increase during the COVID-19 pandemic; we are living in the interconnectivity era, hyperconnectivity, movement of the *always-on, always recording, readily accessible*, in the increase of the globalization. In this scenario the classic structure of the International Private Law (IPL), based on the territorialism, suffered challenges to face the hypervulnerability. This paper aims to analyze these questions that the digital era creates to current juridic structure of the IPL in the field of the international consumer relations and what kind of institute, principles, tools the IPL must face such kind of new reality.

This paper is focused in the subject of the contractual clauses, like the arbitral clause of the Business to Business (B2B) and the choice of the applicable law. This way, the goal of the investigation is analyzing the obstacles and the conditions that the party autonomy to the applicable law's choice shows for the international digital consumer contract. The methodology was the deductive, starting from the bibliographic survey, that means, analyses of the doctrine and the juridic regulation (*de lege lata* and *the lege ferenda*) related to the subject.

**Keywords:** International Private Law; International Consumer Contracts; Party Autonomy; Digital Contracts.

## Introdução

Este trabalho objetiva analisar quais desafios a era digital impõe à atual estrutura jurídica do Direito Internacional Privado (DIPr) na seara das relações jurídicas plurilocalizadas consumeristas e de quais institutos/princípios/ferramentas o DIPr pode se valer para fazer frente a esses desafios.

Do arcabouço jurídico clássico dessa estrutura, este trabalho concentrar-se-á na matéria das cláusulas contratuais, mormente a cláusula de eleição de foro, cláusula arbitral e a de escolha do direito aplicável: a teoria geral do DIPr para regulamentação dessas cláusulas sofre alteração em se tratando de contratos internacionais consumeristas? E para os contratos internacionais consumeristas digitais, há considerações outras a serem feitas?

A metodologia da pesquisa é a dedutiva, partindo do levantamento bibliográfico e normativo, ou seja, análise da doutrina e da regulamentação jurídica (*de lege lata* e *de lege ferenda*) referentes à matéria.

Este trabalho abordará as seguintes questões:

- i) o que o DIPr oferece hoje para fazer frente à hipervulnerabilidade do consumidor na era digital?
- ii) a teoria geral do DIPr para regulamentação das cláusulas de eleição de foro, cláusula arbitral e escolha do direito aplicável, sofre alteração em se tratando de contratos internacionais consumeristas?
- iii) e para os contratos internacionais consumeristas digitais, há considerações outras a serem feitas?

iv) Quais os limites da autonomia privada nos contratos internacionais digitais consumeristas?

Visa-se realizar um diagnóstico da operatividade das normas de DIPr delimitadoras da jurisdição e do direito aplicável nas relações jurídicas plurilocalizadas dos contratos digitais internacionais consumeristas.

## 1 - Considerações Iniciais

O *e-commerce* sofreu um aumento exponencial durante a pandemia do COVID-19; isso só foi possibilitado por estarmos em plena quarta revolução industrial: a era digital. Cada vez mais consumidores passam a contratar eletronicamente, por meio dos contratos digitais, adquirindo produtos e contratando serviços.

Vivemos a era da interconectividade, da hiperconectividade, do movimento do *always-on, always recording, readily accessible*; nesse incremento da globalidade.

Essa era digital coloca o consumidor – que já é vulnerável por natureza – num terreno de incertezas, na celebração dos contratos eletrônicos<sup>493</sup>, repletos de cláusulas que ignora o teor e alcance.

Esse cenário impõe ao DIPr desafios para fazer frente a essa hipervulnerabilidade<sup>494</sup>; a superação desses desafios é condição *sine qua non* para não deixar o consumidor desamparado nesses novos espaços da era digital. Pertinente aqui é a nova terminologia adotada por BERGE, que fala em espaços desterritorializados: contratos que se formam nas “dadosesferas”, “dataesferas”.<sup>495 /496</sup>

Os avanços tecnológicos ocorridos na sociedade da informação geram novas formas de contratação e fomentam os contratos internacionais consumeristas celebrados

---

<sup>493</sup> A respeito do comércio eletrônico, *vide* ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Borges. *Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico transfronteiriço*: tempo, essencialidade e análise econômica. Curitiba: Juruá, 2022, p. 45.

<sup>494</sup> *Vide*, a respeito, BAROCELLI, Sergio Sebastián (coord.). *Consumidores Hipervulnerables*. Buenos Aires: El Derecho, 2018.

<sup>495</sup> 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.

<sup>496</sup> Sobre o “ciberespaço” no marco tradicional do desenvolvimento das relações jurídicas, 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. 53 e ss.

A respeito do direito do consumidor e globalização veja-se KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direito Internacional do Consumidor*: a proteção do consumidor no livre-comércio internacional. Curitiba: Juruá, 2012, em especial p. 35 e ss.

eletronicamente.<sup>497</sup> Essa tipologia de contratação à distância traz indagações relevantes ao DIPr no que concerne aos limites da autonomia privada para a eleição do juízo e do direito aplicável. Os critérios determinadores da jurisdição e do direito aplicável, tradicionalmente adstritos ao conceito clássico de território, são postos em xeque pelos novos espaços da era cibernética.

Tem-se por objetivo de investigação os percalços e os condicionantes que a autonomia privada na escolha da jurisdição e do direito aplicável apresentam para os contratos internacionais digitais consumeristas. Para tanto, iniciaremos a análise pela arbitragem nos contratos *Business to Business* (B2B), para então desembocarmos nos contratos consumeristas, com suas peculiaridades e condicionantes.

## 2 - Arbitragem e os Contratos Internacionais

A arbitragem é um modo pacífico de solução de controvérsias muito utilizado para os contratos internacionais, mas a configuração desse instituto para os contratos B2B é distinta daquela para os contratos *Business to Consumer* (B2C) como se verá.

### 2.1. Arbitragem e Escolha do Direito Aplicável nos contratos B2B

Diante da característica da internacionalidade de um contrato, é comum, especialmente nos contratos B2B, que são os contratos entre empresas, a opção pela arbitragem.

Por meio de uma cláusula compromissória, inserida no contrato, as partes manifestam sua intenção de não se valer do poder judiciário, evitando, assim, morosidade até a obtenção de uma decisão executória e por vezes, a necessidade de homologação dessa decisão, num foro estrangeiro.<sup>498</sup>

Desde 1996 o Brasil dispõe de uma lei específica sobre arbitragem, a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.<sup>499 /500</sup>

---

<sup>497</sup> Sobre a formação dos contratos internacionais digitais consumeristas, *vide* SALIB, Marta Luiza Leszczynski. *Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional: a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 78 e ss.

<sup>498</sup> Nunca é demais ressaltar que igualmente um laudo arbitral necessitará de homologação para a produção de efeitos em outro foro, dado que o laudo arbitral equivale a uma sentença nacional transitada em julgado.

<sup>499</sup> Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em 29 mar. 2023.

<sup>500</sup> Tal Lei determina em seu Artigo 1º: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...)”.

Essa lei estabelece, em seu Artigo 2º, a possibilidade da autonomia conflitual das partes<sup>501</sup> para a determinação do direito aplicável, nos seguintes termos:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Vê-se assim que a lei de arbitragem brasileira possibilita a escolha por um direito estatal, direito nacional de um dos Estados envolvidos ou de um terceiro, ou normas outras que não direito oriundo do poder legislativo, tais como a aplicação da *lex mercatoria*.<sup>502</sup>

Outra possibilidade é eleger a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG, na sua sigla em inglês: *Convention on Contracts for International Sale of Goods*) firmada pelo Brasil em Viena, aos 11 de abril de 1980.<sup>503/504</sup>

A CISG, de igual modo, em seu Artigo 9º, § 2º, privilegia a aplicação dos usos e costumes, nos seguintes termos:

Artigo 9º, § 2º “Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento”.

Em suma: a autonomia privada está presente nos contratos B2B, desde a possibilidade de:

---

<sup>501</sup> Também conhecida por autonomia da vontade, autonomia privada na escolha do direito aplicável. A respeito do celeuma no Brasil da possibilidade ou não da autonomia conflitual nos contratos B2B, veja-se AYMONE, Priscila Knoll. A regulação do mérito da arbitragem mediante a utilização das regras internacionais do comércio: uma possibilidade decorrente da Lei brasileira de Arbitragem e um paradoxo frente à LICC/42? In FRADERA, Vera Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (orgs.). *A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 51 e ss.

<sup>502</sup> A respeito da *lex mercatoria* veja-se MARRELLA, Fabrizio. *La Nuova Lex Mercatoria: Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*. Vol. 30 del Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia. Padova: CEDAM, 2003, especialmente p. 31 e ss e 53 e ss. *Vide* também FERNÁNDEZ ROZA, José Carlos. *Ius Mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid, Europa NIHIL PRIUS FIDÉ NOTARIO/Colegios Notariales de España. 2003, especialmente p. 234 e ss.

<sup>503</sup> Promulgada no Brasil pelo Decreto Executivo n. 8.327, de 16 de outubro de 2014, disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm). Acesso em: 13 mar. 2023. Seu texto em inglês pode ser compulsado em: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf). Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>504</sup> A respeito da CISG, veja-se FRADERA, Vera Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira. *A Compra e Venda Internacional de Mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011, em especial, p. 44 e ss. Veja-se ainda GARRO, Alejandro M.; MORENO RODRIGUEZ, José A.. *La compraventa internacional y la "CISG": una perspectiva iberoamericana*. Assunção: CEDEP/Intercontinental Editora S. A., 2019, em especial p. 41 e ss e por fim, VEROSENE, Lígia Espolaor. *A Convenção de Viena e seus reflexos no Direito Contratual Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2019, especialmente p. 58 e ss.

- i) opção pelo poder judiciário para dirimir controvérsias,
- ii) indicação de qual foro judiciário utilizar (por meio de cláusula de eleição de foro),
- iii) pela escolha da arbitragem (utilização da cláusula compromissória) e nesse caso:
- iv) pela eleição do local da arbitragem (qual câmara arbitral utilizar), como também:
- v) pelo direito a ser aplicado ao contrato (cláusula de escolha do direito aplicável)<sup>505</sup>, podendo ser:
- vi) o direito interno de algum Estado,
- vii) indicação de uma Convenção Internacional (a CISG, por exemplo),
- viii) adoção dos usos e costumes internacionais (*lex mercatoria*) como também:
- ix) indicação de instrumento de *soft law* aplicável aos contratos internacionais (por exemplo, os Princípios UNIDROIT).<sup>506</sup>

Vê-se, assim, que a autonomia privada é reconhecida para os contratos entre empresas, bem como a adoção dos usos e costumes comerciais, sempre que ausente o elemento da vulnerabilidade em ambos os polos contratuais, o mesmo não se podendo afirmar para os contratos B2C, como se verá.

## 2.2 Arbitragem e relações de consumo: contratos internacionais B2C

A relação jurídica nos contratos B2C, diferentemente dos contratos B2B, não encontra em seus polos paridade, diante da vulnerabilidade do consumidor, frente à empresa com quem contrata, vulnerabilidade essa presente em várias áreas.

Claudia Lima MARQUES<sup>507</sup> identifica três tipos de vulnerabilidade do consumidor, quais sejam: i) vulnerabilidade técnica (falta de conhecimentos específicos a respeito de um dado objeto), ii) jurídica ou científica (ausência de conhecimentos econômicos ou experiência juntamente com a impossibilidade de se consultar com um especialista, ou seja, escassez de conhecimentos contábeis, econômicos e jurídicos específicos) e iii) fática

---

<sup>505</sup> A respeito do direito aplicável aos contratos B2B nas Américas, veja-se ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comitê Jurídico Interamericano. *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas*: preparada por el Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. Washington: Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, 2019, especialmente p. 81 e ss.

<sup>506</sup> Não obstante já haver versões posteriores da redação dos princípios UNIDROIT, veja-se GAMA Jr., Lauro. *Contratos Internacional à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004*: soft law, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renova, 2006, em especial p. 179 e ss.

<sup>507</sup> MARQUES, Claudia Lima. Artigo 4º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 268.

(desproporcionalidade de fato das forças econômicas e intelectuais, característica das relações desiguais ou desequilibradas).<sup>508</sup>

A vulnerabilidade do consumidor nas suas diversas formas de manifestação fez com que o Código de Defesa do Consumidor considera-se uma série de cláusulas como abusivas. Senão vejamos.

### **2.3 Código de Defesa do Consumidor e abusividade da cláusula compromissória de arbitragem**

No Código de Processo Civil brasileiro a jurisdição em matéria de consumo é explicitada no Art. 22, inciso II.<sup>509</sup> O intuito é justamente garantir ao consumidor o acesso à justiça e evitar que a jurisdição brasileira seja preterida perante uma justiça estrangeira por vezes praticamente inalcançável ao consumidor.

Com esse mesmo intuito, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC) estabelece em seu Artigo 51 uma série de cláusulas como nulas, referindo-se à nulidade da adoção compulsória da arbitragem no inciso VII, 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.

Ilustrativo dos efeitos da nulidade da cláusula compromissória nos contratos consumeristas é o Agravo Interno no Recurso Especial 1949396 / MT, de relatoria do Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 11 de abril de 2022.

Esse julgado repisa o fato da jurisprudência do STJ ser no sentido de que o mero ajuizamento da demanda pelo consumidor "evidencia a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória" (REsp n. 1.785.783/GO, Relator Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/11/2019, DJe 7/11/2019).

---

<sup>508</sup> Veja-se ainda VIEGAS-LIQUIDATO, Vera Lúcia; LIQUIDATO, Alexandre G. N. Princípio da Vulnerabilidade do Particular perante o Estado na Lei da Liberdade Econômica. In CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coords.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*. Vol. 1, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 258 e ss.

<sup>509</sup> 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."

Já a Lei de Arbitragem brasileira, por sua vez, no seu Art. 4º, § 2º, determina que a cláusula arbitral compromissória, para ser eficaz nos contratos por adesão, necessita que o aderente tenha tomado a iniciativa de instituir a arbitragem ou, se assim não ocorreu, ter o aderente concordado expressamente sua instituição, por escrito em documento anexo ou destacado em negrito, “com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.<sup>510</sup>

Elucidador de aplicação desse preceito é o Acórdão do STJ, de 12 de março de 2023,<sup>511</sup> que analisou justamente o caso de cláusula compromissória, em contrato de adesão, que desatendeu às exigências desse Art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem brasileira, referindo-se ao compromisso arbitral como “patológico”, ou seja, claramente ilegal, declarando-lhe a nulidade.<sup>512</sup>

## 2.4 Contratos internacionais B2C e cláusula de eleição de foro

Tecidas essas considerações a respeito da cláusula compromissória de arbitragem nos contratos B2C, vejamos agora algumas peculiaridades da cláusula de eleição de foro nesses mesmos contratos.

De acordo com o Artigo 78 do Código Civil brasileiro (CC) “Nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações neles resultantes”. Esse dispositivo tem reflexo na eleição do foro.

Sabe-se que por eleição do foro entende-se o local convencionado no contrato para o cumprimento de obrigações e direitos estabelecidos entre as partes, que pode ou não ter relação com o domicílio dessas partes. Sabe-se ainda que somente na jurisdição relativa pode ser exercida essa possibilidade de eleição do foro competente; a jurisdição absoluta, por ser matéria de ordem pública, não pode ser objeto de cláusula de eleição de foro.<sup>513</sup>

---

<sup>510</sup> 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 serve especialmente para os contratos B2C, desde que sejam contratos por adesão.

<sup>511</sup> Veja-se AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2004229 - MG (2022/0151386-2).

<sup>512</sup> Veja-se também REsp 1.803.752/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 4/2/2020, DJe 24/4/2020.

<sup>513</sup> Nesse sentido, o Artigo 25 do Código de Processo Civil brasileiro (CPC) assim estabelece: “Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.”

Tanto esse Artigo 78 do CC quanto o Artigo 25 do CPC foram pensados para contratos B2B vez que, em se tratando de contratos B2C há interpretação doutrinária e jurisprudencial que precisam ser levadas em conta.

Em julgado do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ)<sup>514</sup> a sua 4ª Turma entendeu que a cláusula de eleição de foro é válida quando não for comprovada a hipossuficiência; entendeu-se que em contrato de adesão a cláusula de eleição de foro pode ser considerada inválida, quando constatada a hipossuficiência da parte ou a dificuldade de acesso à justiça.<sup>515</sup>

Em outro julgado o STJ, manifestando-se sobre eleição de foro em contrato de adesão, repisa que a jurisprudência dessa Corte Superior firmou-se no sentido da possibilidade de se declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de adesão de franquias, quando configurada a vulnerabilidade ou a hipossuficiência do aderente ou o prejuízo no acesso à justiça e menciona a incidência do Enunciado nº 83 da Súmula do STJ.<sup>516/517</sup>

### 3. Contratos internacionais digitais consumeristas: peculiaridades.

Tecidas essas considerações *supra* a respeito de juízo competente, passemos agora à análise do direito aplicável.

É de suma importância saber-se qual é o direito aplicável a um contrato internacional digital consumerista.

Sabe-se que tal contrato é um contrato internacional celebrado à distância, portanto, a regra do *caput* do Artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) não é suficiente para responder a essa questão.<sup>518</sup> Tampouco o § 2º do Artigo 9º resolve o problema, dado que considera o contrato celebrado à distância, formado “no lugar em que residir o proponente”<sup>519</sup>; pergunta-se: onde reside o proponente num contrato celebrado

---

<sup>514</sup> STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 701481/CE, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 20;8;2015, DJUE 27.8.2015

<sup>515</sup> Como precedentes pode-se citar: STJ, 4ª T., AgInt no AREsp 983281-PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.2.2017, DJUE 1º. 3.2017.

<sup>516</sup> STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 5769977-DF, re. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14.10.2014, DJUE 20.10.2014.

<sup>517</sup> Veja-se o comentário a esse Artigo 78 do CC em NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. até 03.06.2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (eBook). [3ª ed. do Ebook baseada na 13ª ed. do livro impresso].

<sup>518</sup> O *caput* do Art. 9º da LINDB assim determina: “Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.”

<sup>519</sup> Nos seguintes termos: “Artigo 9º, § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.

digitalmente, por meio de um site estrangeiro, cuja nacionalidade do provedor, por vezes, difere da nacionalidade do fornecedor do produto, e da procedência do mesmo, fornecedor esse que por sua vez tenha, até mesmo, um estabelecimento exclusivamente virtual?<sup>520</sup>

Não é de causar estranheza que a LINDB não faça frente aos desafios da era digital, vez que, na verdade, é uma legislação datada de 1942.<sup>521</sup>

Não obstante tenhamos no Código Civil brasileiro (CC) um artigo específico referente ao lugar da celebração do contrato, tal disposição de igual modo não faz frente aos desafios dos cenários digitais desterritorializados, vez que, quanto ao “local” da celebração dos contratos à distância, reputa-os celebrados no lugar em que foram propostos.<sup>522</sup> Isso se dá em razão de que, a despeito do Código Civil brasileiro ser de 2002, na verdade advém de um projeto que remonta ao século passado.<sup>523/524</sup>

A dificuldade está em determinar-se um “lugar” para a celebração de um contrato que se celebra digitalmente, ou seja, fora do paradigma clássico da territorialidade, no qual o DIPr segue calcado até hoje.

---

<sup>520</sup> Sobre estabelecimento virtual, veja-se OLIVEIRA, Mirela Viviane Silva Martins de; GREGIO, Ivo de Jesus Dematei. Contrato eletrônico de consumo: análise da natureza da relação jurídica e aplicação das regras do CDC. In CARVALHO, Thomaz Jefferson; SILVA, Felipe Rangel da (coords.). *Temas avançados de direito eletrônico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 76-77.

<sup>521</sup> Não obstante esse nome “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” ter sido estabelecido por normativa de 2010, essa lei de 2010 apenas alterou o nome da antiga LICC (Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942), para LINDB (redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010), deixando seus preceitos inalterados. Dessa forma, para entender o histórico da LINDB, há que se ter em mente que no “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil” (primeiro Código Civil brasileiro), o nome era **Introdução ao Código Civil** (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916). Esse nome passou a ser **Lei de Introdução ao Código Civil** (LICC) pelo Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que substituiu a Introdução ao Código Civil de 1916. Em 2010, de LICC passou para **Lei de Introdução às normas do direito brasileiro**, por meio da supramencionada Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010, nome esse que permanece até hoje. Não obstante essas alterações, o elemento de conexão para contratos restou inalterado desde 1942. *Vide* VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. Reconhecimento e homologação de sentenças estrangeiras: o Projeto de Convenção da Conferência da Haia. In *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, SC, v. 22, n. 9, jan./abr. 2019, p. 243. Ainda quanto ao histórico da LINDB, *vide* MONACO, Gustavo de Campos Ferraz. A reforma de 2018 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: uma chance perdida para o Direito Internacional Privado. In CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da *et al.* (coords.) *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro anotada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 399 e ss.

<sup>522</sup> Nos seguintes termos: Artigo 435 CC: “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”.

<sup>523</sup> A exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil, da lavra de Miguel Reale (supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil de 1916), data de 16 de janeiro de 1975, tendo sido publicada no Diário do Congresso Nacional, Seção I, aos 16 de junho de 1975.

<sup>524</sup> Ugo DRAETTA em 1988 já se referia à obsolescência dos ordenamentos nacionais, afirmando serem “generalmente inadeguati a fornire una disciplina soddisfacente alla ricchezza e al livello di complessità raggiunti dalla prassi (...)”. DRAETTA, Ugo. *Il diritto dei contratti internazionali: la patologia dei contratti*. Padova: Cedam, 1988, p. 151.

Ainda com o intuito de auxílio na busca do “lugar” de formação dos contratos à distância e especificamente referindo-se aos digitais, tem-se o Enunciado 173 da III Jornada de Direito Civil, referente à formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, considerando que se perfaz com a recepção da aceitação pelo proponente.

Vê-se assim que a legislação em vigor no Brasil não faz frente aos novos desafios impostos pela realidade digital.

Tampouco o método conflitual savigniano, tradicional clássico, enfrenta os novos desafios, o que exige abertura de espaço para novos métodos, como se verá *infra* no item 3.2.

O CDC brasileiro, por sua vez, data de 1991 e não dispõe de um capítulo próprio para comércio eletrônico; o Projeto de Lei (PL) 3.514/2015 tem esse por um dos seus objetivos, dentre outros.

Até que esse PL seja aprovado, há que se utilizarem, para o comércio eletrônico, as ferramentas que o CDC oferece, em prol da proteção da vulnerabilidade do consumidor: determinação de certas cláusulas como nulas, por serem abusivas, interpretação pro consumidor, inversão do ônus da prova, etc.

### **3.1 Direito aplicável aos contratos internacionais digitais consumeristas e possibilidade da autonomia privada: de *lege ferenda*.**

*De lege ferenda* o que se tem em termos de direito aplicável aos contratos internacionais digitais consumeristas, por se tratarem de contratos internacionais à distância, é o estabelecido no já visto *supra* § 2º do Artigo 9º da LINDB, que estabelece que deve ser aplicado o direito da residência do proponente.

*De lege lata* temos alguns Projetos de Leis (PLs) que disciplinam a matéria, como o PL 3.514 de 2015, o PL 1.038 de 2020 e o Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017.

#### **3.1.1.0 Projeto de Lei nº 3.514 de 2015.**

O PL 3.514, de 04 de novembro de 2015,<sup>525</sup> promove uma considerável alteração no regramento do direito aplicável aos contratos eletrônicos de consumo, dado que além da

---

<sup>525</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em 28 fev. 2021. Atualmente, esse PL está pronto para ser votado em plenário.

alteração do CDC<sup>526</sup>, o seu Artigo 2º modificará o Artigo 9º da LINDB; ocorrerá alteração do *caput*, revogação dos atuais §§1º e 2º, acréscimo do Artigo 9º-A, com seis parágrafos, o Artigo 9º-B com dois parágrafos e o Artigo 9º-C com dois incisos.<sup>527</sup>

### 8.1.1.1 PL 3.514 e celebração de contratos B2C à distância

Esse PL inclui no CDC uma nova seção, a Seção VII “Do Comércio Eletrônico”. Tal seção traz um conceito de contratação à distância e um artigo específico delimitando o direito aplicável aos contratos B2C celebrados à distância.

É justamente o Artigo 49, §2º, que define a contratação B2C à distância, nos seguintes termos:

Art. 49, § 2º: Por contratação a distância entende-se aquela efetivada fora do estabelecimento ou sem a presença física simultânea do consumidor e do fornecedor, especialmente em domicílio, por telefone, por reembolso postal ou por meio eletrônico ou similar.

Já atinente ao direito aplicável aos contratos à distância, na contratação B2C, esse PL faz a seguinte alteração no Art. 101 do CDC, acrescentando-lhe o § 2º:

Art. 101. § 2º Aos conflitos decorrentes do fornecimento a distância internacional, aplica-se a lei do domicílio do consumidor, ou, **desde que mais favorável** a este, a norma estatal escolhida pelas partes, assegurado, em qualquer hipótese, o acesso do consumidor à Justiça.” [grifou-se]

Vê-se assim o descortinar do princípio da aplicação do direito mais favorável ao consumidor, princípio esse que norteia a autonomia conflitual das partes na escolha do direito aplicável ao consumidor e também se aplica às contratações eletrônicas e encontra-se refletido no PL nº 1.038 de 2020 e no Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo, de 2017, como se verá.

---

<sup>526</sup> O Artigo 1º desse PL acrescentou o Artigo 3º-A, artigo esse que traz o princípio da integração e interpretação das normas e dos negócios jurídicos sempre do modo mais favorável ao consumidor; fez alterações nos Artigos 4º, 5º, 6º, 39, incluiu o Art. 10º-A. Além disso, acrescentou a Seção VII (“Do Comércio Eletrônico”), que vai da inclusão dos Artigos 45-A até o 49-A.

<sup>527</sup> Para um histórico de Projetos de Leis anteriores cujo escopo era a alteração da LICC/LINDB, *vide* TIBURCIO, Carmen. A determinação da lei aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais segundo o direito brasileiro. In CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da *et al.* (coords.) *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro anotada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 495. A autora faz referência aos Projetos de i) Clovis Bevilacqua, ii) Haroldo Valladão, iii) João Gradino Rodas conjuntamente com Jacob Dolinger (PL nº 4.905) e o de iv) Pedro Simon (PL nº 269).

### 3.1.2 Projeto de Lei nº 1.038 de 2020.

O PL nº 1.038/2020 prevê alteração apenas no Art. 9º da LINDB e não no CDC como o Projeto 3.514/2015.

Esse PL<sup>528</sup> é da iniciativa do senador Rodrigo Cunha e destaca em sua ementa o objetivo da “adoção integral do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais”.<sup>529</sup>

Altera completamente o atual Art. 9º da LINDB, oferecendo um novo Artigo 9º (com nove parágrafos) centrado na autonomia privada para a escolha do direito aplicável<sup>530</sup> para os contratos internacionais B2B<sup>531</sup> e acrescentando os Artigos 9º-A (B2C) e 9º-B (para obrigações derivadas de atos ilícitos). Por não prever qualquer alteração ao CDC, não enfrenta as novas realidades da contratação eletrônica consumerista e a urgente necessidade de proteção do consumidor na era tecnológica (quem o faz, conforme visto, é o PL 3.514/2015).

Quanto ao direito aplicável aos contratos B2C no PL 1.038/2020, o Artigo 9º do PL 1.038 é exclusivo para contratos B2B. O Artigo 9º-A, com seus quatro parágrafos, por sua vez, é o orientado aos contratos internacionais de consumo, prevendo logo no seu *caput* o **critério da aplicação da lei mais favorável ao consumidor**, comparando-se o direito do lugar da celebração do contrato com o do domicílio do consumidor, nos seguintes termos:

Artigo 9º-A. Os contratos internacionais de consumo, entendidos como aqueles realizados entre um consumidor, pessoa física, com fornecedor de produtos e serviços cujo domicílio ou estabelecimento envolvido na contratação esteja situado em um país distinto do domicílio do consumidor, regem-se pela lei do

---

<sup>528</sup> Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141234>. Acesso em 28 fev. 2021.

<sup>529</sup> A respeito do tema, veja-se ARAUJO, Nadia; DE NARDI, Marcelo. A autonomia da vontade nos contratos internacionais: as regras de conexão propostas no PLS nº 1.038/2020. In PEREIRA, Antônio Alves Celsa (coord.) MARCOS, Henrique; MENEGUETTI, Luciano; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de (orgs.) **A expansão sistêmica do Direito Internacional: liber amicorum** Professor Wagner Menezes. Belo Horizonte: Arraes, 2023, p. 127-143.

<sup>530</sup> É de proveito notar que tanto o PL 3.514/2015 (Art. Art. 9º-A, §2º) quanto o PL 1.038/2020 (Art. 9º, §6º) mencionam, quanto à escolha do direito aplicável nos contratos B2B, a possibilidade de se eleger como aplicável um arcabouço de regras jurídicas de caráter internacional, “aceitas no plano internacional, supranacional ou regional como neutras” e equilibradas/justas. Desse modo, poderia a escolha recair na *lex mercatoria*, por codificações internacionais, como os Princípios UNIDROIT. Relativo à *lex mercatoria*, vide *supra* nota 502.

<sup>531</sup> Já se o contrato B2B for “*standard* ou de adesão”, poderão ser aplicadas as normas brasileiras imperativas, presentes os pressupostos do Art. 9º, § 8º, nos seguintes termos: Art. 9º § 8º “Não obstante o disposto neste artigo, em se tratando de contrato *standard* ou de adesão, celebrado no Brasil ou que aqui tiver de ser executado, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito brasileiro quando revestirem caráter imperativo.” Constata-se assim que essa redação é praticamente cópia do § 5º do Art. 9º-A do PL 3.514.

domicílio do consumidor ou pela lei do lugar da celebração, aplicando-se sempre a lei que for mais favorável ao consumidor.

Igualmente para contratos B2C celebrados à distância, conforme já visto, aplicar-se-á o direito mais benéfico ao consumidor, comparando-se o direito brasileiro com o direito escolhido pelas partes (Art. 9º-A, § 1º).

Digno de nota é mencionar ainda que esse critério da aplicação do direito mais favorável também é estatuído nesse PL para os casos de atos ilícitos, regidos pelo Artigo 9º-B, § 2º.<sup>532</sup>

### 3.1.3 Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017

Justamente em decorrência da sua vulnerabilidade, já *supra* analisada, o consumidor necessita de normativa especial, para que não caia na vala comum das disposições para jurisdição e direito aplicável aos contratos internacionais em geral.

Nessa toada, o Artigo 2º do Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual – firmado em 05/08/1994 e em vigor desde 06/06/1996 – assim estatui:

Art. 2º: O âmbito de aplicação do presente Protocolo exclui: (...)  
6. os contratos de venda ao consumidor.<sup>533</sup>

O MERCOSUL possui um “Acordo sobre Direito Aplicável em matéria de Contratos Internacionais de Consumo”, de 21/12/2017, que ainda não está em vigor.<sup>534</sup>

Esse Acordo estatui, quanto ao direito aplicável, o que segue:

#### CAPÍTULO SEGUNDO - DIREITO APLICÁVEL

Artigo 4º - Contratos celebrados pelo consumidor no Estado Parte de seu domicílio.

---

<sup>532</sup> “Artigo 9º-B. § 2º Caso nenhuma das partes envolvidas possua domicílio ou sede no país em que tenha ocorrido o acidente, dano, fato ou ato ilícito, poderá ser aplicável a lei do lugar onde os efeitos se fizeram sentir, se for mais favorável à vítima do acidente, dano, fato ou ato ilícito.”

<sup>533</sup> Já em específico sobre contratos de consumo, aos 16/12/1996 firmou-se no MERCOSUL o “Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição em matéria de relações de consumo”, que não chegou a ser ratificado por nenhum dos Estados membros do MERCOSUL.

<sup>534</sup> Sobre esse e todos os outros Protocolos e Acordos do MERCOSUL, veja-se: [https://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/ConsultaMercosur.aspx](https://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx). Acesso em 29 mar. 2023. Esse *link* oferece o texto desses documentos em português e em espanhol e informações quanto à vigência.

1 - Os contratos internacionais celebrados estando o consumidor no Estado Parte de seu domicílio, especialmente no caso de contratação à distância, regem-se pelo direito eleito pelas partes, as quais podem optar pelo direito do domicílio do consumidor, do local de celebração ou cumprimento do contrato ou da sede do fornecedor dos produtos ou serviços. O direito escolhido será aplicável desde que **mais favorável ao consumidor**. [grifou-se]

Vê-se assim, literalmente, no MERCOSUL, a efetivação da determinação da aplicação do direito mais favorável ao consumidor.<sup>535</sup>

Por fim, cumpre trazer à colação que em 28 de janeiro de 2021 o Conselho do Mercado Comum (CMC) aprovou<sup>536</sup> o Acordo sobre Comércio Eletrônico do Mercosul, por meio da Decisão 15/20, que disciplina – dentre outros assuntos – da proteção dos dados pessoais<sup>537</sup> e o Artigo 5º desse Acordo refere-se à “proteção do consumidor on-line”.<sup>538</sup>

### **3.2 – Direito aplicável aos contratos internacionais digitais consumeristas e a aplicação do direito mais benéfico ao consumidor.**

---

<sup>535</sup> Quanto a esse “Acordo sobre Direito Aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo”, *vide* MARQUES, Cláudia Lima. Lei mais favorável ao consumidor e o Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017 (Most favorable law to consumers and the Mercosur Agreement on Applicable Law on International Consumer Contracts 2017). In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 121, ano 28, jan.-fev. 2019c, p. 419-456. *Vide* ainda AMARAL Jr., Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. A jurisdição internacional e a proteção do consumidor transfronteiriço: um estudo comparativo entre as recentes alterações legislativas verificadas no Brasil e na Argentina. In CARVALHO RAMOS, André de (org). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 310-323. *Vide* ainda: VERBICARO, Dennis; ÁLVARES, Roberta. Proposta de acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo: um consenso necessário. In *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 32, 2016, p. 53-87. jul/dez. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2209>. Acesso em 29 mar. 2023.

<sup>536</sup> *Vide* VIOLA, Mario; FRANCA, Marcílio; DONEDA, Danilo. Festa para a proteção de dados na América do Sul. In *Consultor Jurídico*. 17 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/opiniao-festa-protecao-dados-america-sul>. Acesso em 29 mar. 2023.

<sup>537</sup> Essa Decisão do CSM – assinada conforme o mecanismo previsto no Art. 6º da Decisão CMC nº 20/02 - está vigente desde a data da sua publicação - conforme informação do próprio *site* oficial do MERCOSUL - ocorrida, como visto, aos 28 de janeiro de 2021. *Vide* <https://normas.mercosur.int/public/normativas/4018>. Acesso em 17 fev. 2021. Já quanto à entrada em vigor do Acordo há que ser pelo modo padrão de internacionalização de Tratados do MERCOSUL, qual seja, a ratificação pelos seus Estados membros; isso está reiterado, como de praxe, no seu Artigo 14 que assim estabelece: “**Artigo 14: Entrada em vigor** - O presente Acordo entrará em vigor trinta (30) dias após o depósito do instrumento de ratificação pelo segundo Estado Parte do MERCOSUL. Para os Estados Partes que o ratificarem posteriormente, o presente Acordo entrará em vigor trinta (30) dias após a data em que cada um depositar seu respectivo instrumento de ratificação.”

<sup>538</sup> **Artigo 5º: Proteção ao consumidor on-line:** “As Partes reconhecem a importância de proteger os consumidores contra práticas comerciais fraudulentas e enganosas quando participam do comércio eletrônico. Nesse sentido, cada Parte ajustar-se-á, em matéria de proteção ao consumidor no comércio eletrônico, ao estabelecido na normativa vigente do MERCOSUL relacionada à matéria”.

Como viu-se, um DIPr calcado no seu paradigma clássico da territorialidade (lugar do domicílio da pessoa, lugar da residência habitual, local da formação do contrato, lugar da execução da obrigação, lugar do estabelecimento comercial, ...) é insuficiente para os problemas atuais da era da 4ª Revolução Industrial. De igual forma, o método clássico do DIPr, que é o método tradicional savigniano, método indireto rígido, fechado, de determinação do direito aplicável por meio de um único critério, vai abrindo espaço para novos métodos, como o método indireto flexível fechado, que é aquele que continua sendo indireto, na medida em que não regula materialmente a relação jurídica plurilocalizada, mas aponta o direito que o fará, porém oferecendo uma lista fechada de opções, pautando a escolha do legislador por um objetivo maior a ser perseguido, como, por exemplo, a defesa do superior interesse da criança, a proteção do trabalhador num contrato de trabalho internacional e a proteção do consumidor.

Fala-se aqui, assim, na aplicação do direito mais favorável ao vulnerável.<sup>539</sup> Dentro dessa ideia surgem os PLs 3.514/2015 e 1.380 *supra* analisados, que oferecem um leque de direitos a comparar e o que será aplicado é o mais benéfico ao consumidor, dentre as opções fechadas, que incluem o direito escolhido pelas partes que só será aplicado, repita-se, se mais benéfico ao consumidor.

Pertinente aqui é o ensinamento de FERRER CORREIA. O atual Art. 9º da LINDB coaduna-se, na terminologia desse autor, a um critério de conexão de feição clássica, uma norma “de conteúdo rígido, *hard-and-fast Rules*, ou seja, normas que adstringem o juiz a usar um elemento de conexão pré-determinado”; paralelamente a essas normas de tipo clássico, há outras, as “open ended Rules”, determinadoras de “todo um leque de opções possíveis”<sup>540</sup>. Tratar-se-iam de “regras abertas ou flexíveis” resultado de uma tendência que tem se descortinado nos últimos tempos.<sup>541</sup>

Ainda para FERRER CORREIA as “normas de conexão substancial” ou “*normas de conflitos de carácter substancial*” são aquelas que “operam a escolha da lei *em função do resultado*” e

---

<sup>539</sup> Veja-se, a respeito, VIEGAS-LIQUIDATO, Vera Lúcia. Direito aplicável no Brasil aos contratos internacionais consumeristas: estado de arte. In MONACO, Gustavo (et. al. coords.). Direito Internacional Privado, negócios e novas tecnologias. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 5787-6283. *Vide* também VIEGAS-LIQUIDATO, Vera Lúcia. Fundamentos da obrigatoriedade da aplicação no Brasil do direito mais benéfico aos contratos internacionais consumeristas. In FONSECA, Isabel; VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia et. al. (coords.). *Desafios do Direito no Século XXI: governação e COVID-19*. Minho: Escola de Direito da Universidade do Minho/Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov-GL). 2021, p. 197-216.

<sup>540</sup> FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 9ª reimpressão da edição de outubro/2000. Coimbra: Almedina, 2016, 167.

<sup>541</sup> FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*, cit., p. 142.

não se confundem com as “normas localizadoras”, que são as de “tipo clássico”<sup>542</sup>. FERRER CORREIA dá justamente como exemplo das primeiras, “as regras que visam a proteção da parte mais fraca em dadas relações jurídicas”<sup>543</sup>. O autor oferece ainda como exemplo dessa “mesma ideia de tutela da parte mais fraca”, os Artigos 120 e 121 da Lei Suíça de 18 de dezembro de 1987 relativos a contratos com consumidores e contratos com trabalhadores<sup>544</sup>. FERRER CORREIA, alude também, ao lado desse caminho da *better law approach*, “o caminho das soluções de compromisso”<sup>545</sup>.

## Considerações Finais

De todo o *supra* aludido percebe-se que perante os desafios que a era digital impõe à contratação, “balançando” o arcabouço clássico do DIPr, os institutos da arbitragem e da autonomia conflitual das partes na escolha do direito aplicável apresentam peculiaridades frente aos contratos internacionais consumeristas.

A normatividade clássica da LINDB e do CC brasileiro não resolvem a contento a contratação internacional consumerista digital. Respostas a essa realidade tecnológica encontra-se no método do DIPr que passa, nessas questões, do tradicional savigniano, para o “*open ended Rules*”, calcado na busca do resultado que é atender de melhor forma à defesa do bem maior que é a proteção ao consumidor, gerando um princípio do DIPr que é a aplicação do direito mais favorável ao consumidor (*most favorable law*), princípio esse refletido no projetos de lei e no Acordo do Mercosul *supra* analisados.

## Referências Bibliográficas

AYMONE, Priscila Knoll. A regulação do mérito da arbitragem mediante a utilização das regras internacionais do comércio: uma possibilidade decorrente da Lei brasileira de Arbitragem e um paradoxo frente à LICC/42? In FRADERA, Vera Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (orgs.). *A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011.

AMARAL Jr., Alberto do; VIEIRA, Luciane Klein. A jurisdição internacional e a proteção do consumidor transfronteiriço: um estudo comparativo entre as recentes alterações

---

<sup>542</sup> FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*, cit., p. 166.

<sup>543</sup> FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*, cit., p. 166, 167.

<sup>544</sup> FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*, cit., p. 167, nota 194.

<sup>545</sup> FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*, cit., p. 376, nota 461.

- legislativas verificadas no Brasil e na Argentina. In CARVALHO RAMOS, André de (org). *Direito Internacional Privado: questões controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p. 310-323.
- ARAUJO, Nadia; DE NARDI, Marcelo. A autonomia da vontade nos contratos internacionais: as regras de conexão propostas no PLS nº 1.038/2020. In PEREIRA, Antônio Alves Celsa (coord.) MARCOS, Henrique; MENEGUETTI, Luciano; OLIVEIRA, Paulo Henrique Reis de (orgs.) **A expansão sistêmica do Direito Internacional: *liber amicorum*** Professor Wagner Menezes. Belo Horizonte: Arraes, 2023, p. 127-143.
- BAROCELLI, Sergio Sebastián (coord.). *Consumidores Hipervulnerables*. Buenos Aires: El Derecho, 2018.
- 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.
- BRASIL. Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm). Acesso em 29 mar. 2023.
- BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em 29 mar. 2023.
- COSTA, José Augusto Fontoura. A jurisdição internacional brasileira. In *Jota*, 20/03/2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-jurisdicao-internacional-brasileira-20032023>. Acesso em 26 mar. 2023.
- DRAETTA, Ugo. *Il diritto dei contratti internazionali: la patologia dei contratti*. Padova: Cedam, 1988.
- FERNÁNDEZ ROZA, José Carlos. *Ius Mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Madrid, Europa NIHIL PRIUS FIDÉ NOTARIO/Colegios Notariales de España. 2003.
- FERRER CORREIA, António. *Lições de Direito Internacional Privado I*. 9ª reimpressão da edição de outubro/2000. Coimbra: Almedina, 2016.
- FRADERA, Vera Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira. *A Compra e Venda Internacional de Mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011.
- GAMA Jr., Lauro. *Contratos Internacional à luz dos Princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renova, 2006.
- GARRO, Alejandro M.; MORENO RODRIGUEZ, José A.. *La compraventa internacional y la "CISG": una perspectiva iberoamericana*. Assunção: CEDEP/Intercontinental Editora S. A., 2019.
- KLAUSNER, Eduardo Antônio. *Direito Internacional do Consumidor: a proteção do consumidor no livre-comércio internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. Artigo 4º. In: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2019, p. 263-313.

MARQUES, Claudia Lima. Lei mais favorável ao consumidor e o Acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo de 2017 (Most favorable law to consumers and the Mercosur Agreement on Applicable Law on International Consumer Contracts 2017). In *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 121, ano 28, jan.-fev. 2019c, p. 419-456.

MARRELLA, Fabrizio. *La Nuova Lex Mercatoria: Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*. Vol. 30 del Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia. Padova: CEDAM, 2003.

MONACO, Gustavo de Campos Ferraz. A reforma de 2018 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: uma chance perdida para o Direito Internacional Privado. In CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da *et al.* (coords.) *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro anotada*. Vol. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 399-408.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. até 03.06.2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (eBook). [3ª. ed. do Ebook baseada na 13ª ed. do livro impresso]

OLIVEIRA, Mirela Viviane Silva Martins de; GREGIO, Ivo de Jesus Dematei. Contrato eletrônico de consumo: análise da natureza da relação jurídica e aplicação das regras do CDC. In CARVALHO, Thomaz Jefferson; SILVA, Felipe Rangel da (coords.). *Temas avançados de direito eletrônico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 76-77.

ONU – UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Disponível em: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_e_ebook.pdf). Acesso em: 14 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comitê Jurídico Interamericano. *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales em las Américas*: preparada por el Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. Washington: Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano, 2019.

ROSA, André Luís Cateli; FERREIRA, Jussara Borges. *Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico transfronteiriço*: tempo, essencialidade e análise econômica. Curitiba: Juruá, 2022.

SALIB, Marta Luiza Leszczynski. *Contratos e a tutela do consumidor no comércio eletrônico internacional: a proteção jurídica do consumidor virtual no mercado globalizado*. Curitiba: Juruá, 2014.

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.

VERBICARO, Dennis; ÁLVARES, Roberta. Proposta de acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo: um consenso necessário. In *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 20, n. 32, 2016, p. 53-87. jul/dez. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/2209>. Acesso em 29 mar. 2023.

VEROSENE, Lúgia Espolaor. *A Convenção de Viena e seus reflexos no Direito Contratual Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2019.

VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. Direito aplicável no Brasil aos contratos internacionais consumeristas: estado de arte. In MONACO, Gustavo (et. al. coords.). *Direito Internacional Privado, negócios e novas tecnologias*. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 5787-6283.

VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. Fundamentos da obrigatoriedade da aplicação no Brasil do direito mais benéfico aos contratos internacionais consumeristas. In FONSECA, Isabel; VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia et. al. (coords.). *Desafios do Direito no Século XXI: governação e COVID-19*. Minho: Escola de Direito da Universidade do Minho/Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov-GL). 2021, p. 197-216.

VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia; LIQUIDATO, Alexandre G. N. Princípio da Vulnerabilidade do Particular perante o Estado na Lei da Liberdade Econômica. In CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coords.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada*. Vol. 1, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 255-262.

VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. Reconhecimento e homologação de sentenças estrangeiras: o Projeto de Convenção da Conferência da Haia. In *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, SC, v. 22, n. 9, jan./abr. 2019, p. 242-256.

VIOLA, Mario; FRANCA, Marcílio; DONEDA, Danilo. Festa para a proteção de dados na América do Sul. In *Consultor Jurídico*. 17 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/opiniao-festa-protecao-dados-america-sul>. Acesso em 29 mar. 2023.

# A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROVENIENTES DA MINERAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS

## The legal nature of rights arising from cryptocurrency mining

Wilson Engelmann<sup>546</sup>  
Francisco Secco Giaretta<sup>547</sup>

**Sumário:** 1. Considerações Iniciais; 2. Da Tecnologia Blockchain e as Criptomoedas; 3. Da Mineração de Criptomoedas; 4. Dos Bens no Código Civil: Dos Frutos e Produtos; 5. Considerações Finais;

**Resumo:** O presente artigo em questão discute a classificação legal da mineração de criptomoedas no Brasil, ressaltando a importância de uma caracterização precisa dos resultados desse processo como frutos ou produtos, e como isso pode impactar a designação legal desses ativos. Para tanto, o texto se baseia no Código Civil Brasileiro e em outras fontes doutrinárias para argumentar que a mineração de criptomoedas deve ser classificada como um tipo de fruto, ao invés de tratá-la como produto, devido à natureza do processo de mineração. Além disso, o texto destaca a necessidade de métodos integrativos para abordar lacunas na legislação brasileira em relação ao status jurídico da mineração de criptomoedas. Por fim, ele compara a mineração de criptomoedas à mineração mineral tradicional para demonstrar como as duas práticas diferem em termos de sua classificação legal. A presente discussão é relevante não apenas para a compreensão da natureza jurídica da mineração de criptomoedas, mas também para a regulamentação dessa atividade no Brasil. A falta de clareza jurídica pode levar à insegurança jurídica e afetar negativamente o desenvolvimento do mercado de criptomoedas no país. Desse modo, faz-se essencial que o Direito acompanhe as transformações tecnológicas e sociais para garantir uma aplicação mais efetiva da legislação.

**Palavras-chave:** *Blockchain*; Criptomoedas; Regulação; Mineração; *Bitcoin*; *Ethereum*; *Proof-of-Work*; *Proof-of-Stake*.

**Abstract:** The present article in question discusses the legal classification of cryptocurrency mining in Brazil, highlighting the importance of a precise characterization of the results of this process as fruits or products, and how this can impact the legal designation of these assets. To this end, the text is based on the Brazilian Civil Code and other doctrinal sources to argue that cryptocurrency mining should be classified as a type of fruit, rather than treating it as a product, due to the nature of the mining process. Furthermore, the text highlights the need for integrative methods to address gaps in Brazilian legislation regarding the legal status of cryptocurrency mining. Finally, he compares cryptocurrency mining to traditional mineral mining to demonstrate how the two practices differ in terms of their legal classification. The present discussion is relevant not only for understanding the legal nature of cryptocurrency mining, but also for the regulation of this activity in Brazil. The lack of legal clarity can lead to legal uncertainty and negatively affect the development of the cryptocurrency market in

---

<sup>546</sup>Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - e do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS, RS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; e-mail: wengelmann@unisinos.br

<sup>547</sup>Doutorando e Mestre em Direito pela UNISINOS, RS; Professor do Curso de Graduação em Direito da Faculdade REGES de Realeza, PR. Tabelaio de Notas titular da Comarca de Capanema, Paraná.

the country. In this way, it is essential that the Law accompany the technological and social transformations to guarantee a more effective application of the legislation.

**Keywords:** Blockchain; Cryptocurrencies; Regulation; Mining; Bitcoin; Ethereum; Proof-of-Work; Proof-of-Stake.

## 1. Considerações Iniciais

As discussões acadêmicas, atualmente, centram-se nas novas tecnologias e nos novos direitos daí advindos. Como ponto central do presente estudo, se tratará da mineração de criptomoedas e sua natureza jurídica, ante os aspectos econômicos e jurídicos.

Realizar-se-á uma análise geral das principais criptomoedas existentes no mercado, juntamente com a tecnologia blockchain. Na sequência será abordada a temática dos tipos de mineração de criptomoedas e suas particularidades, juntamente a uma revisão bibliográfica e técnica do assunto, discutindo o seu possível enquadramento jurídico. Far-se-á um estudo dos principais criptoativos e das suas formas de mineração.

Considerando as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema proposto, indaga-se qual a natureza jurídica da mineração de criptomoedas? O objetivo é demonstrarmos a possibilidade de encontrar uma definição jurídica da mineração de criptomoedas. Dever-se-á explanar sobre os criptoativos e sua relevância no mercado mobiliário. O estudo aferirá a crivialidade das hipóteses lançadas, trazendo as principais discussões sobre a geração de renda passiva através das criptomoedas. Como objetivos específicos, estudar-se-á a legislação civil análoga, pesquisando sobre as definições técnicas dos criptoativos, as formas de mineração, tais como a “Proof-of-Work” (PoW) e o “Proof-of-Stake” (PoS).

Para confirmar as hipóteses delineadas a pesquisa fará uma revisão bibliográfica sobre os temas direito civil, bens, frutos e produtos; revisará a bibliografia sobre a tecnologia blockchain, os principais criptoativos, tais como Bitcoin (BTC) e o Ethereum (ETH).

Pode-se dizer que mercado de criptoativos vem crescendo consideravelmente nos últimos anos. Diversas questões de direito sobre o tema ainda não foram enfrentadas pela doutrina. Pesquisas nessa seara, apesar de escassas, se fazem muito relevantes, pois clareiam conceitos e buscam diminuir a assimetria de informações, fato esse que se constata de modo geral entre o mundo acadêmico e o universo do blockchain.

O tema proposto, qual seja, uma análise jurídica da mineração de criptomoedas, é provavelmente inovador, visto que não foi traduzido em nenhum trabalho científico de folego, mas apenas breves citações, como questões meramente acessórias em periódicos

internacionais. Outrossim, o estudo tem condições de se mostrar relevante para a comunidade jurídica nacional, trazendo um assunto pouco discutido no direito pátrio. Dessa forma, o manuscrito poderá se tornar uma referência, propiciando condições de abertura e maior desenvolvimento de questões técnico-jurídicas sobre o objeto tratado.

## 2. Da Tecnologia Blockchain e as Criptomoedas

O objetivo deste trabalho é estudar a natureza jurídica das *criptomoedas*, que tem seu surgimento conectado ao desenvolvimento da “Blockchain”, tecnologia de registros distribuídos que permite a criação de inscrições digitais seguras e verificáveis, como um “livro-razão” digital compartilhado, onde as transações são registradas e validadas de forma descentralizada por meio de uma rede de computadores.

As criptomoedas nascem juntamente com o desenvolvimento da tecnologia blockchain sendo um marco disruptivo tecnológico. Fala-se muito sobre novas tecnologias e toda a questão

em torno disso como temas inovadores, já que há no plano de fundo há uma técnica em que ocorre o registro, por vários participantes, simultaneamente, de dados associados a segurança decorrente desse processo, por meio da criptografia. Nesta tecnologia temos a descentralização como principal aspecto, destacando o fato de não termos um terceiro que detém as informações de modo absoluto, mas uma informação que é compartilhada ao mesmo tempo por vários participantes que são parte da grande cadeia de blocos criptografados.

No uso dessa tecnologia, uma vez que a informação é registrada em um bloco, ela se converte em imutável e permanente, tornando a técnica especialmente útil para fins de segurança e transparência, como em transações financeiras. Como a rede é descentralizada, ela é menos vulnerável a ataques e falhas do que um sistema centralizado. Como explica Uhdre: “os criptoativos, blockchain e tecnologias correlatas produzem a uma forma de relacionamento ponta a ponta (parte-a-parte, ou P2P), em que não mais se faz necessária a presença das instituições intermediárias”.<sup>548</sup>

---

<sup>548</sup> UHDRE, Dayana de Carvalho. Blockchain, tokens e criptomoedas : análise jurídica. São Paulo : Almedina, 2021, p.20.

Na prática, o uso dessa técnica promove o afastamento de quaisquer instituições financeiras ou bancos como intermediários em movimentações monetárias, tornando os próprios usuários partes ativas de todo o processo. Dito isso, percebe-se que, *in verbis*:

o [...] protocolo Bitcoin tornou “dispensável” - para fins de transferência de valores - os terceiros de confiança (instituições bancárias, por exemplo), hoje tão necessários. E assim o é porque a plataforma em estrutura blockchain, verdadeiro “livro razão” (livro contábil) de registro das transações efetuadas em bitcoins, é compartilhada por múltiplos usuários do sistema, mediante uma rede que veicula publicamente todas as operações. Essas operações, depois de validadas, são agrupadas em blocos e relacionadas em cadeia (cadeia de blocos).<sup>549</sup>

A tecnologia “blockchain” é a base para muitas criptomoedas, como o *Bitcoin* e o *Ethereum*. Essas “cryptocurrencies”, são as duas mais valiosas moedas digitais, havendo que se fazer distinções importantes entre elas, inclusive em seu aspecto mineratório.

O Bitcoin foi a primeira aplicação prática relevante da tecnologia “blockchain”. Criada em 2009, por “Satoshi Nakamoto”, é mantida em uma rede descentralizada de computadores, em vez de ser controlada por um banco central ou governo. A quantidade total de Bitcoin que pode ser criada é limitada a 21 milhões de unidades.

O *Ethereum*, lançado em 2015 pelo programador Vitalik Buterin, diferentemente do Bitcoin - que é principalmente usado como uma moeda digital - foi projetado para ser uma plataforma que permite a criação de aplicativos descentralizados. Apps são executados na *rede Ethereum* e podem ser usados para uma ampla gama de finalidades, incluindo jogos. Devido a sua popularidade, o seu valor de mercado disparou, sendo constantemente uma alternativa ao Bitcoin em transações digitais.

Feitas as breves explanações gerais, cuidar-se-á do tema sob o aspecto mineratório.

### **3. Da Mineração de Criptomoedas**

O conceito de “mineração” frequentemente remete à imagem de trabalhadores sujos de poeira escavando túneis em busca de ouro. No entanto, a mineração de Bitcoin, apesar do nome, é bem diferente desse cenário.

A mineração de criptoativos é um processo de validação e registro de transações em uma “blockchain”. Os mineradores resolvem problemas matemáticos para validarem

---

<sup>549</sup> UHDRE, Dayana de Carvalho. Blockchain, tokens e criptomoedas : análise jurídica. São Paulo : Almedina, 2021, p.37.

operações. No momento em que um minerador resolve o problema, ele adiciona um novo bloco à rede e recebe novas criptomoedas como recompensa.

Nas palavras de Dayana de Carvalho Uhdre:

Os “mineradores” (miners) são, portanto, pessoas ou empresas (ou grupos deles, chamadas mining pools) que põem seu poder computacional — e o espaço, tempo, energia etc. a ele relacionados — para resolver complexos algoritmos, destinados a verificar a higidez dos blocos de transações, em especial com vistas a evitar o duplo gasto de um mesmo bitcoin (chamado protocolo de validação “proof of work”).<sup>550</sup>

Inegavelmente o Bitcoin e o Ethereum são as duas principais criptomoedas da atualidade, e justamente as que possuem maior valor de mercado. Entretanto, apresentam diferenças significativas, especialmente o fato de que cada uma representa um modo de mineração particular.

A mineração do Bitcoin ocorre por um processo denominado “Proof-of-Work” (PoW). Esse processo envolve o uso de poder de processamento de hardwares para resolver problemas complexos na “blockchain” e receber Bitcoins como retribuição. Além de receberem novas criptomoedas, os mineradores também são recompensados com as taxas das transações realizadas. Qualquer pessoa pode se tornar um minerador, desde que tenha um sistema potente para executar essa tarefa. É possível se juntar a um grupo de mineradores, chamado de pool, que reúne o poder de processamento de diversos indivíduos, ou realizar a mineração sozinho, embora este último seja um processo muito mais complexo.

De outro lado, a mineração do Ethereum ocorre por meio de um processo bastante diverso denominado Proof-of-Stake (PoS). Este é um protocolo de consenso que permite que os participantes da rede mantenham e validem transações adicionando novos blocos à blockchain com base na quantidade de criptomoedas que eles possuem.

Nesse método mineratório, ao invés de resolver problemas matemáticos complexos, os participantes da rede depositam suas moedas como garantia, ou “staking”, para validar transações e receber recompensas. O objetivo do PoS é reduzir o consumo de energia necessária para validar as transações e incentivar os participantes da rede a manterem suas moedas. Ambos os processos de mineração têm seus pontos positivos e negativos, e a escolha entre PoW e PoS depende das ideias do projeto e dos objetivos de sua comunidade de

---

<sup>550</sup> UHDRE, Dayana de Carvalho. Blockchain, tokens e criptomoedas : análise jurídica. São Paulo : Almedina, 2021, p.39.

usuários. O PoW é atualmente o protocolo de consenso mais utilizado, mas o PoS tem ganhado popularidade como alternativa mais eficiente e com um consumo energético muito menor.

Repise-se que a mineração de criptomoedas ocorre de duas maneiras principais: *Proof of Work* (PoW) e *Proof of Stake* (PoS). Essas formas de mineração são distintas entre si, já que uma exige principalmente poder de processamento, enquanto a outra envolve o depósito de uma determinada quantia de criptomoedas, semelhante a um Certificado de Depósito Bancário (CDB), no qual o banco paga juros ao depositante para manter determinada quantia monetária em sua custódia. Uma novidade nesse tema, foi a publicação da Lei n. 14.478, de 21 de dezembro de 2022, que regulou aspectos penais relacionados às prestadoras de serviços de ativos virtuais. Se trata de uma regra nova no mundo dos criptoativos<sup>551</sup>

Logo, é essencial ter em mente que essas formas de mineração são completamente diferentes, e, desse modo podem ter diferentes enquadramentos jurídicos, a seguir trazidos, se tendo a regulação referida como um primeiro passo para a normatização dessa tecnologia.

#### **4. Dos Bens no Código Civil: Dos Frutos e Produtos**

Há possibilidade de que o resultado da mineração pelo pela prova de trabalho seja um tipo de fruto ou produto; e de forma antagônica, os rendimentos advindos da prova de validação (staking) seja um ou outro tipo de produto ou fruto, não se pode esquecer de tal questão, visto ser necessária a caracterização jurídica mais adequada, mais precisa, evitando-se a propagação voluntária de grande equívoco na adequada denominação jurídica.

Nas sábias palavras de nosso idealizador do Código Civil Brasileiro, Clovis Bevilacqua, *verbum ad verbum*:

Fructos são as utilidades, que a coisa, periodicamente, produz. Fructus est quidquid ex re, nasci et renasci solet. São as riquezas, normalmente, produzidas pelo capital. Dizem-se: naturaes, quando resultam do desenvolvimento próprio, da força orgânica da coisa; industriaes, se devidos à intervenção do estorço humano sobre a natureza; e civis, quando, são rendimentos tirados da utilização

---

<sup>551</sup> BRASIL. Lei n. 14.478, de 21 de dezembro de 2022. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm). Acesso em 04 maio 2023.

da coisa frugifera, por outrem, que não o proprietário, como: os juros, os alugueis, os fóros, as rendas”<sup>552</sup>

Nesta linha conceitual, as frutificações são proveitos que a entidade, em intervalos regulares, gera. Podem ser frutos naturais, industriais ou civis.

A tese levantada se fundamenta na pesquisa doutrinária. Utilizando-se dos métodos integrativos previstos no artigo 4º da LINDB, se tem que, por precisa paridade, o resultado da mineração de criptomoedas deve incluir-se na categoria de fruto, pois o processo mineratório gera novas criptomoedas, as quais não implicam em diminuição de um bem principal, tal qual ocorre com os produtos (aí a particular diferença entre frutos e produtos).

Conforme a Legislação Civil brasileira, discute-se a possibilidade de enquadramento jurídico da mineração de criptoativos. Considerando as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema exposto, urge a necessidade de utilização dos métodos de integração do Direito para o suprimento de suas lacunas. Na doutrina civilista comumente são denominados frutos civis, como os juros ou alugueis; e frutos naturais os gerados por forças da natureza, como as frutas de uma árvore. Diferentemente, os produtos são gerados com perda da substância do bem principal, qual ocorre na outra espécie de mineração realizada pela extração de minérios do subsolo.

De outro lado, se tem que os produtos são os que se desprendem da coisa principal, ocasionando redução em sua quantidade e substância. Desta forma, a cada momento em que se gera um produto o bem principal diminui-se, quantitativamente. A mineração pode ser definida como a atividade que envolve a retirada de minérios e outros recursos naturais preciosos da superfície terrestre, caracterizando-se assim, um processo de extração de produtos de um bem principal.

Justamente o objetivo deste manuscrito é demonstrar que a mineração de criptomoedas possui natureza jurídica diversa da antiga prática de extração de minérios. Tanto ocorrendo um processo de *Prof of Work* (PoW) ou de *Prof of Stake* (PoS), estes implicam na geração de novas criptomoedas sem a correspondente diminuição do bem principal. No PoW, mesmo após meses de atividade mineratória, os equipamentos necessários, como as ASICS ou as GPUS permanecem da mesma forma e quantidade. Se uma fazenda de mineração possui mil Bitman Antminers S19 XP, em um mês é capaz de

---

<sup>552</sup> BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Vol. I, 3ª edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p. 283.

produzir 12 Bitcoins<sup>553</sup>, continuando as mesmas mil unidades de mineradoras, de forma intacta, ocorrendo apenas a ação do tempo, o qual é inerente a qualquer bem físico existente na terra.

Conforme os conceitos de Bevilaqua: “Productos são as utilidades, que se retiram da coisa, diminuindo-lhe a quantidade, porque se não reproduzem, periodicamente. As pedras e os metais, que se extraem das pedreiras e das minas, são produtos”<sup>554</sup>, percebe-se que a mineração de criptomoedas se adequa na definição de fruto, visto que novas delas são geradas sem a diminuição de um bem principal. Havendo esta presunção lançada, a de que a natureza jurídica do resultado da mineração seja a de fruto, questiona-se: que tipo de fruto seria? Natural, industrial ou civil?

De início, é possível o descarte da equiparação a concepção de fruto natural, pois a mineração não ocorre por forças orgânicas da coisa, próprias da natureza, mas sim pela ação do homem e de tipos específicos de equipamentos. Logo, feito este recorte temos ainda a possibilidade de enquadrar o resultado mineratório como sendo um fruto civil ou industrial.

Conforme dito ao final do item 3 deste artigo, há dois métodos de mineração: o PoW e o PoS. O método mais difundido é o PoW – utilizado no Bitcoin – e que conta com o auxílio de hardwares para efetuar o processamento dos cálculos matemáticos necessários à tarefa. Esta é a forma de minerar utilizando máquinas e programações específicas feitas pelo homem para a realização e geração de novas criptomoedas pelo processo em análise. O PoW ocorre por meio de ato humano associado a outros equipamentos de sua autoria, como as ASICs (Application-Specific Integrated Circuits) e as GPUs (Graphics Processing Unit). Tem-se a inteligência artificial combinada a inteligência do ser humano na elaboração desse mecanismo mineratório.

Sendo assim, a mineração se aproxima do conceito de fruto industrial pois ocorre devido intervenção do esforço humano, e - porque não dizer? -, da inteligência humana sobre as coisas.

De outro lado, o PoS (*Proof of Staking*) constitui-se no procedimento de imobilizar uma determinada quantidade de criptomoedas por um intervalo temporal preestabelecido, com o objetivo de colaborar com a proteção da rede e obter benefícios remuneratórios.<sup>555</sup>

---

<sup>553</sup> Dados fornecidos por [https://whattomine.com/miners/170-bitmain-antminer-s19-xp?cost=0&cost\\_currency=USD&button=](https://whattomine.com/miners/170-bitmain-antminer-s19-xp?cost=0&cost_currency=USD&button=). Acesso em 04 maio 2023.

<sup>554</sup> BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. Vol. I, 3ª edição. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927, p.284.

<sup>555</sup> BRANDÃO Affonso, L. A relação da herança digital com as carteiras de criptoativos (criptomoedas e non-fungible tokens - NFT) no Direito brasileiro. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.]*, v. 1, 322

No caso do Ethereum, o “staking” consiste em bloquear uma determinada quantia de ETH por um período de tempo previamente determinado, com a finalidade de contribuir para a salvaguarda da rede Ethereum e, ao mesmo tempo, auferir novas criptomoedas desta espécie.

A mineração por prova de participação pode ser compreendida como um exemplo de fruto civil, uma vez que se baseia na utilização da coisa frugífera por outrem em troca de renda passiva, sem que o minerador tenha que trabalhar diretamente na produção da criptomoeda. Nesse sentido, a relação jurídica entre o minerador e a rede criptográfica pode ser entendida como uma relação de direitos reais limitados, em que o minerador possui apenas um direito de fruição sobre os frutos gerados pela rede.

## **5. Considerações Finais**

O texto discutiu a caracterização jurídica da mineração de criptomoedas no Direito Civil brasileiro. Segundo a definição de “fructus” de Clovis Bevilacqua, os frutos são as utilidades periódicas que uma coisa produz, que podem ser naturais, industriais ou civis. Em contrapartida, os produtos são gerados com a perda da substância do ativo principal. A conclusão é que a mineração de criptomoedas resulta na geração de novas criptomoedas sem reduzir a substância do ativo principal, diferente da mineração tradicional de minerais.

Portanto, a mineração de criptomoedas deve ser considerada como “frutos” pela Lei Civil Brasileira, que exige uma denominação legal mais precisa, por não reduzir a substância do bem principal e gerar novas criptomoedas.

Ademais, esse tema suscita importantes questões relacionadas à regulamentação da atividade no mercado global, o que evidencia a relevância da interpretação jurídica e do uso de métodos integrativos para suprir eventuais lacunas na legislação e garantir maior segurança jurídica, além de fomentar a inovação e investimentos no setor. Dessa forma, é possível afirmar que o presente estudo possui relevância para uma aplicação mais efetiva do Direito, em especial diante dos desafios trazidos pela constante evolução tecnológica e social.

## **REFERÊNCIAS**

---

n. 22, p. 185–209, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/44880>. Acesso em: 04 maio. 2023.

BASSOTO, LUCAS. Ethereum: uma análise completa. Coin Times. Disponível em: <https://cointimes.com.br/avaliacao-de-criptomoedas-ethereum/>. Acesso em: 19 de abril de 2023.

BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das coisas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Vol. 2

BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. Vol. I.

BRANDÃO Affonso, L. A relação da herança digital com as carteiras de criptoativos (criptomoedas e non-fungible tokens - NFT) no Direito brasileiro. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.]*, v. 1, n. 22, p. 185–209, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/44880>. Acesso em: 04 maio 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 10 abril. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 10 abril. 2023.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm) Acesso em: 10 abril 2023.

BRASIL. *Lei n. 14.478, de 21 de dezembro de 2022*. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de fraude com a utilização de ativos virtuais, valores mobiliários ou ativos financeiros; e altera a Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define crimes contra o sistema financeiro nacional, e a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre lavagem de dinheiro, para incluir as prestadoras de serviços de ativos virtuais no rol de suas disposições. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm). Acesso em 04 maio 2023.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Comentado. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: a peer-to-peer electronic cash system. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 30 abril 2023.

STELLA, Júlio César. Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas.

Revista da PGBC, v. 11, n. 2, p. 149-162. Brasília, dez. 2017. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/index.php/revista/issue/download/26/A9%20V.11%200-%20N.2>. Acesso em: 28 de abril de 2023.

UHDRE, Dayana de Carvalho. Blockchain, tokens e criptomoedas: análise jurídica. São Paulo: Almedina, 2023.

## A VULNERABILIDADE DA MULHER E O SEU LUGAR DE FALA NA MEDIÇÃO

Aldana Pereira Reis<sup>556</sup>

Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho Malanchini<sup>557</sup>

**Sumário:** 1. O direito das mulheres e a evolução legislativa brasileira em favor da paridade de gênero 2. A crítica da igualdade formal entre homens e mulheres na visão de Simone de Beauvoir e Djamila Ribeiro; 3. A Mediação e seus princípios norteadores para pacificação dos conflitos familiares; 4. Desafios para o mediador frente a vulnerabilidade da mulher na tomada de decisão; 5. Propostas para equilíbrio das partes na Mediação; 6. Conclusão; 7.Referências.

**Resumo:** A presente pesquisa pretendeu compreender os impactos da vulnerabilidade feminina nas sessões de mediação familiar, à luz do direito brasileiro em seu sistema de proteção das minorias. Depreende das estatísticas do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística que no ano de 2021 o número de mulheres no Brasil foi superior ao de homens. A **população brasileira** é composta por **48,9% de homens** e **51,1% de mulheres**. Embora representem a maioria da população, as mulheres são consideradas grupo vulnerável, especialmente em virtude dos altos índices de casos caracterizados como violência doméstica e feminicídio. São a maior parte do eleitorado, mas não possuem representatividade política. As mulheres brasileiras, via de regra, possuem salários menores do que dos homens e mantidas em um sistema patriarcal que determina que cuidados com crianças e idosos sejam direcionados apenas para as mulheres, bem como o trabalho doméstico sem remuneração, o que gera impacto significativo em sua capacidade produtiva e independência financeira. São discriminadas no ambiente de trabalho em questões da maternidade. Neste contexto cultural, muitas mulheres sem instrução renunciam aos seus direitos patrimoniais em processos de divórcio, sob a ameaça dos companheiros ou maridos em perder a guarda das crianças ou de que os interesses dos filhos menores sejam prejudicados com falsas denúncias de alienação parental. Considerando a mulher como parte mais fraca em quase todas as relações jurídicas, em especial nas relações familiares, como tratar de forma equitativa o conflito familiar em uma sessão de mediação? Para apresentar respostas a esta questão, foi realizada revisão bibliográfica do tema mediação de conflitos bem como utilizou a interpretação da vulnerabilidade feminina nas obras da brasileira Djamila Ribeiro e da francesa Simone de Beauvoir. Como proposta apresentamos como requisito essencial para a condução do processo de mediação equilibrado que o mediador tenha formação em vulnerabilidade feminina e as consequências dessa desigualdade na tomada de decisão, além, do requisito essencial de advogados para a assistência jurídica da mulher durante a sessão de mediação. O processo de mediação possibilita o empoderamento feminino ao assegurar o seu lugar de fala e tomada de decisão orientada para a pacificação das questões familiares, com destaque para os conflitos em que há relações continuadas entre os envolvidos.

---

<sup>556</sup>Advogada. Pós graduada em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário Gildásio Amado. E-mail [aldanareis@gmail.com](mailto:aldanareis@gmail.com);

<sup>557</sup> Advogada. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professora universitária. Mediadora Judicial do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. E-mail [reichiele@gmail.com](mailto:reichiele@gmail.com);

**Palavras chave:** mediação familiar; direito das mulheres; vulnerabilidade feminina.

**Abstract:** The present research intended to understand the impacts of female vulnerability in family mediation sessions, in the light of Brazilian law in its system of protection of minorities. It appears from the statistics of the IBGE - Brazilian Institute of Geography and Statistics that in the year 2021 the number of women in Brazil was higher than that of men. The Brazilian population is composed of 48.9% men and 51.1% women. Although they represent the majority of the population, women are considered a vulnerable group, especially due to the high rates of cases characterized as domestic violence and femicide. They are the majority of the electorate, but do not have political representation. Brazilian women, as a rule, have lower wages than men and are kept in a patriarchal system that determines that care for children and the elderly is directed only to women, as well as unpaid housework, which generates a significant impact on their productive capacity and financial independence. They are discriminated against in the work on maternity issues. In this cultural context, many uneducated women renounce their property rights in divorce proceedings, under the threat that their partners or husbands will lose custody of their children or that the interests of minor children will be harmed with false allegations of parental alienation. Considering women as the weakest party in almost all legal relationships, especially in family relationships, how to treat family conflict in an equitable way in a mediation session? In order to provide answers to this question, a bibliographical review of the theme of conflict mediation was carried out, as well as the interpretation of female vulnerability in the works of the Brazilian Djamilia Ribeiro and the French Simone de Beauvoir. As proposal, we present an essential requirement for conducting the balanced mediation process that the mediator has training in female vulnerability and the consequences of this inequality in decision-making, in addition to the essential requirement of lawyers for the legal assistance of women during the mediation session. The mediation process enables women's empowerment by ensuring their place of speech and decision-making oriented towards the pacification of family issues, with emphasis on conflicts in which there are ongoing relationships between those involved.

**Keywords:** Family mediation; women's rights; female vulnerability.

## **1. O direito das mulheres e a evolução legislativa brasileira em favor da paridade de gênero.**

Os movimentos sociais em favor do direito das mulheres avançaram significativamente para a consolidação dos direitos fundamentais das mulheres, notadamente nos anos de 1960 e 1970 com a decadência progressiva das desigualdades e preconceitos da sociedade e da família baseada no patriarcado.<sup>558</sup>

Não obstante ao movimento da intervenção mínima do Estado nas relações familiares ou Direito das famílias mínimo, é imperioso o reconhecimento da vulnerabilidade da mulher no contexto familiar., posta a necessidade de resguardar os interesses das mulheres, que há muito tiveram seus direitos e garantias fundamentais renegados

---

<sup>558</sup> LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. Vol. 5. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, P. 63

O Código Civil de 1916 afirmava que a mulher era relativamente incapaz e deveria submeter ao poder marital<sup>559</sup> (art. 6º, II, Lei 3.017 de 1916), ou seja, não poderia exercer profissão, assumir obrigações ou aceitar mandato sem a autorização do esposo. Tal situação permaneceu até o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121 de 1962) quando a mulher passou a possuir direitos de colaboração com o marido para a administração da sociedade conjugal.<sup>560</sup> Com a publicação da Lei do Divórcio, em 1977, houve o rompimento com a concepção tradicional de casamento como única forma de família, o que viabilizou o reconhecimento de novas estruturas familiares.

Os direitos fundamentais da mulher foram reconhecidos pela Constituição Federal Brasil ao afirmar a igualdade de todos perante a Lei (art. 5º, I, da Constituição Federal), contudo, a afirmação de direitos e garantias fundamentais de homens e mulheres pressupõe também a análise das diferenças. Da lição de Rolf Madaleno, se extrai que “*o direito à diferença tem por fito o respeito às peculiaridades de cada qual, constitutivas de suas dignidades. Mas não fundamenta, como se fez no passado, a desigualdade de direitos e obrigações, no plano jurídico.*”<sup>561</sup> Diversas outras legislações, sobretudo em matéria penal, foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico para a proteção da dignidade da pessoa humana da mulher, como por exemplo a conhecida Lei Maria da Penha (Lei 11.340/ 2006), Lei do Feminicídio (Lei 13.104/2015) e Lei do Minuto Seguinte (Lei 12.845/2013).

Embora o avanço significativo alcançado com a igualdade formal dos gêneros determinado pela Constituição Federal Brasileira, não se pode olvidar que a permanência do sistema baseado no patriarcado, em especial nas relações familiares gera desequilíbrio nas relações de poder entre homens e mulheres, que motivados por questões culturais e religiosas, conduzem a uma ideia de submissão mulher em relação ao homem. Não se trata de um feminismo radical, mas de uma avaliação sobre as possibilidades do ordenamento jurídico e

---

<sup>559</sup> As deflagrações dessa inferiorização e vulnerabilização das mulheres eram tão presentes no Código Civil de 1916 que este possuía dispositivos demasiadamente degradantes às mulheres, como se pode exprimir no teor do art. 219, IV16, permitindo ao marido anular o casamento por ignorar o defloramento da esposa, antes do ato; art. 6º, III7, que incapacitava relativamente as mulheres casadas para praticar alguns atos da vida civil; art. 233, II e IV18, atribuindo ao marido a condição de chefe da sociedade conjugal, bem como a administração dos bens da mulher, entre outras formas que colocavam a mulher no lugar de subordinação e afastamento de qualquer autonomia possível (OLIVEIRA, Mateus Miguel; MALANCHINI, Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho; ZAGANELLI, Margareth Vetis. **A (in)vulnerabilidade social da mulher à luz do direito das famílias.** Revista Multidisciplinar de Humanidades e Tecnologia da Faculdade do Noroeste de Minas. Disponível em < [A \(IN\)VULNERABILIDADE SOCIAL DA MULHER À LUZ DO DIREITO DAS FAMÍLIAS | Zaganelli | HUMANIDADES E TECNOLOGIA\(FINOM\) \(icesp.br\)](http://www.icesp.br)> Acesso em 20.abril.2023)

<sup>560</sup> FERRAZ, Carolina Valença (coord). **Manual dos direitos da mulher.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 373

<sup>561</sup> LOBO, Paulo. **Direito Civil.** Famílias. Vol. 5. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, P. 64

<sup>561</sup>MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

do sistema de justiça apresentar respostas para uma emancipação feminina e uma igualdade substancial entre os gêneros.

As mulheres são a maioria da população brasileira, contudo são consideradas grupo vulnerável, especialmente em virtude dos altos índices de casos caracterizados como violência doméstica e feminicídio. São a maior parte do eleitorado, mas não possuem representatividade política. As mulheres brasileiras, via de regra, possuem salários menores do que dos homens e mantidas em um sistema patriarcal que determina que cuidados com crianças e idosos sejam direcionados apenas para as mulheres, bem como o trabalho doméstico sem remuneração, o que gera impacto significativo em sua capacidade produtiva e independência financeira. São discriminadas no ambiente de trabalho em questões da maternidade. A construção de estereótipos de gênero relacionados as expectativas sociais destinadas as mulheres como integrante da entidade familiar frequentemente gera a violação estrutural dos direitos da mulheres.

Compete ao Estado a promoção de políticas públicas para a redução das desigualdades baseadas em gênero. Uma das recentes medidas adotadas pelo Estado Juiz foi a obrigatoriedade de observância das diretrizes do Protocolo com Perspectiva de Gênero idealizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tem como objetivo garantir que o processo judicial seja regido por imparcialidade e equidade, voltado à aniquilação de discriminações, preconceitos e avaliações baseadas em estereótipos existentes na sociedade, que contribuem para violações de direitos fundamentais das mulheres. A proposta do protocolo é atender aos objetivos quinto e décimo sexto da agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas.<sup>562</sup>

Para além da proteção dos direitos fundamentais das mulheres, o Estado também deve assegurar a autonomia das mulheres nos momento de tomada de decisão, para que possa escolher seu futuro sem as limitações impostas pela sociedade baseada em conceitos misóginos. Compete aos entes públicos e privados promover a capacitação profissional das mulheres, otimizar suas lideranças políticas e aprimorar os mecanismos de prevenção e punição contra a dignidade física e psíquica da mulher, para que ela tenha o seu lugar de fala

---

<sup>562</sup> “mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta. Economicamente, homens e mulheres constituem como que duas castas; em igualdade de condições, os primeiro têm situações mais vantajosas, salários mais altos, maiores possibilidades de êxito do que suas concorrentes recém chegadas. Ocupam, na indústria, na política etc maior número de lugares e os postos mais importantes. Além dos poderes concretos que possuem, revestem-se de um prestígio cuja tradição e a educação da criança mantém: o presente envolve o passado, e no passado toda a história foi escrita por homens.” (BEAVOUIR, Simone. **O segundo sexo**. Trad. Sérgio Millet. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 17)

na sociedade. “*Embora deva ser reconhecido um enorme avanço na trilha da independência da mulher, o gênero feminino ainda é alvo de cobranças, de renúncias que externem uma postura social onde seus vínculos afetivos expressem amores incondicionais*”<sup>563</sup>

Não é um caminho fácil, principalmente porque perpassa pela desconstrução da mulher como sujeito inferior ao homem, contudo, é imperioso avaliar a contribuição das áreas da sociologia e filosofia para alcançar nossos objetivos de igualdade substancial entre homens e mulheres, e para o presente trabalho vamos utilizar a contribuição de Simone de Beauvoir e Djamila Ribeiro e a sua percepção do lugar da mulher em sociedade.

## **2. A crítica da igualdade formal entre homens e mulheres na visão de Simone de Beauvoir e Djamila Ribeiro**

A homens e mulheres são atribuídas diferentes características, muitas vezes valoradas de forma distinta. Usualmente pouco valor se atribuí a características como passividade, emocional, trabalho de cuidado sem remuneração e esfera privada, o que culturalmente associamos ao feminino, em contraposição com a ideia de esfera pública, racionalidade, empreendedorismo, trabalho remunerado e imparcialidade, adjetivos que culturalmente identificamos na concepção de masculino. Tal dicotomia é fruto de uma desigualdade de poder, de um tratamento diferenciado entre homens e mulheres e manutenção de condutas de submissão e hierarquia entre os gêneros.

Sobre o tema do papel da mulher como aquela a que é destinada ao serviço e cuidado com os outros, Robles afirma que “*Uma grande mulher*”, *reza-se o lugar comum quando ser percebe uma personalidade radiante ao redor da qual se respira a autoridade que prodigaliza uma feminilidade consumada no alto reconhecimento de si mesma em benefício e serviço dos demais.*<sup>564</sup>”, fato que é intuitivamente reconhecido pelas gerações e perpetua a ideia de que o propósito da mulher é servir a algo ou alguém, e não aos seus próprios desejos de realização e afirmação como sujeito de direitos e vontade no mundo. E principalmente: como um sujeito com autonomia e racionalidade de tomar decisões acertadas para si mesma.

Simone de Beauvoir chamou a atenção para o desequilíbrio alicerçado em diferenças sexuais, ao afirmar que “*a história mostrou-nos que os homens sempre detiveram todos os poderes concretos; desde os primeiros tempos do patriarcado, julgaram útil manter a mulher em estado de dependência; seus*

---

<sup>563</sup> OLIVEIRA, Lígia Ziggioni de. **Olhares feministas sobre o Direito das Famílias Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 20

<sup>564</sup> ROBLES, Martha. **Mulheres, mitos e deusas**. Trad. Wiliam Lagos. 3 ed. São Paulo: Aleph, 2019, p. 21

*códigos estabeleceram-se contra ela. E assim que ela se constituiu concretamente como o outro.*<sup>565</sup>” Com efeito, na visão de Beauvoir, a mulher não é tratada na sociedade patriarcal como um sujeito de vontades, mas sim algo que é visto a serviço e com conceito de contraposição ao homem. A mulher não existe sem a concepção do homem. “*O homem é o sujeito, o absoluto. Ela é o outro*<sup>566</sup>”. Djamila Ribeiro, ao explicar a tese de categoria do outro proposta por Simone de Beauvoir, afirma que “*de modo geral, diz-se que a mulher não é pensada a partir de si, mas em comparação ao homem. É como se ela se pusesse se opondo, fosse o outro do homem, aquela que não é homem.*<sup>567</sup>”

Com efeito, ao ser considerado o “outro” e dependente de uma validação do homem, a mulher é subjugada, não possui vontade própria e torna-se incapaz de gerir sua vida sem estar na condição de utilidade e “*assim, a mulher não se reivindica como sujeito porque não possui os meios concretos para tanto, porque sente o laço necessário que a prende ao homem sem reclamar a reciprocidade dele, e porque muitas vezes, se compraz no seu papel de Outro.*”<sup>568</sup>

Djamila Ribeiro alerta para o fato de que a condição de não sujeito, ou seja, aquela que é o outro é mais acentuado em mulheres negras. Elas são consideradas o Outro do Outro. “*Percebe o status das mulheres brancas como oscilantes, pois são mulheres, mas são brancas; do mesmo modo, faz a mesma análise em relação aos homens negros, pois esses são negros, mas homens. Mulheres negras, nessa perspectiva, não são nem brancas e nem homens, e exerceriam a função de Outro do Outro.*”, o que torna a disparidade baseada no gênero e na raça mais grave e portanto sem lugar de fala na tomada de decisões individuais e coletivas, já que sofrem seja por meio do racismo, seja por meio do machismo<sup>569</sup>.

O conflito entre as expectativas do papel destinado homens e mulheres na esfera das relações privadas via de regra ocorre dentro do contexto familiar, razão pela qual o presente trabalho busca avaliar a vulnerabilidade feminina especialmente no que se refere a sua autonomia na tomada de decisão em casos envolvendo pedidos de divórcio, regulamentação de guarda e alimentos em sessões de mediação judicial.

3 - A Mediação e seus princípios norteadores para pacificação dos conflitos familiares.

---

<sup>565</sup> BEAVOUIR, Simone. **O segundo sexo**. Trad. Sérgio Millet. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, 16

<sup>566</sup> BEAVOUIR, Simone. **O segundo sexo**. Trad. Sérgio Millet. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p13.

<sup>567</sup> Ribeiro, Djamilia. **Lugar de Fala** (Feminismos Plurais) . Editora Jandaíra. Edição do Kindle

<sup>568</sup> BEAVOUIR, Simone. **O segundo sexo**. Trad. Sérgio Millet. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p 18.

<sup>569</sup> Ribeiro, Djamilia. **Lugar de Fala** (Feminismos Plurais) . Editora Jandaíra. Edição do Kindle

O século XX foi marcado pelo início dos estudos sobre o conflito, e sua essência intimamente ligada a natureza humana, ou seja, onde existe a humanidade, existem os conflitos, de diversas origens e com muitas camadas. Mister se faz reconhecer que o conflito é um fenômeno demasiadamente complexo. Por ser inerente a natureza do ser humano, passou-se a ser estudado como um fenômeno que tem o potencial de ser tratado adequadamente e assim, resultar de uma mudança de paradigma.

Assim, surgem os estudos sobre formas de tratar adequadamente este conflito, dentre elas, a mediação. O termo mediação, é utilizado atualmente para especificar uma série de condutas e atos realizados em prol de auxiliar as partes que estão em conflito. *“É um processo no qual uma pessoa imparcial ajuda as partes a se comunicarem e a fazer escolhas voluntárias e conscientes num esforço de resolver suas disputas.”*<sup>570</sup>

No caso específico dos conflitos familiares, por apresentar um método não adversarial, dando protagonismo as pessoas envolvidas, buscando retomar e facilitar o diálogo, a mediação se mostra como o método de tratamento mais adequado para o direito de família. *“A mediação é considerada uma via autocompositiva adequada quando: a) houver possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas no conflito; b) a autocomposição for admitida; c) o caso demandar a atuação facilitadora de um terceiro imparcial (no caso, um mediador) que presida a autocomposição e; d) o fluxo comunicacional (a relação de dialogo entre as partes) estiver interrompido, fazendo necessária a intervenção de um terceiro imparcial (um mediador) facilitador da comunicação entre as partes; e e) o conflito estiver inserido no contexto de uma relação continuada.”*<sup>571</sup>

Por tais razões, a legislação processual brasileira privilegia a utilização da conciliação/mediação para a busca da solução consensual dos litígios familiares, conforme se observa o disposto nos artigos 694 e 695 do Código Processual Civil que determina uma espécie de rito específico para as ações de família, ao definir a designação imediata da audiência/sessão de conciliação/mediação, após o recebimento da inicial. Previsão semelhante encontra-se na Lei de Mediação (nº.13.140/2015) em seu art. 27.

Acerca dos princípios norteadores da Mediação, a pesquisa apontou que não existe um consenso sobre quais seriam, sendo apurado que, cada Câmara de Mediação, ou núcleos

---

<sup>570</sup> BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de Mediação: Teoria e prática na formação do mediador.** 1ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 15

<sup>571</sup> GORETTI, Ricardo. **Gestão Adequada de Conflitos: Do diagnostico á escolha do método para cada caso concreto.** 1ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2019. 208 p.

de Mediação ligados aos Tribunais de Justiça brasileiros, editam seus próprios códigos de ética, havendo certas alterações. Em caso de estudo comparado, tendo em vista que a Mediação já é utilizada, desenvolvida e estudada na Europa e nos Estados Unidos, desde a década de 60 e seguintes, também encontram-se algumas variações.

Os princípios são a fonte, o início que deve seguir em todo o percurso; ao mesmo tempo em que é o início, também é o meio a ser percorrido e o fim a ser atingido. Nota-se que, se eventualmente a mediação não for realizada em observância com os seus princípios, pode ocasionar a nulidade de todo o procedimento.

Portanto, para fins de traçar parâmetros concisos para fins de desenvolver a presente pesquisa, optou-se por utilizar os princípios da Mediação presentes na Lei nº.11.340/2015 (a lei de mediação), que em seu artigo 2º elenca os princípios norteadores desta: *I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.*

Além destes, o Código de Processo Civil também elenca os princípios norteadores da conciliação e mediação expressamente em seu artigo 166: “*A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada*”.

Para fins de contextualização desta pesquisa, o texto limita-se a tratar com mais ênfase os seguintes princípios: princípio da independência e autonomia das partes, princípio da imparcialidade do mediador e o princípio da confidencialidade.

O princípio da independência juntamente com o princípio da autonomia da vontade das partes, são estritamente ligados e dispõe que, o ambiente da mediação deve privilegiar a autonomia da vontade das pessoas, para se buscar solucionar o conflito. A atuação do mediador tem por objetivo buscar a facilitação da compreensão do problema e das possíveis soluções, e que, aliada a autonomia da vontade das partes, elas não podem se sentir compelidas ou coagidas a pactuar nada, que podem e devem dispor livremente, de forma não coercitiva a fazer sua livre escolha em todo o processo de mediação, exacerbando seu protagonismo e o quanto são responsáveis pelo resultado.<sup>572</sup>

Acerca do princípio da imparcialidade do mediador, predispõe que ele está numa posição neutra, livre de favoritismo e que não possui nenhuma relação de interesse e

---

<sup>572</sup> VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Os Princípios Norteadores da Mediação e o Mediador**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 jan 2009, 06:44. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/coluna/168/os-principios-norteadores-da-mediacao-e-o-mediador>. Acesso em: 30 mar 2023.

nenhuma questão pessoal envolvida, pois inibe a possibilidade de haver algum tipo de conflito de interesse que possa influenciar sua imparcialidade. Este princípio é primordial para o processo de mediação e para a formação do mediador. “Na mediação, os conceitos de neutralidade e imparcialidade são incorporados ao conceito de “equidistância”, que significa que o mediador deve dar igual atenção a todos os participantes conduzindo o processo de forma equilibrada e imparcial”<sup>573</sup>.

Já o princípio da confidencialidade determina que as informações que foram apresentadas durante a sessão de mediação serão confidenciais, não podendo ser usadas na ação judicial, muito menos divulgadas em nenhum lugar, e que o mediador não pode prestar depoimento como testemunha em nenhum processo judicial que as partes estejam envolvidas e que tenham relação com as questões relacionadas com a mediação realizada. O objetivo é garantir que as partes tenham plena confiança no mediador e que o processo da mediação possa ocorrer tranquilamente.

Ambos os princípios são essenciais para assegurar as partes que o procedimento de mediação será pautado pela boa fé e ética do mediador, bem como garantir a isonomia de tratamento dispensado aos mediandos.

#### **4 – Desafios para o mediador frente a vulnerabilidade da mulher na tomada de decisão**

No dia a dia da mediação, os mediadores são confrontados muitas vezes com dilemas difíceis nos casos em que lidam. Esta pesquisa encontrou dados levantados e analisados pelo autor Baruch Bush, em que ele entrevistou mais de 80 mediadores e eles descreveram situações em que eles se encontravam diante de um dilema ético, em que notavam a colisão de dois ou mais princípios, e eles se perguntavam para qual direção seguir.

Esta pesquisa referencial utilizou nove categorias diferentes de dilemas relatados pelos mediadores, nos quais vamos nos ater aos seguintes: 1) preservar a imparcialidade; 2) manter a confidencialidade (apreensão por parte do mediador em manter a confidencialidade com relação a terceiros e os mediandos sobre questões relacionadas a criminalidade e violência); 3) assegurar o consentimento informado (questiona-se até que momento o mediador deve ou não intervir em casos de coação por uma das partes ou advogados, ou em casos de desconhecimento/incompreensão de uma das partes de informação que o mediador tem conhecimento); 4) preservar a autonomia da vontade das

---

<sup>573</sup> PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 53

partes: quando se insurgir sobre uma deliberação apresentada pelas partes que se mostrar injusta devido ao desequilíbrio de poder entre elas, ou se for imprudente e ilegal; 5) prevenir abusos de quaisquer partes na mediação: ocorrendo intimidação, abusos envolvendo falta de informação, sigilo, mentiras e certo nível de coação, questiona-se até que ponto o mediador deve ir.

Dentre estes dilemas, o principal deles é aquele relacionado a autonomia de vontade das partes, que causa dilemas éticos aos mediadores. Eis que, dado o contexto de uma solução formulada pelas partes for ilegal, ou existe um nítido desequilíbrio de poder e aquela solução é injusta para a parte mais fraca. “*Poucas questões de mediação têm sido tão apaixonadamente debatidas como a equidade ou a justiça na mediação e a existência de desequilíbrio de poder entre as partes*”<sup>574</sup>

Dentro do contexto da questão de gênero apresentada, e de toda a linha histórica da mulher como sujeito de direitos dentro da sociedade, há uma necessidade de analisar essa desigualdade de poder, presente em diversas relações.<sup>575</sup>

As pesquisas constatarem que, os mediadores que atuam com mediação familiar se deparam a todo o tempo com o desequilíbrio de poder das partes, e como esse desequilíbrio é diretamente correlacionado com as questões de gênero aqui apresentadas. A vulnerabilidade da mulher é evidenciada todo o tempo, tendo em vista que, na maior parte das relações, o controle do patrimônio e da renda do núcleo familiar está com o homem.

Não obstante a isso, as estatísticas e os estudos feministas indicam, de forma categórica que, as projeções de crescimento profissional das mulheres são inferiores as dos homens, ainda que exista igualdade nas qualificações e especializações. As engrenagens de dominação da mulher, que estão presentes na sociedade há séculos, permanecem com seus mecanismos ativos, permitindo que as mulheres continuem em uma posição inferior à do homem, trazendo uma isonomia meramente formal, que não existe no mundo real. No cenário mundial, ainda existem culturas que ensinam as mulheres a serem submissas e servis.

---

<sup>574</sup> BRIQUET, Enia Cecilia. **Manual de Mediação**: Teoria e prática na formação do mediador. 1ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 90

<sup>575</sup> “As preocupações com os desequilíbrios de poder na mediação familiar são frequentemente associadas com as questões de gênero. Os homens tendem a ter uma posição mais forte financeiramente do que as mulheres, que ficam em casa ou trabalham em tempo parcial para cuidar das crianças. Homens tendem a ganhar mais do que as mulheres e têm aposentadorias maiores. [...] Estas questões fundamentais criam contrarrentes poderosas na mediação. Podemos verificar disparidades significativas de renda e de poder aquisitivo quando um dos progenitores ficou em casa para cuidar dos filhos enquanto o outro construiu uma carreira de sucesso. Desequilíbrios de poder na mediação podem ser acentuados pelo desconhecimento da situação financeira por uma das partes. Se apenas um dos parceiros controla as finanças, o outro parceiro não será capaz de julgar se a solução proposta é razoável. As disparidades de renda tendem a aumentar o divórcio e muitas famílias monoparentais acabam caindo na pobreza.” PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 298/299.

E, se esta mulher foi ensinada a agir desta forma durante toda a sua existência, que espécie de autonomia de vontade ela terá no processo de tomada de decisão no processo de mediação?

Eis o cerne da questão: como será que podem agir o mediador e os advogados participantes do processo de mediação familiar para contornar o desequilíbrio e assegurar que não haja nenhuma injustiça com a mulher levando em conta a sua vulnerabilidade? Existem correntes doutrinárias, correlacionadas ao estudo da mediação, que entendem que, o mediador pode comprometer a imparcialidade, violar a autonomia da vontade das partes e se tornar um tutor paternalista da parte mais fraca, e atravessa a linha que existe entre a mediação e o aconselhamento jurídico. Por outro lado, a pesquisa apontou que, se ele não intervém, ele permite que a injustiça seja feita, tornando-se parte dela.

Em sua obra, *Mediação Familiar*, Lisa Parkinson<sup>576</sup> aponta para uma questão muito válida para a pesquisa, que é a linha tênue existente entre a imparcialidade e a autonomia do mediador, dois princípios cruciais presentes no código de ética dos mediadores, e afirma que, a imparcialidade estrita em todos os momentos limitaria as intervenções do mediador, impedindo que ele auxiliasse os participantes da mediação, em momentos importantes. Ela reforça a ideia que a imparcialidade do mediador não significa imobilidade, e também traz diversas orientações para contornar os desequilíbrios de poder.

## 5 – Propostas para equilíbrio das partes na Mediação

Christopher Moore, afirma que, a mediação é mais efetiva quando as partes tem relações simétricas de poder.<sup>577</sup> E, para que o processo de mediação seja efetivo, é imprescindível apontar as possíveis soluções para trazer o equilíbrio necessário entre as partes no processo de mediação familiar, e como se deve ponderar quando o desequilíbrio de poder muito elevado e supera as questões de gênero, envolvendo situações mais graves, que impliquem na violação do princípio da confidencialidade.

Primordialmente, o mediador não deve agir impulsivamente e chegar a conclusões com base em pré-julgamentos, sobre qual das partes detém mais poder do que a outra, ou quem tem possui mais vantagem. Os estudos apontam que, a capacitação e a expertise adquirida com muita prática os torna capazes de gerenciar os diferentes tipos de desequilíbrio de poder.

---

<sup>576</sup> PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 311.

<sup>577</sup> BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de Mediação**: Teoria e prática na formação do mediador. 1ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 91

Conforme já mencionado anteriormente, havendo uma igualdade de habilidades emocionais e financeiras, a negociação dentro do processo de mediação ocorre de forma equilibrada, estável e isonômica. Porém, a realidade é totalmente diversa, e o mais comum é se deparar com pessoas desiguais, em situação de desigualdade e vulnerabilidade, e uma das partes está em clara e evidente vantagem sobre a outra.

A gestão do desequilíbrio de poder inicia-se no encontro inicial, anterior a realização da sessão de mediação, em que se faz a gestão do conflito e a análise se a mediação é adequada para o caso, e se ela é aceita pelas partes (voluntariedade). A atuação do mediador busca este equilíbrio que falta na dinâmica dos mediandos, a começar pelo objetivo da própria mediação em capacitar os participantes para que eles sejam os protagonistas da resolução do conflito.

O primeiro passo é o nivelamento das informações. Uma das principais fontes de poder é o conhecimento, e a ausência de informação sobre dados financeiros representa uma significativa desigualdade. Ao detectar isto, o mediador pode partilhar os conhecimentos que são primordiais para o avanço das negociações, e incentivar as partes a compartilharem as informações que detém.

Durante a sessão de mediação, deve o mediador demonstrar respeito e exigir respeito e urbanidade entre as partes, a ele cabe o controle da linguagem imprópria e inibir comportamentos agressivos e opressores.

Ainda, durante a mediação, para garantir o equilíbrio na participação, os mediadores necessitam intervir para controlar e inibir as interrupções, as intimidações e evitar que uma das partes assuma o controle do processo.

Outro princípio importante da mediação é o aconselhamento jurídico, assim, para a sessão de mediação é imprescindível a presença dos advogados, acompanhando os mediandos, sanando as dúvidas jurídicas e evitando um acordo que seja ilegal, por não estar dentro dos parâmetros legais, e ele pode propor soluções que sejam adequadas as partes e que possam solucionar o conflito. “*Um aconselhamento independente para cada uma das partes fornece controle e equilíbrio.*”<sup>578</sup>

Por fim, se no curso do processo da mediação, esta se revelar inadequada, ou se o mediador verificar que há intimidação ou excessiva submissão, ou qualquer tipo de coação que possa viciar a autonomia da vontade das partes e sua independência, deve o mediador encerrar a sessão e finalizar imediatamente a sessão. Em alguns casos, os desequilíbrios de

---

<sup>578</sup> PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 313.

poder somente são notados quando já iniciado o processo de mediação, e a depender do grau, é necessário interromper a sessão de mediação.

Atualmente, existe um consenso por parte da doutrina brasileira, e de práticas judiciais que mulheres vítimas de violência doméstica não devem ser submetidas a um processo de mediação, com o seu agressor, justamente pela desigualdade estrutural existente, e que o processo de mediação pode significar uma forma de nova violência, desta vez, institucional, por colocar esta mulher de frente para seu agressor.

Explica-se que, considerando um dos princípios basilares de mediação é o da autonomia da vontade, e sendo a mediação um método autocompositivo de resolução de disputas, esta vontade não pode estar eivada de nenhum vício, pois, estaria violando o princípio da mediação e tornaria todo o processo anulável e ineficaz. Assim sendo, o mediador, ao notar que existe histórico de violência doméstica, deve interromper a sessão, e caso o fato não tenha sido noticiado as autoridades competentes, precisa fazê-lo imediatamente, corroborando a tese de que o princípio da confidencialidade não é absoluto.

### **Conclusão**

A pesquisa apontou que, historicamente, a mulher tem sua vulnerabilidade reconhecida dentro do contexto das questões de gênero apontadas, em que, o papel social que se espera da mulher dentro do contexto cultural, imposto pelo patriarcado, estando o homem legitimado ao espaço público de liberdade, a elas seguem confinadas nos espaços privados, voltados ao lar e aos cuidados da família, de forma mansa e passiva.

Por conseguinte, suas perspectivas relacionadas ao mercado de trabalho não são promissoras, pois, tendem a ganhar menor e ter menos chance de ter uma carreira sólida, se comparada aos homens. Tais apontamentos geram os desequilíbrios de poder, que o presente estudo tratou com profundidade, e que estão presentes na maioria dos divórcios e separações familiares que passam pelo processo de mediação.

Este trabalho debruçou-se sobre a temática de tratamento de conflitos e concluiu que, em casos de extrema vulnerabilidade da mulher, a mediação familiar pode não se revelar o método mais adequado para tratar aquele conflito, considerando contextos de exacerbado desequilíbrio de poder econômico ou ocorrência de algum tipo de violência, em que aquela mulher é vítima.

Outra conclusão importante deste estudo é que, a mediação não pode ser realizada forma como foi concebida, com os ideais e princípios que foram idealizados, pressupondo

uma não interferência do mediador, que ele é um observador equidistante e totalmente imparcial.

É primordial notar que, estes ideais foram concebidos sobre a noção de isonomia das partes que participam da mediação, porém, a realidade pressupõe diversos níveis de desequilíbrios e desigualdades, que impõem ao mediador uma espécie de imparcialidade ativa, ou uma espécie de neutralidade dinâmica, em que ele deve intervir para evitar abusos e intimidações, mas sem ter qualquer favoritismo a nenhum dos mediandos.

Outro ponto conclusivo muito importante é sobre o gerenciamento deste desequilíbrio, quando esta vulnerabilidade torna-se visível dentro do processo de mediação, em que cabem aos mediadores e advogados intervirem nestes momentos, para equilibrar os poderes, e que esta interferência não implica necessariamente em violação dos princípios que regem a mediação, mas que, a não interferência destes pode ocasionar injustiças que violem princípios constitucionais que são maiores e superiores, como a dignidade da pessoa humana e da isonomia, que devem sempre ser preservados, dentro do contexto do Estado Democrático de Direito que vivemos.

### Referências Bibliográficas

BEAVOUIR, Simone. **O segundo sexo**. Trad. Sérgio Millet. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

BRASIL. Lei nº 13.240/2015 (Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.). Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em [http:// https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em 28 abr. 2023.

BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de Mediação: Teoria e prática na formação do mediador**. 1ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

BUSH, R.A. Barush. FOLGER, J.P. La promesa de Mediación. **Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros**. 1ª ed. Buenos Aires; Granica, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero** [recurso eletrônico] Conselho Nacional de Justiça. — Brasília : Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021

DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A mediação e a conciliação no contexto do novo Código de Processo Civil de 2015. **Revista Jurídica**. Curitiba, vol.03, nº. 44, p.597-630, 2016.

- FERRAZ, Carolina Valença (coord). **Manual dos direitos da mulher**. São Paulo: Saraiva, 2013. –
- GOLDBERG, Flavio. **Mediação em Direito de Família: Aspectos Jurídicos e Psicológicos**. 1ª Ed. Indaiatuba: Foco, 2018. 104 p.
- GORETTI, Ricardo. **Gestão Adequada de Conflitos: Do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto**. 1ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2019. 208 p.
- LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Famílias. Vol. 5. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MOURA, Renata Helena Paganoto; COURA, Alexandre de Castro; HERKENHOFF, Marina Roldi. A (in)aplicabilidade da mediação em litígios familiares que envolvam mulheres em situação de violência doméstica. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 16, v.23, n. 01, fls. 1266-1295, janeiro à abril de 2022.
- NASCIMENTO, Grace Manuela Franco; VERBICARO, Rebeca Nogueira. A mediação comunitária de conflitos e as redes de apoio a mulher como ferramenta de conscientização e prevenção à violência doméstica. **Revista Eletrônica OABRJ**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2022/03/Artigo-revista-comemorativa-media%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 30 abr 2023.
- OLIVEIRA, Ligia Ziggioni de. **Olhares feministas sobre o Direito das Famílias Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- OLIVEIRA, Mateus Miguel; MALANCHINI, Reichiele Vanessa Vervloet de Carvalho; ZAGANELLI, Margareth Vetus. A (in)vulnerabilidade social da mulher à luz do direito das famílias. **Revista Multidisciplinar de Humanidades e Tecnologia da Faculdade do Noroeste de Minas**. Disponível em < [A \(IN\)VULNERABILIDADE SOCIAL DA MULHER À LUZ DO DIREITO DAS FAMÍLIAS | Zaganelli | HUMANIDADES E TECNOLOGIA\(FINOM\) \(icesp.br\)](https://www.icesp.br/revista-multidisciplinar-de-humanidades-e-tecnologia-da-faculdade-do-noroeste-de-minas)> Acesso em 20.abril.2023.
- PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. 426 p.
- RIBEIRO, Djamila. **Lugar de Fala (Feminismos Plurais)**. Editora Jandaíra. Edição do Kindle.
- ROBLES, Martha. **Mulheres, mitos e deusas**. Trad. Wiliam Lagos. 3 ed. São Paulo: Aleph, 2019
- THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da Pessoa Humana e Mediação Familiar**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 152 p.
- VILAS-BÔAS, Renata Malta. **Os Princípios Norteadores da Mediação e o Mediador**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 14 jan 2009, 06:44. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/coluna/168/os-principios-norteadores-da-mediacao-e-o-mediador>. Acesso em: 30 mar 2023.

**FINANCIAMENTO ELEITORAL E ENTRAVES AO DIREITO  
FUNDAMENTAL DE ACESSO À TERRA: O CASO DA LEI 13.465/2017**

**Electoral financing and barriers to the fundamental right of access to land: the case  
of the Federal Ac 13.465/2017**

Alexandre de Freitas Carpenedo<sup>579</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O direito fundamental de acesso à terra; 3. Mais um bloqueio à concretização do acesso equitativo à terra: a Lei 13.465/2017; 3.1 Política agrária como promessa constitucional não cumprida; 3.2 A Lei 13.465/2017; 4. O processo de aprovação da Lei 13.465/2017: articulação e financiamento de campanhas; 4.1 Os principais articuladores; 4.2 Os principais financiadores; Considerações Finais.

**Resumo:** O presente trabalho objetiva examinar se o financiamento eleitoral dos principais articuladores à conversão da Medida Provisória 759/2016 na Lei 13.465/2017 colaborou para o bloqueio à concretização do direito fundamental de acesso equitativo à terra. Primeiramente, são tecidas algumas considerações acerca do direito de acesso à terra e do seu atributo da jusfundamentalidade. Traça-se um paralelo com a política de reforma agrária, verificando tratar-se, esta última, de um dever estatal e de um meio para a concretização do direito fundamental ora tratado. A seguir, analisam-se os aspectos jurídicos da Lei 13.465/2017 e de que modo, na prática, ela configuraria um bloqueio às políticas de reforma agrária e, por consequência, ao direito de acesso equitativo à terra. Por último, apresentam-se os principais articuladores para o processo de conversão da medida provisória em lei e de que modo se deu o financiamento para as campanhas que os elegeram. É construído pela metodologia indutiva (narrativo-descritiva), desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental (obras doutrinárias, artigos, legislação), pela análise do processo legislativo envolvendo a conversão da MP 759/2016 na Lei 13.465/2017 e em debates entre parlamentares no Congresso Nacional, bem como nas doações efetuadas para as campanhas eleitorais dos principais articuladores desse processo de conversão.

**Palavras-chave:** Acesso à terra; Lei 13.465/2017; Financiamento Eleitoral.

**Abstract:** The present work aims to examine whether the electoral financing of the main articulators for the conversion of Provisional Measure 759/2016 into Federal Act 13.465/2017 collaborated to block the realization of the fundamental right of equitable access to land. First, some considerations are made about the right of access to land and its attribute of fundamental rights. A parallel is drawn with the agrarian reform policy, verifying that the latter is a state duty and a means for the realization of the fundamental right discussed here. Next, the legal aspects of Federal Act 13,465/2017 are analyzed and how, in practice, it would block land reform policies and, consequently, the right of equitable access to land. Finally, the main articulators for the process of converting the provisional measure into

---

<sup>579</sup> Graduado e mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público – ênfase em Direito Constitucional. Pesquisador no grupo de pesquisa (CNPq) Constitucionalismo na América Latina, também da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Procurador Federal na Advocacia-Geral da União. E-mail: [alexandre.carpenedo@agu.gov.br](mailto:alexandre.carpenedo@agu.gov.br).

Federal Act are presented and how the funding for the campaigns that elected them was given. It is built by inductive methodology (narrative-descriptive), developed through bibliographic and documentary research (doctrinal works, articles, legislation), through the analysis of the legislative process involving the conversion of MP 759/2016 into Federal Act 13.465/2017 and in debates between parliamentarians in the National Congress, as well as in donations made to the electoral campaigns of the main articulators of this conversion process.

**Keywords:** Access to land; Federal Act 13.465/2017; Electoral Financing.

## 1. Introdução

O processo de redemocratização culminou na promulgação de uma nova constituição – e, com isso, no surgimento da esperança por novos tempos, carregados de promessas de construção de uma sociedade justa e igualitária.<sup>580</sup> A esperança na resolução definitiva da problemática relacionada à concentração fundiária não foi uma exceção, configurando a política de reforma agrária, prevista no Título VII, Capítulo III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, um vetor legítimo a tais expectativas.

Quase 35 anos depois, no entanto, o aumento da concentração de terras expõe o relativo fracasso da reforma promovida ao longo deste tempo e mostra como a política constitucional agrária, ao fim, concebeu-se como uma promessa não cumprida. O que se vê é que, a despeito de algumas tentativas de romper com o *status quo*, há sempre um bloqueio na efetiva concretização destas políticas por parte das próprias instituições. Dentre elas, ganha destaque o Congresso Nacional.

Este trabalho, especificamente, abordará o processo de aprovação da Lei 13.465/2017, resultado da conversão da Medida Provisória 759/2016, do então presidente da República Michel Temer, notadamente no que se refere aos seus principais articuladores e aqueles que, advindos do agronegócio, financiaram suas campanhas. O problema cuja resposta se busca é o seguinte: o financiamento eleitoral dos principais articuladores para a conversão da Medida Provisória 759/2016 na Lei 13.465/2017 colaborou para o bloqueio à concretização do direito fundamental de acesso equitativo à terra?

O trabalho é dividido, basicamente, em três partes. Na primeira, são objeto de abordagem o direito fundamental de acesso (equitativo) à terra, as políticas de reforma agrária como dever do Estado e de que modo o texto constitucional garantiria ao direito fundiário em estudo o signo da jusfundamentalidade. Na segunda, são analisadas as justificativas para entender a política agrária como uma “promessa não cumprida”, bem como os aspectos

---

<sup>580</sup> BAGGIO, Roberta Camineiro. “Democracia e autoritarismo: armadilhas do processo constituinte brasileiro”, in *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 9, 2022, p. 451-476.

jurídicos da Lei 13.465/2017 que a tornariam mais um bloqueio à efetivação do direito equitativo de acesso à terra. Por último, a terceira parte pretende verificar quem foram os principais articuladores na tramitação e aprovação da Lei 13.465/2017 e qual foi a representatividade do agronegócio no financiamento de suas campanhas para as eleições de 2014. É construído pela metodologia indutiva (narrativo-descritiva), desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental (obras doutrinárias, artigos, legislação), pela análise do processo legislativo envolvendo a conversão da MP 759/2016 na Lei 13.465/2017 e em debates entre parlamentares no Congresso Nacional, bem como nas doações efetuadas para as campanhas eleitorais dos principais articuladores desse processo de conversão.

## **2. O direito fundamental de acesso à terra**

Ainda que o direito de acesso à terra não esteja expressamente previsto na Constituição da República de 1988, uma interpretação sistemática do seu texto permite concluir, para além de qualquer dúvida, que o constituinte preocupou-se – ao menos no plano formal – em resolver o problema da concentração fundiária no país. Afinal, por mais que se deva ter cuidado com a excessiva “principiologia” passível de utilização, notadamente, pelo Tribunais, também não se pode defender o extremo oposto, ou seja, a ideia de que somente direitos e regras expressamente previstas no texto constitucional são passíveis de aplicação.

No caso do direito de acesso à terra, cabe lembrar primeiramente que a Constituição garante o direito de propriedade no seu art. 5º, inciso XXII.<sup>581</sup> Apesar do seu caráter evidentemente liberal, e ainda que não traduza, por si só, maiores expressões de justiça fundiária, não deixa de servir ao menos como um pontapé inicial apto a garantir, potencialmente, o direito à terra às populações que dela mais necessitam.

Esta, aliás, configura a face principal deste direito. Mais importante do que garantir o acesso à terra é garantir o acesso equitativo à terra. O mero direito de acesso não garante que se resolva o problema da concentração fundiária, que assola o país antes mesmo de ele se tornar um Estado independente. Ao contrário, a ausência de qualquer intervenção estatal nesta temática apenas ampliaria a tendência de crescimento na propriedade de terras por parte de quem já as possui, aumentando ainda mais o problema da concentração de terras no país. Assim, o uso da máxima aristotélica que justifica a aplicação do princípio da equidade implica reconhecer a existência de um direito fundamental de acesso equitativo à terra.

---

<sup>581</sup> Art. 5º [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;”

Neste sentido, Liberato destaca que a distribuição equitativa de terras “está intimamente correlacionada com a dignidade da pessoa humana, uma vez que os indivíduos só adquirem uma condição digna de vida ao possuírem uma situação de sobrevivência”<sup>582</sup>. Por isso, inclusive, destaca a autora que seria a reforma agrária um “direito fundamental do homem”.<sup>583</sup>

De fato, é pela política de reforma agrária, que se impõe à União como um dever, é que se percebe a jusfundamentalidade do acesso à terra. O Título VII, Capítulo III (“Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária”), estabelece normas de concretização do objetivo de redução na concentração fundiária, meta a ser alcançada pelo Estado, notadamente através de desapropriações para fins de reforma agrária.<sup>584</sup>

Tecnicamente, por outro lado, não parece correto definir a reforma agrária, em si, como um direito ao qual seria aplicado o signo da jusfundamentalidade. Aliás, nem de um direito, propriamente, se trataria. Na qualidade de política prevista na Constituição, a reforma agrária é um dever do Estado, cujo objetivo, ao fim, é a concretização do direito de acesso equitativo à terra. Portanto, a reforma agrária constituiria muito mais um meio, ou uma garantia,<sup>585</sup> do que propriamente um direito fundamental.

Epítetos à parte, parece conclusivo que o acesso à terra, de maneira equitativa, constitui um direito de cunho fundamental, e que o Estado, submetido à Constituição, haveria de concretizá-lo.

### **3. Mais um bloqueio à concretização do acesso equitativo à terra: a Lei 13.465/2017**

#### **3.1 Política agrária como promessa constitucional não cumprida**

A despeito de a distribuição equitativa de terras deter a característica da jusfundamentalidade, e de a sua efetiva promoção constituir um dever do Estado, o que se tem visto nos quase 35 anos desde que a Constituição de 1988 foi promulgada é não somente

---

<sup>582</sup> LIBERATO, Ana Paula Gularte. *O direito humano fundamental: a reforma agrária*. 2003. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2003, p. 71.

<sup>583</sup> LIBERATO, Ana Paula Gularte. *O direito humano fundamental: a reforma agrária*. 2003. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2003, p. 72-73.

<sup>584</sup> “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

<sup>585</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

a ausência de diminuição na concentração de terras, mas, inclusive, o aumento nesta concentração.

Examinando-se os dados do IBGE, entre 1985 e 2006, fica evidente o fracasso da política de reforma agrária, que manteve praticamente intacto o grau de concentração fundiária existente no período de transição democrática. O Índice de Gini para Concentração Fundiária no Brasil, medida utilizada para a aferição do grau de desigualdade no campo,<sup>586</sup> atingia o elevado valor de 0,857 pontos em 1985. Em 2006, ficou em 0,854 pontos, valor praticamente idêntico ao de 21 anos antes.<sup>587</sup>

Veja-se que, neste íterim, encontram-se abrangidos os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso e o primeiro mandato de Lula, no período considerado como o mais avançado, em toda a história nacional, em termos de política de acesso à terra.<sup>588</sup> Isso, no entanto, não foi capaz de reduzir o alto grau de concentração fundiária do país.

Se nem os períodos anteriores foram capazes de melhorias nesta questão, não é de surpreender que, em 2017, novo censo tenha apontado que o Estado não apenas falhou por não reduzir a contento a concentração de terras, mas que esta, em verdade, aumentou ainda mais, tendo o Índice de Gini atingido o patamar de 0,867 pontos.<sup>589</sup> Tudo isso a despeito de uma nova Constituição que, em tese, estaria preocupada com as injustiças sociais do campo, arguindo reiteradamente a necessidade de respeito à “função social da propriedade” (art. 5º, XXIII; art. 170, III; art. 182, § 2º; art. 184, *caput*; art. 185, parágrafo único; art. 186, *caput*), e que estaria comprometida com a implementação efetiva da reforma agrária. Todavia, após mais de três décadas, o aumento da concentração fundiária mostra que, neste aspecto, a Constituição de 1988 foi uma promessa não cumprida.

---

<sup>586</sup> O Índice de Gini, ou Coeficiente de Gini, é uma medida utilizada para calcular graus de desigualdade social (como a concentração de renda ou de terras, por exemplo). Varia de 0, que representa uma perfeita igualdade entre todas as pessoas em análise, a 1, valor que representaria a mais absoluta desigualdade.

<sup>587</sup> DELGADO, Guilherme. “A questão agrária hoje”. In MATTEI, Lauro (org.). *Reforma agrária no Brasil: trajetória e dilemas*. Florianópolis: Insular, 2017, p. 93-108.

<sup>588</sup> Entendo que o termo “reforma agrária” não poderia ser utilizado para as práticas políticas já realizadas por qualquer um dos governos da Nova República (dizer o mesmo dos governos a ela anteriores seria redundante). Isso porque “reforma” pressupõe a alteração da estrutura, e o Brasil nunca chegou nem perto de alterar a estrutura fundiária oligárquica existente desde a invasão do território pelo europeu. O que houve foram políticas específicas de assentamento. Neste mesmo sentido, Mattei (2012) defende que o Brasil nunca exerceu uma política de reforma agrária, mas sim ações pontuais de assentamento de famílias.

<sup>589</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estrutura fundiária*. Brasília, 2017.

### 3.2 A Lei 13.465/2017

Conversão da Medida Provisória 759/2016, editada pelo Governo Temer, a Lei 13.465/2017 promoveu importantes mudanças em três leis essenciais à questão agrária: Lei 8.629/93; Lei 11.952/09 (Lei da Terra Legal); e Lei 12.512/11 (lei instituiu o Programa de Apoio à Conservação Ambiental e o Programa de Fomento às Atividades Produtivas Rurais). São diversos retrocessos: ao ampliar o limite das terras que podiam ser regularizadas para 2.500 há, no caso de ocupações anteriores a 22 de julho de 2008, estima-se que as novas regras permitiriam legalizar até 65 milhões de hectares no país, sendo 53 milhões na Amazônia e Matopiba. Tudo isso indo ao encontro da concretização de uma genuína contrarreforma agrária no país.<sup>590</sup>

Neste aspecto, cabe destacar alguns dos pontos mais importantes (e preocupantes) de mudanças introduzidas na Lei 8.629/1993, a qual disciplina os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária. Primeiramente, o artigo 5º passa a possibilitar o pagamento em dinheiro, “em forma a ser prevista em regulamento”. Conforme destacado por Lauro Mattei, “no momento em que o governo atual populariza o discurso da ‘austeridade fiscal’, chegando recentemente a congelar os gastos sociais por um período de vinte anos, soa muito estranha essa mudança da ordem constitucional”.<sup>591</sup>

Pelo art. 18, os títulos e a CDRU (concessão de direito real de uso) passam a ser inegociáveis pelo prazo de dez anos, contado da data de celebração do contrato. “Com isso, assim que forem emitidos os títulos, todos os lotes de terras em assentamentos com mais de dez anos de existência estão passíveis de negociação no mercado de terras”.<sup>592</sup>

Para Sérgio Sauer, o discurso do então presidente do INCRA, Leonardo Góes,<sup>593</sup> no sentido de que a titulação colocaria as famílias beneficiárias da reforma agrária “em um novo patamar”, esconderia as reais intenções dessa medida. Isso porque, além de negar o direito de escolha do tipo de título, as famílias passariam a ser emancipadas (e o INCRA, por

---

<sup>590</sup> ALENTEJANO, Paulo. Contrarreforma agrária, violência e devastação no Brasil. *Revista Trabalho Necessário*, v. 20, n. 41, p. 01-30, 2022.

<sup>591</sup> MATTEI, Lauro. A política agrária e os retrocessos do governo Temer. *OKARA: Geografia em debate*, v. 12, n. 2, 2018, p. 301.

<sup>592</sup> MATTEI, Lauro. A política agrária e os retrocessos do governo Temer. *OKARA: Geografia em debate*, v. 12, n. 2, 2018, p. 302.

<sup>593</sup> Em trecho destacado por Sauer, o então presidente do INCRA argumenta: “o Governo estabeleceu como meta a emissão de cerca de 750 mil títulos de propriedade até o fim de 2018. Temos um trabalho imenso pela frente. Analisando a série histórica, vemos que no período 2000/2002 foram emitidos 62.196 títulos. Entre os anos de 2003 e 2015, o número total cai para 22.729. Todas as 30 superintendências regionais estão mobilizadas para que a meta seja cumprida integralmente e no prazo”.

consequência, estaria desobrigado a manter-lhes qualquer assistência). “Isso sem enfatizar o potencial imenso que lotes titulados significam em termos do mercado de terras.”<sup>594</sup>

O art. 19, ao manifestar uma tendência à municipalização da reforma agrária, inclusive em contrariedade ao quanto expressamente previsto na Constituição de 1988, manifestar-se-ia como mais um retrocesso da política agrária, uma vez que a norma ignoraria “os debates e avanços obtidos nessa esfera nas duas últimas décadas, quando se rejeitou a estratégia de municipalização da reforma agrária proposta ainda durante o governo da Nova República”.<sup>595</sup>

Por fim, o art. 20 estabelece um conjunto de critérios na prática “proibitivos de acesso aos programas de assentamentos agrários”, quais sejam, a) para jovens com idade inferior a dezoito anos; e, principalmente, b) para famílias cuja renda per capita não agrária ultrapassar a meio salário mínimo.<sup>596</sup>

Foram, enfim, diversos os retrocessos praticados nas alterações na Lei 8.629/1993, os quais revelam tanto o desconhecimento quanto a desconsideração com a trajetória da luta pela reforma agrária desde a promulgação da atual Constituição. Por um lado, despreza-se a “organização das famílias que corporificam a luta agrária, tanto em acampamentos como nas ocupações de terras”; por outro, “são estabelecidos diversos mecanismos burocráticos fadados ao fracasso, conforme a história recente da política agrária tem demonstrado”.<sup>597</sup> A Lei 13.465/2017 não é um caso isolado, vindo numa lógica de bloqueio à reforma agrária apta a explicar por que a problemática da concentração de terras, a despeito das promessas constitucionais, tem aumentado ainda mais.

#### **4. O processo de aprovação da Lei 13.465/2017: articulação e financiamento de campanhas**

Para analisar a articulação na conversão da MP 759/2016 na Lei 13.465/2017, examinou-se o processo legislativo por meio do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Foi analisada a composição dos membros da para análise e conversão

---

<sup>594</sup> SAUER, Sérgio. Nova Medida Provisória da reforma agrária: uma minuta e algumas reflexões. Florianópolis: *NECAT*, 2016, p. 05.

<sup>595</sup> MATTEI, Lauro. A política agrária e os retrocessos do governo Temer. *OKARA: Geografia em debate*, v. 12, n. 2, 2018, p. 302.

<sup>596</sup> MATTEI, Lauro. A política agrária e os retrocessos do governo Temer. *OKARA: Geografia em debate*, v. 12, n. 2, 2018, p. 302.

<sup>597</sup> MATTEI, Lauro. A política agrária e os retrocessos do governo Temer. *OKARA: Geografia em debate*, v. 12, n. 2, 2018, p. 302.

em lei da Medida Provisória, bem como as notas taquigráficas das defesas e discursos em plenário.

Para analisar de que modo os próprios beneficiários da concentração fundiária no país auxiliam no bloqueio institucional da reforma agrária – e, no fim, na concretização do direito fundamental de acesso equitativo à terra –, foram objeto de análise as doações para as campanhas dos principais articuladores do processo de aprovação da Lei 13.465/2017. Os dados são divulgados pelos próprios parlamentares ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), conforme obrigação legal (Lei 9.504/1997). Foram analisadas aproximadamente 300 doações, de modo que, a fim de otimizar a pesquisa, alguns padrões foram estabelecidos:

a) doações iguais ou inferiores a R\$ 1.000,00 foram desconsideradas, salvo quando o doador, no total, doou montante maior do que este ou quando a origem era evidentemente do agronegócio;

b) a origem das atividades dos doadores, além de plataformas de busca padrão, foi objeto de pesquisa principalmente no sítio eletrônico <https://transparencia.cc/>, que trata de informações de empresas, seus sócios, publicações e comunicados relativos a registro de marcas e dados de registro de autoria de programa de computador;

c) Alguns nomes, escritos com evidente erro de digitação, foram corrigidos. No entanto, há erros que podem ter prejudicado alguma parte da pesquisa, caso não percebidos. Alguns fariam diferença para o resultado final. Como exemplo, cita-se o caso da doadora “Claides Lorenzetti Mazzutti”, cujo nome correto é Cláides Lazaretti Masutti. O nome divulgado na prestação de contas não foi encontrado pela plataforma [transparencia.cc](https://transparencia.cc/). Ela é pecuarista e responsável, sozinha, pela doação de nada menos que R\$ 215 mil ao deputado federal Valdir Colatto (PMDB/SC). Sua família é considerada a maior produtora de soja de Rondônia. Já foi prefeita de Campos de Júlio, entre 1997 e 2004, e, após, entre 2009 e 2010, quando foi cassada pelo Tribunal Superior Eleitoral por compra de votos e abuso de poder econômico;<sup>598</sup>

d) Doações da agroindústria ou de indústrias tipicamente “urbanas”, mas com relevante interesse agrário (por exemplo, indústrias de refrigerantes, que buscam o seu insumo na produção rural) foram consideradas como de origem do agronegócio;

---

<sup>598</sup> TAQUARI, Fernando. TSE mantém cassação de prefeita que ofereceu churrasco em campanha. *Valor OnLine*. 2010. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/tse-mantem-cassacao-de-prefeita-que-ofereceu-churrasco-em-campanha-2967421>>. Acesso em 12 fev. 2023.

e) Embora não sejam de origem estritamente agrária, foram incluídas neste grupo as doações efetuadas por pessoas físicas e jurídicas relacionadas às atividades de mineração. Tal escolha se justifica dada a) a proximidade de interesses entre as atividades agrárias e de mineração; b) o fato de que ambas são responsáveis tanto pelo agravamento de conflitos fundiários quanto pela concentração de terras no país; c) as pretensões das mineradoras serem, em grande parte, atendidas pelos parlamentares ruralistas; e d) as atividades de extrativismo mineral evidentemente não se constituírem como urbanas.

Por fim, cabe destacar que os valores de origem do agronegócio aqui declarados tendem a ser bastante conservadores. Isso porque as doações de grandes pessoas jurídicas urbanas, mas cujos interesses agrários não puderam ser visualizados (ao contrário do caso das empresas de refrigerantes acima relatado), não foram considerados. Da mesma forma, doações em nome próprio também não foram, mesmo nos casos em que o parlamentar é considerado, ele mesmo, um ruralista. Assim, é possível que os valores de financiamento sejam ainda maiores do que os verificados. Por fim, é sempre necessário lembrar que os dados trabalhados foram divulgados pelos próprios parlamentares, o que pode nem sempre significar uma plena compatibilidade com a realidade.

#### **4.1 Os principais articuladores**

Analisando-se o processo legislativo de conversão da MP 759/2016 na Lei 13.465/2017, verifica-se que a legislação em comento teve como relevantes articuladores membros oficiais da Frente Parlamentar da Agropecuária (à exceção de um, como se verá a seguir), composta pela chamada “bancada ruralista”. Dentre eles, destacam-se os deputados federais Lucio Mosquini (PMDB/RO), Paes Landim (PTB/PI), Pauderney Avelino (DEM/AM), Valdir Colatto (PMDB/SC), bem como o senador Romero Jucá (PMDB/RR)<sup>599</sup>.

Lucio Mosquini, Paes Landim e Valdir Colatto foram membros titulares da Comissão Mista para análise e conversão em lei da Medida Provisória 759/2016. Pauderney Avelino, a seu turno, foi relator-revisor da Comissão Mista. Embora não conste formalmente como membro da bancada, é integrante do DEM, partido cuja amplíssima maioria (96%) formalmente aderiu à bancada. O próprio parlamentar, na condição de vice-líder do DEM,

---

<sup>599</sup> Relator da Comissão Mista da Medida Provisória 759/2016.

reforçou o apoio do partido às demandas do agronegócio.<sup>600</sup> Por fim, o senador Romero Jucá foi designado relator da Comissão Mista.

## **4.2 Os principais financiadores**

O presente tópico apresentará como se deu o financiamento de campanha dos parlamentares responsáveis pela articulação da conversão da MP 759/2016 na Lei 13.465/2017. O senador Romero Jucá foi eleito em 2010,<sup>601</sup> e todas as receitas por ele declaradas teriam como origem o Comitê Financeiro Estadual do PMDB. Independentemente da verossimilhança desta prestação de contas, o fato é que a ausência de declaração qualquer valor tendo como origem o agronegócio impede uma análise mais pormenorizada do financiamento de sua campanha. Assim, a análise será adstrita aos deputados federais acima relacionados.

### **4.2.1 Deputado federal Lucio Mosquini (PMDB/RO)**

Total de receitas: R\$ 956.009,56. Total de receitas exclusivamente advindas do agronegócio ou de pessoas relacionadas ao agronegócio: R\$ 181.960,00.

O deputado Lucio Mosquini foi quem teve o menor valor declarado a título de financiamento – tanto total como de origem do agronegócio. Da análise de sua prestação de contas, chama a atenção o grande número de pequenas doações realizadas por produtores rurais pessoas físicas. Recebeu R\$ 20.000,00 do empresário conhecido como o “magnata dos fertilizantes”<sup>602</sup>, empresário com vínculo a mais de 100 CNPJs, dentre os quais vários do ramo do agronegócio.

### **4.2.2 Deputado federal Paes Landim (PTB/PI)**

Total de receitas: R\$ 985.963,63. Total de receitas exclusivamente advindas do agronegócio ou de pessoas relacionadas ao agronegócio: R\$ 375.000,00.

As receitas declaradas por Paes Landim também não são tão vultosas, se comparados ao financiamento dos demais parlamentares da Frente Parlamentar da Agropecuária. De destaque, recebeu R\$ 205.000,00 apenas de três mineradoras: Vale Manganês S/A,

---

<sup>600</sup> JUNQUEIRA, Caio. Aldo terá apoio ruralista para vaga ao TCU. *Valor OnLine*. 2011. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2011/08/aldo-tera-apoio-ruralista-para-vaga-ao-tcu.html>>. Acesso em 11 fev. 2023.

<sup>601</sup> No Brasil, os senadores são eleitos para duas legislaturas, ou seja, para um mandato de 08 anos.

<sup>602</sup> <https://comoinvestir.thecap.com.br/quem-e-alceu-elias-feldmann-o-magnata-dos-fertilizantes>. Acesso em 12 fev. 2023.

Votorantim Siderurgia S/A e Companhia Metalúrgica Prada. O diretor desta última exerce, também, cargo de direção na CIA Siderúrgica Nacional (CSN), que é, como por ela mesma declarada, “a segunda maior exportadora de minério de ferro do Brasil e está entre as cinco mais competitivas no mercado transoceânico”.<sup>603</sup> Até mesmo a EMBRAER, antiga sociedade de economia mista e que ainda tem a União como membro com direito a voto (*golden shares*), participou do financiamento da campanha (R\$ 50.000,00).

#### **4.2.3 Deputado federal Pauderney Avelino (DEM/AM)**

Total de receitas: R\$ 2.023.824,23. Total de receitas exclusivamente advindas do agronegócio ou de pessoas relacionadas ao agronegócio: R\$ 500.000,00.

Dentre estes valores, recebeu vultosas doações de duas empresas de refrigerantes. R\$ 340.000,00 da COMPAR – cia. Paraense de Refrigerantes<sup>604</sup> e R\$ 60.000,00 da RECOFARMA – Indústria do Amazonas Ltda. Empresa esta responsável pela fabricação de refrigerantes do Grupo Coca-Cola do Brasil. Embora sua atividade principal seja a comercialização de refrigerantes, seu interesse no agronegócio mostra-se evidente, inclusive no que toca à produção, compra e beneficiamento de insumos. Em 2018, relatório da ONG Amazon Watch denunciou como fabricantes de refrigerantes (dentre elas, a Coca-Cola) têm patrocinado parlamentares “líderes em uma ofensiva legislativa socioambiental na Amazônia que será desastrosa para seu povo e para o meio ambiente nacional e global”.<sup>605</sup>

O então deputado recebeu, ainda, R\$ 100.000,00 da empresa de alimentos JBS S/A.

#### **4.2.4 Deputado federal Valdir Colatto (PMDB/SC)**

Total de receitas: R\$ 619.891,00. Total de receitas exclusivamente advindas do agronegócio ou de pessoas relacionadas ao agronegócio: R\$ 528.600,00.

As receitas declaradas por Valdir Colatto também se encontram abaixo da média quando comparadas às dos demais parlamentares da Frente Parlamentar da Agropecuária. Por outro lado, praticamente a totalidade do montante tem origem no agronegócio. Poucos valores tiveram origem diversa, dentre eles aqueles bancados pelo próprio deputado. Mesmo estes, aliás, poderiam ser considerados como de origem rural, uma vez que, além de possuir

---

<sup>603</sup> <https://www.csn.com.br/quem-somos/grupo-csn/csn-mineracao/>. Acesso em 12 fev. 2023.

<sup>604</sup> Além da venda de refrigerantes, a empresa tem diversas atividades agrícolas, como "fabricação de sucos de frutas, hortaliças e legumes", fabricação de produtos alimentícios e chás.

<sup>605</sup> <https://amazonwatch.org/pt/news/2018/0911-brazilian-legislators-break-Federal-Act-attack-amazon-trade-freely-with-world>. Acesso em 12 fev. 2023.

relação com atividades agrárias (tendo, inclusive, sido presidente do sindicato rural de Santa Catarina), é proprietário de diversas terras em Santa Catarina e até mesmo na Amazônia – inclusive em terras públicas, de acordo com o observatório “De olho nos ruralistas”.<sup>606</sup>

O deputado declarou, nas eleições de 2014, aproximadamente R\$ 320.000,00 em propriedades rurais. Aparentemente, este valor é fictício. Apenas para dar um único exemplo, Colatto declarou R\$ 2.409,37 por uma área de terras de 16,80 hectares em Santa Catarina. No entanto, o valor por hectare na região, em 12/2008, atingia R\$ 35.700,00,<sup>607</sup> o que totalizaria R\$ 571.200,00 para esta única propriedade de Colatto. Atualizado, este valor em 10/2014 (período das eleições) atingiria R\$ 793.013,75.

### **Considerações Finais.**

Se a promulgação de uma nova constituição trouxe consigo a esperança de novos tempos e de superação de velhos problemas, o que se tem visto é que, ao menos no que tange à questão fundiária, esta superação tem sido de difícil concretização.

A Lei 13.465/2017, como destacado, não é um fator isolado: encontra-se incluída em uma série de políticas de bloqueio à justiça fundiária, no que tem sido denominado de contrarreforma agrária. Quando são analisados os pormenores do cotidiano legislativo, entende-se por que, a despeito de algumas tentativas em contrário, o problema da concentração fundiária agravou-se ainda mais no país. Há, também, outras tantas questões, potencialmente ainda mais gravosas que a legislação ora examinada, como a PEC 215/2000, que objetiva conceder ao Congresso Nacional a atribuição exclusiva na demarcação de territórios indígenas e quilombolas, além de lhe dar o poder de ratificar as demarcações já realizadas. Na prática, seria inviabilizar de vez qualquer política neste sentido.

Especificamente em relação ao objeto deste trabalho, vê-se que a Lei 13.465/2017, que traz uma série de retrocessos na implementação da justiça fundiária, teve relevante articulação de membros da Frente Parlamentar da Agropecuária. Estes, por sua vez, receberam importante ajuda no financiamento de suas campanhas para as eleições de 2014, que garantiu a sua presença no Congresso Nacional à época do processo legislativo de conversão da MP 759/2016. Portanto, voltando à pergunta do problema de pesquisa, a resposta é positiva: sim, o financiamento eleitoral dos principais articuladores para a

---

<sup>606</sup> <https://deolhonosruralistas.com.br/2018/10/03/tres-ruralistas-de-santa-catarina-tem-terras-na-amazonia-um-deles-despejou-camponeses-no-paraguai/>. Acesso em 12 fev. 2023.

<sup>607</sup> <https://www.canalrural.com.br/noticias/terras-santa-catarina-tem-maior-valorizacao-preco-pais-48952>. Acesso em 12 fev. 2023.

conversão da Medida Provisória 759/2016 na Lei 13.465/2017 colaborou para o bloqueio à concretização do direito fundamental de acesso equitativo à terra, na medida em que foi realizado, em grande parte, por setores do agronegócio, bem como porque estes principais articuladores, representantes dos interesses ruralistas, buscaram agir, justamente, em benefício destes grupos.

Se, por um lado, não se pode atribuir aos doadores a responsabilidade exclusiva pela eleição destes parlamentares, por outro, mostra-se clara a relevância da sua contribuição para tanto. O capital financeiro, embora não seja o único, certamente está entre os mais importantes para garantir o sucesso de um candidato nas eleições.

### Referências Bibliográficas

ALENTEJANO, Paulo. Contrarreforma agrária, violência e devastação no Brasil. *Revista Trabalho Necessário*, v. 20, n. 41, 2022, p. 01-30.

BAGGIO, Roberta Camineiro. “Democracia e autoritarismo: armadilhas do processo constituinte brasileiro”, in *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 9, 2022, p. 451-476.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estrutura fundiária*. Brasília, 2017.

BRASIL. *Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997*. Estabelece normas para as eleições. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm)>. Acesso em 12 fev. 2023.

BRASIL. Lei 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera a legislação federal e dá outras providências. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm)>. Acesso em 12 fev. 2023.

BRASIL. Medida Provisória 759/2016. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm)>. Acesso em 12 fev. 2023

DELGADO, Guilherme. “A questão agrária hoje”. In MATTEI, Lauro (org.). *Reforma agrária no Brasil: trajetória e dilemas*. Florianópolis: Insular, 2017, p. 93-108.

JUNQUEIRA, Caio. “Aldo terá apoio ruralista para vaga ao TCU”. *Valor OnLine*. 2011. Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2011/08/aldo-tera-apoio-ruralista-para-vaga-ao-tcu.html>>. Acesso em 11 fev. 2023.

LIBERATO, Ana Paula Gularte. *O direito humano fundamental: a reforma agrária*. 2003. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2003.

MATTEI, Lauro. A política agrária e os retrocessos do governo Temer. *OKARA: Geografia em debate*, v. 12, n. 2, 2018, p. 293-307.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SAUER, Sérgio; LEITE, Acácio Zuniga. Medida Provisória 759: descaminhos da reforma agrária e legalização da grilagem de terras no Brasil. *Retratos de assentamentos*, v. 20, n. 1, 2017, p. 14-40.

TAQUARI, Fernando. “TSE mantém cassação de prefeita que ofereceu churrasco em campanha”. *Valor OnLine*. 2010. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/tse-mantem-cassacao-de-prefeita-que-ofereceu-churrasco-em-campanha-2967421>>. Acesso em 12 fev. 2023.

# ALGORITMOS DO INSTAGRAM E CONSUMO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA *BEHAVIOURAL LAW AND ECONOMICS*

## Instagram algorithms and consumption: an analysis from the perspective of Behavioural Law and Economics

Amanda Louise Negri<sup>608</sup>

Juliane Tedesco Andretta<sup>609</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. A sociedade informacional e o uso de inteligência artificial no Instagram; 2. Influência do algoritmo do Instagram no comportamento do consumidor; 3. Impulsos ao consumo sob a ótica da economia comportamental; Considerações Finais.

**Resumo:** As propagandas personalizadas sugeridas pelos algoritmos do Instagram exercem influência na relação de consumo e no comportamento do consumidor. Com base na *Behavioural Law and Economics*, a presente pesquisa alia a psicologia, para analisar os efeitos psicológicos, cognitivos, emocionais, culturais e sociais nas decisões dos indivíduos, à economia, para compreender como isso se relaciona ao ato de comprar e ao direito, na análise de como esses fatores impactam a figura do consumidor. Assim, busca responder a seguinte pergunta: como a economia comportamental explica o comportamento do consumidor sob influência dos algoritmos do Instagram? Por meio do método dedutivo a pesquisa explica como a inteligência artificial dá origem aos algoritmos que sugerem as propagandas personalizadas no Instagram, qual seu efeito no ato de consumir, ao traçar um paralelo com a sociedade consumista de Bauman e por fim, como a influência desses algoritmos na sociedade consumista são analisados pela economia comportamental. Na presença de uma racionalidade limitada e guiado pelos algoritmos, o consumidor se vê cercado por heurísticas, como o desconto hiperbólico e a aversão à perda, o que resulta em última análise na consolidação de sua vulnerabilidade. Explorado economicamente como se mercadoria fosse, o consumidor é cercado por um excesso de escolhas, induzido ao consumismo.

**Palavras-chave:** Behavioral Law and Economics; economia comportamental; consumidor; Instagram; algoritmos.

**Abstract:** Personalized advertisements suggested by Instagram's algorithms have influence over consumption and consumer behavior. Based on Behavioral Law and Economics, the presente research associates psychology to analyze the psychological, cognitive, emotional, cultural and social effects on individuals' decisions, economics to understand how it relates to the act of buying and law in the analysis of how these factors impact the figure of the consumer. Thus, it seeks to answer the following question: how does behavioral economics explain consumer behavior under the influence of Instagram algorithms? Through the deductive method, the research explains how artificial intelligence gives rise to the algorithms

---

<sup>608</sup> Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora do NEADI - Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável. E-mail: amanda.negri00@gmail.com.

<sup>609</sup> Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora titular na graduação do Curso de Direito da UniCesumar - Campus Curitiba. Pesquisadora do NEADI - Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável. E-mail: juliane.andretta@gmail.com.

that suggest personalized advertisements on Instagram, what is its effect on the act of consuming by drawing a parallel with Bauman's consumerist society and finally, how the influence of these algorithms in consumerist society are analyzed by behavioral economics. In the presence of bounded rationality and guided by algorithms, the consumer is surrounded by heuristics such as hyperbolic discounting and loss aversion, which ultimately results in the consolidation of his vulnerability. Exploited economically as if it were a commodity, the consumer is surrounded by an excess of choices, induced to consumerism.

**Keywords:** Behavioral Law and Economics; behavioral economics; consumer; Instagram; algorithms.

## INTRODUÇÃO

Como consequência da ubiquidade da internet, a digitalização alcançou o mercado de trabalho, a vida social e também o mercado de consumo. Ao mesmo tempo que o ciberespaço é parte essencial da atividade humana, ele também torna nebulosos os limites entre consumo e vida social. Nesse contexto, a rede social Instagram realiza a captação de clientes personalizada, com base em uma publicidade guiada por algoritmos, o que por sua vez, traça mudanças no comportamento do consumidor e nos impulsos que guiam suas compras, solidificando sua vulnerabilidade.

Dotada de uma abordagem multidisciplinar, a Análise Econômica do Direito (AED) se utiliza de ferramentas da economia para compreender como o homem se comporta frente às normas jurídicas e conduz análises dentro da esfera do direito. Dentro da AED, a *Behavioural Law and Economics* é uma abordagem que utiliza a economia comportamental para aliar economia, direito e psicologia em busca de compreender a racionalidade que cercam as decisões humanas. Com base nessa abordagem a pesquisa se propôs a responder a seguinte pergunta: como a economia comportamental explica o comportamento do consumidor sob influência dos algoritmos do Instagram? Para isso, a pesquisa utiliza o método dedutivo e se divide em três partes.

Na primeira parte se utilizou o método de procedimento histórico para contextualizar a Sociedade Informacional com base em Manuel Castells, compreender como o Instagram aplica a inteligência artificial, e qual a política de dados do Meta. Na segunda parte utiliza-se do método histórico com base em Zygmund Bauman para explicar a sociedade consumista, o método observacional para averiguar a influência do Instagram na atividade de consumo e o método comparativo para relacionar a sociedade consumista, com o consumidor usuário do Instagram. Na terceira parte, se utilizou o método histórico para explicar a racionalidade limitada que dá o embasamento a economia comportamental com base em Hebert Simon e o método observacional para aplicar as heurísticas à comportamentos de consumidores da

sociedade consumista, influenciados pelos algoritmos do Instagram que oferecem propagandas personalizadas. Por fim, nas considerações finais responde-se a pergunta proposta inicialmente.

## 1. A SOCIEDADE INFORMACIONAL E O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO INSTAGRAM

As últimas décadas do século XX foram marcadas pelos resultados da digitalização e da criação da internet, ambiente esse que propiciou paradigmas tecnológicos e intensas transformações econômicas e sociais, cercados pelo uso de tecnologias da informação e comunicação (TICs). O uso da informação penetrou todas as esferas da atividade humana, alcançando até mesmo os objetos e hábitos diários. Assim nasceu a chamada Sociedade Informacional, centralizada na geração, processamento e transmissão da informação que ascende como forma de desenvolvimento e poder<sup>610</sup>.

Para Manuel Castells<sup>611</sup>, muito além de centralizar a informação e o conhecimento, a Sociedade Informacional aplica esses dois elementos “à geração de conhecimento e aos dispositivos de processamento/comunicação da informação, em um ciclo cumulativo de retroalimentação entre a inovação e os usos da inovação”. A informação se torna meio, mas também a própria finalidade do desenvolvimento, usada não mais como ferramenta, mas sim como processo a ser desenvolvido.

Na Sociedade Informacional, a mente humana se torna uma força produtiva direta, cada vez mais integrada às máquinas, enquanto as convergências das TICs com a evolução social criam redes (*networks*) como base do desempenho das atividades em toda a estrutura social. Com a presença das redes essas estruturas são remodeladas sob um paradigma tecnológico caracterizado pelos seguintes elementos: i) informação como matéria prima e propulsora da inovação; ii) difusão dos efeitos das novas tecnologias como parte integrante de todas as atividades humanas; iii) implementação da lógica de rede (*network logic*) em todos os tipos de processos e organizações, difundindo as redes e tornando seu crescimento exponenciais com o aumento no número de conexões; iv) fluidez organizacional com

---

<sup>610</sup> CASTELLS, Manuel. **The Rise of the Network Society**. 2ªed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. 597 p., p. 21, 28.

<sup>611</sup> Ibidem p. 30-31.

processos reversíveis e organizações e instituições modificáveis e; v) convergência de tecnologias específicas em um sistema altamente integrado<sup>612</sup>.

Castells <sup>613</sup> aponta a lógica de rede como elemento central da Sociedade Informacional. As redes ganham ubiquidade com a internet e o auxílio das TICs, retirando as limitações físicas que muitas vezes as cercavam. Quanto maior a rede, maior sua relevância, e maior o número de conexões possíveis e maior a redução das oportunidades para aqueles que se encontram fora dela. Um exemplo de efeito de rede é o sistema operacional Windows.

Nesse contexto, o Instagram é uma rede social com enfoque na publicação de fotos e vídeos, que também oferece a venda de espaços nessas plataformas aos fornecedores que tiverem interesse em publicar anúncios personalizados <sup>614</sup>. Para realizar os anúncios personalizados, o Instagram se utiliza da inteligência artificial (IA), tecnologia que permite aos programas de computador emular a tomada de decisões e o aprendizado humano, assim além das funções mecânicas os computadores são capazes de realizar atividades cognitivas<sup>615</sup>.

Por meio de tecnologias aliadas a IA, como o *machine learning* e o *deep learning*<sup>616</sup>, o Instagram consegue analisar grandes quantidades de dados (os denominados *Big Data*<sup>617</sup>), depositados na rede, que sugerem padrões de interesses dos seus usuários. Da análise desses dados analisados pela IA, surgem as sugestões com base em algoritmos, ou seja, instruções matemáticas que sistematizam uma sequência de tarefas em busca de redirecionar e recomendar produtos e/ou conteúdos que se moldem aos interesses do usuário.

---

<sup>612</sup> CASTELLS, Manuel. **The Rise of the Network Society**, op. cit., p. 31, 70-72, 502.

<sup>613</sup> Ibidem p. 21, 71.

<sup>614</sup> SILVA, Luana Jones de Souza Moura da. **Reflexões a respeito da publicidade direcionada nas redes sociais a partir de Zygmunt Bauman –uma análise do facebook e do instagram**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, 2021., p. 8.

<sup>615</sup> INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION. IBM. **What is software development?** Disponível em: <https://www.ibm.com/topics/software-development>. Acesso em: 25 fev 2022.

<sup>616</sup> O machine learning é uma subárea da IA, capaz de criar programas de computador que podem aprender com dados e fazer decisões baseadas nos padrões observados, no entanto essa IA requer intervenção humana quando a decisão for incorreta. Já o *deep learning* é uma subárea do *machine learning* que utiliza redes neurais artificiais para alcançar conclusões sem a necessidade de intervenção humana, no qual cada uma das camadas contidas dentro do neurônio escolhe um recurso específico para aprender. In: I SINGAPORE COMPUTER SOCIETY. **Simplifying the difference: machine learning vs deep learning**. Disponível em: <https://www.scs.org.sg/articles/machine-learning-vs-deep-learning>. Acesso em: 19 fev. 2022.

<sup>617</sup> Big data são grandes volumes de dados armazenados como sensores, dispositivos, vídeo/áudio, redes, arquivos de log, aplicativos transacionais, web e mídia social, dentre outras interações realizadas na internet. Como a quantidade de dados é muito grande para ser analisada por humanos ou programas de computador tradicionais, técnicas aliadas à inteligência artificial são empregadas em busca de prever o comportamento dos consumidores e para extrair inferências potencialmente sensíveis a respeito deles. In: INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION. IBM. **Big data analytics**. Disponível em: <https://www.ibm.com/analytics/big-data-analytics>. Acesso em: 25 fev. 2023; MIAKE, Caroline Medeiros. **Hackeando a privacidade: uma análise da política de dados do instagram**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Comunicação Organizacional). Faculdade de Comunicação da UnB, 2022.

Por mais que seja possível não realizar a concessão dos dados, verifica-se que muitas vezes os termos de cessão desses dados são nebulosos. Ainda, depreende-se que a hiperconectividade característica da Sociedade Informacional, transformou os parâmetros de privacidade, os dados do usuário são frequentemente disponibilizados de forma voluntária, em virtude da propensão do usuário de expor sua realidade na internet. Ao mesmo tempo, é comum que a privacidade dos dados seja envolta em critérios de pouca transparência ou difícil acessibilidade<sup>618</sup>.

O Instagram se submete a política de dados do Meta, assim como as outras empresas do conglomerado. Mesmo sem possuir uma conta, o Meta coleta dados de todos os usuários que usufruem dos seus produtos tais como: informações do perfil; atividades coletadas através de cookies; interesses do usuário; atividade e interesses dos amigos; seguidores e outras conexões do usuário; conteúdo que o usuário cria, como fotos, posts, comentários e áudios; conteúdo fornecido por meio do recurso de câmera do Meta; tipos de conteúdo que o usuário visualiza ou interage; aplicativos e recursos utilizados e quais ações são executadas neles; compras ou outras transações; hashtags; tempo, frequência e duração de suas atividades nos produtos do Meta; informações compartilhadas por meio das configurações do dispositivo (como localização GPS), dentre outros dados<sup>619</sup>.

No Instagram é frequente que fornecedores também possuam um perfil para captar clientes e realizar a venda dos seus produtos, essas empresas muitas vezes pagam para anunciar na plataforma. Assim, o Instagram realiza um perfilhamento e uma análise preditiva de quais usuários podem se interessar por esse conteúdo, com base nos dados coletados dos usuários. Esse monitoramento digital que gera propagandas personalizadas é responsável por altas taxas de consumo de produtos dispostos no aplicativo. Quanto mais tempo o usuário usa o aplicativo, maior o potencial do Instagram identificar e direcionar a as vulnerabilidades do usuário para identificar seu perfil consumidor<sup>620</sup>.

---

<sup>618</sup> MIAKE, Caroline Medeiros, op. cit., p. 25. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGP) garante aos seus usuários o acesso à integralidade de seus dados pessoais e a transparência relativa à realização do tratamento e dos respectivos agentes de tratamento desses dados. In: BRASIL [Lei Geral de Proteção de Dados]. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 25 fev. 2023.

<sup>619</sup> META. **Privacy Policy**. Disponível em: <https://privacycenter.instagram.com/policy/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

<sup>620</sup> SILVA, Luana Jones de Souza Moura da, op. cit., p. 31-32; HUFAD, Achmad, et. al. Instagram Shopping Towards Consumers' Consumptive Behavior: Factors and Effects to Indonesian Students. **International Journal of Advanced Science and Technology** [s.l.], v. 29, n. 4, p. 4288 - 4295, 2020. Disponível em: [https://www.academia.edu/44049067/Instagram\\_Shopping\\_Towards\\_Consumers\\_Consumptive\\_Behavior\\_Factors\\_and\\_Effects\\_to\\_Indonesian\\_Students](https://www.academia.edu/44049067/Instagram_Shopping_Towards_Consumers_Consumptive_Behavior_Factors_and_Effects_to_Indonesian_Students). Acesso em: 25 fev. 2023, p. 4289.

A forma como o Instagram usa os dados coletados para oferecer propagandas personalizadas tem influência no comportamento do consumidor. Assim, com base na análise da sociedade consumista realizada por Zygmunt Bauman, paralelos com as sugestões realizadas pelos algoritmos do Instagram serão traçados, para compreender como ambos os conceitos se relacionam e qual sua repercussão no ato de consumir.

## 2. INFLUÊNCIA DO ALGORITMO DO INSTAGRAM NO COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR

O Instagram transcendeu de uma influente rede social para uma poderosa plataforma intermediária de consumo. Uma pesquisa conduzida por Isabella Montenegro Gonsalves e Bárbara Braga de Lucena<sup>621</sup>, com 180 indivíduos, entre 18 e 25 anos, apontou que 92,8% dos entrevistados já se sentiu influenciado a comprar algo que viu no Instagram. Já com relação a performance dos fornecedores, Ayu Sulistya Putri Sugeng e Juni Alfiah Chusjairi<sup>622</sup>, realizaram uma pesquisa sobre o perfil no Instagram de uma empresa de médio porte. Como resultado, auferiram que o orçamento de anúncios, enquanto variável independente, tem uma forte implicação nas encomendas. A repetida visualização do anúncio torna os usuários cada vez mais atraídos pelo produto. Com a atenção captada o consumidor passa de interesse para o desejo e finalmente a ação, motivada pela visualização da propaganda personalizada.

A interação entre mídia social e os dados fornecidos pelo usuário, caracteriza o que David Lyon<sup>623</sup> denomina como a emergência da cultura da vigilância, onde os indivíduos não só aceitam o monitoramento digital, como se envolvem em sua produção e até mesmo o iniciam ou desejam. O envolvimento cotidiano com mídias sociais torna os indivíduos cúmplices de sua própria vigilância, ao compartilhar, de forma consciente ou não, suas

---

<sup>621</sup> GONSALVES, Isabella Montenegro; LUCENA, Bárbara Braga De. A relação entre o uso do instagram e o comportamento compulsivo por compras. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.6, p. 63707-63724 jun. 2021. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjv7LGhbH9AhWRrpUCHXo1CR0QFnoECBUQAQ&url=https%3A%2F%2Fajs.brazilianjournals.com.br%2Findex.php%2FBRJD%2Farticle%2Fdownload%2F31998%2Fpdf&usq=AOvVaw0\\_OvrnICAbc7\\_IhkKNvEhC](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjv7LGhbH9AhWRrpUCHXo1CR0QFnoECBUQAQ&url=https%3A%2F%2Fajs.brazilianjournals.com.br%2Findex.php%2FBRJD%2Farticle%2Fdownload%2F31998%2Fpdf&usq=AOvVaw0_OvrnICAbc7_IhkKNvEhC). Acesso em: 25 fev. 2023.

<sup>622</sup> SUGENG, Ayu Sulistya Putri; CHUSJAIRI, Juni Alfiah. Digital Marketing Through Instagram Ads: A Case Study of “Instaboostr Life” Instagram. **International Journal of Entrepreneurship, Business and Creative Economy**, [s.l.], v. 2, n. 2, p. 47-56, 2022. Disponível em: <https://journals.researchsynergypress.com/index.php/ijebce/article/view/941>. Acesso em: 25 fev. 2023.

<sup>623</sup> LYON, David. Cultura da Vigilância: Envolvimento, exposição e ética na modernidade digital. In: BRUNO, Fernanda et al (Org.). **Tecnopolíticas da vigilância: Perspectivas da margem**. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 151-179, p. 151-155.

informações na internet. Para além de todas as transformações sociais, a cultura da vigilância também é uma grande indústria, controlada principalmente pelas grandes Big Techs como: Apple, Google, Microsoft, Amazon e Meta. Esse movimento é caracterizado por Shoshana Zuboff<sup>624</sup>, como capitalismo da vigilância, que se relaciona com práticas aliadas a big data para “prever e modificar o comportamento humano como meio de produzir receitas e controle de mercado”.

De acordo com Zygmunt Bauman, a antiga sociedade de produtores guiada pela solidez, comprometida com a segurança, estabilidade e em busca de bens para consumo não imediato, protegidos da depreciação e desapropriação, se contrapõe a nova sociedade consumista, regida pela liquidez e pela transformação do consumidor em mercadoria<sup>625</sup>. Essa sociedade consumista, tem como essência o desperdício e um excessivo desejo de comprar, onde não há apreço pela durabilidade. O próprio mercado de consumidores-mercadorias implanta a necessidade de substituir objetos defasados, ao disponibilizar produtos com uma utilidade prática curta e uma obsolescência programada<sup>626</sup>.

Se antes o problema se centralizava na ausência de informações, a sociedade consumista sofre com seu excesso, se torna impossível absorver e assimilar a quantidade de informações disponíveis. Na busca incessante de se destacar em um mundo cercado pelo excesso de escolhas, o consumidor se torna o próprio produto ao dispor voluntariamente de suas informações na internet<sup>627</sup>. Ao alimentar o Instagram com todos os dados que o torna único, ele também oferece ao banco de dados que alimenta a IA do Meta, instruções relevantes sobre seus interesses, emoções e ocupações. A partir desses dados, o Instagram realizará uma análise preditiva com base na probabilidade do usuário interagir com uma postagem de maneiras diferentes. Assim, esse conjunto de instruções personalizadas para cada usuário forma o algoritmo do Instagram, que apresenta o conteúdo de acordo com a relevância que ele pode ter para o usuário. Quanto maior for a probabilidade de o usuário realizar uma ação, mais atenção o algoritmo dá a ela e mais relevância a postagem terá no feed<sup>628</sup>.

---

<sup>624</sup> ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, Fernanda et al (Org). **Tecnopolíticas da vigilância: Perspectivas da margem**. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 17-68, p. 18.

<sup>625</sup> BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 169 p. p. 17-18, 35-36, 148.

<sup>626</sup> Ibidem, p. 25-26; SILVA, Luana Jones de Souza Moura da, op. cit., p. 18.

<sup>627</sup> BAUMAN, Zygmund., op. cit., 7, 10-11, 45.

<sup>628</sup> INSTAGRAM. **Shedding More Light on How Instagram Works**. Disponível em: <https://about.instagram.com/blog/announcements/shedding-more-light-on-how-instagram-works>. Acesso em: 25 fev. 2023.

As opções personalizadas apresentadas ao consumidor viabilizam o que Bauman<sup>629</sup> descreve como “a mais custosa e irritante das tarefas que se pode pôr diante de um consumidor (...) a necessidade de estabelecer prioridades: a necessidade de dispensar algumas opções inexploradas e abandoná-las”. Se por um lado o Instagram realiza a triagem dos produtos para o consumidor, por outro viés, o usuário não tem acesso a esses algoritmos que são de posse da Meta, ou seja, as diretrizes dessa escolha não são transparentes e são guiadas pelo interesse da empresa.

A atividade consumista se torna cíclica e não busca mais a satisfação de necessidades, mas sim de desejos. Diante de possibilidades infinitas, o volume de objetivos sedutores à disposição nunca poderá ser exaurido, o que move os consumidores não é o objetivo alcançado com o consumo, mas novos impulsos de consumir. O desejo então se torna seu próprio propósito e como tem a si mesmo como objeto constante, está fadado a permanecer insaciável. A aquisição do produto pode gerar sentimentos como frustração, tristeza e arrependimento, enquanto a gratificação reside no desejo e na possibilidade de consumir. Tentativas frustradas são rapidamente abandonadas, substituídas por uma nova atividade de consumo incessante<sup>630</sup>. O Instagram também se adapta a cada ciclo que o consumidor vive ao adicionar e remover sinais e previsões ao longo do tempo, em busca de melhorar a apresentação do que o usuário está interessado<sup>631</sup>.

O extenso catálogo de objetos da sociedade consumista inclui diversas opções, menos a liberdade de não consumir, se o consumo é uma ocupação dos seres humanos como indivíduo, o consumismo se torna um atributo da sociedade. Assim, Bauman descreve a compulsão como algo que “evolui até se tornar um vício e assim não é mais percebida como compulsão”. Como atributo da sociedade, o consumo se torna a conquista, anexação e colonização da vida pelo mercado de mercadorias<sup>632</sup>.

Das habilidades necessárias ao sustento do indivíduo até a manutenção das relações interpessoais, a vida na sociedade consumista se baseia no consumo. Até mesmo a subjetividade do indivíduo está inserida no consumo. O objeto de consumo ao invés de ser a materialização da verdade interior de si, é na realidade a idealização de traços materiais das escolhas de consumo. Assim o consumidor constrói sua identidade em um esforço sem fim

---

<sup>629</sup> BAUMAN, Zygmund. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 241 p., p. 62.

<sup>630</sup> Ibidem, p. 61, 70-72; BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo**, op. cit., p. 23, 42.

<sup>631</sup> INSTAGRAM, op. cit.

<sup>632</sup> BAUMAN, Zygmund. **Modernidade**, op. cit., 71; BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo**, op. cit., p. 67.

até que ele mesmo se torna uma mercadoria vendável<sup>633</sup>. Achmad Hufad<sup>634</sup>, et al conduziu uma pesquisa relativa a compras no Instagram, realizada por estudantes indonésios, por meio de seus resultados o autor aponta que a compra é feita por estudantes, na sua maioria, sem consideração pela função do artigo ou necessidade de cada um. Movidos por desejos passageiros, os usuários colecionam objetos que não serão usados, sua compra é guiada pela diversão, com influência do ambiente, amigos ou celebridades no Instagram. Em busca de sua identidade, o ato de comprar é para se destacar de outras pessoas, uma forma de manter seu prestígio.

A não adesão à sociedade consumista não se traduz somente na exclusão de oportunidades de compra e de toda gama de opções que a ubiquidade da internet tornou possível, mas também pode ser entendida como uma exclusão social. Mesmo no início da ascensão das redes sociais, Bauman já descrevia a transformação da vida social em uma vida eletrônica, sua adesão não é uma escolha, mas sim uma necessidade<sup>635</sup>.

Como indivíduo dentro da sociedade consumista, com o fardo de tentar absorver as excessivas informações diariamente, os consumidores desenvolvem a habilidade de se proteger das informações indesejadas. Além das propagandas personalizadas do Instagram viabilizarem ao consumidor um conteúdo que atraia seu interesse dentre as inúmeras opções existentes, ela disputa um recurso ainda mais escasso: a atenção potencial dos consumidores. Plataformas como o Instagram buscam cultivar sobras não cultivadas do tempo dos consumidores, qualquer brecha entre momentos de consumo que possa ser preenchida com mais informação<sup>636</sup>. Assim, o Instagram que tem como função precípua ser uma rede social de compartilhamento de fotos e vídeos, usa essas brechas para oferecer propagandas personalizadas que possam instigar o consumidor.

Como resultado, os algoritmos de redes, como os do Instagram, cultivam emoções consumistas, mas não cultivam a razão. Assim, se utilizam dos dados coletados dos usuários para alcançar o objetivo de induzir o consumidor ao desejo. A felicidade então, é marcada pelo “agora”, sucessivos momentos instantâneos, sob a promessa de gratificar os desejos humanos, em uma extensão que nenhuma outra sociedade do passado poderia alcançar. Promessa essa que para o funcionamento da sociedade consumista precisa ser não

---

<sup>633</sup> BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo**, op. cit., p. 17, 19-20.

<sup>634</sup> HUFAD, Achmad, et. al., op. cit., p. 4293.

<sup>635</sup> BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo**, op. cit., p. 7.

<sup>636</sup> *Ibidem*, p. 46.

concretizada, enquanto o desejo permanecer insatisfeito serão capazes de induzir a continuidade do comportamento consumista<sup>637</sup>.

### 3. IMPULSOS AO CONSUMO SOB A ÓTICA DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL

A atual sociedade pós-moderna caracteriza-se por uma intensa valorização do consumo, o qual adquire não mais a função de suprir uma necessidade do consumidor, mas torna-se a própria necessidade. O surgimento dessa necessidade de consumir, não obstante, não é espontânea, mas artificialmente arquitetada pela sociedade de consumo e pela atuação dos fornecedores de bens e serviços, que valendo-se dos conhecimentos da economia comportamental, atuam na esfera psicológica dos consumidores<sup>638</sup>.

A economia comportamental trata-se de um movimento teórico que busca, ao abranger os estudos da psicologia e de outras ciências sociais, melhorar as previsões das teorias econômicas<sup>639</sup>. Surge como um movimento de reação às deficiências da economia tradicional. A economia, tradicionalmente pensada como o estudo da alocação de recursos escassos diante das necessidades infinitas dos seres humanos, passou a ser entendida, na contemporaneidade, também como o estudo da decisão humana<sup>640</sup>.

A teoria econômica neoclássica desenvolveu a chamada teoria da escolha racional, segundo a qual os agentes econômicos conseguiriam assimilar as informações para calcular e comparar qual seria a escolha ótima, e uma vez fazendo a escolha ótima, maximizariam a utilidade esperada<sup>641</sup>.

Para Herbert Simon *apud* Antônio Maristrello e Nuno Garoupa, este modelo de ator racional, trata-se de um agente:

---

<sup>637</sup> BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo**, op. cit., p. 50 - 54.

<sup>638</sup> AZEVEDO, Fernando Costa de; ANDREAZZA, Cauê Molina. A vulnerabilidade comportamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 138. ano 30. p. 111. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2021. Acesso em: 01 mar. 2023.

<sup>639</sup> THALER, Richard. Behavioral economics: past, present and future. **American Economic Review**, v. 106, n. 7, p. 1577, jul. 2016. ANGNER, Erik; LOEWENSTEIN, George. Behavioral Economics. In: MAKI, Uskali (Ed.) **Handbook of the philosophy of science**. V. 12. Amsterdam: Elsevier: p. 641. DHAMI, Sanjit. **The foundations of behavioral economic analysis**. New York: Oxford University Press, 2016, p. 1-2.

<sup>640</sup> PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2022. p. 143.

<sup>641</sup> GREEN, Donald P.; SHAPIRO, Ian. **Pathologies of rational choice theory: a critique of applications in political Science**. New Haven: Yale University Press, 196, p. 14-15.

- (i) cujas crenças sobre objetivos e valores são dadas, preestabelecidas, além de impassíveis de mudança pelo tempo ou experiência;
- (ii) suas crenças são internamente coerentes, ou seja, não são logicamente incompatíveis nem contraditórias;
- (iii) ele é capaz de compreender e descrever objetivamente o mundo, de forma clara e precisa;
- (iv) tudo isso é articulado por uma capacidade imensa de elaborar e compreender informações para definir suas expectativas, através de um raciocínio probabilístico e dedutivo ilimitado<sup>642</sup>.

Referida teoria da escolha racional, fora objeto de inúmeras críticas. Isso porquê, não obstante, o modelo teórico de compreensão da escolha humana adotado pela Análise Econômica do Direito (AED) ainda ser o tradicional, qual seja, o da teoria da escolha racional, na qual o indivíduo trata-se de agente racional que busca a maximização de sua utilidade (bem-estar ou riqueza), nem sempre esse é o comportamento humano necessariamente verificado na prática<sup>643</sup>.

Ao verificar a discrepância entre o comportamento real dos indivíduos e o pressuposto pela teoria da escolha racional, Herbert Simon criou o conceito de racionalidade limitada. A racionalidade limitada não nega a racionalidade humana, mas dimensiona de forma mais realista a capacidade humana de obter e processar informações, e, com base nelas, tomar decisões efetivamente maximizadoras de sua utilidade<sup>644</sup>.

Nesse contexto, a economia comportamental surge como um mecanismo capaz de identificar a distância entre o comportamento idealizado pela teoria da escolha racional e o comportamento decisório humano empiricamente observado<sup>645</sup>. Vem se desenvolvendo também, como uma importante área de pesquisa no campo de política para consumidores<sup>646</sup>.

Conforme Azevedo e Andreazza, a economia comportamental aponta que as escolhas de consumo são tomadas muitas vezes com base em informações não racionalizadas pelo consumidor, que não obstante a presença da racionalidade, é limitada por heurísticas e vieses comportamentais<sup>647</sup>. Heurísticas são atalhos cognitivos, que aplicamos e são responsáveis pelos vieses comportamentais, que se traduzem em erros sistemáticos.

---

<sup>642</sup> PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**, op. cit., p. 144.

<sup>643</sup> Ibidem, p. 146.

<sup>644</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>645</sup> Ibidem, p. 148.

<sup>646</sup> AYROZA, Igor Feitosa Lacôrte; BORGES, Liliane de Moura. Exercício do direito à informação e consumo consciente: contribuições da economia comportamental para o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, S.L., v. 119, p. 385-407, set. 2018.

<sup>647</sup> AZEVEDO, Fernando Costa de; ANDREAZZA, Cauê Molina. A vulnerabilidade comportamental do consumidor, op. cit., p. 113.

Porto e Garoupa, apontam que, ao tomar decisões, os indivíduos cometem, sistematicamente, de forma repetida e consistente, pequenos erros, que decorrem de uma percepção enviesada da realidade, que resulta de uma opção do nosso cérebro por atalhos resolutivos para facilitar o processo de tomada de decisão. Referidos atalhos, conduzem os indivíduos a decisões que não podem ser consideradas as melhores, sob a ótica da maximização da utilidade. Nesse ínterim, a problemática configura-se quando esses atalhos induzem o indivíduo a decisões que não tomaria, se tivesse consciência do viés de seleção<sup>648</sup>.

As heurísticas podem assim gerar uma visão distorcida da realidade e induzir a um consumo que não condiz com a real vontade do consumidor. Nessa linha de ideias, a publicidade é um instrumento, que tem sido utilizado pelos fornecedores, em violação aos direitos dos consumidores, como meio de assédio de consumo e que faz uso dos vieses comportamentais para estimular o consumo pautado por uma racionalidade limitada.

Essas violações podem ser identificadas no Código de Defesa do Consumidor (CDC) no art. 36 que dispõe “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” e no art. 39 que trata de práticas abusivas, em especial no inciso IV que recrimina “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”<sup>649</sup>. Essa estratégia, chamada *neuromarketing*, explora a vulnerabilidade comportamental do consumidor, que por meio de técnicas específicas, se aproveita da limitação da racionalidade humana, para otimizar a venda de produtos e serviços<sup>650</sup>.

A título exemplificativo, Azevedo e Andreazza, aduzem que a heurística do desconto hiperbólico é uma das manifestações da vulnerabilidade comportamental que implica prejuízos ao consumidor. Referida heurística implica no fato do consumidor considerar mais os resultados num futuro próximo, do que os resultados num futuro mais distante, de modo a reconhecer um valor maior a um benefício imediato do que um futuro. Como decorrência desse viés comportamental, o consumidor “prefere adquirir uma mercadoria em uma loja imediatamente, mediante uma compra com juros, a poupar o valor necessário para a compra do mesmo produto por um valor menor em um momento futuro”<sup>651</sup>.

---

<sup>648</sup> PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**, op.cit., p. 159.

<sup>649</sup> BRASIL [Código de Defesa do Consumidor]. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em: 02 mar. 2023

<sup>650</sup> AZEVEDO, Fernando Costa de; ANDREAZZA, Cauê Molina. A vulnerabilidade comportamental do consumidor, op. cit., p. 115.

<sup>651</sup> Ibidem, p. 115..

Ainda, outro viés comportamental explorado pelos fornecedores é o decorrente da heurística da aversão à perda. Segundo essa heurística, os indivíduos possuem um medo maior de perder do que uma ambição de ganhar, de modo que, valendo-se do conhecimento desse viés comportamental, é comum a utilização pelos fornecedores de mensagens publicitárias que indicam que os produtos anunciados tratam-se das últimas unidades, criando no consumidor o receio de que se não adquirir o produto imediatamente, perderá uma oportunidade<sup>652</sup>.

Veja-se, do exposto, depreende-se que o comportamento do consumidor no mercado de consumo, não está muitas vezes, em consonância com o disposto na teoria da escolha racional, eis que este possui uma racionalidade limitada, cerceada por heurísticas e vieses comportamentais. Estes últimos, têm sido utilizados por fornecedores em exploração à vulnerabilidade comportamental dos consumidores, para acrescer as vendas de produtos e serviços, o que numa análise da capacidade da inteligência artificial, para transformar dados, em conhecimento, e assim direcionar publicidade cada vez mais específica, torna ainda mais gravoso tal ato, culminando num impulso ao consumismo desenfreado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sociedade informacional é marcada pela intensa coleta de dados, que com o auxílio de inteligência artificial, são processados e transformados em informação, de modo a gerar conhecimento aos detentores dessa tecnologia.

Nesse ínterim, observou-se que os algoritmos do Instagram têm sido utilizados para direcionar publicidades cada vez mais específicas e personalizadas a cada um dos seus usuários, e assim fomentar o consumo.

Isso porque, como verificou-se em resposta à pergunta de pesquisa, os indivíduos, em que pese dotados de racionalidade, a detêm de maneira limitada. Limitação esta que decorre de heurísticas e vieses comportamentais, e se traduzem em uma percepção enviesada da realidade. Dentre estas, pode-se destacar as heurísticas do desconto hiperbólico e da aversão à perda, que tem sido utilizadas por fornecedores, para por meio do neuromarketing, explorar a vulnerabilidade comportamental do consumidor e assim otimizar a venda de produtos e serviços.

---

<sup>652</sup> Ibidem, p. 113.

Assim, em uma violação aos direitos do consumidor, o Meta tem se utilizado dos dados coletados, para por meio de seus algoritmos, explorar os vieses comportamentais de seus usuários e conseqüentemente estimular o consumo pautado numa racionalidade limitada, de modo a induzir a continuidade do comportamento consumista.

## Referências Bibliográficas

AYROZA, Igor Feitosa Lacôrte; BORGES, Liliane de Moura. Exercício do direito à informação e consumo consciente: contribuições da economia comportamental para o direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, S.L., v. 119, p. 385-407, set. 2018.

AZEVEDO, Fernando Costa de; ANDREAZZA, Cauê Molina. A vulnerabilidade comportamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 138. ano 30. p. 109 - 130. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2021. Acesso em: 01 mar. 2023.

BRASIL [Código de Defesa do Consumidor]. **Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 02 mar. 2023

BRASIL [Lei Geral de Proteção de Dados]. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 25 fev. 2023.

BAUMAN, Zygmund. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. 169 p.

BAUMAN, Zygmund. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 241 p.

CASTELLS, Manuel. **The Rise of the Network Society**. 2ªed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010. 597 p.

GONSALVES, Isabella Montenegro; LUCENA, Bárbara Braga De. A relação entre o uso do instagram e o comportamento compulsivo por compras. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.6, p. 63707-63724 jun. 2021. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK-Ewjqv7LGhbH9AhWRrpUCHXo1CR0QFnoECBUQAQ&url=https%3A%2F%2Ffojs.brazilianjournals.com.br%2Findex.php%2FBRJD%2Farticle%2Fdownload%2F31998%2Fpdf&usq=AOvVaw0\\_OvrnICAbc7\\_IhkKNvEhC](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK-Ewjqv7LGhbH9AhWRrpUCHXo1CR0QFnoECBUQAQ&url=https%3A%2F%2Ffojs.brazilianjournals.com.br%2Findex.php%2FBRJD%2Farticle%2Fdownload%2F31998%2Fpdf&usq=AOvVaw0_OvrnICAbc7_IhkKNvEhC). Acesso em: 25 fev. 2023.

GREEN, Donald P.; SHAPIRO, Ian. **Pathologies of rational choice theory: a critique of applications in political Science**. New Haven: Yale University Press, 196.

HUFAD, Achmad, et. al. Instagram Shopping Towards Consumers' Consumptive Behavior: Factors and Effects to Indonesian Students. **International Journal of Advanced Science and Technology** [s.l.], v. 29, n. 4, p. 4288 - 4295, 2020. Disponível em: [https://www.academia.edu/44049067/Instagram\\_Shopping\\_Towards\\_Consumers\\_Consumptive\\_Behavior\\_Factors\\_and\\_Effects\\_to\\_Indonesian\\_Students](https://www.academia.edu/44049067/Instagram_Shopping_Towards_Consumers_Consumptive_Behavior_Factors_and_Effects_to_Indonesian_Students). Acesso em: 25 fev. 2023, p. 4289.

INSTAGRAM. **Shedding More Light on How Instagram Works**. Disponível em: <https://about.instagram.com/blog/announcements/shedding-more-light-on-how-instagram-works>. Acesso em: 25 fev. 2023.

INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION. IBM. **Big data analytics**. Disponível em: <https://www.ibm.com/analytics/big-data-analytics>. Acesso em: 25 fev. 2023.

INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION. IBM. **What is software development?** Disponível em: <https://www.ibm.com/topics/software-development>. Acesso em: 25 fev 2022.

LYON, David. Cultura da Vigilância: Envolvimento, exposição e ética na modernidade digital. In: BRUNO, Fernanda et al (Org.). *Tecnopolíticas da vigilância: Perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 151-179.

META. **Privacy Policy**. Disponível em: <https://privacycenter.instagram.com/policy/>. Acesso em: 25 fev. 2022.

MIAKE, Caroline Medeiros. **Hackeando a privacidade: uma análise da política de dados do instagram**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Comunicação Organizacional). Faculdade de Comunicação da UnB, 2022.

NAPOLEON CAT. **Stats: Instagram users in Brazil**. Disponível em: [https://napoleoncat.com/stats/instagram-users-in-brazil/2022/01/#:~:text=There%20were%20128%20800%20000,group%20\(39%20000%20000\)](https://napoleoncat.com/stats/instagram-users-in-brazil/2022/01/#:~:text=There%20were%20128%20800%20000,group%20(39%20000%20000)). Acesso em: 25 fev. 2023.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2022.

SILVA, Luana Jones de Souza Moura da. **Reflexões a respeito da publicidade direcionada nas redes sociais a partir de Zygmunt Bauman –uma análise do facebook e do instagram**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, 2021.

SINGAPORE COMPUTER SOCIETY. **Simplifying the difference: machine learning vs deep learning**. Disponível em: <https://www.scs.org.sg/articles/machine-learning-vs-deep-learning>. Acesso em: 19 fev. 2022.

SUGENG, Ayu Sulistya Putri; CHUSJAIRI, Juni Alfiah. Digital Marketing Through Instagram Ads: A Case Study of “Instaboost Life” Instagram. **International Journal of Entrepreneurship, Business and Creative Economy**, [s.l.], v. 2, n. 2, p. 47-56, 2022. Disponível em: <https://journals.researchsynergypress.com/index.php/ijebce/article/view/941>. Acesso em: 25 fev. 2023.

THALER, Richard. Behavioral economics: past, present and future. **American Economic Review**, v. 106, n. 7, p. 1577, jul. 2016. ANGNER, Erik; LOEWENSTEIN, George. Behavioral Economics. In: MAKI, Uskali (Ed.) **Handbook of the philosophy of science**. V. 12. Amsterdam: Elsevier: p. 641. DHAMI, Sanjit. **The foundations of behavioral economic analysis**. New York: Oxford University Press, 2016.

UBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, Fernanda et al (Org.). *Tecnopolíticas da vigilância: Perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.

# O DIREITO A UMA ANÁLISE INDIVIDUALIZADA DO PEDIDO DE ASILO E AO RECURSO EFETIVO

Ana Luíza Aguiar Silva Motta<sup>653</sup>

**Sumário:** 1. O Direito ao Asilo e o Direito a um Procedimento Justo; 2. Entre a Condicionalidade e a Obrigatoriedade de um Direito Efetivo; 3. Conclusões; 4. Referências.

**Resumo:** O direito a um procedimento justo de asilo deve ser necessariamente visto como uma garantia do direito de requerer asilo. Entretanto, a efetivação deste direito remete-se não somente a obrigatoriedade de um procedimento efetivo, como também a uma análise individualizada e a um recurso efetivo. Nos casos em que haja uma violação de uma norma procedimental, podemos estar diante de uma violação direta de um direito de requerer asilo. Portanto, a indispensabilidade normativa procedimental evidencia a sensível possibilidade de violação de um direito fundamental, cuja repercussão pode envolver não somente a violação ao direito de asilo, como também a violação a proibição de tratamentos desumanos ou degradantes.

**Palavras-Chave** – Direito de Asilo; Procedimento Justo; Direito ao Recurso Efetivo; Direitos Fundamentais.

**Abstract:** The right to a fair asylum procedure must necessarily be seen as a guarantee of the right to seek asylum. However, the effectiveness of this right refers not only to the requirement of an effective procedure, but also to an individualized examination and an effective remedy. In cases where there is a violation of a procedural norm, there may be a direct violation of the right to seek asylum. Therefore, the indispensability of procedural norms highlights the sensitive possibility of violation of a fundamental right, which may involve not only a violation of the asylum right, but also a violation of the prohibition of inhuman or degrading treatment.

**Keywords:** – Right to Asylum; Fair Process; Right to Effective Remedy; Fundamental Rights.

## 1. O Direito ao Asilo e o Direito a um Procedimento Justo

É evidente que a efetivação prática de um direito deve necessariamente implicar a correta aplicação procedimental. A incorreta, ou de certo modo, inequívoca, aplicação pode incorrer não somente na insuficiência protecionista de um ato normativo, como também na negligência à proteção integral de direitos individuais. No âmbito do direito migratório, cuja faceta remetemos especificamente ao direito ao asilo, as normas procedimentais surgem como uma das vertentes especiais para a efetiva aplicação deste direito. Nos casos em que

---

<sup>653</sup> Ana Luíza Motta, Advogada. Bacharel em Direito pela FACAMP, Brasil. Pós-graduada em Direitos Humanos pelo IGC/Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutoranda em Direito pela Universidade de Salamanca, Espanha. Relatora do Observatório de Direitos Humanos de Portugal. EULEN YRP da *Jean Monnet Network on the Enforcement of EU law*. Email – analasmotta@gmail.com.

haja uma violação de uma norma procedimental, podemos estar diante de uma violação direta de um direito de requerer asilo.

Em termos gerais, a concessão do asilo implica uma proteção dada a um indivíduo estrangeiro no território de um Estado, dado que a decisão da concessão ou não, deverá ser concedido no exercício da soberania dos Estados.<sup>654</sup> Cabe ao Estado a decisão sobre o conteúdo, a concessão, a titularidade e a essência do asilo.<sup>655</sup> Portanto, o asilo,<sup>656</sup> como núcleo da proteção internacional,<sup>657</sup> perpetua, sob um viés protecionista, a segurança do requerente como um dos direitos fundamentais reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH).<sup>658</sup> Nos termos em que se define, o Artigo 14.º, n.º 1, DUDH, estabelece que “*todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar de asilo em outros países.*” Para além, a DUDH reconhece a “*toda pessoa o direito de abandonar o país em que*

---

<sup>654</sup> O exercício desse poder de soberania resulta da aplicação dos princípios de *ius includendi* (poder de entrada de estrangeiros) e *ius excludendi* (poder de finalizar a estadia de estrangeiros) nas normas internacionais e europeias em matéria de movimentos internacionais de pessoas. É nesse sentido que perpetua a premissa de não existência de um direito de entrada e de permanência em um território nacional por meio do direito internacional. GIL, Ana Rita – *O reconhecimento de direitos derivados de imigração em Direito Internacional e Europeu*; Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, n.º 125, 2016, Pg. 05.

<sup>655</sup> De acordo com o doutrinador Grahl-Madsen, cfr., trata-se de “um direito de admitir uma pessoa no seu território e permitir que fique, ou recusar a sua extradição, não a submetendo a um processo criminal ou a restrição de liberdade.” Considera-se a aplicabilidade do asilo como um privilégio do Estado em função da sua soberania enquanto sujeito de direito internacional. GRAHL-MADSEN, Atle – *The Status of Refugees in International Law: Asylum, Entry and Sojourn*, Leyden: A.W. Sijthoff, vol. II, Pg. 23.

<sup>656</sup> Desde já, merece destaque a diferença entre a *migração ilegal* e a *migração do refugiado* em busca de *asilo*; o *migrante ilegal* é considerado migrante por diversos motivos, sendo principalmente pela busca por melhores condições de vida. Diferentemente, o *refugiado* deve ser considerado “alguém que procura escapar de usma perseguição ou a uma ameaça de perseguição política (aquela a que, aparentemente, se confinam as Constituições), a uma perseguição ou discriminação étnica, religiosa, cultural, a uma calamidade natural ou tecnológica de grandes proporções, a uma crise alimentar sem paralelo, ou a qualquer outra ameaça à sua vida no país ou no lugar donde vem.” O *asilo* consiste em uma prática de concessão de proteção a determinado indivíduo posto em perigo, além de ser considerado como a garantia jurídica da prestação de deveres dos direitos decorrentes do acolhimento dos carecidos de proteção internacional; e ainda, a garantia da liberdade, segurança e auxílio indispensável para a sobrevivência do refugiado. O *refugiado* é visto como reflexo de uma preocupação concreta sobre a situação jurídica de alguém que foge do seu país de origem. É notória a dependência existente entre os conceitos, uma vez que é considerado *asilo* a procura do *refugiado* quando há ameaça contra sua vida ou liberdade no seu país de origem. Sobre esse entendimento, Niraj Nathwani, cfr., “asylum is the protection which a State grants on its territory or in some other place under the control of its organs to a person who comes to seek it.” NATHWANI, Niraj – *Rethinking Refugee Law*, The Hague/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, Refugees and human rights, 7. Pg. 115; e, MIRANDA, Jorge – *Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa*, Argumento, Universidade Católica Editora, Fevereiro de 2016. Pg. 09.

<sup>657</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Note on International Protection (submitted by the High Commissioner), 31 August 1993, A/AC.96/815, Pg.04.

<sup>658</sup> A DUDH estabeleceu um vínculo entre a proteção dos direitos do homem e a proteção dos refugiados ao afirmar que “todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”; e com isto, propicia a permissão de qualquer indivíduo de deixar um país e o direito de toda pessoa sujeita a perseguição de procurar e beneficiar de asilo noutros países.

se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país,” na aceção do Artigo 13.º, Parágrafo 2.º, DUDH.<sup>659</sup>

No âmbito da União Europeia, o direito ao asilo<sup>660</sup> foi consagrado no Artigo 18.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)<sup>661</sup>, e concomitantemente determinou a proibição de afastamento, expulsão ou extradição para um Estado onde possa correr sérios riscos de serem sujeitos a pena de morte, tortura ou a outros tratamentos ou penas desumanas ou degradantes, na aceção do Artigo 19.º, n.º 2, CDFUE, diante do intenso desenvolvimento jurisprudencial do TJUE e do TEDH.<sup>662</sup> Portanto, é nesses termos que o princípio de *non-refoulement*<sup>663</sup> torna-se o principal direito individual do requerente de asilo.<sup>8</sup>

Todavia, merece destaque que o direito de asilo não se trata de um direito individual positivo, mas sim de um ato do Estado, cuja concessão reflete no respeito à comunidade internacional, aos deveres de humanidade e ao princípio humanitário.<sup>12</sup> A eventual obrigação

---

<sup>659</sup> A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, instituiu a essência do respeito máximo a dignidade da pessoa humana. No que tange ao asilo, a redação pontual da DUDH consagra apenas o direito à pessoa em perseguição de buscar asilo e de lhe ser garantida o asilo, ou melhor, um direito apenas de requerer asilo. Concomitantemente, exclui todos àqueles que tenham sido acusados de um crime de direito comum, ou que tenham praticado atividades contrárias aos objetivos e princípios das Nações Unidas. Por não se tratar de um instrumento jurídico de direito internacional vinculativo, não é possível considerar como um dever dos Estados de conceder asilo, nem ao menos, considerar como um dever moral em conceder asilo. PINTO OLIVEIRA, Andreia Sofia – *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de protecção de um direito fundamental*, Coimbra Editora, Janeiro de 2009. Pg. 63; e, GOODWIN-GIL, Guy S; et Mc ADAM, Jane – *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Third Edition, 2007, Pg. 176.

<sup>660</sup> Vide Artigo 13.º e 14.º, DUDH; Artigo 12.º e 13.º, PIDCP; Artigo 5.º, alínea d, i e ii, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Artigo 3.º, Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; Artigo 27.º e 28.º da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas; Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Convenção da Organização de Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África; e, Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País Onde Vivem.

<sup>661</sup> Artigo 18.º CDFUE: “É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e do Protocolo de 31 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e nos termos do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.”

<sup>662</sup> Vide MOTTA, Ana Luiza A. S – *Fragmentação do Sistema de Asilo na União Europeia*. Editora Juruá. Curitiba, 2021. Capítulo 3.4. Pg; 100.

<sup>663</sup> O princípio de *non-refoulement* foi considerado como um princípio de *jus cogens*, portanto, como uma norma imperativa de direito internacional, a qual não pode ser violada pelos Estados. Nos termos em que a repulsão de estrangeiros é restringida para lugares em que possa sofrer ameaças ou perigo, o direito internacional dos direitos humanos estabeleceu o *non-refoulement* como um componente fundamental para a proibição absoluta da tortura, tratamentos ou penas desumanas ou degradantes (Artigo 3.º, CEDH e Artigo 4.º, CDFUE). Logo, o preceito da proibição da tortura aproxima-se da vertente do direito de permanecer no país em que esse estrangeiro se encontra. Portanto, diante deste vácuo legal entre o direito de obter asilo e o princípio de *non-refoulement*, cabe a comunidade internacional a responsabilidade de proteger os refugiados e buscar soluções para os problemas a eles relacionados. Por este motivo, cabe aos Estados a responsabilidade na aplicação dos princípios gerais como mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, como forma de assegurar que as medidas adotadas sejam delineadas semelhantemente por um quadro comum, para que tais direitos não sejam prejudicados.

de um Estado no acolhimento de um refugiado e na concessão de asilo origina-se da obrigação dos próprios Estados signatários de um determinado instrumento jurídico de direito internacional, e não do indivíduo requerente de asilo.<sup>13</sup>

Nesse segmento, conforme mencionado, para que o acolhimento de um requerente de asilo seja efetivo, deve necessariamente ser feito através de um procedimento justo. Diante da condicionalidade de efetivação de um direito subjetivo, o desenvolvimento de normas procedimentais foi paralelamente adotado. Logo, no âmbito de desenvolvimento de políticas comuns de asilo, a normativa europeia desenvolveu a Diretiva Procedimentos, Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, cuja delimitação de normas procedimentais estimula a criação de condições equivalentes em todo território da União e sucede um procedimento de asilo comum e eficaz. Esta Diretiva determina a realização de um procedimento único entre os Estados Membros da União e regulamenta todo o processo de apresentação de um requerimento de asilo.<sup>664</sup> Para mais, estipula outros direitos como o direito de acesso ao procedimento; o direito de permanecer no Estado Membro durante a análise do requerimento de asilo; o direito de ser informado sobre as obrigações; o direito à entrevista pessoal;<sup>665</sup> entre outros. Evidentemente, o desenvolvimento destas normas procedimentais para além de estabelecer uma garantia de um procedimento justo, permitiu a efetividade na aplicação objetiva de um direito ao asilo.

Entretanto, a efetivação deste direito remete-se não somente a obrigatoriedade de um procedimento efetivo, como também a uma análise individualizada<sup>666</sup> e a um recurso efetivo, por mais que o reconhecimento do refugiado no cenário atual não depende essencialmente das razões e dos fundamentos do pedido de asilo, mas sim em qual regime de reconhecimento, ou mas provavelmente de quem deverá tomar esta decisão de

---

<sup>664</sup> Em aspectos práticos, determina em como formular o pedido; na forma em que o pedido será analisado; nos auxílios em que o requerente poderá se beneficiar; na possibilidade de interposição de recurso sob uma decisão, e consequentemente, corolário à permanência no território; e, nos requerimentos feitos na ausência do requerente, ou no tratamento de pedidos efetuados reiteradamente.

<sup>665</sup> Vide Artigo 6.º, 9.º, 12.º, 14.º a 17.º, Diretiva Procedimentos.

<sup>666</sup> Cabe mencionar que para além do procedimento de Procedimentos de Asilo/*Refugee Status Determination* (RSD), há alguns casos em que a legislação permite excepcionalmente uma análise de reconhecimento coletivo, como por exemplo, o reconhecimento do refugiado *prima facie* amplamente utilizado no Sistema Africano; semelhante a outras formas de reconhecimento *de facto* em alguns casos específicos excepcionais. Estas decisões são consideradas como um procedimento acelerado de reconhecimento de natureza manifestamente fundada nas razões que levaram ao pedido de asilo. Porém, evidentemente para que seja dada uma recusa negativa ao pedido de asilo, deve necessariamente ser feita uma análise individual para apresentar a recusa, caso contrário recairá sobre uma decisão coletiva, cujo direito internacional determinou a sua proibição.

reconhecimento, dado que na prática eventualmente enfrentamos um cenário arbitrário.<sup>667</sup> Por mais que esta variação seja vista em todos os Estados, apesar da existente harmonização jurídica do SECA, a existência deste direito deve ser predominantemente reconhecida.

## 2. Entre a Condicionalidade e a Obrigatoriedade de um Direito Efetivo

O direito ao asilo implica necessariamente um procedimento justo. Para que haja a garantia de que esse direito possa ser requerido, os Estados Membros devem assegurar a possibilidade de proceder ao pedido, reconhecer os fundamentos e prover certas garantias para que o requerimento seja compreensível.<sup>668</sup> A garantia de um procedimento justo configura o princípio de uma efetiva tutela dos direitos fundamentais. Ora, a inclusão do direito a uma análise individualizada do pedido de proteção internacional constitui uma garantia da efetivação do direito ao asilo. Logo, evidentemente, a ausência de um procedimento justo e individualizado para efeitos de concessão de asilo pode constituir uma violação direta ao Artigo 3.º, CEDH e artigo 4.º, CDFUE. Sob esse argumento, o Acórdão *Klass v. Alemanha*,<sup>669</sup> considerou que as condições efetivas passíveis de violação do artigo 3.º, CEDH, devem ser analisadas com uma *supra* exigência. Logo, a não observância desse preceito poderá acarretar a anulação da decisão de transferência de um requerente de asilo.

Além disso, o procedimento deve necessariamente ser individualizado; uma vez que as características individuais de cada estrangeiro permitirão, ou não, a concessão do asilo. A premissa existente na necessidade de se realizar uma análise individual consiste na exigência de impedir decisões coletivas<sup>670</sup> e decisões automáticas; *i.e.*, conforme veremos, o perigo de utilizar os pedidos manifestamente infundados em razão do país de origem e negligenciar violações sérias de direitos fundamentais. Vejamos mais atentamente.

---

<sup>667</sup> A título exemplificativo, vide a discrepância de reconhecimento de pedidos de asilo nos Estados Unidos, através do fenómeno conhecido como *Refugee Roulette*. Vide SCHOENHOLTZ A I, Ramji-Nogales J and Schrag P G- 'Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication', Stanford Law Review 60 (2), 2007. Pg. 295.

<sup>668</sup> Sobre esse fundamento, Ana Rita Gil, cfr., determina que: "(...) o direito de asilo, ou de proteção internacional, é um direito que, por natureza, depende de ato estadual. O mesmo não é um direito de simples não ingerência nem um direito *self-executing*, necessitando sempre de um ato estadual para se efetivar. É necessário que o requerente tenha ao seu dispor não só a possibilidade de *pedir asilo*, mas garantir que as autoridades têm conhecimento dos fundamentos que informam esse pedido, e têm em conta os factos alegados que o permitam caracterizar como um procedimento justo." GIL, Ana Rita – *A Garantia de um Procedimento Justo no Direito Europeu de Asilo*, Pg. 06.

<sup>669</sup> Vide Acórdão do TEDH, *Klass v. Alemanha*, Queixa n.º 5029/71, 06 de Setembro de 1978.

<sup>670</sup> Vide Artigo 19.º, n.º 1, CDFUE e Artigo 4.º do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH.

Inicialmente, merece destaque a apresentação da proibição de decisões coletivas que necessariamente violam o direito individual de pedir asilo. A proibição foi fundamentada pelo Artigo 19.º, n.º 1, CDFUE e pelo Artigo 4.º, do Protocolo n.º 4 da CEDH.<sup>671</sup> Estas proibições de decisões coletivas, cuja natureza é absoluta, não permite derrogações uma vez em causa a possibilidade de sujeição à tratamentos desumanos ou degradantes se expulsos para o local onde sofriam perseguições (Artigo 3.º, CEDH e Artigo 4.º, CDFUE). Além disso, nos termos em que esta decisão abrange a possibilidade de expulsão de estrangeiros,<sup>672</sup> a jurisprudência do TEDH estendeu o entendimento como forma de abranger também a proibição coletiva de entrada de determinados grupos em um território, ou seja, um impedimento direto de que migrantes possam realizar o seu direito de requerer asilo.

Portanto, o afastamento coletivo poderá incorrer na violação direta das normas, principalmente quando não forem analisadas as características individuais de cada estrangeiro. Por mais que este determinado grupo possa partilhar dos mesmos fundamentos para o reconhecimento do Estatuto, o afastamento coletivo apenas com base em determinadas circunstâncias, tratar-se-á de uma expulsão coletiva, principalmente por não se proceder à uma análise individualizada da situação específica de cada membro deste coletivo.

Um dos Acórdãos mais influentes nessa perspectiva foi o Acórdão do TEDH, *Hirsi Jamma v. Itália*,<sup>673</sup> em que o Tribunal condenou a Itália pela violação do princípio de *non-refoulement* em alto mar,<sup>674</sup> na acepção do Artigo 3.º, CEDH,<sup>675</sup> do Artigo 4.º do Protocolo n.º 4, CEDH, e do Artigo 13.º, CEDH (uma vez que não foi observado as condições mínimas

---

<sup>671</sup> De acordo com Christoph Grabenwarter, cfr., “the meaning of Article 4 of Protocol No. 4 is to be understood as any measure compelling aliens, as a group (based on general criteria such as nationality, race or color), to leave a country, except where such measure is taken on the basis of reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien in a group”. GRABENWATER, Christoph – *European Convention on Human Rights – Commentary*; C.H Beck, Hart, Nomos; Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, Pg. 421.

<sup>672</sup> É proibida a expulsão de estrangeiros para locais em que possam estar sujeitos a tortura, tratamentos desumanos ou degradantes, na acepção do Artigo 3.º, CEDH e Artigo 4.º, CDFUE. Vide MOTTA, Ana Luiza A. S – *Fragmentação do Sistema de Asilo na União Europeia*, Editora Juruá. Curitiba, 2021. Capítulo 3.3 e 3.4.

<sup>673</sup> Vide Acórdão do TEDH, *Hirsi Jamaa v. Itália*, Queixa n.º 27765/09, 23 de Fevereiro de 2012.

<sup>674</sup> As rejeições em alto mar não constituem um fenômeno novo no panorama internacional. A tentativa de alguns Estados em alegar que a ausência de obrigações decorrentes dessa zona cinzenta é bastante falha. Entretanto, não somente o direito interno, como normas de direito internacional devem ser respeitadas. Nessa perspectiva, o TEDH determinou a extensão da obrigação extraterritorial para as situações cuja localização seja em uma zona sem soberania, portanto em alto mar, como forma de impedir a violação das normas da CEDH.

<sup>675</sup> O TEDH, pela primeira vez, aplicou o princípio de *non-refoulement* em um caso em alto mar, ampliando a aplicação do princípio à violação da CEDH. Nesse caso, o Artigo 3.º, CEDH implica na obrigação de não expulsar indivíduos nessas circunstâncias, ao considerar que tendo em consideração o caráter absoluto dos direitos protegidos pelo Artigo 3.º, nenhuma consideração poderá eximir um Estado de suas obrigações derivadas. A Itália não poderia se eximir de suas responsabilidades pelo simples fato de invocar as obrigações derivadas de acordos bilaterais (vide Acordo Bilateral entre a Itália e a Líbia de 2007).

de procedimentos de asilo, impedindo qualquer tipo de recurso efetivo).<sup>676</sup> A consideração do Tribunal pela violação da proibição de decisões coletivas se deu principalmente pelo fato de que o direito a análise individual foi impossibilitado, uma vez que as autoridades italianas demonstraram a clara intenção de impedir a chegada ao território italiano, não permitindo o desembarque dos refugiados da Líbia; por essa razão, o TEDH condenou a Itália pela devolução em alto mar à um país terceiro não seguro, submetendo-os ao local onde sofriam perseguições.<sup>677</sup> Semelhantemente, o Acórdão do TEDH, *ND e NT v. Espanha*,<sup>678</sup> o Tribunal reconheceu a violação do Artigo 4.º do Protocolo n.º 4, CEDH, e do Artigo 13.º, CEDH, dado que guardas costeiras sob controle *de facto*, para além de impedir a entrada e o requerimento de asilo pelos estrangeiros no território espanhol,<sup>679</sup> realizaram o fenómeno de *push-back* dos migrantes para Marrocos.<sup>680</sup>

Ainda nessa acepção, o direito ao recurso efetivo também merece apreciação, dado que todo estrangeiro tem o direito de recorrer de uma decisão administrativa. No âmbito de aplicação da CEDH, o Artigo 13.º, CEDH determina que “*qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais.*”<sup>681</sup> Nesse sentido, o direito a um recurso efetivo configura-se pela possibilidade de reclamar a violação de um dos direitos garantidos pela Convenção.

É nesses termos que a aplicação prática do direito a um recurso *efetivo*<sup>682</sup> implica na obrigatoriedade de todos os Estados Partes da CEDH estabelecerem mecanismos internos

---

<sup>676</sup> Vide Acórdão do TEDH, *Sharifi c. Itália e Grécia*, Queixa n.º 16643/09, 21 de Outubro de 2014, sobre a condenação pela violação do Artigo 3.º e Artigo 4.º, do Protocolo n.º 4, CEDH; e, LIGUORI, Anna - *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: Il caso Hirsi*, Rivista di diritto internazionale, vol. 95, n.º 02, 2012, Pg. 415 – 443.

<sup>677</sup> Merece destaque o Acórdão do TEDH, *Čonka v. Bélgica*, Queixa n.º 51564/99, 05 de Fevereiro de 2002, em que o Tribunal condenou pela violação do Artigo 4.º, Protocolo n.º 4 anexo à CEDH, pela falha em examinar a situação específica de cada indivíduo antes da expulsão; porém, o TEDH reiterou que o fato de que um grande número de estrangeiros seja sujeito à decisões similares por si só não leva a conclusão de que houve uma expulsão coletiva, se todas os indivíduos tiveram a oportunidade de reclamar da sua medida de expulsão para as autoridades competentes. Nessa perspectiva, por exemplo, o Tribunal no Acórdão *Sultani v. França*, Queixa n.º 45223/05, 20 de Setembro de 2007, não considerou que a organização coletiva de indivíduos por nacionalidade para reenvio ao país de origem por voos categorizados, não constituía a violação do Artigo 4.º, Protocolo n.º 4, CEDH.

<sup>678</sup> Vide Acórdão do TEDH, *ND e NT v. Espanha*, Queixa n.º 8675/15 e 8607/15, 13 Fevereiro 2020.

<sup>679</sup> Vide Acórdão do TEDH, *Kebe e outros v. Ucrânia*, Queixa n.º 12552/12, 12 Janeiro 2017.

<sup>680</sup> Para mais, o Tribunal ressaltou a proibição de alteração de fronteiras de acordo com as suas necessidades em determinadas situações. Ou seja, os Estados não podem mover suas fronteiras para ‘trás’ para evitar que requerentes de asilo apresentem pedidos de proteção internacional. Semelhante, vide Acórdão do TEDH, *Amuur v. França*, Queixa n.º 19776/92, 25 Junho de 1996.

<sup>681</sup> O Artigo 13.º, em conjunto com o Artigo 5.º, n.º 2 e 4 e o Artigo 6.º, formam parte das salvaguardas processuais da CEDH; além disso, este Artigo tem como base o Artigo 8.º, DUDH.

<sup>682</sup> Vide Acórdão do TEDH, *De Souza Ribeiro v. França*, Queixa n.º 22689/07, 13 de Dezembro de 2012.

para reparar violações de direitos previstos pela CEDH que possam ocorrer na jurisdição interna. Nos casos em que o Estado Parte falhe em proceder a esse mecanismo, ou que seja feito de forma ineficiente, o indivíduo poderá invocar o direito previsto pelo Artigo 13.º, CEDH. Entretanto, a previsão proposta pelo direito a um recurso efetivo não ocorre de forma autônoma. A utilização desse direito deve obrigatoriamente acompanhar um dos direitos e liberdades previstos pela CEDH que possam ter sido violados.<sup>683</sup>

A complementariedade desse direito implica necessariamente na conjugação de outra previsão da CEDH, *i.e.*, o Acórdão *Hirsi Jamaa v. Itália*, acima apresentado, em que o TEDH condenou a violação do Artigo 13.º, CEDH em conjugação com o Artigo 3.º, CEDH e o Artigo 4.º, Protocolo n.º 4, CEDH. Logo, nos casos em que haja alegação de tratamentos desumanos à detenção, por exemplo, o Artigo 13.º em conjugação com o Artigo 3.º, CEDH, impõe ao Estado a obrigação de realizar investigações efetivas sobre a possibilidade de sujeição à tortura, e concede ao indivíduo o direito de acesso efetivo ao procedimento de investigação, bem como o pagamento de uma compensação quando for apropriado.<sup>684</sup>

A possibilidade de uma reapreciação por meio do recurso efetivo implica a possibilidade de um contencioso de plena jurisdição.<sup>685</sup> Nesse sentido, merece atenção o fato de que o Artigo 13.º, CEDH exige uma reavaliação *ex nunc*, nos termos em que deve ser feita uma reanálise do mérito do caso, uma vez que os dados apresentados podem estar ultrapassado, *i.e.*, a situação do país de origem tenha se agravado, em que pode ser reconhecido a impossibilidade de repulção ou expulsão.<sup>686</sup> Para mais, lembra-se, entretanto, a exigência do Artigo 35.º, CEDH em que o TEDH só poderá ser solicitado ao conhecimento de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas. Porém, nos casos de expulsão, não havendo efeito suspensivo automático nos termos do art. 13.º, CEDH, o indivíduo não pode ser culpado por não ter esgotado devidamente o processo de revisão judicial.<sup>687</sup> Por fim, merece destaque a jurisprudência base do TEDH em que determina que diante da violação do Artigo 3.º, CEDH, por exemplo, o recurso deverá

---

<sup>683</sup> Por mais que o TEDH tenha considerado em alguns casos somente a violação do Artigo 13.º, CEDH, *i.e.*, o Acórdão do TEDH, *M.A. v. Chipre*, Queixa n.º 41872/10, 23 de Julho de 2013, em que o TEDH condenou pela falta do efeito suspensivo do recurso.

<sup>684</sup> Vide Acórdão do TEDH, *Mehmet Emin Yuksele v. Turquia*, Queixa n.º 40154/98, 20 de Julho de 2004, Considerando n.º 36.

<sup>685</sup> GIL, Ana Rita – A Garantia de um Procedimento Justo no Direito Europeu de Asilo, *in O Contencioso do Direito de Asilo e Proteção Subsidiária* (pp. 165-197). (Coleção Formação Inicial). Centro de Estudos Judiciários.

<sup>686</sup> *Ibidem*. Pg. 24.

<sup>687</sup> Vide Acórdão do TEDH, *Diallo v. República Tcheca*, Queixa n.º 20493/07, 23 de Junho de 2011, Considerando n.º 78.

produzir efeito suspensivo.<sup>688</sup> Nesse sentido, a não observância da aplicação do efeito suspensivo no recurso, poderá ser considerada como uma violação do Artigo 13.º, CEDH,<sup>689</sup> principalmente quando esta se não suspenda, poderá provocar efeitos irreversíveis, *i.e.*, sob sujeição a tortura, tratamentos desumanos ou degradantes.

No âmbito de aplicação do direito da União Europeia, na aceção do Artigo 47.º, Primeiro Parágrafo, CDFUE, “*toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da união tenham sido violados tem o direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo*”. O direito à ação e a um tribunal imparcial constitui um dos principais direitos de salvaguarda dos direitos fundamentais. A reedição do primeiro parágrafo do Artigo 47.º, CDFUE, teve como base a proteção oferecida pelo Artigo 13.º, CEDH. Entretanto, a proteção oferecida pela CDFUE é mais alargada em razão da garantia à ação em tribunal. Por se tratar de um princípio geral do direito da União, aplica-se também aos Estados Membros quando estes aplicam o direito da União.<sup>690</sup>

Nesses termos, a aplicação da norma prevista pelo Artigo 47.º, CDFUE não se restringe aos direitos previstos pela CDFUE, podendo ser invocado em qualquer norma comunitária. Além disso, o Artigo 47.º, CDFUE conjuga com elementos do Artigo 6.º, CEDH, ainda que seja no âmbito de imigração.

Em contrapartida, no âmbito dos procedimentos de asilo na União há também a proteção ao direito ao recurso efetivo apresentado pelo Artigo 46.º, n.º 3, Diretiva Procedimentos,<sup>691</sup> cuja possibilidade de recurso à um órgão jurisdicional está disposta no

---

<sup>688</sup> O TEDH determinou no Acórdão *Gebremedhin v. França*, Queixa n.º 25389/05, 26 de Abril de 2007, nos casos em que esteja em causa a violação do princípio de *non-refoulement*, para que o recurso seja considerado efetivo este deverá produzir efeitos suspensivos. Logo, dado o caráter absoluto do Artigo 3.º, CEDH, faz-se necessário a aplicação do efeito.

<sup>689</sup> Vide Acórdão do TEDH, *Mohammed v. Áustria*, Queixa n.º 2283/12, 06 de Junho de 2013; e, Acórdão do TEDH, *De Souza Ribeiro v. França*, Queixa n.º 22689/07, 29 de Janeiro de 2013.

<sup>690</sup> O TJUE consagrou esse entendimento no Acórdão do TJUE, *Marguerite Johnston*, Processo 222/84, de 15 de Maio de 1986, Considerando n.º 18, ao determinar que, cfr., “o controlo jurisdicional imposto por este artigo é a expressão de um princípio geral de direito que está na base das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. Este princípio foi igualmente consagrado pelos artigos 6.º e 13.º da convenção europeia para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, de 4 de Novembro de 1950. Como foi reconhecido pela declaração comum da Assembleia, do Conselho e da Comissão, de 5 de Abril de 1977 (JO C 103, p. 1), e pela jurisprudência do Tribunal, convém ter em conta, no quadro do direito comunitário, os princípios em que se inspira essa convenção.” Similarmente, vide Acórdão do TJUE, *Heylens*, Processo 222/86, de 15 de Outubro de 1987, Considerando n.º 14; e, o Acórdão do TJUE, *Oleificio Borelli v. Comissão*, C-97/91, de 03 de Dezembro de 1992, Considerando n.º 14.

<sup>691</sup> No âmbito do Sistema Europeu Comum de Asilo, a Diretiva Procedimentos estabelece no Artigo 10.º, n.º 3, a obrigatoriedade dos Estados Membros assegurarem que: (i) os pedidos sejam apreciados e as decisões proferidas de forma individual, objetiva e imparcial; (ii) sejam obtidas informações precisas e atualizadas junto de várias fontes, tal como o EASO, o ACNUR e organizações internacionais de direitos humanos pertinentes, sobre a situação geral nos países de origem dos requerentes e, sempre que necessário, nos países por onde estes tenham transitado, e que tais informações sejam transmitidas aos agentes responsáveis pela apreciação dos

Artigo 11.º, n.º 1, f, Diretiva Procedimentos,<sup>692</sup> ao determinar que: *os Estados Membros devem assegurar um recurso efetivo inclua a análise exaustiva e ex nunc da matéria de facto e de direito, incluindo, se aplicável, uma apreciação das necessidades de proteção internacional.* A título exemplificativo, podemos citar a possibilidade de recurso para a decisão que considera um país como um país terceiro seguro.<sup>693</sup> Esta disposição normativa que prevê o recurso efetivo insere-se sob égide do direito à tutela jurisdicional efetiva prevista pelo Artigo 41.º, CDFUE. Em sequência, nos casos em que seja apresentado o recurso, a jurisprudência do TEDH<sup>694</sup> determinou que o direito ao recurso judicial efetivo impõe a possibilidade de os requerentes de asilo permanecerem no território nacional enquanto não houver uma decisão judicial relativa aos atos praticados impugnados.<sup>695</sup> Por fim, a observância das normas previstas pela diretiva perpetuou uma forte proteção aos direitos individuais dos requerentes de asilo, dado que o direito procedimental tem forte relevo para garantir que haja plena observância do direito subjetivo.

### 3. CONCLUSÃO

É evidente que a previsão de uma norma material depende incisivamente de uma aplicação normativa procedimental justa. No âmbito do direito ao asilo, reconhecemos a insuficiência no quadro normativo meramente material, dado que para que este seja efetivo, devemos necessariamente acompanhar o direito a um procedimento justo. Por não se tratar de um direito de plena execução, sempre haverá um intermédio normativo administrativo necessário para sua efetivação; caso contrário, um pedido de proteção internacional carece

---

pedidos e pela pronúncia de decisões; (iii) os agentes responsáveis pela apreciação dos pedidos e pela pronúncia de decisões tenham o necessário conhecimento das normas pertinentes aplicáveis em matéria de direito de asilo e de refugiados; (iv) os agentes responsáveis pela apreciação dos pedidos e pela pronúncia de decisões tenham a possibilidade de obter aconselhamento, sempre que necessário, de peritos em matérias específicas, tais como questões médicas, culturais, religiosas, de menores ou de género.

<sup>692</sup> A Diretiva Procedimentos ainda prevê um rol de garantias que dizem respeito à assistência do requerente de asilo durante o processo judicial. Vide Artigo 12.º, e 20.º, Diretiva Procedimentos.

<sup>693</sup> Vide Considerando 42, Diretiva Procedimentos, que determina que um país terceiro seguro pode não constituir uma garantia absoluta de segurança para os nacionais desse país.

<sup>694</sup> Vide Acórdão do TEDH, *Gebremedhin v. França*, Queixa n.º 25389/05, 16 de Abril de 2007; e, Acórdão do TJUE, *Mehmet Arslan*, Processo C-534/11, 30 de Maio de 2013.

<sup>695</sup> Vide Artigo 9.º e 46.º, n.º 5, Diretiva Procedimentos. Porém, merece ressaltar que nos casos em que se verifique um dos casos de pedidos apresentados pelo Artigo 46.º, n.º 6, da Diretiva, como por exemplo, um pedido manifestamente infundado, o direito de permanecer no território pode não ser reconhecido. Entretanto, o requerente poderá requerer a atribuição do efeito, devendo o Estado autorizar a sua permanência no território enquanto não houver uma decisão quanto a concessão do efeito suspensivo (Artigo 46.º, n.º 8, Diretiva Procedimentos). Contrariamente, a posição do TEDH reitera que caso haja risco de violação do Artigo 3.º, CEDH e Artigo 4.º, CDFUE, o efeito suspensivo deverá ser atribuído. Vide Acórdão do TJUE, *Moussa Abdida*, Processo C-562/13, 18 de Dezembro de 2014.

de prosseguimento. Esta necessidade de observância de determinadas garantias procedimentais foi reiteradamente ressaltada pelos Tribunais. Nessa perspectiva, a premissa de um procedimento justo recai justamente sobre algumas outras intercorrências, como por exemplo, o direito a uma análise individualizada e ao recurso efetivo.

Conforme vimos, o procedimento deve necessariamente ser individualizado; uma vez que as características individuais de cada estrangeiro permitirão, ou não, a concessão do asilo. Recorrentemente, a inviabilidade de uma análise individual acarreta a violação de decisões coletivas ou decisões automáticas (i.e., aos pedidos manifestamente infundados ou provenientes de Países Terceiros Seguros). No que se refere as decisões coletivas, a jurisprudência deixou bem claro que estas medidas podem caracterizar como uma exclusão coletiva, ou então pela proibição coletiva de entrada, o que conseqüentemente, pode violar a proibição do princípio de *non-refoulement* e de sujeição a tratamentos desumanos ou degradantes (Artigo 3.º, CEDH e Artigo 4.º, CDFUE). Diante de uma fundamentação base sob uma natureza absoluta destas decisões, a proibição enraíza-se no Artigo 19.º, n.º 1, CDFUE e pelo Artigo 4.º, do Protocolo n.º 4 da CEDH. Em outras palavras, é bastante evidente que nos casos em que haja uma impossibilidade de requerer asilo em razão de um afastamento coletivo, haverá uma violação direta ao direito a um procedimento justo; e ainda, a violação ao direito a um recurso efetivo da decisão que considerou negativo o requerimento de proteção internacional.

No que se refere ao recurso efetivo, este fundamenta-se na premissa de que todo estrangeiro tem o direito de recorrer de uma decisão administrativa. A normativa prevê claramente que *“qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais”* (Artigo 13.º, CEDH). A possibilidade de uma reapreciação por meio do recurso efetivo implica a possibilidade de um contencioso de plena jurisdição. No âmbito dos procedimentos de asilo na União há também a proteção ao direito ao recurso efetivo apresentado pelo Artigo 46.º, n.º 3, Diretiva Procedimentos, cuja possibilidade de recurso à um órgão jurisdicional está disposta no Artigo 11.º, n.º 1, f, Diretiva Procedimentos.

Por fim, em razão do direito ao asilo tornar-se dependente de um procedimento justo, a jurisprudência determinou a possibilidade de os requerentes de asilo permanecerem no território nacional enquanto não houver uma decisão judicial relativa aos atos praticados impugnados. E, para os casos em que se verifique um dos casos de pedidos apresentados

pelo Artigo 46.º, n.º 6, da Diretiva, como por exemplo, um pedido manifestamente infundado, o direito de permanecer no território pode não ser reconhecido. Entretanto, o requerente poderá requerer a atribuição do efeito, devendo o Estado autorizar a sua permanência no território enquanto não houver uma decisão quanto a concessão do efeito suspensivo (Artigo 46.º, n.º 8, Diretiva Procedimentos). Contrariamente, a posição do TEDH reitera que caso haja risco de violação do Artigo 3.º, CEDH e Artigo 4.º, CDFUE, o efeito suspensivo deverá ser sempre atribuído.

Em conclusão, para uma efetivação prática do direito ao asilo, este deve necessariamente implicar em uma correta aplicação procedimental. A incorreta, ou de certo modo inequívoca, aplicação pode incorrer não somente na insuficiência protecionista de um ato normativo, como também na negligência à proteção integral de direitos individuais fundamentais. E, portanto, nos casos em que haja uma violação de uma norma procedimental, podemos estar diante de uma violação direta de um direito de requerer asilo.

#### 4. REFERÊNCIAS

##### **Obras e Artigos Científicos**

GIL, Ana Rita – A Garantia de um Procedimento Justo no Direito Europeu de Asilo, *in O Contencioso do Direito de Asilo e Proteção Subsidiária* (Coleção Formação Inicial). Centro de Estudos Judiciários. Pg. 165 – 197.

GIL, Ana Rita – *O reconhecimento de direitos derivados de imigração em Direito Internacional e Europeu*; Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, n.º 125, 2016.

GOODWIN-GIL, Guy S; et Mc ADAM, Jane – *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Third Edition, 2007.

GRABENWATER, Christoph – *European Convention on Human Rights – Commentary*; C.H Beck, Hart, Nomos; Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014.

GRAHL-MADSEN, Atle – *The Status of Refugees in International Law: Asylum, Entry and Sojourn*, Leyden: A.W. Sijthoff, vol. II.

LIGUORI, Anna - *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: Il caso Hirsi*, Rivista di diritto internazionale, vol. 95, n.º 02, 2012, Pg. 415 – 443.

MIRANDA, Jorge – *Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa*, Argumento, Universidade Católica Editora, Fevereiro de 2016.

MOTTA, Ana Luiza A. S – *Fragmentação do Sistema de Asilo na União Europeia*. Editora Juruá. Curitiba, 2021.

NATHWANI, Niraj – *Rethinking Refugee Law*, The Hague/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, Refugees and human rights, 7.

PINTO OLIVEIRA, Andreia Sofia – *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa* – Âmbito de protecção de um direito fundamental, Coimbra Editora, Janeiro de 2009.

SCHOENHOLTZ A I, Ramji-Nogales J and Schrag P G- 'Refugee Roulette: Disparities in Asylum Adjudication', *Stanford Law Review* 60 (2), 2007.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Note on International Protection* (submitted by the High Commissioner), 31 August 1993, A/AC.96/815.

### **Jurisprudência do TEDH**

Acórdão do TEDH, *Klass v. Alemanha*, Queixa n.º 5029/71, 06 de Setembro de 1978.

Acórdão do TEDH, *Čonka v. Bélgica*, Queixa n.º 51564/99, 05 de Fevereiro de 2002.

Acórdão do TEDH, *Mehmet Emin Yuksel v. Turquia*, Queixa n.º 40154/98, 20 de Julho de 2004.

Acórdão do TEDH, *Gebremedhin v. França*, Queixa n.º 25389/05, 16 de Abril de 2007.

Acórdão do TEDH, *Sultani v. França*, Queixa n.º 45223/05, 20 de Setembro de 2007

Acórdão do TEDH, *Diallo v. República Tcheca*, Queixa n.º 20493/07, 23 de Junho de 2011.

Acórdão do TEDH, *Hirsi Jamaa v. Itália*, Queixa n.º 27765/09, 23 de Fevereiro de 2012.

Acórdão do TEDH, *De Souza Ribeiro v. França*, Queixa n.º 22689/07, 29 de Janeiro de 2013.

Acórdão do TEDH, *Mohammed. v. Áustria*, Queixa n.º 2283/12, 06 de Junho de 2013.

Acórdão do TEDH, *M.A. v. Chipre*, Queixa n.º 41872/10, 23 de Julho de 2013.

Acórdão do TEDH, *Sbarifi v. Itália e Grécia*, Queixa n.º 16643/09, 21 de Outubro de 2014

Acórdão do TEDH, *Kebe e outros v. Ucrânia*, Queixa n.º 12552/12, 12 Janeiro 2017.

Acórdão do TEDH, *ND e NT v. Espanha*, Queixa n.º 8675/15 e 8607/15, 13 Fevereiro 2020.

### **Jurisprudência do TJUE**

Acórdão do TJUE, *Marguerite Johnston*, Processo 222/84, de 15 de Maio de 1986.

Acórdão do TJUE, *Heylens*, Processo 222/86, de 15 de Outubro de 1987.

Acórdão do TJUE, *Oleificio Borelli v. Comissão*, C-97/91, de 03 de Dezembro de 1992.

Acórdão do TJUE, *Mehmet Arslan*, Processo C-534/11, 30 de Maio de 2013.

Acórdão do TJUE, *Moussa Abdida*, Processo C-562/13, 18 de Dezembro de 2014.

### **Tratados, Convenções e Diretivas**

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000.

Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984.

Convenção da Organização da Unidade Africana, de 1969.

Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e Tratamentos ou Castigos Desumanos ou Degradantes, de 1989.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1969.

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1950.

Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951.

Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1989.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948.

Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País Onde Vivem, de 1985.

Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1975.

Declaração sobre o Asilo Territorial, de 1967.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de Junho de 2013.

Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, de 1966.

# RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS E DO ESTADO NO ABANDONO AFETIVO INVERSO

Andréa Arruda Vaz<sup>696</sup>

Camila Silva Dias<sup>697</sup>

Kennedy Josué Greca de Mattos<sup>698</sup>

**Resumo:** O presente artigo vem trazer uma análise acerca da responsabilidade civil dos filhos e do Estado nos casos abandono afetivo inverso. O objetivo principal é investigar se é cabível ou não reparação civil nesses casos. Desse modo, tem-se como problema de pesquisa: Que tipo de consequência e dano pode acontecer devido o abandono? Há possibilidade de responsabilização civil do filho(a) quando se caracteriza o abandono afetivo inverso? O Estado possui responsabilidade civil na garantia dos direitos essenciais aos idosos? A metodologia usada para esta pesquisa foram as seguintes ferramentas: artigos, livros, teses, dissertações, estudo de caso e decisões de tribunais. O que se conhece, até o momento, é que a Constituição Federal aduz que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, da mesma maneira que, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar tais pessoas. Por sua vez, no estatuto do idoso consta que é dever o cuidado com esses indivíduos e trata-se de uma obrigação e não de uma possibilidade. Insta observar, finalmente, que abandono é crime e tem previsão tanto no Estatuto do Idoso quanto no Código Penal, com pena de reclusão e causas de aumento de pena.

**Palavras-chave:** Idoso. Abandono afetivo. Responsabilidade Civil. Estado.

## 1. Introdução

Envelhecer é uma condição natural do ser humano independente da sua posição social, ideológica ou política, porém longe da romantização da velhice, esse processo é doloroso e solitário para muitos idosos. Os dados estatísticos apontam que nas próximas décadas a população idosa será maior que a população adulta o que se configura como um problema de ordem social. Neste sentido a área de direito tem procurado discutir o tema para além das estatísticas, tomando como foco principal dos debates o “abandono afetivo dos idosos”.

Desta forma a presente pesquisa tem por finalidade analisar juridicamente o abandono afetivo de idosos, caracterizado como a falta de cuidado dos filhos mediante os pais, deixando de prestar assistência moral e material.

---

<sup>696</sup> Doutoranda em Direito pelo UniBrasil, Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Brasil - UniBrasil, turma 2019. Professora de direito e processo do trabalho, Direito Constitucional e Teoria Geral do Processo. Pesquisadora nas Áreas de Direitos Fundamentais, Direito Internacional do Trabalho, Direito Constitucional e Direitos Humanos. Advogada, no escritório Andréa Arruda Vaz Advocacia. <https://orcid.org/0000-0001-9177-2740>. E-mail: [andrea@andreavaz.adv.br](mailto:andrea@andreavaz.adv.br).

<sup>697</sup> Especialista em direito aplicado pela EMAPE, e-mail: [diascamila1992@gmail.com](mailto:diascamila1992@gmail.com).

<sup>698</sup> Doutorando no Programa de Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. <https://orcid.org/000-0003-1313-9143>, E-mail: [kgm@tjpr.jus.br](mailto:kgm@tjpr.jus.br).

Cabe salientar que o tema não trata da questão de abandono emocional;mas sim da negligência em relação ao cuidado com a pessoa idosa tratando-se especificamente da responsabilidade do Estado em intermediar as situações identificadas penalizando os responsáveis à luz da legislação penal. Tomando tais premissas como iniciais este trabalho apresenta como objetivo geral identificar no sistema jurídico brasileiro a responsabilidade civil dos filhos e do estado no abandono afetivo inverso.

Como objetivos específicos destaque-se: conceituar o abandono afetivo inverso, evidenciando suas consequências e explorar acerca da realidade e vulnerabilidades a que o idoso está exposto; apontar quais os princípios que embasam o abandono e a extensão do dano; examinar os pontos os limites da intervenção do estado no abandono afetivo inverso; realizar uma pesquisa acerca da possibilidade de indenização por dano moral; demonstrar as leis existentes ou em tramitação e os entendimentos nos tribunais superiores sobre a proteção do idoso.

O problema da pesquisa a ser respondido nesta pesquisa apresentam os seguintes questionamentos: Quais os motivos que influenciam esses filhos a abandonarem seus pais e a negar afeto aos mesmos? Que tipo de consequência e dano pode ter devido o abandono? Ainda, há possibilidade de responsabilização civil do filho quando se caracteriza o abandono afetivo inverso?

Para esta pesquisa utilizou-se o método dedutivo. Para fundamentar as teorias discutidas ao longo dos capítulos recorreu-se a pesquisa bibliográfica decorrente da leitura de livros, artigos, legislações e materiais publicados na internet.No segundo capítulo foi reputado os conceitos de abandono afetivo inverso e noções gerais sobre o tema. Ainda, fora feita uma análise em relação a responsabilidade dos filhos no abandono afetivo inverso e foram demonstrados casos paragmáticos. Um pouco mais adiante, foi averiguado a responsabilidade civil do Estado no abandono Afetivo inverso.

## **2. Abandono Afetivo Inverso**

O Abandono Afetivo Inverso se caracteriza pela falta de cuidado dos filhos em relação aos pais, afastando-se de comprometerimentos relacionados aos valores primordiais como o convívio familiar e cuidados assistenciais, morais, afetivos e materiais ao parentesco de 1º (primeiro) grau. No Brasil não existem legislações próprias sobre o tema, porém há

menção aos cuidados com pessoas idosas mencionados na Constituição Federal, no Código Civil e Estatuto do Idoso.

Desse modo, pode-se definir o abandono Afetivo inverso com base no que alude o Desembargador Jones Figueiredo Alves, Diretor Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família, “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”. (IBDFAM, 2013, p.01) podendo essa falta de cuidado ser utilizada como argumento para uma indenização.

Vale dizer que juridicamente o abandono caracteriza-se pela privação e negligência a uma pessoa perante uma determinada situação, de forma que acarretarepercussões jurídicas. Sobretudo, cabe salientar que é obrigação dos filhos o acolhimento e a oferta de assistência afetiva imaterial aos pais idosos, sobre esta questão Nogueira (2010) reforça que a simples condição a qual se deixa um idoso em situações de riscos, tais como: deixá-lo em casa sozinho sem que este tenha condições de locomoção, ser negligente com a sua medicação e higiene, são atos que configuram como abandono aos olhos da Lei.

Ainda, vale destacar que o dever de cuidado com o idoso também se encontra disposto no artigo 98 da Lei 10.741/2003, visto que, o abandono de idosos é crime e esta tipificado no seguinte texto:

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena — detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa (BRASIL, 2003, p.01).

É importante, ademais, enfatizar que o termo inverso surgiu do fato que o abandono se ocorre de forma contrária, onde os filhos negligenciam os cuidados para com os pais. Neste sentido, o artigo 229 da Constituição da República de 1988, demonstra de forma explícita que para a justiça o valor jurídico é o mesmo, “os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência e enfermidade” (BRASIL, 1988).

Nessa mesma dimensão, o Estatuto do Idoso em seu artigo 3º apresenta a seguinte premissa em relação à obrigação do cuidado com os idosos:

É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2003, p.01).

A Constituição Federal atribui à família o dever de cuidado dos pais idosos, devendo esses cuidados serem executados primordialmente pelos descendentes; embora na contemporaneidade já se estuda o fenômeno denominado de "pais órfãos" que se refere à recusa dos filhos no atendimento e cuidado dos seus genitores.

#### a. CONCEITO E POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

Inicialmente vale enunciar o conceito e definição de idoso o qual está previsto no art. 1º do Estatuto do Idoso Lei nº 10.741, 1º de outubro de 2003): “Idoso é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”. (BRASIL, 2003).

A respeito dessa temática, Barbara Ferreira destaca que delimitar uma determinada idade para definir o idoso não uma tarefa fácil. Assim, atualmente a categoria de pessoas com idade igual a sessenta anos ou mais, são classificadas como terceira idade. Como se vê temos uma cultura que desde os primórdios aprendemos a respeitá-los e priorizá-lo como forma de boa educação. (FERREIRA, 2015, p.11).

Pode-se fazer uma comparação da figura de um idoso maltratado com a obra intitulada por Machado de Assis, o personagem de “Dom Casmurro”, pois a obra reflete a característica de um idoso sofrido e rancoroso. (FERREIRA, 2015, p.11). O advogado Rael Rogowski, descreve Dom Casmurro como sendo: (...) Um homem idoso no crepúsculo da existência: a visão amarga e doída de quem foi traído e machucado pela vida. No Brasil temos milhões de "Dons Casmurros" machucados pela vida, marcados pelo abandono da família e pela omissão do Estado. (ROGOWSKI, 2009, p. 01).

O abandono Afetivo foi conceituado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que decidiu que é considerado abandono afetivo quando: (...) “a indiferença afetiva de um genitor em relação a seus filhos, ainda que não exista abandono material e intelectual, pode ser constatado, na Justiça, o abandono afetivo”. (IBDFAM, 2015, p.01).

Conforme deliberado pelo respectivo Conselho, essa é uma questão que ocorre desde os primórdios da humanidade, porém, tem vindo à tona com mais frequência, devido ao fato pelo qual passou a ser instrumento de discussão no judiciário por intermédio de ações em que:

[...] as vítimas, no caso os filhos, pedem indenizações pelo dano de abandono afetivo. Algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) são no sentido de conceder a indenização, considerando que o abandono afetivo constitui descumprimento do dever legal de cuidado, criação, educação e companhia presente, previstos implicitamente na Constituição Federal (IBDFAM, 2015, p.01).

Nesse sentido, Adriane Leitão Karan (KARAM, 2011, p. 52) conceitua o abandono imaterial, no abandono afetivo inverso como sendo à falta de amor, carinho e afeto, ainda destaca que não existe nenhuma previsão jurídica que regulamenta a obrigação de uma pessoa amar a outra. No mesmo seguimento, pode-se dizer que a falta de amor não constitui ato ilícito, uma vez que ninguém é obrigado a amar ninguém. Por isso, o ato ilícito só surgirá a partir do momento em que não é cumprida pelos filhos a obrigação imaterial estabelecida em lei.

Em contrapartida, Viegas e Barros (2016, p.09) definem o abandono material como sendo um crime de desamor, desse modo, a família deixa de prestar assistência, incorrendo no sustento básico e alimentar desse idoso.

Diante disso, pode-se dizer que abandono afetivo inverso consiste na falta de cuidado com o familiar idoso, convergindo-se na falta de apoio e aniquilamento do direito de convivência no ambiente familiar. Cabe salientar que o afeto é algo em que não se pode possuir facilmente, e não existe uma imposição legal que obrigue uma pessoa a demonstrar amor pela outra, não cabendo neste caso à discussão relacionada ao sentimento, mas sim ao cuidado. Isto é, não tem nem uma previsão legal que obrigue um filho a dar afeto ao pai, mas sim a obrigação de prestar assistência.

O assunto supracitado foi discutido em um julgado (Resp nº 1159242/ SP), no ano de 2012 por meio da Ministra Fátima Nancy Andrighi, da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde ela afirma que “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

Ainda neste sentido Maria Berenice Dias, elucida:

Quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição Federal em seu art. 229. Afinal, os idosos também sofrem com a falta de convivência com os seus afetos (DIAS, 2016, p.648).

Marcia Helena de Oliveira Cunha traz à tona o seguinte posicionamento que a noção de abandono afetivo está ligada de forma clara à “ausência de afeto entre pais e filhos, e então posteriormente procuram o judiciário para a reparação desta lacuna de afetividade existente em sua vida” (CUNHA, 2009, p.01).

Ao tratar-se desta questão é necessário discutir-se que na relação entre pais e filhos o abandono afetivo ocasiona ao indivíduo um sentimento de violência moral e sentimental,

pois infringe as garantias fundamentais do idoso. Em vista disso Oliveira alega que o Abandono Afetivo Inverso se dá através da “inobservância, negligência, e até mesmo da omissão de cuidado dos filhos perante os pais. Deveres esses que eles deixam de cumprir” (OLIVEIRA, 2006, p.41).

Sobre esta questão cabe ainda citar o que dispõe Marchioro (apud SPEISSE NEVES, 2017):

Assim, é saliente que o abandono afetivo inverso não possui o escopo de obrigar aos filhos a amarem seus pais idosos, mas possui como verdadeiro fim a proteção dos indivíduos acobertados por maior vulnerabilidade, como os menores e os próprios idosos. Saliente que tal instituto encontra respaldo no princípio de que a ninguém é dado o direito de ocasionar prejuízos a outrem, materializado pelo art. 186 do Código Civil e base fundadora da Responsabilidade Civil, e se assim o fizer deverá compensar o dano causado”. (MARCHIORO, 2014, p. 28).

Paradella (2018) afirma que a população brasileira tem envelhecido nos últimos anos e que em algumas décadas o número de idosos irá ultrapassar a população adulta; portanto é de extrema urgência que se discuta o referido objeto de estudo exposto cada vez mais sob a ótica da ciência jurídica.

Paradella (2018) aponta que conforme os dados da pesquisa demonstram no Brasil a população se mantém a tendência de envelhecimento dos últimos anos com um crescimento de 4,8 milhões de idosos desde 2012, superando a marca dos 30,2 milhões em 2017.

No que tange ao desenvolvimento sustentável, assim como, o aumento de expectativa de vida pode-se, com o avanço da medicina e suas tecnologias, permitiram que o idoso demonstrasse maior capacidade vigor físico, e, sobretudo, um ser ativo financeiramente e socialmente. (VIEGAS e BARROS, 2016, p.07). Em harmonia com essa teoria Lenharo (2012, p. 01) se pronunciou da seguinte forma:

Por essa razão, o relatório sugere a adoção de novas políticas, estratégias, planos e leis específicas para os mais velhos. Hoje, 47% dos idosos e 3,8% das idosas participam da força de trabalho. O drama é quando eles deixarem de trabalhar. Apenas um terço dos países do mundo, que somam 28% da população mundial, conta com planos de proteção social abrangente para os idosos. Nos países em desenvolvimento, os custos com pagamento de pensão para a população idosa variam de 0,7% a 2,6% do Produto Interno Bruto (PIB). [...] No Brasil que tem 23,5 milhões de idosos, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2011, a questão previdenciária também é apontada como o principal problema decorrente do envelhecimento, segundo o geriatra Fernando Bignardi, coordenador do Centro de Estudos do Envelhecimento da Unifesp. "Todo o processo foi calculado para pessoas que viveriam até 70 anos. Com o aumento dos anos de vida, está havendo um furo no cálculo. Agora é preciso

pensar em como garantir uma renda mínima para as pessoas que estão envelhecendo” (LENHARO, 2012, p.01).

Saliente-se ainda que a população idosa que chega aos cem anos no Brasil, e compõem as classes mais altas, com maior acesso aos serviços de educação e saúde (MILHORANCE, 2015).

Portanto, é importante destacar que o envelhecimento é um processo natural pelo qual todos serão submetidos, por esse motivo o apoio dos familiares nessa fase é fundamental, porquanto, é o momento em que o idoso mais necessita de cuidados e amparos descritos na legislação.

Diante do exposto, no que se refere ao idoso, a Lei 10.741 de 01 de outubro de 2003 (BRASIL, 2003) manifesta-se em seu artigo 1º, onde descreve idoso como sendo a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Por outro lado, a Organização Mundial da Saúde OMS (2002) entende que idosa é a pessoa com 60 anos ou mais, em países em desenvolvimento, e com 65 anos ou mais em países menos desenvolvidos.

É importante destacar que existem diversos raciocínios sobre a concepção de idosos, conforme demonstra Godinho (2009, p. 09): “[...] há diversos critérios para a definição de idoso, sendo o mais comum o cronológico ou etário, especialmente para fins legislativos”. Em concordância com Vilas Boas ressalte-se que:

[...] idoso não é sinônimo de decrepito nem morto-vivo, tem idade que pode ser considerada como velha, teoricamente. Porém, a velhice tem seus graus brandos e graus acentuados. Nem toda velhice se alia à enfermidade ou apresenta o reduzimento [sic] de aptidões em menor escala, se comparada aos outros homens não abrangidos por seu foco (VILAS BOAS, 2015, p.42).

Em contrapartida, Simone Beauvoir (1990, p.20) também salienta que: “A velhice não poderia ser compreendida senão em sua totalidade; ela não é somente um fato biológico, mas também um fato cultural”. Consequentemente, a velhice exige ao âmbito familiar uma gama de cuidados, e, no entanto, muitos familiares se negam a cumprir esta demanda. Há que se destacar, entretanto, a definição de Braga (2001):

Muitas pessoas têm dificuldade em perceber que a velhice é mais que uma simples sequência de anos e acontecimentos. A vida do idoso não se resume ao tempo de sua juventude, nem às suas lembranças. A vida do idoso continua e sua história pessoal cruza-se com as histórias de outras pessoas, independentemente da idade (BRAGA, 2001, p.01).

Nos casos específicos de abandono afetivo inverso, os idosos são condenados ao esquecimento e a solidão, logo, quando os mesmos possuem convivência no domínio familiar, involuntariamente aumenta a expectativa de vida, em razão do afeto e cuidados por parte dos familiares, posto que o envelhecimento acaba por colocar o sujeito em situações de maior vulnerabilidade tanto física, como emocional.

Por outro viés, ainda acerca da importância do apoio familiar na vida do idoso, sem esse amparo o mesmo se sente intimidado, incapaz de lutar pela própria vida, assim como atividades simples de seu dia a dia. De acordo com o que enuncia Madaleno:

Boa parte da humanidade parece esquecer que um dia chegará à terceira idade, uma decorrência inevitável do ciclo da vida, quando se assomam as perdas e aumentam as dependências da pessoa humana. Muitos descuidam, ou sequer imaginam que irão passar por esse processo de envelhecimento. (MADALENO, 2010, p.40).

Em 2011, o site Guia-me publicou um artigo intitulado “Os filhos não querem cuidar de seus pais” onde demonstra que quanto mais filhos maior é a negligência e abandono em relação aos pais; estes são submetidos a presenciarem batalhas intermináveis sobre a quem cabe a responsabilidade de cuidados para com seus genitores. É neste cenário que muitos idosos são obrigados a viverem diariamente — negligenciados e abandonados à própria sorte. (GUIAME, 2011).

Dados de uma pesquisa do IBGE (BRASIL, 2013) apontam que aproximadamente 11,2 milhões de brasileiros com idade entre 60-64 anos sofrem de transtornos depressivos, sendo que o abandono afetivo foi apontado como uma das causas juntamente com as doenças crônicas e uso de medicamentos que causam quadros de depressão. Todavia, apesar do envelhecimento ser um momento difícil na vida de qualquer pessoa, não há impedimentos para que tenha um convívio familiar saudável, com condições dignas o qual possa receber muito amor e afeto de seus familiares. A boa relação familiar é de grande colaboração na vida do idoso, considerando-se que a família é o suporte e o pilar do mesmo.

### **Considerações Finais**

O avanço da Medicina tem auxiliado no aumento da expectativa de vida para em média 76 anos de idade; porém isto nem sempre é sinônimo de qualidade devida e cuidados, principalmente por parte dos familiares. Grande parte dos idosos sucumbe pelas

responsabilidades que tem em auxiliar no orçamento doméstico e na criação dos netos, porém a reciprocidade frente a esta dedicação nem sempre é reconhecida pelos filhos.

Não são raros os casos de violência e abandono contra idosos por parte de seus familiares, negligência nos cuidados médicos, nutricionais e de higiene são absurdamente comuns, sendo justificados como “falta de tempo” ou “dão muitotrabalho”; “só eu que tenho que cuidar”.

Afeto, gratidão e amor são sentimentos que deveriam fazer parte da relação entre pais e filhos, porém nem sempre são recíprocos; cabendo neste sentido ao Estado interferir judicialmente em relação ao atendimento das condições básicas de cuidado para com a pessoa idosa.

Não cabe ao Estado neste sentido judicializar as relações afetivas, mas sim garantir a responsabilidade por omissão, negligência ou imprudência daqueles que em virtude destas ações causarem dolo a outrem.

Saliente-se que neste sentido o Estatuto do Idoso garante que a família é a principal responsável pelos cuidados do idoso desconsiderando neste sentido o cuidado asilar como norma de atendimento as necessidades da pessoa idosa; responsabilizando diretamente os descendentes familiares.

Esta ação encontra reforço jurídico nos artigos 244 e 247 do Código Penal ao abordar que é Crime contra a Assistência Familiar não auxiliar seus ascendentes com previsão de reparação por abandono moral e material.

Embora existam dispositivos jurídicos que garantam reparações em relação ao abandono afetivo não é possível mensurar-se se estes são suficientes e qual o grau de conhecimento das pessoas idosas em relação aos seus direitos.

Cabe concluir que independente dos dispositivos legais é lamentável que a velhice tenha que ser judicializada, tornando-se uma batalha entre pais e filhos nos tribunais numa demonstração de desrespeito e ingratidão em relação aqueles que independente de suas atitudes tenham provido a vida a outrem.

### **Referências Bibliográficas**

BEAUVOIR, Simone. **A velhice**. Rio de Janeiro-RJ: Nova Fronteira, 1990.

BRAGA, Perola. Envelhecimento, ética e cidadania. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n°52, vol.01 nov./2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2389>>. Acesso em: 30 Set. 2022.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília-DF: Casa Civil, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: CasaCivil, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.741 de 01 de outubro de 2003. **Estatuto do idoso**. Brasília-DF: Casa Civil, 2003.

CIELO, Patricia Forte e VAZ, Elizabete Ribeiro. A legislação brasileira e o idoso. **Revista CEPPG**, nº21, v.2, p.33-46, 2009. Disponível em:

<[http://www.portalcatalao.com/painel\\_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf](http://www.portalcatalao.com/painel_clientes/cesuc/painel/arquivos/upload/temp/d69c5c83201f5bfe256b30a1bd46cec4.pdf)>. Acesso em: 27 Mai.2022.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo**. 2015. Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>>. Acesso em: 11 Set. 2022.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo**. 2015. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/80241-entenda-a-diferenca-entre-abandono-intelectual-material-e-afetivo>>. Acesso em: 11 Set. 2022.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. **O Afeto face ao princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos jurídicos no direito de família**. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: 12 Out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Rio de Janeiro-RJ: Revistas dos Tribunais, 2015.

GODINHO, Robson Renault. **A proteção processual dos direitos dos idosos**. Riode Janeiro- RJ: Lumen Juris, 2010.

IBDFAM - INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. 16/jul./2013. Disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza>>. Acesso em: 10 Out.2022.

\_\_\_\_\_. **Entenda a diferença entre abandono intelectual, material e afetivo**. 24/08/2015. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/10448/Entenda+a+diferen%C3%A7a+entre+abandono+intelectual,+material+e+afetivo>>. Acesso em: 18 Set. 2022.

KARAM, Adriane Leitão. O abandono afetivo de idosos por seus filhos e a indenização por danos morais. **Faculdades Cearense**, vol.07, nº02, 2011. Disponível em: <https://www.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo1.pdf>>. Acesso em 12 Abr. 2022.

LENHARO, M. Mundo terá 1 bilhão de idosos em dez anos e falta estratégia,adverte ONU. **Estadão**. São Paulo, 02 out. 2012. Caderno Geral. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,mundo-tera-1-bilhao-de-idosos-em-dez-anos-e-falta-estrategia-adverte-onu-imp-,938764>>. Acesso em: 26.Set.2022.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2010.

MILHORANCE, F. Grupo de centenários triplica em uma década, mas acesso a saúde ainda é restrito no Brasil. **O Globo**. 11 jan. 2015. Caderno Saúde. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/grupo-de-centenarios-triplica-em-uma-decada-mas-acesso-saude-ainda-restrito-no-brasil-15019788>>. Acesso em: 02.Set.2022.

NOGUEIRA, Antonieta. **Filhos têm obrigação de cuidar dos pais idosos**, afirma advogada.**Fantástico**. O Conciliador. 18 maio. 2010. Disponível em:<<http://g1.globo.com/fantastico/quadros/o-conciliador/noticia/2010/05/filhos-tem-obrigacao-de-cuidar-dos-pais-idosos-afirma-advogada.html>>.Acesso em:06 Set 2022.

OLIVEIRA, Euclides. **A Escalada do Afeto no Direito de Família**: ficar, namorar, conviver, casar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte-MG: IBDFAM, 2006.

OLIVEIRA, Roberto. **Responsabilidade Civil no Abandono Afetivo Inverso**. (Monografia), 2018, 42f. Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2018. Disponível em: <https://riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/6343/TCC%20Roberto%20Concluido.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 15 Mai 2022

PARADELLA, Rodrigo. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. **Agência IBGE Notícias**,10.out.2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>>. Acesso em: 05.out.2022.

PEREIRA. R.C. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: **Responsabilidade civil no direito de família**. São Paulo-SP: Atlas, 2015.

ROGOWSKI, J.F. **No crepúsculo da existência**. JusBrasil, ago./2009. Disponível em:<<https://rogowski.jusbrasil.com.br/artigos/718763366/no-crepusculo-da-existencia>>. Acesso em: 26 Jul 2019.

SAMPAIO, Rogerio Marrone. **Responsabilidade Civil**. São Paulo-SP: Atlas, 2003.

SPEISS, Larrissa. e NEVES, Antonella. **Responsabilidade civil dos filhos pelo abandono afetivo de pais idosos em asilos e a possibilidade de reparação**. Revista dos Tribunais, vol.975, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ/SP. **Recurso Especial**: 1159242 SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 11/09/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=200901937019](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901937019)>. Acesso em: 03 Out.2022.

VILAS BOAS, M.A. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2015.

VIEGAS, Cláudia Mara e BARROS, Marília F. Abandono Afetivo Inverso: O Abandono do Idoso e a Violação do Dever de Cuidado por Parte da Prole. Cadernos do Programa de Pós Graduação DIREITO/ UFRGS, Rio Grande do Sul, v. v.11, dez. 2016. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/66610>>. Acesso em: 30 Mai. 2022.

# A PROTEÇÃO AO EMPREGO E A RENDA NO DIREITO LABORAL BRASILEIRO EM TEMPOS DE COVID-19 E PÓS COVID-19

## Protection of employment and income in brazilian labor law in times of Covid-19 and post Covid-19

Andréa Arruda Vaz<sup>699</sup>

Kennedy Josué Greca de Mattos<sup>700</sup>

Tais Martins<sup>701</sup>

**Resumo:** O presente artigo aborda o quão importante é a atuação estatal no âmbito laboral. Atualmente percebe-se que o mercado de trabalho quando de uma crise econômica é o primeiro a ser afetado e quem efetivamente sofre as consequências são os trabalhadores, ademais em regra não há uma consciência estatal a respeito da implementação de políticas fiscais, sociais e até mesmo empreendedoras para fomentar a manutenção das vagas emprego e o desenvolvimento sustentável no contexto empreendedor. O artigo aborda algumas possibilidades para que o Estado atue efetivamente enquanto ente de combate ao desemprego, assim como agente de fomento à geração e preservação das vagas de trabalho, de forma decente a todos os trabalhadores. Uma das formas de combate ao desemprego é o investimento em qualificação dos empregados e empregadores, assim como o combate à corrupção, que conforme se verifica ao longo da história do Brasil é corrosiva à geração de empregos. Neste momento pós epidemia de Covid-19 e pós Covid-19, é o momento de repensar as políticas de geração e manutenção do emprego, da renda e de incentivo a economia. Ademais, uma economia em desenvolvimento promove automaticamente a geração de empregos e a geração de circulação de bens e serviços.

**Palavras-chave:** Estado; agente de fomento; trabalho decente; desenvolvimento sustentável.

**Abstract:** This article addresses the importance of state action in the labor field. Currently, it is clear that the labor market is the first to be affected when an economic crisis occurs and the ones who actually suffer the consequences are the workers, in addition, as a rule, there is no state awareness regarding the implementation of fiscal, social and even to promote the maintenance of job vacancies and sustainable development in the entrepreneurial context. The article discusses some possibilities for the State to act effectively as an entity to combat unemployment, as well as an agent to promote the generation and preservation of job

---

<sup>699</sup> Doutoranda em Direito pelo UniBrasil, Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Brasil - UniBrasil, turma 2019. Professora de direito e processo do trabalho, Direito Constitucional e Teoria Geral do Processo. Pesquisadora nas Áreas de Direitos Fundamentais, Direito Internacional do Trabalho, Direito Constitucional e Direitos Humanos. Advogada, no escritório Andréa Arruda Vaz Advocacia. <https://orcid.org/0000-0001-9177-2740>. E-mail: [andrea@andreavaz.adv.br](mailto:andrea@andreavaz.adv.br).

<sup>700</sup> Doutorando no Programa de Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. <https://orcid.org/000-0003-1313-9143>, E-mail: [kgm@tjpr.jus.br](mailto:kgm@tjpr.jus.br).

<sup>701</sup> Doutoranda em Direito na UniBrasil. Mestre em Direito (2006-2008); Mestre em Psicologia (2016-2018). Graduada em Direito (2000). Graduada em Psicologia (2017). Professora e Coordenadora do Curso de Direito UniFasp. <https://orcid.org/0000-0002-7494-6961>, E-mail: [taisprof@hotmail.com](mailto:taisprof@hotmail.com).

vacancies, in a decent way for all workers. One of the ways to fight unemployment is investing in the qualification of employees and employers, as well as fighting corruption, which, as seen throughout Brazil's history, is corrosive to job creation. At this time after the Covid-19 and post Covid-19 epidemic, it is time to rethink the policies for generating and maintaining employment, income and encouraging the economy. Furthermore, a developing economy automatically promotes the creation of jobs and the generation of circulation of goods and services.

**Keywords:** State; development agent; decent work, sustainable development.

### **Introdução**

A própria Administração Pública, a quem incumbe o papel de preservação e promoção do trabalho decente, por vezes terceiriza mão-de-obra, por vezes age em total contrariedade aos preceitos de Direito do Trabalho previstos em normativas da ONU, OIT E OEA, por exemplo.

O artigo em tela aborda a necessidade de investimento e de convergência de entendimentos entre os institutos laborais, econômicos e sociais no sentido de sempre se voltar a busca pelo desenvolvimento sustentável do ponto de vista econômico e laboral. O direito ao trabalho digno e compatível com um existir humano com padrões mínimos de decência, demanda medidas públicas e privadas de proteção e de promoção.

Aqui se abordará os Planos de Proteção ao emprego, elaborados pelos Governos brasileiros ao longo da história, na tentativa de reduzir o número de desligamentos e conseqüente desemprego no país. Uma das medidas aconteceu em função da crise econômica que vem atingindo diretamente o emprego e a renda desde o início de 2014.

Os dados que serão apresentados demonstram o aumento do desemprego, a redução da renda e os impactos que essa crise tem imposta ao mercado de trabalho.

Assim é necessário o engajamento do país na busca por uma convergência de interesses públicos e especialmente privados, na luta pela proteção e preservação do direito ao trabalho, de forma digna e eficiente. É necessário que o Estado implemente medidas e formas de proteção ao emprego e a renda, enquanto medida de proteção e fomento à dignidade da pessoa humana.

### **1. Medidas de austeridade e a proteção aos postos de trabalho no Brasil – Efeitos, conseqüências dessas medidas e a proteção aos direitos humanos e fundamentais**

Atualmente se impõe a análise dos acontecimentos decorrentes do momento econômico com restrição vigente no Brasil. A constatação de um momento de crise

econômica repete o cenário de momentos anteriores em que o trabalhador é diretamente afetado, sendo inclusive o emprego formal um dos primeiros cortes adotados pelo empresário.

Nesse aspecto a afetação do mercado de trabalho é um dos primeiros impactos de uma crise econômica, ademais, especialmente, no caso em tela, o Brasil, que não possui um histórico de investimento em técnica de contenção de crises, assim como a preocupação em manter as vagas de emprego e fomentar a criação de novas vagas e o desenvolvimento econômico como um todo.

Os governantes ainda não compreenderam, em regra, que “el trabajo lo vivenciamos en la experiencia presente, creando mundos nuevos en el propio proceso y que no plantean predeterminar la vida futura”<sup>702</sup> (ENCINA; EZEIZA, p. 38). Logo, importante investir em políticas para geração, fomento e manutenção das vagas de emprego. Tais políticas vão desde incentivo fiscal, políticas para ingresso de indústrias estrangeiras, a promoção do desenvolvimento econômico no plano interno e as relações com mercados externos.

A percepção de que as políticas públicas para proteção ao emprego e a renda não têm sido uma medida reiterada pelo Estado brasileiro o lança ao cenário de que "nas últimas décadas prosseguiu-se em todo o império neoliberal, uma política de diminuição da parte dos salários no rendimento global e do poder de compra dos salários, sabendo-se que esta política potenciava a ocorrência de uma crise" (NUNES, 2012, p. 61).

Nesta senda, a economia “a justificação e a racionalização da luta para conseguir o maior benefício individual; tudo isso em um pretense ambiente de escassez dos meios e recursos exigíveis para cumprir com as expectativas de todos” (FLORES, 2009, p. 52). Assim, é necessário repensar o ambiente laboral e sua importância para o desenvolvimento. Ademais, o Trabalho está para o desenvolvimento, tanto quanto o desenvolvimento está para a geração de emprego e renda. Ademais, sem trabalho, sem mão-de-obra, não há que se falar em desenvolvimento. Este necessariamente passa pelo trabalho humano, nas suas mais diversas instâncias.

Assim o Brasil não está fora do eixo de degradação do trabalho e da drástica redução dos postos de trabalho como consequência ao momento de austeridade econômica,

---

<sup>702</sup> experimentamos o trabalho na experiência presente, criando novos mundos no próprio processo e que não se propõem a predeterminar a vida futura (tradução livre da autora).

principalmente neste atual cenário de pandemia. Ademais uma série de medidas, atualmente vêm sendo implementadas pelo Estado afim de tentar a contenção dos efeitos de uma economia em Estado de colapso.

Ao mencionar o momento do Brasil referente a era Lula Acemoglu e Robinson afirmam que a formação de ampla coalizão no Brasil como resultado da união de movimentos sociais e a organização da mão de obra impactou notavelmente na economia brasileira reduzindo a pobreza de 45% para 30% em 2006 (2014, p. 532). Assim há que se admitir que de fato os programas sociais instituídos ao longo do governo do ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, realmente contribuíram para o desenvolvimento social e econômico do país. Consequência disso fora a quantidade visível de geração de empregos formais, aumento da renda e inclusão das classes menos favorecidas no mercado de consumo. Não obstante, na sequência o país se deparou com escândalos incalculáveis de corrupção, envolvendo as aquisições estatais, compras, obras e licitações. A corrupção é um câncer que ao longo da história do Brasil esteve relacionado à consolidação política do país.

Não obstante o momento entre 2011 e 2013 de pleno desenvolvimento e de ampliação das vagas de emprego, em 2014 o país adentrou a uma crise econômica e desde então, sabidamente, todos os dias empregados perdem seus postos de trabalho e ingressam nas fileiras do desemprego e da perda do poder aquisitivo, conseqüentemente.

Nesse viés, segundo Nunes, a pretensão com a diminuição dos salários e do poder de compra é avançar no aniquilamento dos direitos sociais dos trabalhadores, com objetivo de regressão aos tempos do capitalismo selvagem (2012, p. 61). A redução drástica da renda e mais dos postos de trabalho em geral são instrumentos efetivos na retirada das pessoas do mercado de consumo e nesse momento se faz o caminho inverso ao desenvolvimento. Atualmente os jornais têm noticiado que todos os dias centenas de empregados perdem seus postos de trabalho e mais ao retornar ao mercado, quando há o retorno, o valor do salário é menor ao alcançado no emprego anterior. Não obstante, no atual cenário, haja uma evidente degradação na geração de empregos e renda, em decorrência da pandemia que assola o planeta, os auxílios emergenciais e medidas para reduzir os impactos no mercado de trabalho e na economia. De certa forma, tais medidas têm surtido efeito e ainda que não na forma necessária, tem segurado um pouco a desaceleração drástica da economia.

Nesse aspecto António José Avelãs Nunes assevera que:

O pensamento liberal sempre assumiu que a baixa dos salários reais é o elemento indispensável para tornar atrativa a contratação de trabalhadores desempregados

e assim inverter o ciclo, abrindo o caminho para que, com base no funcionamento do mercado livre, se atinjam situações de reequilíbrio com pleno emprego para todos os mercados e em todos os setores da economia (2012, P. 61).

Assim percebe-se, segundo o autor que o principal instrumento para inibir o ciclo de desemprego é a redução de salários o que gera degradação do trabalho e conseqüente perda do poder de consumo pelo trabalhador, o que de todo é polêmico. O mercado e o desenvolvimento econômico, estão diretamente dependentes de algumas medidas, porém por vezes sem o cunho primordialmente econômico, mas social, como é o caso dos efeitos no Direito do Trabalho.

Ademais, a reforma trabalhista de 2017 no Brasil, lei 13.467/2017, se propunha a desburocratizar o direito do trabalho, facilitar um pouco a relação empregado empregador e conseqüentemente gerar mais empregos, porém esse resultado não aconteceu de forma expressiva. Há um impasse econômico e contraditório até, ademais "à escala mundial, calcula-se que, nos últimos dez anos, a produtividade aumentou cerca de 30%, enquanto o aumento dos salários não foi além de 18%" (NUNES, 2012, p. 68). Essa disparidade demonstra o quão degradado permanece o mercado de Trabalho em detrimento da Economia, ou seja, não há uma convergência entre a produção e a distribuição dos lucros e da renda. Esse é o exemplo clássico do capital se sobrepondo sobre a economia. Tal exemplo demonstra da mesma forma, a necessidade de políticas estatais de modo a fortalecer e incentivar a geração de emprego e renda.

Assim, importante compreender que "o processo histórico que viemos descrevendo assume uma condição extrema a partir da universalização da forma mercantil e da sujeição das normas jurídicas às exigências do mercado próprias do atual processo de globalização capitalista do sistema liberal" (CARBALLIDO, 2014, p. 2). O processo de globalização tornou o planeta uma grande aldeia interligada e conectada de modo real e instantâneo, porém tal também se traduz em percalços para a economia e para a geração de empregos. Nesse cenário muitos empregos desaparecem, assim como outros vão surgindo, a partir de novas modalidades e necessidades de consumo.

Para Acemoglu e Robinson para alcançar a prosperidade é necessário resolver problemas políticos básicos, vez que para explicar a desigualdade mundial é necessário que a economia compreenda que os distintos tipos de Estados e acordos sociais afetam a sistemática econômica e política (2014, p. 89). Nesse viés é necessário haver uma convergência entre o crescimento econômico e o desenvolvimento laboral, assim como haja uma compreensão e uma sintonia entre economia e desenvolvimento social. Ademais a partir

dessa convergência entre institutos e mais da comunicação entre eles é que se formatará a proteção ao emprego e a renda, de forma eficiente e sustentável.

Sob esse viés, Nunes menciona que o aumento da produtividade muito além do aumento aos salários demonstra que a revolução científica tem servido para aumentar os lucros, porém deveriam ter ajudado na libertação dos trabalhadores, não somente em função do aumento do salário, mas "sobretudo proporcionando garantias mais sólidas no que toca aos direitos no âmbito da segurança social, melhores condições de vida e de trabalho, redução do horários de trabalho, melhores serviços públicos de educação, saúde, universais, gerais e gratuitos" (NUNES, 2012, p. 68-69).

Para Gabardo "a democracia liberal não é democracia no sentido mais apropriado ao termo. Não é possível admitir, portanto, qualquer espécie de "eficiência de Estado" em uma democracia, que não seja aquela de proteção aos direitos e garantias fundamentais, notadamente sociais" (2003, p. 158).

Assim há que se perceber que a ideia de concretização e efetivação da Democracia enquanto instrumento de promoção da vida digna e de nações com desenvolvimento sustentável passa necessariamente pela sintonia entre institutos econômicos, sociais e culturais. É necessário que o Direito ao trabalho e a proteção ao trabalho sejam incluídos nos demais institutos de promoção da vida com dignidade.

Sob tal perspectiva é preciso compreender que é "necessária uma concepção dos direitos humanos capaz de reconhecer e dar conta das diversas práticas sociais emancipatórias em curso, estabelecendo um esquema análogo de lutas pelos direitos a partir dos novos e distintos contextos e reivindicações" (CARBALLIDO, 2013, p. 3).

Ademais, é preciso que as nações entendam que o Trabalho humano é o propulsor da economia, assim como, sem trabalho humano, não há que se falar em produção de bens e serviços. Sob tal perspectiva, é preciso encarar o trabalho como o elemento angular e fundamental na construção de uma sociedade digna, livre da fome e da miséria. É preciso lembrar que sem trabalho humano não existia sequer a economia. Até porque, ainda que determinada produção esteja automatizada, ainda assim, para operar e construir a automação, o ser humano está presente com sua força e inteligência.

## **2. A Medida Provisória 680/2015 e os seus efeitos na proteção ao emprego e a renda como medida de proteção aos direitos humanos e fundamentais**

A ideia desse item do artigo é trabalhar um pouco da Medida Provisória n. 680/2015 e seus efeitos o mercado de trabalho no Brasil, assim como os impactos da mesma na vida do trabalhador. Ademais, tal medida, embora antiga, é um grande exemplo de uma tentativa de contenção da economia. Ainda que sob a perspectiva paliativa. Da mesma forma, se abordará as medidas presentes para contenção de crises econômicas no Brasil.

O então denominado Plano de Proteção ao Emprego - PPE, publicado em 06 de julho de 2015, por meio do Decreto n°. 8.479 "consiste em um mecanismo de proteção ao emprego em períodos de redução do nível da atividade econômica" (PPE, 2015). Importante mencionar que tal plano ainda está vigente no país e produz efeitos, inclusive atualmente durante a pandemia.

A ideia da elaboração de um plano para proteger o emprego aconteceu justamente num momento de queda drástica da quantidade de vagas oferecidas, vez que naquele momento o Brasil passava por um momento de recessão econômica, sendo os empregos atingidos diretamente, tanto que em 2015, se tinha a seguinte visão "os analistas temem uma aceleração do nível de desemprego a partir de junho, o que resultaria no fechamento de 1 milhão de vagas com carteira assinada até dezembro. Há quem aposte que a taxa de desocupação ultrapassará os 10% em 2016" (Timóteo, 2015). Essa condição já foi presenciada e essa perspectiva atingida, ademais o IBGE analisou em setembro/2015 os índices de emprego e desemprego.

Atualmente, já no cenário de pandemia, a respeito da geração de emprego e renda, os dados do IBGE demonstram que

A taxa de desocupação subiu para 13,1% na quarta semana de junho, em relação à semana anterior. Isso corresponde a 12,4 milhões de pessoas desocupadas. Essa é a maior taxa desde o início de maio, quando começou a PNAD COVID19, e resulta da queda de 84 milhões para 82,5 milhões (-1,5 milhão) de pessoas ocupadas na semana. Os dados foram divulgados hoje (17) pelo IBGE (BARROS, 2020).

Assim, o cenário de 2020, já em meio a pandemia pela Covid-19, o Brasil de certa forma manteve o índice de pessoas empregadas, com uma queda em 1,5 milhões de vagas. O que de certa forma segurou o índice de redução de vagas e o alastramento do desemprego endêmico no Brasil foram algumas medidas legislativas de flexibilização do trabalho, jornada e salários, assim como o fornecimento do auxílio emergencial.

Em junho de 2020, conforme a evolução da pandemia,

A flexibilização das medidas de isolamento social fez com que mais pessoas passassem a procurar emprego no Brasil. Com isso, a taxa de desemprego subiu

para 14,4%, no trimestre encerrado em agosto, a maior taxa da série histórica, iniciada em 2012. No total o país tem 13,8 milhões de pessoas na fila do desemprego. Na comparação com o trimestre anterior, houve aumento de 1,6 ponto percentual (12,9%). Já em comparação com o mesmo trimestre de 2019, são 2,6 pontos percentuais a mais (11,8%). Ontem (29), o governo comemorou os dados de emprego do Caged de setembro, com saldo positivo de 314 mil vagas, o melhor resultado para o mês em 29 anos. Porém, esses números consideram apenas empregos com carteira assinada, enquanto a pesquisa do IBGE divulgada hoje leva em consideração o mercado de trabalho amplo, incluindo informais (BARROS, 2020).

A redução do emprego com carteira assinada apresenta uma série de questões, ademais demonstra que mais pessoas estão indo para a fila de desempregados, da informalidade e as margens do trabalho decente e digno a todos os seres humanos. Ademais visível é que essas pessoas não estão saindo de empregos para investir em negócios próprios ou empreender.

Não obstante, o cenário ainda é positivo, apesar do avanço da pandemia e imposição de novas medidas de isolamento na maioria dos Estados.

Ademais a atividade de empreendimento naturalmente fomenta empregos e a circulação de renda.

A pesquisa realizada pelo IBGE apontou o crescimento do contingente de desempregados no Brasil em Setembro de 2015, vejamos:

O contingente de desocupados, em setembro de 2015, foi estimado em 1,9 milhão de pessoas no agregado das seis regiões investigadas, não registrando variação frente a agosto. Na comparação anual (setembro do ano passado), ocorreu acréscimo de 56,6% (representando mais 670 mil pessoas em busca de trabalho). (IBGE, 2015, p. 3).

A pesquisa demonstrou que justamente há sim o ingresso de centenas de milhares de trabalhadores na fila de desempregados no país ao longo da história e inclusive a cada crise econômica. Ademais quando há o aumento constatado da redução dos empregos formais e da quantidade de trabalhadores com carteira assinada e a quantidade de pessoas desempregadas aumenta, efetivamente está demonstrada a interferência da crise econômica no mercado de trabalho, sendo o trabalhador afetado diretamente.

Nesse viés a proposta do Plano de Proteção ao Emprego está pautada na redução temporária da jornada de Trabalho como medida para conter a quantidade de desligamentos dos empregados e conseqüente aumento no índice de desemprego no país. Nesse aspecto o PPE "permite-se a redução temporária da jornada de trabalho em até 30%, por meio de

acordo coletivo específico, de todos os empregados ou de um setor específico de uma empresa" (PPE, 2015).

Este plano de 2015 muito se assemelha aos instrumentos legislativos atuais, editados pelo Governo Federal para enfrentamento da pandemia, cujo conteúdo também possui redução e suspensão de jornada de trabalho, redução salarial, extensão do pagamento de alguns encargos, fornecimento de auxílio emergencial, entre outras medidas de contenção da crise e do avanço do vírus.

Ainda no texto do mesmo PPE consta que "os salários dos trabalhadores são reduzidos proporcionalmente e o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) complementa 50% da perda salarial"(PPE, 2015). Ainda assim haverá uma perda salarial, ademais o Fundo de Amparo ao Trabalhador custeará 50% da perda salarial.

Tal plano assevera a importância de reduzir direitos, porém preservar os empregos formais. Sendo que a adoção do Plano deve conter um prazo determinado de "duração de até 6 meses, podendo ser prorrogável, com limite máximo de 12 meses"(PPE, 2015). Ressalte-se que o atual plano de proteção ao emprego e a renda, editado pela Lei 12.020/2020, entre outros instrumentos legislativos editados em 2020, também possuíam prazo determinado, alguns deles de três meses, cuja extensão aconteceu, inclusive por mais de uma vez, já que os efeitos da pandemia ainda persistem.

Durante o período de participação no Programa as "empresas não poderão dispensar seus empregados enquanto estiverem no PPE e por mais 1/3 do período utilizado após o término da adesão" (PPE, 2015). A perspectiva era da adesão do empresariado e assim proporcionar uma redução no índice de desemprego, ou ainda a manutenção dos postos de trabalho. Tal aconteceu naquele momento e se repete no atual cenário de pandemia.

Ademais em momentos de crise econômica há que se resgatar não só as diretrizes fundamentais ao trabalho e a proteção ao emprego, assim como a responsabilidade social empresarial, que consiste no âmbito interno, na relação com os trabalhadores e a gestão do ambiente, enquanto que a dimensão externa está relacionada a empresa e sua relação com a comunidade e a sociedade civil (ROMITA, 2014, p. 254).

Assim é possível perceber que o PPE é uma tentativa do governo brasileiro em preservar as vagas de emprego e conter os desligamentos de empregados de forma em massa e imediata. O atual cenário econômico do Brasil demanda cautela e cuidados para que a crise não seja intensificada. É preciso pensar no trabalhador e no empresário. Ademais, as medidas

de contenção do vírus têm sacrificado diretamente a geração de emprego e renda e claro, afetado diretamente o trabalhador, assim como todo sistema, gerando pobreza e degradação.

Quando o assunto é a proteção aos Direitos Humanos por meio do trabalho, mais do que nunca é preciso compreender que “os direitos servem como fator de estímulo às lutas destinadas a transformar o atual sistema de relações socioeconômicas e como um instrumento de proteção para os grupos sociais críticos que lideram as pelepas contra aqueles que detêm o poder” (CARBALLIDO, 2013, p. 3).

É necessário pensar o trabalho a partir de uma perspectiva de proteção e de desenvolvimento humano, ademais, a maioria dos seres humanos do planeta, passa a maior parte do tempo de vida no trabalho. Assim, o trabalho deve servir para além de oferecer uma vida digna, para proporcionar desenvolvimento e crescimento para o ser humano em suas subjetividades. A problemática está justamente em como assim promover o trabalho em tempos de crise e da impossibilidade do mínimo existencial. A problemática está justamente em promover Direitos Humanos em tempos de crise.

Nesse sentido é preciso visualizar que

“los Derechos Humanos como proceso de lucha deben tener como uno de los horizontes la dignidad humana material, es decir, contextos en los que la actitud se complemente con la aptitud. Em otras palabras, donde la consecución de disposiciones para hacer algo dialogue con la adquisición de poder y capacidad suficiente para realizar lo que estamos dispuestos a hacer”<sup>703</sup> (MATA, 2020, p.6).

Assim, a proteção aos direitos humanos se perpassa a uma cadeia de proteção e de construções dialogais entre diferentes entes nas mais diversas esferas. Ademais, é preciso pensar na proteção aos direitos humanos no trabalho a partir da perspectiva geral de construção de uma sociedade justa, com trabalho, saúde, educação, segurança, entre outros direitos sociais, para todos. Até porque “o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade” (FLORES, 2009, p. 33).

---

<sup>703</sup> Direitos humanos como processo de luta devem ter como um dos horizontes a dignidade humana material, é isto é, contextos nos quais a atitude é complementada pela aptidão. No outras palavras, onde o alcance de disposições para fazer algo diálogo com a aquisição de poder e capacidade suficiente para realizar v; o que estamos dispostos a fazer. (tradução livre da autora).

O índice de desempregados aumentou no último ano e o atual cenário é de esperança e expectativa, ademais há em vigência neste momento, uma série de medidas que afetam trabalhadores e empregadores, porém ainda não há um resultado prático desses programas, o que ao longo do próximo ano certamente se terá. O que se percebe atualmente é que grandes empresas do setor de tecnologia e automotivas têm aderido aos planos para preservar empregos, deixando, portanto, de desligar em massa.

Assim, a busca por dignidade laboral é uma luta diária e que se encontra em várias frentes, entre elas na luta pela sedimentação de direitos e garantias fundamentais, construção dos direitos sociais e por uma sociedade cuja dignidade esteja se sobrepondo quando o assunto é o desenvolvimento econômico sustentável. Ademais, é preciso pensar a economia de modo a de forma equilibrada levar em consideração o desenvolvimento humano como um todo, inclusive no trabalho. Para além do desenvolvimento humano no trabalho, há que se pensar em trabalho para todos. Este certamente é o maior desafio em tempos de modernidade.

### **3. Considerações Finais**

A presente pesquisa demonstrou a necessidade de que os países se preocupem com a preservação do emprego e da renda do trabalhador, assim como a necessidade de investimento em medidas de fomento ao emprego e ao empreendedorismo. Claro, que tal preocupação foge totalmente ao controle quando o planeta é assolado por uma pandemia, como a presente, qual seja, pela Covid-19.

No caso em tela a pesquisa voltou-se ao estudo do PPE de 2015, assim como as medidas para conter a crise no atual cenário de pandemia. Ademais, tais medidas, ainda que paliativas de tentam reduzir o número de desligamentos nas empresas, num momento em que a crise econômica se propaga. O Brasil, desde 2014 passa por um momento de desaceleração de crescimento, crise política e de legitimidade pública. Sob esse viés houve em meados de 2015 a criação do plano de proteção ao emprego, para tentar com medidas de redução de jornada, investimentos de valores destinados ao FAT, reduzir o índice de desemprego e assim segurar um pouco a crise econômica.

Em 2020, a exemplo da lei 14.020/2020, que da mesma forma instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, durante a pandemia, assim como outras medidas que antecederam e outras posteriores a tal lei, cujo objetivo é conter a desaceleração da economia e proporcionar a manutenção do emprego e da renda.

O artigo demonstra o quão importante é a consciência dos países quanto a necessidade de investimento na promoção e no fomento ao desenvolvimento econômico e na promoção ao emprego e a renda. Nesse viés, percebe-se que é necessário que economia, direitos sociais, direito ao trabalho e a proteção aos direitos humanos e fundamentais a uma vida minimamente digna sejam pensados em harmonia e em total sintonia.

Por fim, a pesquisa demonstrou a necessidade de se construir uma sociedade pautada na construção da dignidade humana. É preciso que os governantes, junto com a sociedade civil organizada pensem em perspectivas econômicas e sociais de modo a desenvolver o trabalho, a ponto de que todos tenham direito de acesso ao mercado de trabalho, e mais, que este seja dignificante. A luta pela construção dos Direitos Humanos é um conjunto de atitudes e premissas que se sedimentam em concretizações seja na perspectiva econômica seja na perspectiva social como um todo. O planeta está interligado, assim como os institutos. Assim, é preciso pensar a luta pelos direitos humanos, de forma sincronizada, jamais de forma isolada.

### **Referências Bibliográficas**

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James, A, Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza, Por qué fracasan los países, Tradução Marta García Madera, Santiago, Chile: Editorial Planeta Chilena, 2014.

BARROS, Alexandre. Desemprego sobe para 13,1% e atinge 12,4 milhões na 4ª semana de junho, 2020, Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28310-desemprego-sobe-para-13-1-e-atinge-12-4-milhoes-na-4-semana-de-junho>, acesso em 05 de março de 2021.

BARROS, Alexandre, Desemprego chega a 14,4%, maior taxa desde 2012, e atinge 13,8 milhões, Disponível em: <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2020/10/30/pnad-continua---taxa-de-desemprego.htm?cmpid=copiaecola>, acesso em 05 de março de 2021.

BRASIL, Decreto 8.479, Plano de proteção ao emprego, Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticias/governo-cria-programa-de-protecao-ao-emprego>, acesso em 15 de agosto de 2015.

Herrera Flores, Joaquín. A reinvenção dos direitos humanos / Joaquín Herrera Flores, tradução

de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GABARDO, Emerson. Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político, Barueri, SP: Manole, 2003.

GÁNDARA, Manuel, Críticas a algunos aspectos que subyacen a la teoría liberal de los derechos humanos, En: América Latina y el Caribe: un continente múltiples miradas, Buenos Aires: Clacso, 2014, Pp. 105-114, Tradução Lucas Gomes.

GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel, Hacia un pensamiento crítico en derechos humanos, Aporte en diálogo con la teoría de Joaquín Herrera Flores, Tese doutoral apresentada ao Programa de Doutorado de Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, em Sevilha, junho de 2013.

IBGE, pesquisa de índice de trabalhadores e empregos, Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme\\_nova/defaulttab2.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/defaulttab2.shtm), acesso em 15 de fevereiro de 2021.

Javier ENCINA y Ainhoa EZEIZA, Consenso/disenso: de la certeza a la duda, in EDUCACIÓN SIN PROPIEDAD Con escuela y sin escuela, nunca nos dejan hacer lo que queremos, y el Poder es su ley. Javier Encina, Ainhoa Ezeiza y Emiliano Urteaga (coord.), Volapük Ediciones, 2018.

MATA, Edileny Tomé da. Pensar los Derechos Humanos desde las fronteras, In Derechos Humanos | Pensar los Derechos Humanos desde las fronteras - El Salto - Edición General, 2020.

NUNES, António José Avelãs, A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ROMITA, Arion Sayão, Direitos Fundamentais nas relações de Trabalho, 5ª. ed. rev. e aumento, São Paulo: LTr, 2014.

TIMOTEO, Antonio, Crise econômica no Brasil deve fechar 1 milhão de vagas até o fim do ano, Disponível em: [http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2015/06/28/internas\\_economia,662633/crise-deve-fechar-1-milhao-de-vagas.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2015/06/28/internas_economia,662633/crise-deve-fechar-1-milhao-de-vagas.shtml), acesso em 23 de agosto de 2015.

# RECONHECIMENTO DE INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS COMO INCENTIVO AO DESENVOLVIMENTO REGIONAL

## Recognition of Geographical Indications as incentive to regional development

Bruna Werlang Paim<sup>704</sup>  
Lígia Loregian Penkal<sup>705</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Indicações Geográficas no Brasil. 3. Desenvolvimento econômico e social. 4. Vale dos Vinhedos: primeira IG brasileira. 5. Considerações finais. 6. Referências.

**RESUMO:** Indicações geográficas (IGs) são sinais distintivos do comércio que identificam a origem geográfica de determinado produto ou serviço, que passa a ter o reconhecimento de que este provém de uma determinada região geográfica. Trata-se de ferramenta para a proteção e valorização de produtos ou serviços tradicionais, vinculados a determinado país, cidade, região ou localidade. O reconhecimento de uma indicação geográfica impacta a região em questão de diversas formas, uma vez que os incentivos econômicos advindos do reconhecimento da IG propiciam o desenvolvimento social ao valorizar a produção local, o produto ou serviço objeto da proteção e a região geográfica. Ainda, as indicações geográficas estão fortemente relacionadas ao chamado desenvolvimento endógeno, processo de crescimento econômico-social e de mudança estrutural em uma comunidade local, utilizando seu potencial de desenvolvimento e melhorando o padrão de vida da população. Relacionado ao desenvolvimento econômico, e por vezes deste consequente, é possível perceber o desenvolvimento social da região cujo serviço ou produto obteve a certificação de indicação geográfica, uma vez aumentada a possibilidade de se proporcionar fatores determinantes à melhoria da qualidade de vida, com foco em aspectos como educação, saúde, moradia e segurança da região. No presente trabalho, aponta-se como exemplo o caso brasileiro da indicação geográfica dos vinhos e espumantes do Vale dos Vinhedos no estado do Rio Grande do Sul. A região foi reconhecida em 2002 como indicação de procedência e em 2012 teve deferido seu pedido na modalidade denominação de origem pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. A escolha dessa IG para este trabalho objetiva apresentar os impactos do reconhecimento da região para o seu desenvolvimento econômico e social ao longo dos anos, por meio do método hipotético-dedutivo. Por fim, o processo de reconhecimento de uma indicação geográfica deve combinar questões como sustentabilidade, tecnologia e mudanças em padrões de produção, para proporcionar maior qualidade de vida à população local.

**Palavras-chave:** Indicações Geográficas; Desenvolvimento Social; Propriedade Intelectual; Vale dos Vinhedos.

---

<sup>704</sup> Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da PUCPR. Bacharel em Direito e especialista em Direito, Logística e Negócios Internacionais pela PUCPR. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável NEADI/PUCPR. Contato: bruna.werlang1@gmail.com.

<sup>705</sup> Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da PUCPR. Bacharel em Direito pela PUCPR e Tecnóloga em Design Gráfico pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Industrial - GEDAI/UFPR e do NEADI/PUCPR. Contato: ligia.penkal@gmail.com

**ABSTRACT:** Geographical indications (GIs) are distinctive trade signs that identify the geographical origin of a given product or service, which then has the recognition that it comes from a given geographic region. It is a tool for the protection and enhancement of traditional products or services, linked to a particular country, city, region or locality. The recognition of a geographical indication impacts the region in question in several ways, since the economic incentives arising from the recognition of the GI provide social development by valuing local production, the product or service object of protection and the geographic region. Furthermore, geographical indications are strongly related to the so-called endogenous development, the process of economic and social growth and structural change in a local community, using its development potential and improving the population's standard of living. Related to economic development, and sometimes consequential, it is possible to perceive the social development of the region whose service or product obtained the certification of geographical indication, once the possibility of providing determinant factors to the improvement of the quality of life is increased, with a focus on aspects such as education, health, housing and security in the region. In the present work, a case study of the geographical indication of wines and sparkling wines from Vale dos Vinhedos in the state of Rio Grande do Sul is pointed out as an example. The region was recognized in 2002 as an indication of origin and in 2012 its request was granted in the denomination of origin modality by the National Institute of Industrial Property. The choice of this GI for this work aims to present the impacts of the recognition of the region for its economic and social development over the years, through the hypothetical-deductive method. Finally, the process of recognizing a geographical indication must combine issues such as sustainability, technology and changes in production standards, to provide a better quality of life for the local population.

**Keywords:** Geographical Indications; Social development; Intellectual property; Vale dos Vinhedos.

## Introdução

Indicações geográficas (IGs) são sinais distintivos do comércio que identificam a origem geográfica de determinado produto ou serviço, que passa a ter o reconhecimento de que este provém de uma determinada localidade. Trata-se de ferramenta para a proteção e valorização de produtos ou serviços tradicionais, vinculados a determinado país, cidade, região ou localidade.

Assim, as IGs diferenciam produtos ou serviços com um conjunto de características singulares, de outros similares produzidos em demais regiões. Essas características podem estar relacionadas ao clima, solo, topografia, tradição cultural e técnica de produção, dentre outras.

Há duas espécies de indicações geográficas: indicação de procedência e denominação de origem. Como indicação de procedência, tem-se a designação de que o produto ou serviço é oriundo de determinada localidade conhecida como referência, notoriedade, pólo de extração, produção, fabricação do produto ou prestação do serviço.

A outra espécie de IG, denominação de origem, ocorre em razão da relação entre as características distintivas do produto ou serviço e a região geográfica, devido aos fatores ambientais e socioculturais – incluindo naturais e humanos - que influenciam nas suas características e na sua qualidade final.

O reconhecimento de uma indicação geográfica impacta a região em questão de diversas formas. Os incentivos econômicos advindos do reconhecimento da IG propiciam também o desenvolvimento social ao valorizar a produção local, o produto ou serviço objeto da proteção e a região geográfica.

No presente trabalho, aponta-se como exemplo a indicação geográfica dos vinhos e espumantes do Vale dos Vinhedos no estado do Rio Grande do Sul. A região foi reconhecida em 2002 como indicação de procedência e em 2012 teve deferido seu pedido na modalidade de denominação de origem pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. A escolha dessa IG para este trabalho objetiva apresentar os impactos do reconhecimento da região para o seu desenvolvimento econômico e social ao longo dos anos, por meio do método hipotético-dedutivo.

## 1. Indicações Geográficas no Brasil

O Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>706</sup>, apresentava até maio de 2019 somente 62 produtos registrados com IG, com maioria de produtos agropecuários, em fevereiro de 2021 contava com 76 IG's<sup>707</sup> e em 2022, o país contava com 98 IG's registradas, sendo 89 nacionais e 9 estrangeiras<sup>708</sup> - número ainda pouco expressivo, considerando a grande diversidade de produtos e serviços tradicionais nas diferentes regiões brasileiras.

Assim, as IG's ainda são um nicho a ser explorado pelo Brasil, “uma vez que são poucos os pedidos de registros requeridos e concedidos pelo INPI, considerando que

---

<sup>706</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Mapa das Indicações Geográficas 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25216-mapa-das-indicacoes-geograficas>> Acesso em: 30 abr. 2023.

<sup>707</sup> Ibid.

<sup>708</sup> BRASIL. Lista de IGs Nacionais e Internacionais Registradas. Disponível em: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/sustentabilidade/indicacao-geografica/listaigs>> Acesso em: 30 abr. 2023.

somente em 2010 houve o primeiro reconhecimento de uma Denominação de Origem brasileira”<sup>709</sup>.

Vários produtos europeus têm sua reputação atrelada à IG, a União Europeia (UE) utiliza as IG’s como uma “estratégia bastante ativa e presente de política agrícola interna e predomínio de comércio internacional, pautada na proteção de suas cadeias agrícolas locais de produtos agroalimentares”.<sup>710</sup>

A título de comparação, a Comunidade Europeia<sup>711</sup> conta com 4.900 IG’s protegidas, destas 4.200 são de vinhos e outras bebidas – evidenciando que:

“os países europeus, em especial a França, fomentam as indicações geográficas visando proteger e divulgar as peculiaridades territoriais, agregando um diferencial competitivo, com vistas a **desenvolver uma determinada região, buscando preservar a cultura e a identidade da comunidade local**”<sup>712</sup> (grifo noso)

O produto com mais regiões brasileiras protegidas é o café, com 12 territórios, seguido do vinho, com 8 regiões, predominantes na região Sul do país – sendo Rio Grande do Sul (RS) e Minas Gerais os estados com maior número de registros de IG’s<sup>713</sup>. Nesse sentido, aponta-se, posteriormente, como exemplo de IG na presente pesquisa o Vale dos Vinhedos, do RS.

Conforme o INPI<sup>714</sup>, há muitas repercussões positivas que advém da proteção por meio das IG’s, dentre elas: a preservação das particularidades dos produtos ou serviços, agindo como manutenção do patrimônio das regiões; estímulo aos investimentos na área de produção, com aprimoramento do padrão tecnológico e valorização das propriedades; aumento do turismo e da oferta de emprego, o que pode minimizar o êxodo rural; geração de desenvolvimento local.

---

<sup>709</sup> THAINES, Aletéia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. Página 38.

<sup>710</sup> THAINES, Aletéia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. Página 36 - 50.

<sup>711</sup> Ibid.

<sup>712</sup> Ibid.

<sup>713</sup> FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DA BAHIA (FIEB). **Em 20 anos, Brasil chega a 91 indicações geográficas**. Disponível em: <<https://www.fieb.org.br/noticias/brasil-produto-origem-indicacoes-geograficas/>> Acesso em: 30 abr. 2023.

<sup>714</sup> INPI. **Indicações geográficas: Módulo 5, 2021**. Disponível em: <[http://epesquisa.inpi.gov.br/upload/surveys/368929/files/Indicacoes\\_geograficas\\_e\\_Marcas\\_Coletivas.pdf](http://epesquisa.inpi.gov.br/upload/surveys/368929/files/Indicacoes_geograficas_e_Marcas_Coletivas.pdf)> Acesso em: 15 abr. 2023.

Considerando o fato de o Brasil apresentar uma vasta extensão territorial, rica em biodiversidade e cultura: “elementos que podem viabilizar, a partir da consolidação das IGs, uma releitura das estratégias mercadológicas para além da mera natureza econômica”<sup>715</sup>, as indicações geográficas podem ser diretamente relacionadas com a sustentabilidade:

“Concluiu-se que as indicações geográficas podem atuar como instrumento jurídico apto a promover ou influenciar **mudança no modelo atual de produção e consumo**, haja vista que tanto o referido instituto e a busca pelo desenvolvimento possuem em comum a interconexão entre as multidimensões da **sustentabilidade**.”<sup>716</sup>

Ou seja, “alguns produtores têm se preocupado com fatores de produção que antes eram negligenciados, no intuito de diferenciar seu produto e atender as necessidades de consumidores mais individualizados e conscientes.”<sup>717</sup> Portanto, as IG’s são um exemplo de como é possível atrelar desenvolvimento regional com a observância de práticas sustentáveis:

“De modo a alcançar essa distinção, agregação de valor e preços de venda mais altos, busca-se a **valorização do local/território através do realce das características que possam influenciar o produto de maneira positiva**, como as particularidades naturais do local e da produção, por meio do registro de indicação geográfica.”<sup>718</sup> (grifo nosso)

Isto posto, o investimento em obtenção do registro de IG pode ser um meio de “assegurar o consumidor e aumentar sua confiança a respeito do produto, o que seria interessante para aprimorar a percepção do mercado acerca das produções dos países emergentes.”<sup>718</sup> o que seria, portanto, o caso brasileiro.

## 2. Desenvolvimento econômico e social

---

<sup>715</sup> SILVA, Camila Morás da. **As indicações geográficas e os possíveis impactos nas relações de consumo no Brasil: uma análise a partir dos vieses da sustentabilidade**. Dissertação apresentada ao Centro de Ciências Sociais e Humanas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal De Santa Maria – RS, 2020. Página 01.

<sup>716</sup> BALESTRO, Moisés e SANTOS, Wellington Gomes dos. **Estado e mecanismos de imputação de valor na construção de mercados de qualidade**. Anais do 46º Encontro anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Unicamp, 2022. Disponível em: <[https://www.encontro2022.anpocs.com/atividade/view?q=YT0yOntzOjY6InBhemFtcyI7czozNjoiYT0xOntzOjEyOjJRRF9BVEIWSURBREUiO3M6MzoiMTI1Ijt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjUxZjM1ZTgxZjc5ZTA0N2I4N2FkNmU5NDA3MDZiMjA2Ij9&ID\\_ATIVIDADE=125](https://www.encontro2022.anpocs.com/atividade/view?q=YT0yOntzOjY6InBhemFtcyI7czozNjoiYT0xOntzOjEyOjJRRF9BVEIWSURBREUiO3M6MzoiMTI1Ijt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjUxZjM1ZTgxZjc5ZTA0N2I4N2FkNmU5NDA3MDZiMjA2Ij9&ID_ATIVIDADE=125)> Acesso em: 10 abr. 2023. Página 01.

<sup>717</sup> ARTÊNCIO, Mateus Manfrin. GIRALDI, Janaina de Moura Engracia. GALINA, Simone Vasconcelos Ribeiro. **Uma Análise Crítica do Papel e Importância Socioeconômica das Indicações Geográficas em Países em Desenvolvimento**. Revista Eletrônica de Negócios Internacionais (Internext), vol. 14, núm. 3, pp. 218-234, 2019. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/journal/5575/557563516003/html/>> Acesso em 20 abr. 2023.

<sup>718</sup> LIMA, Rafaela Silva. **A Relação Jurídica de consumo em consonância com o Princípio da Confiança**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33939/a-relacao-juridica-de-consumo-em-consonancia-com-o-principio-da-confianca>> Acesso em: 21 abr. 2023.

O crescimento econômico é fator importante para se verificar o desenvolvimento de uma região e pode ser averiguado por dados apresentados em alguns índices. Como por exemplo, tal verificação pode ser feita pelo Produto Interno Bruto (PIB), valor total de bens e serviços produzidos em uma região durante determinado período de tempo, geralmente um ano<sup>719</sup>, bem como pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC), o qual mede o aumento ou a diminuição dos preços dos bens e serviços consumidos pelos residentes de uma região, o que pode indicar questões de inflação e qualidade de vida.

O Índice de Confiança Empresarial (ICE), cujos segmentos cobertos representam mais de 50% da economia nacional<sup>720</sup>, e os investimentos em infraestrutura podem também auxiliar na percepção do desenvolvimento econômico ao medirem a confiança das empresas em relação às perspectivas econômicas da região, indicando a crença em seu potencial de crescimento econômico.

Ainda, com impacto direto e de fácil percepção, a taxa de desemprego, ao medir a porcentagem de pessoas desempregadas em uma região, quando em ritmo decrescente, pode ser indicativo de expansão econômica em razão da criação de empregos.

Desta forma, índices econômicos são frequentemente usados por analistas de mercado e investidores para avaliar o desempenho local e tomar decisões de investimento, bem como monitorar o desenvolvimento regional.

No entanto, para verificar o impacto de determinada medida voltada ao desenvolvimento de uma região, é imperativo que a análise extrapole a aferição econômica. Não se trata de ignorar o crescimento econômico, mas sim de, além dele, considerar aspectos que podem parecer, em um primeiro momento, sob impactos indiretos da medida em questão.

Trata-se dos aspectos sociais que, de forma ampla, abrangem questões culturais, educacionais e políticas, ou seja, impactos na sociedade relacionados, mas para além da economia. Assim, o desenvolvimento econômico e social abrange o crescimento econômico, bem como a melhoria das condições de vida das pessoas e a redução da desigualdade social.

Dessa forma, o desenvolvimento não é mais entendido apenas como crescimento econômico, mas sim sob um conceito mais amplo de “processo e estado intangível, subjetivo

---

<sup>719</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PIB - Produto Interno Bruto**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>>. Acesso em 29 abr. 2023.

<sup>720</sup> FGV – Fundação Getúlio Vargas. <https://portalibre.fgv.br/indice-de-confianca-empresarial>

e intersubjetivo, e que está associado mais com atitudes e menos com conquistas materiais”<sup>721</sup>.

Ou seja, ainda que determinada região apresente certo crescimento econômico, este não reflete necessariamente o progresso na qualidade de vida da população envolvida. É importante avaliar tal progresso com base na efetiva liberdade que usufruem, uma vez que se trata de fator fundamental para o bem-estar.

Amartya Sen, na obra "Desenvolvimento como Liberdade", explica que a liberdade possui tanto um papel constitutivo quanto instrumental e argumenta que o desenvolvimento deve ser visto como um processo de expansão das reais liberdades econômicas, sociais e políticas das pessoas<sup>722</sup>, e não apenas como um aumento do PIB ou crescimento econômico. O economista destaca que o desenvolvimento é uma ampliação das escolhas e oportunidades da população, e que a avaliação do desenvolvimento deve levar em conta a capacidade das pessoas de desfrutar de suas liberdades.<sup>723</sup>

Portanto, a análise do desenvolvimento é complexa e deve considerar os diversos fatores acima apresentados. Neste sentido, no que tange o desenvolvimento regional:

“a utilização deste termo está associada às mudanças sociais e econômicas que ocorrem num determinado espaço, porém é necessário considerar que a abrangência dessas mudanças vai além desses aspectos, estabelecendo uma série de inter-relações com outros elementos e estruturas presentes na região considerada, configurando um complexo sistema de interações e abordagens”<sup>724</sup>.

Para o desenvolvimento regional, uma das ferramentas jurídicas que podem ser utilizadas é a proteção da propriedade intelectual sob a forma de Indicações Geográficas, uma vez que estão fortemente relacionadas ao chamado desenvolvimento endógeno, processo de crescimento econômico-social e de mudança estrutural em uma comunidade local, utilizando seu potencial de desenvolvimento e melhorando o padrão de vida da população.<sup>725</sup>

Com o reconhecimento da IG, há uma maior competitividade no mercado nacional e internacional, que propicia interação entre os membros da cadeia produtiva e entidades de fomento, universidades e centros de pesquisas, para a estruturação do pedido de registro e

---

<sup>721</sup> BOISIER, Sergio. ¿Hay espacio para el desarrollo local em la globalización? **Revista de La Cepal**. n° 86, ago. 2005. Página 69.

<sup>722</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. 10 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2020. p. 25.

<sup>723</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. 10 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2020. p. 150.

<sup>724</sup> SIEDENBERG, Dieter Rugard. Desenvolvimento: ambiguidades de um conceito difuso. **Revista Desenvolvimento em questão**. n° 3, jan-jun, 2006. Página 72.

<sup>725</sup> BARQUERO, Antônio Vázquez. Desenvolvimento endógeno em tempos de globalização. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 2001. Página 41.

no controle da produção ou da prestação de serviços; há o estímulo ao registro de mais indicações de origem ou de procedência; e por meio do reconhecimento da IG, é possível captar oportunidades, monitorar a concorrência, atrair investimentos e valorizar produtos e processos<sup>726</sup>.

Além disso, a certificação de uma IG a um produto ou serviço confere a estes a comprovação de seu valor agregado em termos de qualidade e identidade, o que possibilita a elevação do preço cobrado, impactando no crescimento econômico regional. Ainda, a IG pode ser utilizada como estratégia contra a concorrência desleal, buscando garantir que o produto ou serviço seja produzido somente de acordo com as normas e práticas estabelecidas pela região.

Nesse sentido, a certificação de uma IG pode aumentar a demanda pelos produtos da região, bem como atrair turistas, promovendo o turismo gastronômico e cultural, o que pode incentivar os produtores a ampliar sua produção para atender a demanda crescente. Com aumento da demanda, a região passa a ser mais atrativa a investimentos externos aumentando, portanto, a capacidade de contratação de mais trabalhadores, gerando, assim, mais empregos locais e contribuindo diretamente para o desenvolvimento econômico da região.

Não obstante, com diversos produtos e serviços atualmente ameaçados pela padronização, a IG pode auxiliar na preservação da história de determinada região, mantendo suas tradições vivas e protegendo sua identidade cultural.

Portanto, é possível observar uma relação entre o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento social de uma região, cujo serviço ou produto obteve a certificação de indicação geográfica. Isso ocorre porque a IG pode proporcionar o aumento de fatores determinantes à melhoria da qualidade de vida, incluindo aspectos como educação, saúde, moradia e segurança da região.

À vista do acima exposto, a indicação geográfica pode ser uma ferramenta importante para promover o desenvolvimento sustentável, equilibrando o crescimento econômico com a melhoria das condições sociais.

---

<sup>726</sup> INPI. **A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário**. Diana de Mello Jungmann, Esther Aquemi Bonetti. Brasília: IEL, 2010. Disponível em: <[https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/guia\\_empresa\\_iel-senai-e-inpi.pdf](https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/guia_empresa_iel-senai-e-inpi.pdf)> Acesso em: 30 abr. 2023. p. 13.

### 3. Vale dos Vinhedos: primeira IG brasileira

Reconhecida em 2002, a IG do Vale dos Vinhedos, localizada na região da Serra Gaúcha, no Rio Grande do Sul, é a primeira Indicação de Procedência reconhecida pelo INPI. Com área de aproximadamente 82 quilômetros quadrados (abrangendo os municípios de Bento Gonçalves, Garibaldi e Monte Belo do Sul)<sup>727</sup> mais de 30 vinícolas e com produção anual em torno de 10 milhões de garrafas de vinho, trata-se de exemplo de como a proteção de uma IG pode contribuir para o desenvolvimento social de uma região.

A Associação dos Produtores de Vinhos Finos do Vale dos Vinhedos (APROVALE)<sup>728</sup> é a titular da Indicação de Procedência Vale dos Vinhedos. Por ser a primeira região do Brasil a obter a indicação geográfica, seus produtores passaram por inúmeras dificuldades, a maior delas se deu pela falta de legislação específica sobre o tema.

Segundo a APROVALE<sup>729</sup>, para iniciar o processo de certificação de vinhos da região demarcada para a Denominação de Origem Vale dos Vinhedos, uma sequência de passos é necessária. Inicia-se pelo envio do Formulário de Declaração de Safra e atualizações cadastrais das vinícolas. Para que a documentação seja aprovada, é obrigatório que as vinícolas comprovem a origem das uvas utilizadas, indicando que elas são provenientes totalmente da região demarcada.

Após, o Consultor Técnico da APROVALE coleta seis garrafas de amostras diretamente nas vinícolas solicitantes, utilizando recipientes específicos e identificando-os com códigos exclusivos conhecidos somente por ele. As amostras então são encaminhadas para análise sensorial, que é realizada por um comitê de degustação composto por enólogos indicados por associados da Aprovale, um enólogo da Associação Brasileira de Enologia e técnicos indicados pela Embrapa Uva e Vinho. Esse comitê avalia, de forma cega, os aspectos visuais, olfativos, gustativos e tipicidade varietal das amostras, e cada membro apresenta seu parecer individual sobre os aspectos organolépticos qualitativos e quantitativos.

---

<sup>727</sup> APROVALE – Associação de Produtores de Vinhos Finos. **Vale dos Vinhedos**. Disponível em: <<https://www.valedosvinhedos.com.br/territorio-vale-vinhedos#:~:text=O%20territ%C3%B3rio%20da%20Indica%C3%A7%C3%A3o%20Geogr%C3%A1fica,e%20Monte%20Belo%20do%20Sul>> Acesso em 01.mai.2023

<sup>728</sup> Ibid.

<sup>729</sup> APROVALE – Associação de Produtores de Vinhos Finos. Vale dos Vinhedos. Disponível em: <https://www.valedosvinhedos.com.br/regras>

Para fins de análise do impacto econômico das IGs do Vale dos Vinhedos, aponta-se que de 2002<sup>730</sup>, ano da certificação da Indicação de Procedência, até 2020<sup>731</sup>, ano da última disponibilização dos dados, houve aumento considerável no PIB dos municípios que abrangem a IG, conforme se vê:

Cidade	PIB 2002 (R\$)	PIB 2020 (R\$)
Bento Gonçalves	14.079,00	52.961,75
Garibaldi	16.247,00	64.973,33
Monte Belo do Sul	8.478,00	29.383,90

No entanto, apesar dos dados apresentados indicarem o crescimento econômico pelo aumento do PIB, ressalva-se que referido aumento pode ter ocorrido em razão de outros fatores não analisados nesta pesquisa, bem como, ainda, podem ser apenas reflexo de uma diferença menor, porém inflacionada.

De toda forma, a proteção da IG do Vale dos Vinhedos foi uma importante ferramenta para a valorização e reconhecimento da qualidade dos vinhos e espumantes produzidos na região<sup>732</sup>, impulsionando o seu desenvolvimento social e econômico, promovendo a preservação da biodiversidade local e do patrimônio cultural, bem como a geração de emprego e renda, corroborando para a melhoria das condições de vida dos produtores.

Além disso, o turismo é uma importante fonte de renda para o Vale dos Vinhedos<sup>733</sup>, atraindo pessoas interessadas em conhecer a tradicional produção de vinhos, passada de geração em geração, e a cultura local. Nesse sentido, o processo de reconhecimento da Indicação de Procedência do Vale dos Vinhedos promoveu “a interação entre o produto, o

---

<sup>730</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Produto Interno Bruto dos Municípios 2002 - 2005**. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv37310.pdf>> Acesso em 02.mai. 2023.

<sup>731</sup> IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PIB - Produto Interno Bruto**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>>. Acesso em 29 abr. 2023.

<sup>732</sup> THAINES, Aletéia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a óptica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o *case* do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

<sup>733</sup> Ibid.

produtor, o consumidor e a paisagem da região, além de agregar outras atividades na cadeia principal”<sup>734</sup>.

Portanto, ao agregar um diferencial ao produto ou serviço e aumentar a notoriedade da região, a Indicação Geográfica pode fomentar o desenvolvimento local em seus aspectos sociais, econômicos, políticos e culturais.<sup>735</sup> Ou seja, a proteção da IG do Vale dos Vinhedos impactou o desenvolvimento das atividades econômicas locais e, conseqüentemente, contribuiu para o progresso da qualidade de vida dos habitantes da região.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As IG's são uma forma de proteção de ativos imateriais, sejam produtos ou serviços com características regionais próprias. O seu reconhecimento gera desenvolvimento endógeno, ao beneficiar o produto local, os seus produtores e os consumidores, pois agrega valor, garante a procedência, distintividade no mercado, alto renome e fomenta uma melhoria na qualidade dos produtos. Desta forma, a origem territorial do produto ou serviço passa a ser reconhecida como um valor simbólico, cultural e intangível.

O Brasil demorou para incentivar o registro de IG's, nicho ainda a ser explorado pelo país, que apresenta um número de registros muito inferior quando comparado à União Europeia. No caso do bloco europeu, as IG's são utilizadas como política agrícola para proteger e divulgar os seus produtos, além de preservar a cultura e identidade das comunidades locais.

Considerando que o reconhecimento de IGs tem sido utilizado como ferramenta para o desenvolvimento econômico e social de regiões produtoras de bens e serviços com características específicas e distintivas, conclui-se pela importância de se conceder proteção

---

<sup>734</sup> THAINES, Aletéia Hummes. **DESENVOLVIMENTO REGIONAL SOB A ÓTICA DO RECONHECIMENTO DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA: O CASE DO VALE DOS VINHEDOS.** Dissertação UNIJUI - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1229/Aletéia%20Hummes%20Thaines.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01.mai.2023. Página 8.

<sup>735</sup> THAINES, Aletéia Hummes. **DESENVOLVIMENTO REGIONAL SOB A ÓTICA DO RECONHECIMENTO DA INDICAÇÃO GEOGRÁFICA: O CASE DO VALE DOS VINHEDOS.** Dissertação UNIJUI - UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1229/Aletéia%20Hummes%20Thaines.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01.mai.2023. Página 8.

às indicações geográficas, uma vez que estas vinculam uma imagem positiva ao produto ou serviço protegido, que passa a ser associado à alta qualidade, exaltando-o ao promover a garantia da origem, da reputação e de sua identidade.

Dessa forma, a proteção das IGs pode ser uma importante ferramenta de desenvolvimento econômico para regiões objeto dessa proteção, ao fortalecer o produto ou serviço no mercado, gerar empregos e renda para a população local, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social.

A proteção das IGs também pode promover a preservação do patrimônio cultural e ambiental das regiões produtoras, uma vez que a produção de bens e serviços locais muitas vezes está relacionada à utilização de técnicas tradicionais e sustentáveis. O reconhecimento das IGs pode incentivar a manutenção dessas práticas culturais e ambientais, preservando a identidade e a história das comunidades locais. Um exemplo disso é o Vale dos Vinhedos, no qual a proteção da IG também contribuiu para a preservação do patrimônio cultural e ambiental da região, uma vez que a produção de vinhos está diretamente ligada às tradições culturais e às práticas sustentáveis dos produtores locais.

Portanto, as IG's são instrumentos jurídicos que podem ser utilizados para promover mudanças no modelo atual de produção e consumo. Assim, o processo de reconhecimento de uma indicação geográfica deve combinar questões como sustentabilidade, tecnologia e desenvolvimento, para proporcionar maior qualidade de vida à população local, sem deixar de observar questões econômicas e socioambientais.

### Referências Bibliográficas

APROVALE – Associação de Produtores de Vinhos Finos. **Vale dos Vinhedos**. Disponível em: <https://www.valedosvinhedos.com.br/territorio-vale-vinhedos#:~:text=O%20territ%C3%B3rio%20da%20Indica%C3%A7%C3%A3o%20Geogr%C3%A1fica,e%20Monte%20Belo%20do%20Sul>. Acesso em 01.mai.2023

ARTÊNCIO, Mateus Manfrin. GIRALDI, Janaina de Moura Engracia. GALINA, Simone Vasconcelos Ribeiro. **Uma Análise Crítica do Papel e Importância Socioeconômica das Indicações Geográficas em Países em Desenvolvimento**. Revista Eletrônica de Negócios Internacionais (Internext), vol. 14, núm. 3, pp. 218-234, 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5575/557563516003/html/>. Acesso em 20 abr. 2023.

BALESTRO, Moisés e SANTOS, Wellington Gomes dos. **Estado e mecanismos de imputação de valor na construção de mercados de qualidade**. Anais do 46º Encontro anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Unicamp, 2022. Disponível em: <https://www.encontro2022.anpocs.com/atividade/view?q=YT0y>

OntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNjoiYToxOntzOjEyOiJJRF9BVEIWSURBREUiO3M6MzoiMTI1Ijt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjUxZjM1ZTgxZjc5ZTA0N2I4N2FkNmU5NDA3MDZiMjA2Ijt9&ID\_ATIVIDADE=125> Acesso em: 10 abr. 2023.

BARQUERO, Antônio Vázquez. **Desenvolvimento endógeno em tempos de globalização**. Porto Alegre: Fundação de Economia e Estatística, 2001.

BOISIER, Sergio. ¿Hay espacio para el desarrollo local em la globalización? **Revista de La Cepal**. nº 86, ago. 2005.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Mapa das Indicações Geográficas 2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25216-mapa-das-indicacoes-geograficas>> Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. **Lista de IGs Nacionais e Internacionais Registradas**. Disponível em: <<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/sustentabilidade/indicacao-geografica/listaigs>> Acesso em: 30 abr. 2023.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DA BAHIA (FIEB). **Em 20 anos, Brasil chega a 91 indicações geográficas**. Disponível em: <<https://www.fieb.org.br/noticias/brasil-produto-origem-indicacoes-geograficas/>> Acesso em: 30 abr. 2023.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **PIB - Produto Interno Bruto**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/pib.php>>. Acesso em 29 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. **Produto Interno Bruto dos Municípios 2002 - 2005**. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv37310.pdf>> Acesso em 02.mai. 2023.

INPI. **Indicações geográficas: Módulo 5, 2021**. Disponível em: <[http://epesquisa.inpi.gov.br/upload/surveys/368929/files/Indicacoes\\_geograficas\\_e\\_Marcas\\_Coletivas.pdf](http://epesquisa.inpi.gov.br/upload/surveys/368929/files/Indicacoes_geograficas_e_Marcas_Coletivas.pdf)> Acesso em: 15 abr. 2023.

LIMA, Rafaela Silva. **A Relação Jurídica de consumo em consonância com o Princípio da Confiança**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33939/a-relacao-juridica-de-consumo-em-consonancia-com-o-principio-da-confianca>> Acesso em: 21 abr. 2023.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. 10 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2020.

SIEDENBERG, Dieter Rugard. Desenvolvimento: ambiguidades de um conceito difuso. **Revista Desenvolvimento em questão**. nº 3, jan-jun, 2006.

SILVA, Camila Morás da. **As indicações geográficas e os possíveis impactos nas relações de consumo no Brasil: uma análise a partir dos vieses da sustentabilidade**. Dissertação apresentada ao Centro de Ciências Sociais e Humanas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal De Santa Maria – RS, 2020. Página 01.

THAINES, Aletéia Hummes. **Propriedade Intelectual: o desenvolvimento regional sob a ótica do reconhecimento da Indicação Geográfica e o case do Vale dos Vinhedos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento regional sob a ótica do reconhecimento da indicação geográfica: o case do Vale Dos Vinhedos**. Dissertação UNIJUI – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em:

<<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1229/Aletia%20Hummes%20Thaines.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 01.mai.2023.

# A DESIGUALDADE E SEUS REFLEXOS NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

## The impacts of social inequality on the effective access to justice

Brunna Kirnev Wichoski<sup>736</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O problema da desigualdade; 3. A desigualdade de renda no Brasil; 4. O objetivo fundamental do Estado de reduzir as desigualdades sociais; 5. Acesso à Justiça como direito fundamental; 6. A escassez de acesso à justiça aos mais pobres; 7. A redistribuição do acesso à justiça e o princípio da igualdade; 8. Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo analisar a relação existente entre a desigualdade social e a concretização do direito fundamental expresso no artigo 5, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil, que é, em verdade, a principal garantia dos demais direitos subjetivos. De acordo com a literalidade do dispositivo “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Destaca-se que direito fundamental à jurisdição não condiz com a mera possibilidade de ingressar em juízo, mas sim a efetivo acesso à justiça, o que nem sempre ocorre. Em vista disso, será analisada uma perspectiva de escassez do acesso a justiça, sobretudo para a parcela mais carente de recursos econômicos da população, demonstrando-se, ao fim, que a desigualdade social tem impacto direto no acesso efetivo à justiça.

**Palavras-chave:** Desigualdade social. Acesso à Justiça. Poder Judiciário.

**Abstract:** The purpose of this article consists in the analysis of the existing relationship between social inequality and the fundamental right expressed in article 5, item XXXV of the Brazilian constitution. Beyond the literality of the provision, the fundamental right should be comprehended not only as the possibility of going on court, but with effective access to justice. This ideal situation not always occur. In view of this, it will be analyzed a different perspective of scarce access to justice, especially for the poorest portion of the population, demonstrating, in the end, that social inequality has an undeniable impact on the effective access to justice.

**Keywords:** Social inequality. Access to justice. Judicial power.

### 1. Introdução

O objetivo desta exposição é analisar como a desigualdade social impacta no acesso à justiça no âmbito do Poder Judiciário, e, como este poder pode contribuir para a redução das desigualdades sociais, de modo a concretizar o objetivo fundamental da República

---

<sup>736</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Positivo, Especialista em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul-RS, especialista em Direito Administrativo pelo Centro Universitário União das Américas, formada em direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. E-mail: brunna\_kirnev@hotmail.com

expresso no artigo 3º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU.

## 2. O problema da desigualdade

A desigualdade de renda é um fenômeno complexo, que pode ser estudado sob diferentes enfoques. Nesse artigo, será estudado, como dito, os impactos da desigualdade de renda no acesso à justiça, que também pode ser entendido como acesso a direitos fundamentais. Para esse intento, serão apresentadas, nessa sessão, algumas contribuições do economista Thomas Piketty sobre o tema da desigualdade.

Em seu livro “A economia da desigualdade”, o autor, por meio de diversos estudos, demonstrou que a desigualdade de renda entre as nações e nas nações impacta sobremaneira no seu desenvolvimento a longo prazo. A previsão otimista de Simon Kuznets e Robert Solow<sup>737</sup> acerca do fenômeno da desigualdade fracassou.

Análises antagônicas de esquerda e direita trazem respostas oriundas de perspectivas diversas que podem contribuir para o enfrentamento da questão. O conflito esquerda/direita reflete acima de tudo a importância da oposição entre diferentes tipos de redistribuição e diferentes instrumentos de redistribuição de acordo com Piketty (2015, p. 11)<sup>738</sup>.

É de se destacar que essas análises divergentes partem dos mesmos princípios básicos de justiça social que se ancoram em teorias que defendem a ideia de que uma sociedade justa deve maximizar oportunidades e condições mínimas de vida oferecidas pelo sistema social:

Com efeito, há certo consenso a respeito de certos princípios básicos de justiça social. Por exemplo, se a desigualdade se deve ao menos em parte, a fatores fora de controle dos indivíduos, como a desigualdade nas dotações iniciais transmitidas pela família ou pela sorte - sobre as quais os indivíduos envolvidos não podem ser considerados responsáveis -, então é justo o Estado buscar melhorar, da maneira mais eficaz possível, a vida das pessoas mais pobres, isto é, daquelas que precisam enfrentar os fatores incontroláveis mais adversos. (PIKETTY, 2015, p. 10)

---

<sup>737</sup> Simon Kuznets e Robert Solow concordavam que a redução das desigualdades seria consequência natural do crescimento econômico. Após o pico da desigualdade, os estágios mais avançados do capitalismo a empurram para baixo, constituindo, assim, um formato invertido de U entre desigualdade e renda *per capita*, conhecido como a “curva de Kuznets”.

<sup>738</sup> Será que devemos deixar o mercado e seu sistema de precificação operar livremente e nos contentar em redistribuir a renda por meio de impostos e transferências fiscais? Ou devemos tentar modificar estruturalmente a maneira como as forças de mercado produzem desigualdade? Na linguagem dos economistas, essa oposição corresponde à distinção entre a redistribuição pura e a redistribuição eficiente. A primeira adequa-se às situações em que o equilíbrio de mercado é de fato eficiente no sentido de Pareto [...] mas nas quais considerações de justiça social pura exijam uma redistribuição que deduza dos indivíduos mais privilegiados e beneficie os mais pobres. A segunda corresponde a contextos em que as imperfeições de mercado acarretam intervenções diretas no processo de produção, permitindo ao mesmo tempo melhorar a eficiência de Pareto da alocação dos recursos e alcançar a equidade de sua distribuição. (PIKETTY, 2015, p. 11)

Mais adiante, no Capítulo II de sua obra, o autor afirma que a lógica da economia de mercado conduz a uma replicação ineficaz da desigualdade da distribuição do capital ao longo do tempo que ocorre não só porque o capital suga parte significativa da renda total, mas porque não há redistribuições eficientes.

O autor explica que um dos caminhos para combater essa questão seria reduzir as imperfeições do mercado de crédito. Só assim seria possível realizar investimentos rentáveis em determinadas áreas que originalmente não os receberiam pela dificuldade de calcular os riscos e os ganhos envolvidos (ausência de motivação e informação), o que o autor chama de antisseleção e risco moral.<sup>739</sup>

À vista disso, a redistribuição feita por razões de justiça social e não apenas por critérios de eficiência econômica seria mais eficiente e benéfica para a sociedade, na medida em que a renda total poderia ser elevada se o capital fosse distribuído de modo que todos os investimentos rentáveis pudessem ser efetuados. Isso justifica sistemas públicos e obrigatórios de proteção social.

O autor aponta também que políticas igualitárias de formação são essenciais a uma redistribuição eficiente posto que investir não consiste apenas em inserir o capital onde ele não está, mas sim, possibilitar que esse capital se mantenha onde está a longo prazo. Não há escolhas fáceis ou simples para equacionar um problema complexo, nesse sentido, redistribuições eficientes envolvem fazer “escolhas complexas dos setores nos quais investir, dos bens a serem produzidos e das pessoas a quem delegar tais decisões”.<sup>740</sup>

### **3. A desigualdade de renda no Brasil**

Nesse momento serão apresentadas informações e dados relacionados a desigualdade social no Brasil extraídas da base de dados *Our World in Data* de Max Roser e Esteban Ortiz-Ospina publicada em dezembro de 2013 e atualizada em outubro de 2016. A base apresenta dados empíricos de como a desigualdade de renda mudou ao longo do tempo e como está prevista mudar no futuro. Serão ainda acrescentadas contribuições semelhantes do Relatório Mundial de Desigualdade, do economista Thomas Piketty, acerca da situação do Brasil.

---

<sup>739</sup> Ver Capítulo II do livro “A economia da desigualdade” de Thomas Piketty.

<sup>740</sup> Essa dificuldade é evidente nas soluções radicais que consistem em abolir a propriedade privada e decretar a propriedade coletiva dos meios de produção sem qualquer mecanismo que prometa resolver o problema do estímulo e alocação.

A América Latina é a região com maior desigualdade de renda no mundo. É verdade que nas últimas décadas a desigualdade social<sup>741</sup> diminuiu na maioria de seus países, inclusive nos países com os níveis mais altos de desigualdade como o Brasil<sup>742</sup>. Contudo, a desigualdade no Brasil, ainda assim é mais alta do que previamente estimada e se mantém relativamente estável.

A situação de desigualdade no Brasil ao longo das duas últimas décadas pode ser medida através do índice Gini<sup>743</sup>. No Brasil, a desigualdade foi de 0.55 à 0.61 nos anos oitenta, caindo para 0.59 no início dos anos 90 e chegando a 0.57 ao final da mesma década. Dos anos 2000 até 2014 foi de 0.57 para 0.50, estabilizando-se nesse mesmo índice até 2015 e subindo para 0.51 em 2016. Os índices sugerem uma tênue redução das desigualdades.

Entretanto, deve-se observar a contribuição de Thomas Piketty em seu relatório sobre a distribuição de renda no Brasil. O relatório demonstra que a desigualdade no Brasil se manteve estável e extremamente desigual no período de 2000 até 2015, com os 10% mais ricos recebendo mais de 55% (2015), enquanto a participação dos 50% mais pobres estava um pouco acima de 12%, e a participação da classe média (40%), estava em aproximadamente 32%. A análise pautada em pesquisas domiciliares conta apenas parte da história, uma vez que os dados referentes ao imposto de renda<sup>744</sup> mostram que a desigualdade no Brasil é mais alta do que se imaginava anteriormente, o que ocorre principalmente pela concentração extrema de renda no topo da distribuição.<sup>745</sup>

---

<sup>741</sup> Segundo Lopez-Calva e Lustig (2010) os principais fatores que contribuem para o declínio da desigualdade nesses países são (i) uma diminuição na diferença de rendimentos entre trabalhadores qualificados e pouco qualificados e (ii) um aumento nas transferências do governo para os pobres.

<sup>742</sup> ROSER, Max; ORTIZ-ESPINA, Esteban. "Income inequality". Publicado online no Our World in Data.org. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/income-inequality>>.

<sup>743</sup> Um coeficiente Gini zero representa uma distribuição em que as rendas são perfeitamente distribuídas igualmente, enquanto o valor um equivale a desigualdade máxima.

<sup>744</sup> Dados constantes no mencionado relatório foram obtidos por meio dos estudos e análises feitos por Marc Morgan que combinou dados de pesquisas anuais e domiciliares com informações detalhadas sobre o imposto de renda, fornecendo assim as mais fiéis estatísticas de desigualdade de renda até o momento que mostram que a desigualdade pré-estabelecida permaneceu relativamente estável no Brasil desde a virada do novo século e não diminuiu tanto quanto muitos comentaristas argumentam, contrariando, inclusive, as próprias estimativas oficiais da desigualdade no Brasil.

<sup>745</sup> Enquanto a desigualdade entre os 90% inferiores caiu, impulsionado pela compressão dos rendimentos do trabalho, a concentração no topo da distribuição cresceu no período, refletindo na crescente concentração dos rendimentos do capital. Desde 2000, a desigualdade total de renda manteve-se relativamente estável com pequenos ganhos pelos 50% mais pobres, que aumentaram sua participação na renda nacional de 11% para 12% de 2001 a 2015, enquanto os 10% participação na receita evoluiu de 54% para pouco mais de 55% no período. Ambos os ganhos foram à custa de uma diminuição de renda da classe média (40%), cuja participação na a renda caiu de 34% para pouco mais de 32%. World Inequality Report 2018. Executive Summary. Org. Thomas Piketty et. all. Disponível em: <<https://wir2018.wid.world/>>.

#### 4. Objetivo fundamental do estado de reduzir as desigualdes sociais

De acordo com o artigo terceiro da Constituição Federal de 1988, são Objetivos Fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); garantir o desenvolvimento nacional (inciso II); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

O inciso III firma o compromisso assumido pelo Estado brasileiro desde a promulgação da Constituição, de implementar ações e políticas públicas que conduzam a erradicação da pobreza bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Os dados acima analisados demonstram que os mecanismos de redistribuição de renda até então implantados não surtiram grandes efeitos. Não houve diferença significativa na distribuição de renda entre a população mais rica e mais pobre ao longo das últimas décadas.

Desde 2000, a desigualdade total de renda manteve-se relativamente estável com pequenos ganhos pelos 50% mais pobres, que aumentaram sua participação na renda nacional de 11% para 12%, entre 2001 e 2015. Enquanto que os 10% mais ricos aumentaram sua participação na receita, de 54% para pouco mais de 55% no mesmo período. Os ganhos, nas duas categorias, somente foram possíveis graças a uma diminuição na renda da classe média (40%), de 34% para pouco mais de 32%.<sup>746</sup>

Insta mencionar ainda que, além dos objetivos fundamentais da República expressos na magna carta, o Brasil também aderiu à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) que fixa Objetivos de Desenvolvimento Sustentável a serem atingidos até 2030. Alguns desses objetivos dialogam diretamente com o objeto do presente artigo, quais sejam: erradicação da pobreza (ODS 1), redução das desigualdades (ODS 10) e busca pela paz, justiça e instituições eficazes (ODS 16).<sup>747</sup>

Tais objetivos se impõem como verdadeiros desafios diante da realidade extremamente desigual observada no Brasil. A concretização dos objetivos fundamentais da república bem como dos ODS é uma tarefa complexa que exige o comprometimento de

---

746 Para acompanhar gráficos e dados mais detalhados ver o relatório sobre desigualdade de Thomas Piketty (World Inequality Report 2018). Disponível em: <<https://wir2018.wid.world/>>

747 Para mais informações e detalhes sobre os ODS ver: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>.

diversos setores da sociedade. Os entes subnacionais devem igualmente se articular para incluir em seus planos plurianuais o compromisso com esses objetivos.

No âmbito do Poder Judiciário a implementação desses objetivos começou a ser difundida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ganhou força em 13 de setembro de 2018 com o discurso de posse do Ministro Dias Toffoli e com a edição da Portaria CNJ nº 133<sup>748</sup>, de 28 de setembro de 2018, que instituiu o Comitê Interinstitucional da Agenda 2030 com a finalidade precípua de realizar estudos e integrar as metas do Poder Judiciário com os indicadores dos ODS. Após esse marco, diversos outros atos surgiram para dar continuidade a trajetória de institucionalização da Agenda 2030 no Poder Judiciário<sup>749</sup>.

Em que pese a institucionalização da Agenda 2030 no Poder Judiciário ter iniciado, ainda há muito a ser feito para atingir os ODS de forma efetiva.

Tratando especificamente dos objetivos que interessam ao presente estudo - como o ODS 10 que se refere à redução das desigualdades e conversa com o objetivo fundamental da república de redução das desigualdades sociais e regionais - há que se reconhecer o impacto que a distribuição desigual de renda gera em relação ao acesso efetivo à direitos fundamentais, dentro e fora do Poder Judiciário.

Diversos estudos constataam essa situação como se verá adiante. Trata-se de uma questão complexa, com múltiplos aspectos passíveis de abordagem. O presente trabalho limitará a análise da problemática da desigualdade e/do acesso à justiça dentro do Poder Judiciário.

Nessa linha, se mostra imprescindível para a busca pela concretização dos objetivos mencionados, a rediscussão da desigualdade de acesso à justiça em desfavor daqueles que se encontram em uma situação de vulnerabilidade econômica.

## **5. Acesso à justiça como direito fundamental**

As sessões precedentes do trabalho centraram-se nas questões: a) da desigualdade; b) da desigualdade no Brasil; c) e dos compromissos assumidos pelo Brasil na redução das desigualdades e erradicação da pobreza.

---

<sup>748</sup> Portaria CNJ nº 133 de 28 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2721>>. Acesso em 01/07/2022.

<sup>749</sup> Conselho Nacional de Justiça. Caderno agenda 2030 e inovação no Poder Judiciário. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/07/CADERNO-AGENDA-2030-6.pdf>>. Acesso em 01/07/2022.

Considerando o que foi dito anteriormente, a sessão seguinte introduzirá uma análise da relação existente entre as desigualdades sociais e a concretização do direito fundamental expresso no artigo 5, inciso XXXV da Constituição Federal<sup>750</sup>. Para tanto, de início, será estudada a extensão do conteúdo normativo do referido artigo, que, como se verá, não condiz com a mera possibilidade de ingressar em juízo, mas sim a efetivo acesso à justiça.

O princípio da inafastabilidade da apreciação judicial ou princípio da proteção judiciária, expresso no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, de acordo com o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, constitui, segundo José Afonso da Silva (2006, p. 430) a principal garantia dos direitos subjetivos.

O Estado é responsável pela solução de controvérsias entre os sujeitos por meio do Poder Judiciário, que exerce a função jurisdicional, “atividade dever do Estado<sup>751</sup>”.

Assim, a função jurisdicional não deve ser vista como um mero poder, mas como um poder-dever de realizar o direito subjetivo em consonância com as regras e princípios previstos no ordenamento jurídico, visando sempre a efetivação do direito fundamental buscado pela parte.

Por isso se diz que o direito fundamental à jurisdição não condiz com a mera possibilidade de ingressar em juízo, mas sim com a solução de conflitos para além da solução da controvérsia, abarcando a efetivação dos direitos fundamentais, materiais e processuais e realizando a justiça no caso concreto (MARINONI, MITIDIERO, 2008, p. 95).

Nessa perspectiva, Maltini (2009, p. 11) fala em direito fundamental à jurisdição efetiva, entendendo que o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição conjuga, ao mesmo tempo, os princípios da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade da jurisdição, posto que o acesso efetivo à justiça demanda uma devida resposta do Judiciário. Além de que, a resposta do Judiciário deve ser prestada em um tempo razoável evitando a morosidade que caminha na contramão da efetividade.

As desigualdades socioeconômicas no Brasil promovem o distanciamento entre os mais ricos e os mais pobres, o que exige pensar em políticas públicas, mas estas estão fadadas ao fracasso se não considerarem os direitos e garantias individuais e coletivos, pois, “não há

---

<sup>751</sup> [...] atividade dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico.(DIAS, 2004, p. 83 – 84)

possibilidade real de inclusão se não houver condições efetivas de acesso à justiça” (SADEK, 2009, p. 170). O fato é que, pensar o acesso à justiça é primordial para o fortalecimento dos demais direitos e redução das desigualdades.

## **6. A escassez de acesso à justiça aos mais pobres**

Nem sempre o acesso formal à jurisdição ou ao Poder Judiciário equivale à sua efetivação do direito de acesso à justiça. Recorrentemente a parcela mais vulnerável economicamente da população sofre com a dificuldade de concretização de seus direitos, já que muitas vezes sequer os conhece, e quando conhece, encontra diversos entraves à sua efetivação no âmbito do Poder Judiciário.

Antes de prosseguir, importante compreender a noção de minoria como um grupo de pessoas que, por alguma característica comum, encontra maior dificuldade de concretização de seus direitos, em relação à outras pessoas. Assim, a minoria economicamente menos favorecida (que, em verdade, constitui uma maioria) encontra dificuldades de acessar a justiça efetiva no caso concreto por fatores econômicos. Para J. J. Canotilho, considera-se minoria:

Minoria será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria (CANOTILHO, 2003, p. 387).

Uma consequência do fenômeno da desigualdade atrelada a noção de minorias é a exclusão social. Esta se relaciona com a privação social na medida em que indivíduos se veem privados de direitos ou dos “benefícios do desenvolvimento”, como se verifica na seguinte citação:

Uma maneira de se operacionalizar o conceito de exclusão social é associá-lo ao de “privação social”. Ou seja, a exclusão refere-se à marginalização de determinados indivíduos ou segmentos sociais em relação aos benefícios gerados pelo desenvolvimento. Transformar estes indivíduos em participantes da sociedade implica seu reconhecimento como sujeitos de direitos e com possibilidades efetivas de reclamá-los, caso sejam desrespeitados. (SADEK, 2009, p. 170)

Pensar no aprimoramento do acesso à justiça é um caminho indispensável para incluir socialmente os mais pobres e vulneráveis.

Em outro trabalho, Sadek (2014) estuda o acesso à justiça da porta de entrada à porta de saída. No que se refere à porta de entrada, primeiro é importante perceber que em sociedades desiguais há maior propensão de que as amplas camadas da população desconheçam seus direitos. A escolaridade é fundamental para a diminuição das desigualdades sociais, para o maior conhecimento de direitos e formas de reivindicá-los. O que ocorre é que, o desconhecimento de direitos faz com que a porta de entrada desencoraje potenciais litigantes e atraia um outro tipo de litigante, que será melhor tratado abaixo.

Posto isso, mesmo que o indivíduo considerado pobre<sup>752</sup> ingresse no judiciário, há situações em que este recebe um tratamento diferente ou possui uma defesa técnica inferior em relação a um indivíduo com melhores condições financeiras. Nesses casos, não há que se falar em acesso efetivo à justiça:

Se quando um indivíduo considerado pobre é atendido de modo diferente ou possui uma defesa técnica inferior àquela realizada para um indivíduo com melhores condições financeiras, pode-se afirmar que o Estado falhou em sua proteção e que não houve efetivo acesso à justiça. [...] Não se pode permitir que, com a vigência da atual Constituição, direitos, como é o caso citado, sejam desrespeitados e que os cidadãos à margem da sociedade sejam tolhidos dos seus anseios e garantias fundamentais. (BARBOSA DA SILVA; SANTOS BARBOSA, 2016, p. 930).

Apesar de existirem mecanismos de acesso à justiça aos pobres trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 - como a assistência judiciária gratuita e a dispensa no pagamento de custas e outros encargos processuais - tais instrumentos nem sempre permitem transpor o abismo de desigualdade existente entre muitos litigantes.

Daniela Monteiro Gabbay, Susana Henriques da Costa e Maria Cecília Araujo Asperti (2019) defendem uma perspectiva de não-acesso<sup>753</sup> à Justiça aos mais pobres que se evidencia a partir da análise das escolhas políticas que motivaram a construção de texto normativos.

---

<sup>752</sup> O termo pobreza não pode ser definido de forma universal. Todavia, é possível afirmar que se trata de uma situação de carência em que o indivíduo não possui condições para manter um padrão mínimo de vida que seja condizente com o mínimo existencial, de acordo com o que é estabelecido socialmente em cada contexto histórico. (BARBOSA DA SILVA; SANTOS BARBOSA, 2016, p. 923).

<sup>753</sup> as mais recentes políticas públicas de acesso à justiça no Brasil privilegiam os interesses de grandes litigantes, fundando-se em um discurso essencialmente eficientista que dá primazia a mecanismos de padronização decisória que prometem funcionar como soluções de gestão para desafogar um Poder Judiciário sobrecarregado e moroso. Acesso enquanto uniformização e celeridade, por meio de lógicas de julgamento por amostragem, por exemplo, é um discurso que acaba por fortalecer ainda mais as vantagens estratégicas daqueles que conseguem navegar por esses instrumentos processuais, que demandam *expertise* e recursos. É este o acesso que se tem hoje no Brasil e que, do ponto de vista dos mais vulneráveis, é uma realidade que tende ao não-acesso. (GABBAY, COSTA, ASPERTI, 2019, p. 176)

Assim, as autoras se debruçam em torno do estudo de debates legislativos, exposições de motivos e projetos de lei referentes a quatro marcos legais, quais sejam: os Juizados Especiais, a regulamentação da Ação Civil Pública, a Emenda Constitucional 45/2004 sobre a Reforma do Judiciário e Código de Processo Civil de 2015). Dessa análise resulta que o acesso à justiça deixou de ser pauta das reformas legislativas das últimas décadas.

Outra constatação é que, a distribuição de acesso à justiça no Brasil, sobretudo com as recentes mudanças processuais, privilegia os grandes litigantes, conforme se verifica no excerto abaixo:

Uma análise mais detida das recentes mudanças processuais demonstra, contudo, que a distribuição de acesso na justiça brasileira atualmente privilegia os grandes litigantes, presentes em uma significativa parcela do contingente de demandas que acarretam o congestionamento do sistema de justiça, e que derivam não da proliferação de conflitos interpessoais, mas de disputas envolvendo determinados atores públicos e privados que recorrem às cortes ou são levados ao Judiciário por indivíduos (cidadãos, consumidores, segurados) em casos que lidam com questões fáticas e jurídicas similares. Essa repetição traduz, na realidade, a magnitude da atuação desses entes, que se relacionam com indivíduos por meio de contratos de adesão ou mediante normativas padronizadas. Os questionamentos da licitude de condutas desses grandes litigantes, de um lado, e cobranças por partes destes em face a indivíduos e empresas inadimplentes, de outro, são frequentemente judicializados em litígios similares e volumosos. (GABBAY; SILVA; ASPERTI; COSTA, 2019, p. 158).

A despeito disso, as autoras (2019, p. 176) tratam da necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa que mude o olhar sobre as perguntas e respostas a serem buscadas no cenário atual de crise do acesso à justiça para se perguntar qual é o acesso que se tem hoje no Brasil e qual é o acesso que deve ser buscado, ou seja, o que deve motivar as escolhas políticas distributivas do acesso.

É válido notar que a taxa de litigiosidade no Brasil aumentou nos últimos anos, perspectiva esta que se manteve no Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça do ano de 2021<sup>754</sup>.

Apesar disso, tais dados não conduzem necessariamente à conclusão de que existe um amplo acesso ao Judiciário, posto que grande parte destas demandas envolvem os chamados litigantes repetitivos (União, Estados, Municípios, bancos, grandes empresas e alguns poucos setores privilegiados da população).

O estudo dos impactos da litigância repetitiva no não-acesso à justiça - quer seja obstando uma análise mais aprofundada do caso concreto, quer seja, obstando pensar em

---

<sup>754</sup> Vide dados do Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>> Acesso em: 25.03.2022.

soluções efetivas de acesso à justiça aos que “não tem” - é riquíssimo e digno de aprofundamentos em futuros trabalhos.

Isso não impede aqui a constatação de que existem inegáveis vantagens estratégicas conferidas aos grandes litigantes em relação aos litigantes individuais. Dentre os motivos destaca-se o fato de que os primeiros, por atuarem em inúmeros casos parecidos ou por recorrerem com maior frequência, conseguem antever os resultados da litigância repetitiva, além de conseguir acompanhar e influenciar muito mais a formação de precedentes judiciais<sup>755</sup>.

A litigância repetitiva envolvendo grandes litigantes poderia explorar outras portas ou meios alternativos de solução de conflitos de modo a abrir maior espaço no Poder Judiciário para julgamento de outras demandas da população mais carente.

Nesse sentido, é possível pensar em justiça conciliativa, em câmaras de mediação de conflitos, arbitragem, filtros de acesso ao judiciário, entre diversos outros mecanismos que promovam a desjudicialização de demandas que envolvam grandes litigantes como o Poder Público. O dogma do interesse público não deve inviabilizar outros métodos de resolução de conflitos fora do Judiciário. Não haverá disposição do interesse público. Pelo contrário, serão melhor exploradas formas de satisfação desse interesse público.

O certo é que, nessa altura, não faz sentido evocar o dogma absolutizado de que, havendo interesse público, só a via judicial seria recomendável, pois é do máximo interesse público, em determinadas ocasiões, admitir, em sintonia com a CF, a possibilidade de procedimentos alternativos legítimos para resolver conflitos, amparado pelo princípio constitucional da eficiência, desde que o agente público se pautar sempre sob o signo de impessoalidade, proporcionalidade e probidade. (WATANABE, 2021, p. 8)

Desafogar o Judiciário de causas que promovem grande congestionamento no sistema, como por exemplo as execuções fiscais e outros processos indicados no Relatório Justiça em Números, já referenciado, pode ser uma forma de abrir espaço para outras demandas.

## **7. A redistribuição do acesso à justiça e o princípio da igualdade**

A desigualdade econômica no Brasil repercute em diversos âmbitos da vida social, obstando o acesso a condições minimamente dignas de vida a grande parte da população,

---

<sup>755</sup> Ver: Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. Maria Cecília de Araújo Asperti. RT online. p. 7. 2017.

condições estas que se relacionam com direitos fundamentais. Não há como conceber que a parcela da população mais carente esteja em condições de igualdade com aqueles que dispõem de maior poder econômico e informacional. Nesse sentido, a perspectiva material de igualdade impõe um tratamento diferenciado àqueles que estejam em situação desigual.

A desigualdade na distribuição de renda é geradora de desigualdade social e de desigualdade informacional. Assim, ao comparar a realidade social de diferentes indivíduos seria um contrassenso tratá-los da mesma forma tanto fora como dentro do Poder Judiciário, já que, há quem não tenha condições mínimas de compreender o que está se passando em um processo.

A respeito dos direitos de igualdade Maria Tereza Aina Sadek diz que a igualdade perante a lei é uma das mais importantes conquistas da modernidade. A forma que se compreende a igualdade varia de acordo com o tempo e espaço<sup>756</sup>. Houve, contudo, uma mudança significativa em torno da compreensão da igualdade e da desigualdade.

A desigualdade social deixou de ser compreendida como natural e passou a ser questionada por ser contraditória com a ideia de igualdade natural. Assim, “toda e qualquer desigualdade se transforma em uma desigualdade provocada pelo arranjo social, pelo ordenamento estatal, pela vida dos homens em sociedade” (SADEK, 2009, p. 171). A desigualdade deixa de ser natural e se transforma em um problema, um resultado das relações entre Estado e sociedade e não uma característica natural do homem que se exterioriza no Estado e na sociedade. O Estado deve corrigir essas distorções e diferenças sociais que conflitam com a igualdade de direitos<sup>757</sup>, e, ao mesmo tempo respeitar os atributos individuais.

A concretização da igualdade varia de acordo com o conjunto ou com a dimensão de direitos que se considera. Os direitos civis e políticos (direitos de primeira geração), por exemplo, tem por base o indivíduo, exigindo a abstenção do Estado para a concretização da igualdade. Os direitos sociais (direitos de segunda geração), contudo, não se concretizam a mera abstenção do poder estatal, exigindo políticas públicas e um comportamento ativo por parte do Estado. Admite-se uma situação de desigualdade real e concreta cuja atuação estatal

---

<sup>756</sup> Ser um igual no século XVII não é o mesmo que ser um igual no XVIII, no XIX, no XX ou no XXI. De igual modo, há apreciáveis diferenças entre os vários países. Do ponto de vista da análise histórica das sociedades, não existe, pois, uma igualdade abstrata, pré-definida. O que se constata é uma igualdade variável no tempo e no espaço, formada por componentes específicos e diversificados. (SADEK, 2009, p. 174).

<sup>757</sup> “O reconhecimento da igualdade perante a lei traduziu-se em significativo aumento das possibilidades de usufruir dos bens coletivos. Teoricamente, pode-se inclusive, supor que quanto mais desigual for uma sociedade, maiores são os efeitos de uma agenda universalista de direitos. Isto é, a igualdade prevista na lei tem condições de reduzir as consequências provocadas pelas desigualdades econômica e social.” (SADEK, 2009, p. 172).

é fundamental para reduzir as desigualdades e efetivar a igualdade contemplada pelos direitos sociais. Por sua vez, os direitos de terceira geração referem-se a coletividades.

O rol de direitos aceito em uma determinada sociedade define o âmbito da igualdade. Ou seja, os componentes da igualdade indicam os aspectos em relação aos quais as diferenças existentes entre indivíduos e grupos tornaram-se inaceitáveis. [...] Assim, quanto maior o número de componentes da igualdade, menor o número de aspectos admitidos como diferenciadores entre os indivíduos e grupos. (SADEK, 2009, p. 174).

Existe um distanciamento entre o mundo real e o legal que deve ser diminuído com a efetivação dos direitos para além de seu reconhecimento formal. O acesso à justiça é condição fundamental para a efetividade dos direitos<sup>758</sup>, é a “condição real para a transformação da igualdade jurídica e dos preceitos formais, em algo material e concreto” (SADEK, 2009, p. 175). Em outras palavras, “a possibilidade real de recurso à justiça é a condição básica para esta aproximação entre igualdade formal e a substantiva” (SADEK, 2009, p. 175).

O acesso à justiça pode ser enquadrado também como direito fundamental de segunda geração, pois exige que o Estado se equipe de meios para a concretização dos direitos objetivando atenuar as desigualdades sociais.

O tratamento igualitário em relação a duas partes em situações manifestamente desiguais pode significar a negativa de um direito ou, no mínimo, resultar na perpetuação das desigualdades socioeconômicas. Sem um tratamento desigual aos desiguais, o processo só fará reproduzir a exclusão social geradora da privação de direitos mínimos, não havendo a possibilidade plena de concretização do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, Sadek comenta em outro trabalho:

Resulta desse quadro um grave desequilíbrio, caracterizado pela distinção entre, de um lado, os que litigam em demasia, os que conhecem quais são seus direitos e sabem como demandá-los e, por outro, os que sequer conhecem e não reclamam seus direitos. O ingresso no Poder Judiciário contribuiria, dessa forma por contraditório que possa parecer, para acentuar as distâncias de natureza social e econômica, atuando como mais um elemento dentre os propulsores da situação qualificada como de desigualdades cumulativas. (SADEK, 2014, p. 60)

Diante do exposto, é preciso então pensar em formas redistributivas do acesso à justiça aos mais pobres a fim de concretizar gradualmente a igualdade formal, no plano concreto. Ignorar as desigualdades ou trata-las de modo uniforme e igual, como se não

existissem de fato, é o mesmo que acentuar essas desigualdades ao reproduzi-las no ambiente do Poder Judiciário.

## 8. Considerações Finais

A desigualdade socioeconômica gera desigualdades de acesso efetivo à justiça em detrimento dos mais pobres, não só em relação ao acesso formal ao Poder Judiciário, mas pela maior dificuldade de acessar materialmente a justiça no caso concreto. Essa realidade de não acesso deve ser combatida por meio de uma conduta ativa do Estado que se impõe diante dos objetivos assumidos na Constituição Federal de 1988 e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

## Referências Bibliográficas

- ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário**. Revista dos Tribunais online. 2017.
- BARBOSA DA SILVA, Guilherme; SANTOS BARBOSA, Amanda Querino. **Acesso à justiça e desigualdade social: Reflexos na efetivação de direitos fundamentais**. Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição – ISSN: 2526 – 026X. Brasília: v.2, n.1, p. 913-933, jan/jun. 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 9 fev. 2023.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.
- GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. **Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa**. RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019.
- LOPEZ-CALVA, L. F., & Lusting. **Explaining the decline in inequality in Latin America: Technological change, educational upgrading and democracy**. Declining Inequality in Latin America a decade of progress. 2010.
- MALTINI, Juliana de Camargo. **Direito fundamental à jurisdição efetiva**. São Paulo: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PIKETTY, Thomas. **A economia da desigualdade**. Tradução André Telles. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIKETTY, Thomas. **World Inequality Report 2018**. Executive Summary. Org. Thomas Piketty et. all. Disponível em: <<https://wir2018.wid.world/>>. 2018.

ROSER, Max; ORTIZ-ESPINA, Esteban. **Income Inequality**. Publicado online no Our World in Data.org. Disponível em: <<https://ourworldindata.org/income-inequality>>, 2013.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos**. Revista USP. São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014.

SADEK, Maria Tereza Aina, **Acesso à Justiça: porta de entrada para a inclusão social**. In LIVIANU, R., coord. Justiça, cidadania e democracia [online]. pp. 170-180. ISBN 978-85-7982-013-7. Disponível em: SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WATANABE, Kazuo. Et. al. **Desjudicialização, Justiça Conciliativa e Poder Público**. Revista dos Tribunais, 2021.

## O TELETRABALHO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTRUMENTOS DE TRABALHO E O PAGAMENTO DE DESPESAS

**Telework: some considerations about work instruments and payment of expenses**

Catarina Sampaio<sup>759</sup>

Susana Sousa Machado<sup>760</sup>

**Sumário:** Resumo. 1 Breve enquadramento do teletrabalho em Portugal. 2 O regime jurídico do teletrabalho. 2.1 A obrigação do empregador de disponibilizar equipamentos e sistemas. 2.2 A obrigação do empregador de compensar as despesas adicionais. 2.3. Alguns problemas práticos e possíveis soluções: a Proposta de Lei n.º15/XV/1. 3 Considerações finais. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O regime do teletrabalho em Portugal conheceu novas regras a partir de 1 de janeiro de 2022. Com efeito, foi publicada a Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro, que altera o Código do Trabalho – doravante designado de CT – nesta matéria, mas também o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais. A importância do teletrabalho tendeu a acentuar-se nos últimos anos, à medida que se tem aprofundado a revolução tecnológica e se generalizou a utilização de meios telemáticos e, ainda, com a pandemia do COVID-19, que implicou o recurso mais intensivo e obrigatório ao teletrabalho. Ora, confrontado com este fenómeno, o legislador português, destinou e alterou algumas normas do CT a esta modalidade contratual. No domínio dos instrumentos de trabalho e do pagamento de despesas inerentes ao teletrabalho, há uma preocupação em especificar que é da responsabilidade do empregador a disponibilização ao trabalhador dos equipamentos e sistemas necessários à realização do trabalho, assim como o assumir dos custos e das despesas adicionais resultantes. Veremos que, nesta última parte, poderão surgir algumas dificuldades na sua concretização prática. Deste modo, ao longo do presente trabalho, abordaremos a figura do teletrabalho e o seu regime jurídico, previsto no CT, salientando as obrigações do empregador de disponibilizar equipamentos e sistemas e de compensar as despesas adicionais. A este propósito, trazemos algumas questões e possíveis soluções, previstas na recente Proposta de Lei n.º 15/XV/1, que procede à alteração de legislação laboral no âmbito da Agenda de Trabalho Digno. Por fim, faremos uma breve resenha sobre a solução encontrada pelo legislador, nomeadamente, perceber de que forma a revisão ao regime jurídico do teletrabalho conseguiu dar resposta às dúvidas que surgiram, com a nova realidade, no que respeita, em particular, aos instrumentos de trabalho e ao pagamento de despesas adicionais.

**Palavras-chave:** teletrabalho; Lei n.º 83/2021, de 6 de dezembro; instrumentos de trabalho; pagamento de despesas; Proposta de Lei n.º 15/XV/1.

**Abstract:** The teleworking regime in Portugal met new rules as of January 1, 2022. In fact, Law No. 83/2021, of December 6, was published, which amends the Labor Code – hereinafter referred to as CT – in this matter, but also the compensation scheme for accidents at work and occupational diseases. The importance of teleworking has tended to increase in

---

<sup>759</sup> CIICESI, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Politécnico do Porto. E-mail: [8180094@estg.ipp.pt](mailto:8180094@estg.ipp.pt)

<sup>760</sup> CIICESI, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Politécnico do Porto. E-mail: [scm@estg.ipp.pt](mailto:scm@estg.ipp.pt)

recent years, as the technological revolution has deepened and the use of telematic means has become widespread, and also with the COVID-19 pandemic, which implied the most intensive and mandatory resource to telework. Now, confronted with this phenomenon, the Portuguese legislator, destined and altered some rules of the CT to this contractual modality. In the field of work instruments and the payment of expenses inherent to teleworking, there is a concern to specify that it is the responsibility of the employer to provide the worker with the equipment and systems necessary to carry out the work, as well as to assume the costs and additional expenses results. We will see that, in this last part, some difficulties may arise in its practical implementation. Thus, throughout this work, we will address the figure of teleworking and its legal regime, provided for in the CT, highlighting the employer's obligations to provide equipment and systems and to compensate for additional expenses. In this regard, we bring some questions and possible solution, provided for in the recent Proposal for Law n° 15/XV/1, which amends labor legislation within the scope of the “Agenda do Trabalho Digno”. Finally, we will make a brief review of the solution found by the legislator, namely, to understand how the revision of the legal regime for teleworking was able to respond to the doubts that arose, with the new reality, with regard, in particular, to the instruments of work and paying additional expenses.

**Keywords:** telework; Law No. 83/2021, of December 6; work instruments; payment of expenses; Bill of Law n° 15/XV/1.

## 1. Breve enquadramento do teletrabalho em Portugal

A figura do teletrabalho foi introduzida no nosso ordenamento jurídico pelo CT de 2003, aprovado pela Lei n° 99/2003, de 27 de agosto, nos seus arts. 233° a 243°.

Essa foi inspirada no Acordo-Quadro Europeu sobre o teletrabalho, celebrado a 16 de julho de 2002, entre os parceiros sociais europeus (CES, UNICE/UEPAM e CEEP), que estabeleceu, à escala europeia, condições de trabalho para os teletrabalhadores com a mesma proteção concedida aos trabalhadores que exerciam as suas funções na empresa<sup>761</sup>.

Por sua vez, a Lei n° 7/2009, de 12 de fevereiro, que aprovou a revisão do CT, trouxe alterações ao regime do teletrabalho, passando este a ser regulado numa subsecção autónoma da secção dedicada aos contratos de trabalho especiais – subsecção V, arts. 165° a 171° –, inserindo como grandes inovações face à anterior legislação, “*a proteção dos trabalhadores vítimas de violência doméstica e as consequências do vício de forma*”<sup>762</sup>.

Até então, o regime jurídico do teletrabalho parecia ajustado, sendo a adesão a esta forma de prestação laboral, até ao início do ano de 2020, residual<sup>763</sup>. Contudo, a pandemia da

---

<sup>761</sup> DGERT. (2020). *Teletrabalho no contexto da negociação coletiva*. Consultado em 27 nov. 2022. Disponível em <https://www.dgert.gov.pt/wp-content/uploads/2020/10/DGERT-Teletrabalho-em-FOCO-1-de-2020.pdf>

<sup>762</sup> COELHO, B. R. (2019). *A aplicabilidade do regime jurídico do teletrabalho ao trabalho através de plataformas digitais* (Dissertação de Mestrado em Solicitadoria de Empresa). Instituto Politécnico de Leiria, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Leiria, p.6.

<sup>763</sup> De acordo com o Livro Verde sobre as Relações Laborais de 2016 existiam, em 2014, apenas 805 contratos de teletrabalho, os quais correspondiam a 0,05% do total do trabalho por conta de outrem e representavam menos de metade dos contratos de teletrabalho existentes em 2010. *Vide* DRAY, G. (2016). *Livro verde sobre as*

doença COVID-19 veio alterar de forma súbita esta realidade e, segundo dados divulgados pelo INE<sup>764</sup>, no 2º trimestre de 2020, a proporção de trabalhadores que trabalhou sempre ou quase sempre no domicílio chegou aos 23,1% no conjunto do território nacional, no equivalente a mais de um milhão de portugueses.

O regime do teletrabalho passou, portanto, a ter uma expressão mais significativa na vida laboral. Tal, provocou o levantamento de algumas das insuficiências regulatórias do regime, tornando imperiosa a sua regulamentação com mais detalhe, de forma a fazer face a essa nova realidade e às suas exigências<sup>765</sup>.

É neste contexto que foi publicada a Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, diploma que veio modificar o regime de teletrabalho, adaptando o CT nesta matéria com a alteração de alguns artigos e o aditamento de novos<sup>766</sup>.

## 2. O regime jurídico do teletrabalho

No CT, o teletrabalho é definido, no seu art.165<sup>o767</sup>, como a “*prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este, através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação*”.

Desta noção de teletrabalho, podemos retirar que o ordenamento jurídico português elege dois elementos estruturantes para a sua construção<sup>768</sup>: o *elemento geográfico ou topográfico* (trabalho realizado à distância) e o *elemento tecnológico ou instrumental* (recurso a tecnologias de

---

*relações laborais* (1ª ed.). Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, p.177.

<sup>764</sup> INE. (2021) *Acompanhamento do impacto social e económico da pandemia, 18º relatório semanal - Módulos ad hoc do Inquérito ao Emprego - Trabalho a partir de casa - 2º trimestre de 2020*. Consultado em 20 mar. 2022. Disponível em [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=445841978&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=445841978&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt)

<sup>765</sup> MOREIRA, T. C. & DRAY, G. (2022). *Livro verde sobre o futuro do trabalho 2021* (1ª ed.). Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, p.59.

<sup>766</sup> Neste diploma, é evidente que o legislador se preocupou em regular alguns aspetos de uma das modalidades de teletrabalhado, nomeadamente, o teletrabalho no domicílio, que correspondeu à referida obrigatoriedade de recurso a este meio de prestar trabalho durante a pandemia. Porém, importa referir que o teletrabalho abarca várias modalidades. Para desenvolvimento das mesmas, *vide* MARTINEZ, P. R. (2022). *Direito do Trabalho* (10ª ed.) Coimbra: Almedina, pp.676-677; LEITÃO, L. M. (2021). *Direito do Trabalho* (7ª ed.). Coimbra: Almedina, pp.538-539.; MOREIRA, T. C. (2021). Teletrabalho em tempos de pandemia: algumas questões. *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, 1(1), 1299-1329. Consultado em 10 de dez. 2022. Disponível em [https://idt.fdulisboa.pt/ridt/ridt-1/teletrabalho-em-tempos-de-pandemia-algumas-questoes/?doing\\_wp\\_cron=1673792571.1163909435272216796875](https://idt.fdulisboa.pt/ridt/ridt-1/teletrabalho-em-tempos-de-pandemia-algumas-questoes/?doing_wp_cron=1673792571.1163909435272216796875).

<sup>767</sup> Com a Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, o legislador alterou a noção de teletrabalho e acrescentou na epígrafe da norma “*e âmbito de aplicação*”. Isto, quer dizer que a noção, prevista no art.165º, tem a utilidade de delimitação do regime, ou seja, se a prestação de trabalho não cumprir com os requisitos previstos na noção, o regime de teletrabalho não se aplica.

<sup>768</sup> Para desenvolvimento desses dois elementos, *vide* RENDINHA, M. R. (2020). Teletrabalho 2020 ou o encanto de Janos. In M. R. Ramalho & T. C. Moreira (Coord.), *Covid-19 e Trabalho: o Dia Seguinte* (pp.39-48). Lisboa: AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, pp.41-46.

informação e de comunicação<sup>769</sup>), pelo que estes dois componentes são, necessariamente, cumulativos.

De ressaltar ainda que o regime do teletrabalho pressupõe a existência de subordinação jurídica, que se concretiza não no plano da relação presencial entre trabalhador e o empregador, mas mediante “o uso de instrumentos e processos comunicacionais de direção, seguimento e controlo das atividades do trabalhador à distância”<sup>770</sup>.

Uma inovação, nesta matéria, introduzida pela Lei n.º 83/2021, é o facto de que, para além das situações de trabalho subordinado, o regime do teletrabalho também se aplica a situações de trabalho à distância sem autoridade de outrem, desde que em regime de dependência económica (n.º 2 art.165º)<sup>771</sup>. Estas situações de trabalho sem subordinação jurídica correspondem ao trabalho autónomo/independente<sup>772</sup>, em relação ao qual se aplica parcialmente o regime do teletrabalho vigente, nomeadamente, as disposições referidas na norma supramencionada.

A prestação de trabalho em regime de teletrabalho pressupõe a celebração de um acordo escrito entre o empregador e o trabalhador, estabelecendo o n.º 2 do art.166º que o mesmo pode constar do contrato de trabalho inicial ou ser autónomo em relação a este<sup>773</sup>.

Podemos considerar que essa exigência de forma escrita constitui uma exceção ao princípio da liberdade de forma<sup>774</sup>, previsto no art.110º do CT. No entanto, a lei esclarece que a mesma tem apenas o propósito de servir de prova da estipulação do regime de teletrabalho (n.º 5 art.166º), levando a doutrina a afirmar que estamos perante uma formalidade *ad probationem*<sup>775</sup>.

---

<sup>769</sup> Esta característica consiste no principal elemento de distinção entre o teletrabalho e o trabalho no domicílio. Sobre este assunto, vide AMADO, J. L. (2022). *Contrato de Trabalho - Noções Básicas* (4ª ed). Coimbra: Almedina, pp.135-138.

<sup>770</sup> FERNANDES, A. M. (2022). *Direito do Trabalho* (21ª ed.). Coimbra: Almedina, p.245.

<sup>771</sup> Antes da entrada em vigor da Lei n.º 83/2021, ao teletrabalho independente aplicavam-se as regras gerais do CC sobre o contrato de prestação de serviços, nas modalidades do contrato de mandato ou do contrato de empreitada, consoante o tipo de atividade desenvolvida pelo trabalhador. Vide RAMALHO, M. R. P. (2022). *Direito do Trabalho - Parte II: Situações Laborais Individuais* (8ª ed.). Coimbra: Almedina, p.322.

<sup>772</sup> SILVA, R. G. (2022). *Novo Regime do Teletrabalho - Lei n.º 83/2021*. Consultado em 18 set. 2022. Disponível em <https://www.ruigoncalvessilva.com/trabalhos/novo-regime-do-teletrabalho-lei-n%C2%BA832021>

<sup>773</sup> O n.º 1 do art.116º do CT possibilita o exercício de atividade em regime de teletrabalho tanto a um trabalhador da empresa ou outro admitido para o feito. Portanto, no primeiro caso, o acordo pode consistir num aditamento ao contrato de trabalho e, no caso de trabalhador contratado para exercer as funções em regime de teletrabalho, o acordo constará do próprio contrato de trabalho.

<sup>774</sup> FALCÃO, D. & TOMÁS, S. T. (2021). *Lições de Direito do Trabalho - A relação individual de trabalho* (11ª ed. Revista e Atualizada). Coimbra: Almedina, p.54.

<sup>775</sup> BARATA, M. S. (2020). O regime jurídico do teletrabalho em Portugal. *Revista Ibérica do Direito*, 1(1), p.50.

O acordo de teletrabalho tem de definir o regime de permanência ou de alternância de períodos de trabalho à distância e de trabalho presencial (nº 3 do art.166º) e, ainda, deve conter e definir os elementos previstos no nº 4 do art.166º.

Em princípio, o teletrabalho funda-se na ideia de consenso de ambos os sujeitos. Neste sentido, o empregador não pode, baseado apenas no seu poder de direção, converter uma relação laboral típica numa relação telelaboral, assim como o trabalhador também não goza de tal direito de conversão unilateral<sup>776</sup>.

Todavia, tal não significa, que o legislador não possa prever expressamente situações em que a realização da atividade em teletrabalho se assume como um direito do trabalhador, desde que, naturalmente, o trabalho a prestar possa ser realizado nesses moldes<sup>777</sup>. Ora, entre nós, o legislador contempla situações desse tipo: o caso do trabalhador vítima de violência doméstica, previsto no nº 1 do art.166º-A do CT, e os casos do trabalhador com filho com idade até 3 ou 8 anos de idade, consagrados nos nºs 2 e 3 do mesmo preceito<sup>778</sup>.

## **2.1 A obrigação do empregador de disponibilizar equipamentos e sistemas**

Na linha do que era consagrado no regime anterior, mas com a especificação devida, o nº 1 do art.168º do CT prevê que o empregador é responsável pela disponibilização ao trabalhador dos equipamentos e sistemas necessários à realização do trabalho e à interação trabalhador-empregador<sup>779</sup>.

Essa obrigação a cargo do empregador, resultante do princípio da equiparação de tratamento<sup>780</sup>, pretende assegurar ao teletrabalhador que, à semelhança do que aconteceria se prestasse o seu trabalho na empresa, também, neste caso, o empregador disponibiliza-lhe os equipamentos indispensáveis à realização da atividade.

---

<sup>776</sup> AMADO, J. L. (2022). *Contrato de Trabalho - Noções Básicas* (4ª ed). Coimbra: Almedina, p.134.

<sup>777</sup> GOMES, M. I. (2020). O teletrabalho e as condições de trabalho: desafios e problemas. *E.Tec Yearbook - Artificial Intelligence & Robots*, pp.157-158. Consultado em 10 nov. 2022. Disponível em [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/79431/1/e\\_tek\\_yearbook\\_2020\\_FINAL.pdf](https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/79431/1/e_tek_yearbook_2020_FINAL.pdf)

<sup>778</sup> Este direito ao teletrabalho, sem necessidade de acordo, será alargado aos pais com crianças, independentemente das suas idades, com deficiência, doença crónica ou doença oncológica, conforme a Proposta de Lei nº 15/XV que prevê, entre outras, importantes alterações ao CT no âmbito da Agenda do Trabalho Digno.

<sup>779</sup> Acrescenta essa norma, que o acordo de teletrabalho deve especificar se esses instrumentos são fornecidos diretamente ou adquiridos pelo trabalhador, com a concordância do empregador acerca das suas características e preços. E, ainda, deve ser definida no acordo a propriedade dos instrumentos de trabalho, bem como o responsável pela respetiva instalação e manutenção (al. g) nº4 art.166º CT).

<sup>780</sup> O princípio da equiparação de tratamento entre teletrabalhador e trabalhador presencial, com a mesma categoria ou função idêntica, multiplica-se numa série de aspetos, com as necessárias adaptações, tais como os da duração do tempo de trabalho, à proteção de saúde e segurança no trabalho, à reparação de acidentes de trabalho, etc. *Vide* GOMES, M. I. (2022). Disponibilização de equipamentos e sistemas e compensação das despesas adicionais. *Revista Questões Laborais*, 1(60), pp. 109-110.

Coloca-se agora a questão de saber o que incluir nesse conjunto de equipamentos e sistemas a disponibilizar pelo empregador. Ora, sendo o recurso "*a tecnologias de informação e comunicação*" um elemento qualificador da noção de teletrabalho, e referindo-se o legislador no n.º 2 do art.168.º do CT ao "*uso dos equipamentos e sistemas informáticos ou telemáticos necessários à realização do trabalho*", esses meios parecem englobar, quer equipamentos informáticos (como, por exemplo, *computador, tablet, rato*), quer equipamentos telemáticos e de telecomunicações (como, por exemplo, *internet, telemóvel, fax*), quer ainda programas informáticos, aplicações e licenças<sup>781</sup>.

Apesar dessa obrigação de disponibilização de equipamentos e sistemas também se assumir como uma obrigação dinâmica a cargo do empregador, em que envolve a manutenção dos mesmos e o suporte técnico necessário à sua utilização (art.169.º-B n.º 1 als. d), e) e f) CT), a lei não deixou de se pronunciar quanto às condições de utilização e conservação desses por parte do trabalhador.

Nesse sentido, o trabalhador tem os deveres especiais de "*informar atempadamente a empresa de quaisquer avarias ou defeitos de funcionamento dos equipamentos e sistemas utilizados na prestação de trabalho*" e de "*respeitar e observar as restrições e os condicionamentos que o empregador defina previamente, no tocante ao uso para fins pessoais dos equipamentos e sistemas de trabalho fornecidos por aquele*" (als. a) e c) n.º 2 art.169.º-B CT).

Assim, para cumprimento desse último, o n.º 6 do art.168.º determina que, no caso de os equipamentos e sistemas utilizados no teletrabalho serem fornecidos pelo empregador, as condições para o uso dos mesmos, para além das necessidades do serviço, são as estabelecidas pelo regulamento interno a que se refere o n.º 9 do art.166.º<sup>782</sup>. No caso de inexistência deste ou do mesmo omitir as condições, estas são definidas no acordo escrito celebrado (n.º 7).

Portanto, esses equipamentos e sistemas, apesar de fornecidos pelo empregador, podem igualmente ser usados para fins pessoais, algo que também já era permitido antes da entrada em vigor da Lei n.º 83/2021. Todavia, o que agora está expressamente previsto é que

---

<sup>781</sup> GOMES, M. I. (2022). Disponibilização de equipamentos e sistemas e compensação das despesas adicionais. *Revista Questões Laborais*, 1(60), p.111.

<sup>782</sup> Dentro das necessidades do serviço, as condições para o uso desses equipamentos e sistemas obrigam o teletrabalhador a garantir a guarda, a conservação e a boa utilização dos mesmos. Trata-se do dever de custódia previsto genericamente na al. g) do n.º1 do art.128.º do CT, que, no contexto do teletrabalho, tem um sentido redobrado, pelo facto dos instrumentos de trabalho não estarem no alcance permanente do empregador. *Vide MARTINEZ, P. R. [et al.] – Código do Trabalho: Anotado*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, p.437.

tem de ficar definida essa utilização para fins pessoais, sob pena de não ser aplicada ao trabalhador qualquer sanção pela sua utilização, como resulta do nº 8 do art.168º do CT.

## **2.2 A obrigação do empregador de compensar as despesas adicionais**

Mercê da experiência e dos problemas práticos suscitados no decurso da pandemia, em que o regime de teletrabalho chegou a ser obrigatório, o novo regime preocupou-se em especificar de modo que seja, inequivocamente, da responsabilidade do empregador o assumir dos custos inerentes resultantes da prestação do trabalho em regime de teletrabalho.

Ora, o nº 2 do art.168º do CT estabelece que são integralmente compensadas pelo empregador todas as despesas adicionais que, comprovadamente, o trabalhador suporte como direta consequência da aquisição ou uso dos equipamentos e sistemas informáticos ou telemáticos necessários à realização do trabalho, incluindo os acréscimos de custos de energia e da rede instalada no local de trabalho em condições de velocidade compatível com as necessidades de comunicação de serviço, assim como os custos de manutenção dos mesmos equipamentos e sistemas<sup>783</sup>.

Ainda, para um melhor esclarecimento<sup>784</sup>, a lei agora prevê a definição de despesas adicionais no nº 3 do art.168º, considerando estas “*as correspondentes à aquisição de bens e ou serviços de que o trabalhador não dispunha antes da celebração do acordo, assim como as determinadas por comparação com as despesas homólogas do trabalhador no mesmo mês do último ano anterior à aplicação desse acordo*”.

Quanto ao pagamento da compensação devida por tais despesas, estabelece o nº4 do art.168º que este é devido imediatamente após a realização das despesas pelo trabalhador.

## **2.3. Alguns problemas práticos e possíveis resoluções: a Proposta de Lei nº15/XV/1**

Feita uma breve exposição da solução encontrada pelo legislador quanto aos instrumentos de trabalho e ao pagamento de despesas inerentes ao teletrabalho, confrontamo-nos, agora, com algumas dificuldades na sua concretização, sobretudo, quanto ao pagamento das despesas adicionais<sup>785</sup>.

---

<sup>783</sup> Face ao previsto na norma, parece-nos que englobam o tipo de "despesas adicionais" os acréscimos de *eletricidade*, de *internet* e de *comunicações*, assim como *tinteiros* e *papel*, no caso de tais bens se revelarem indispensáveis à realização do trabalho. Já, por exemplo, o *consumo de água* e a *climatização do ambiente*, onde o trabalho é realizado, não parecem estar incluídos.

<sup>784</sup> Antes da entrada em vigor do novo regime, o legislador fazia, apenas, menção que os empregadores tinham o dever de pagar as despesas que acrescessem aos trabalhadores que estivessem em regime de teletrabalho, não especificando, porém, que despesas eram essas. *Vide* art.168º nº1 CT2009.

<sup>785</sup> SAMPAIO, C. (2022). O teletrabalho: algumas considerações sobre os instrumentos de trabalho e o pagamento de despesas. In S. S. Machado (Coord.), *Relação laboral na era digital – Estudos* (pp.74-88). Londres: Novas Edições Académicas. ISBN: 978-620-5-50319-5.

No caso da modalidade de teletrabalho no domicílio, a exata quantificação das despesas pode ser difícil de determinar, pois o tipo de consumos em casa, como a *eletricidade* e a *internet*, tanto ocorrem em tempos de trabalho como em tempos de lazer. Logo, coloca-se a questão de como diferenciar os custos correspondentes a uns e a outros? E o empregador é apenas responsável pelo pagamento dos segundos?

Ora, como anteriormente mencionado, o legislador prevê a definição de despesas adicionais no n.º 3 do art.168.º do CT. Esta tem por base dois critérios<sup>786</sup>: o critério da aquisição, “*as correspondentes à aquisição de bens e ou serviços de que o trabalhador não dispunha antes da celebração do acordo*”; e o critério da comparação, “*as determinadas por comparação com as despesas homólogas do trabalhador no mesmo mês do último ano anterior à aplicação desse acordo*”.

Na parte dos equipamentos e sistemas de informação adquiridos pelo trabalhador, em que não existem despesas anteriores, a operação não reveste grande dificuldade. Porém, esta surge relativamente a despesas já existentes no domicílio, que podem ser bem mais complexas de determinar pelas oscilações na sua utilização.

Para esses casos, a lei refere, então, que se deve efetuar uma comparação relativamente às despesas homólogas do mesmo mês do ano anterior à aplicação do acordo de teletrabalho. Acontece que, com esta formulação, o legislador parece atender a determinados pressupostos que nem sempre se verificam e não considera as possíveis inconstâncias que podem ocorrer por força de vários motivos.

Por um lado, parte-se do pressuposto que o trabalhador não estava em teletrabalho, no mês comparável do ano anterior. Tal, não é seguro no primeiro de ano de aplicação da Lei n.º 83/2021, uma vez que a maior parte das pessoas, que desempenham funções suscetíveis de serem exercidas em teletrabalho, já estariam em teletrabalho, em consequência do período pandémico. Logo, se não tinham velocidade de *internet* suficiente, por exemplo, tiveram de atualizar nessa altura e, assim, a velocidade já se encontra ajustada na formalização do acordo de trabalho ao abrigo da lei, em 2022<sup>787</sup>.

Por outro lado, a lei não atende ao facto de poderem existir, no mesmo domicílio, vários trabalhadores que prestam atividade em teletrabalho e cujas oscilações dos custos de

---

<sup>786</sup> QUINTAS, P. & QUINTAS, H. (2022). *Manual de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho* (10ª ed.). Coimbra: Almedina, pp.73-74.

<sup>787</sup> Exemplificou, MADALENA CALDEIRA, intervenção oral proferida em 31/03/2022, no âmbito da conferência “*Teletrabalho e Direito a desligar: uma conversa inadiável*”, organizada pela Abreu Advogados.

eletricidade, por exemplo, poderem resultar desse facto<sup>788-789</sup>. Ou até mesmo essas oscilações decorrerem da aquisição de novos aparelhos com consumos significativos para este efeito, como *aquecedor, ar condicionado*, ou até um *automóvel elétrico*.

Face a essas dificuldades da lei, o regime do teletrabalho não passou despercebido na discussão da Agenda do Trabalho Digno, um processo que teve início em novembro do ano passado e que só terminou em fevereiro, culminando o trabalho dos deputados com o texto final que foi aprovado na Assembleia da República e que prevê, entre outras, importantes alterações ao CT.

Neste sentido, com a Proposta de Lei n.º 15/XV/1<sup>790</sup>, o supramencionado art.168º será alvo de alterações, nomeadamente, passará a estabelecer que o contrato de trabalho e o contrato coletivo de trabalho devem fixar na celebração do acordo para prestação de teletrabalho o valor da compensação devida ao trabalhador pelas despesas adicionais.

Ora, entendemos que, por questões de simplicidade e objetividade, essa será uma menção de extrema importância, permitindo assegurar uma maior estabilidade e certeza na relação laboral e evitar sobrecargas administrativas desnecessárias para empregadores e trabalhadores<sup>791</sup>.

Essa compensação, para efeitos fiscais, é considerada custo para o empregador e não constitui rendimento do trabalhador (n.º 5 art.168º), ou seja, deverá ser considerada não sujeita a IRS ou a contribuições para a Segurança Social. Porém, aprovado na Agenda do Trabalho Digno, essa consideração terá o "*limite do valor definido por portaria dos membros do governo responsáveis pelas áreas dos assuntos fiscais e segurança social*".

### **Considerações finais**

---

<sup>788</sup> Este regime beneficia claramente essas situações, pois "*prevalecendo a prova documental, parte das despesas acrescidas serão proporcionalmente maiores em relação ao período de tempo anterior, e, por outro lado, os benefícios económicos inerentes à compensação por parte da(s) entidade(s) empregadora(s) serão pagos na totalidade a cada indivíduo*". Vide FERNANDES, T. O. (2021). *O Teletrabalho e a Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro (breves considerações)*. Consultado em 12 jan. 2023. Disponível em <https://www.tofadvogados.com/post/o-teletrabalho-e-a-lei-n-%C2%BA-83-2021-de-6-de-dezembro-breves-considera%C3%A7%C3%B5es>

<sup>789</sup> Neste sentido, apesar da omissão da lei, somos da opinião que o mais sensato será fazer uma análise casuisticamente, tendo em conta o princípio da não duplicação da compensação destas despesas e os princípios gerais do direito aplicáveis, designadamente, o princípio da proporcionalidade e da adequação. Assim, por exemplo, poderá ser pré-estabelecido um acordo de pagamento entre os vários empregadores e os respetivos trabalhadores.

<sup>790</sup> Procede à alteração de legislação laboral no âmbito da Agenda de Trabalho Digno. Vide texto final da Proposta de Lei n.º 15/XV/1, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?BID=121579>

<sup>791</sup> O texto final da Agenda do Trabalho Digno introduz ainda que "*na ausência de acordo entre as partes sobre um valor fixo nos termos do número anterior, consideram-se despesas adicionais as correspondentes à aquisição de bens e ou serviços de que o trabalhador não dispunha antes da celebração do acordo a que se refere o artigo 166.º, assim como as determinadas por comparação com as despesas homólogas do trabalhador no último mês de trabalho em regime presencial*" (sublinhado nosso), eliminando, portanto, a definição de despesas adicionais prevista no atual n.º 3 do art.168º.

Em virtude do aprofundamento da revolução tecnológica e da generalização da utilização dos meios informáticos, assim como do surgimento da pandemia COVID-19, a partir de 2020, a importância da figura do teletrabalho tendeu a acentuar-se.

Esta corresponde a uma forma de trabalho cuja especificidade decorre da conjugação de um fator geográfico e de um fator funcional: o primeiro corresponde à separação espacial entre o trabalhador e o empregador; e o fator funcional ao tipo de prestação laborativa desenvolvida, que passa pelo recurso intensivo a tecnologias de informação e de comunicação.

A esta modalidade contratual, o nosso legislador destinou algumas normas do CT, nomeadamente, os artigos 165º a 171º. Essas normas sofreram uma revisão, no início de 2022, com a Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, entre elas, a norma referente aos instrumentos de trabalho e ao pagamento de despesas.

Relativamente ao pagamento das despesas, a aplicação do disposto na nova redação do art.168º do CT poderá suscitar algumas dificuldades práticas, por exemplo, em matéria de prova das despesas adicionais suportadas pelo teletrabalhador. Ainda assim, acreditamos que o preceito previsto na norma firma o princípio correto, no sentido que devem ser integralmente compensadas pelo empregador todas as despesas adicionais que, comprovadamente, o trabalhador suporte como direta consequência da aquisição ou uso dos equipamentos e sistemas informáticos ou telemáticos necessários à realização do trabalho.

Podemos, assim, concluir, para finalizar, que o legislador conseguiu, através da Lei nº 83/2021, de 6 de dezembro, pôr fim a algumas lacunas que se faziam sentir no regime do teletrabalho, como era o caso dos instrumentos de trabalho e do pagamento de despesas inerentes. Ainda, apesar de existir espaço para o esclarecimento de certas questões práticas, estas foram tomadas em conta na reforma laboral em curso com a Proposta de Lei nº15/XV/1, no âmbito da Agenda do Trabalho Digno.

### **Referências Bibliográficas**

AMADO, J. L. (2022). *Contrato de Trabalho - Noções Básicas* (4ª ed). Coimbra: Almedina. ISBN 978-989-40-0778-4.

BARATA, M. S. (2020). O regime jurídico do teletrabalho em Portugal. *Revista Ibérica do Direito*, 1(1), 46-52. ISSN 2184-7487.

COELHO, B. R. (2019). *A aplicabilidade do regime jurídico do teletrabalho ao trabalho através de plataformas digitais* (Dissertação de Mestrado em Solicitação de Empresa). Instituto Politécnico de Leiria, Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Leiria.

- DGERT. (2020). *Teletrabalho no contexto da negociação coletiva*. Consultado em 27 nov. 2022. Disponível em <https://www.dgert.gov.pt/wp-content/uploads/2020/10/DGERT-Teletrabalho-em-FOCO-1-de-2020.pdf>
- DRAY, G. (2016). *Livro verde sobre as relações laborais* (1ª ed.). Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social. ISBN: 978-972-704-403-0.
- FALCÃO, D. & TOMÁS, S. T. (2021). *Lições de Direito do Trabalho - A relação individual de trabalho* (11ª ed. Revista e Atualizada). Coimbra: Almedina. ISBN 978-989-40-0036.5.
- FERNANDES, A. M. (2022). *Direito do Trabalho* (21ª ed.). Coimbra: Almedina. ISBN 978-989-40-0379-3.
- FERNANDES, T. O. (2021). *O Teletrabalho e a Lei n.º 83/2021, de 6 de Dezembro (breves considerações)*. Consultado em 12 jan. 2023. Disponível em <https://www.tofadvogados.com/post/o-teletrabalho-e-a-lei-n-%C2%BA-83-2021-de-6-de-dezembro-breves-considera%C3%A7%C3%B5es>
- GOMES, M. I. (2020). O teletrabalho e as condições de trabalho: desafios e problemas. *E.Tec Yearbook - Artificial Intelligence & Robots*, 141-169. Consultado em 10 nov. 2022. Disponível em [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/79431/1/e\\_tek\\_yearbook\\_2020\\_FINAL.pdf](https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/79431/1/e_tek_yearbook_2020_FINAL.pdf)
- GOMES, M. I. (2022). Disponibilização de equipamentos e sistemas e compensação das despesas adicionais. *Revista Questões Laborais*, 1(60), 99-125. ISSN 0872-8267.
- INE. (2021) *Acompanhamento do impacto social e económico da pandemia, 18º relatório semanal - Módulos ad hoc do Inquérito ao Emprego - Trabalho a partir de casa - 2º trimestre de 2020*. Consultado em 20 mar. 2022. Disponível em [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaquas&DESTAQUESdest\\_boui=445841978&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaquas&DESTAQUESdest_boui=445841978&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt)
- LEITÃO, L. M. (2021). *Direito do Trabalho* (7ª ed.). Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-9379-6.
- MARTINEZ, P. R. (2022). *Direito do Trabalho* (10ª ed.) Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-0392-2.
- MARTINEZ, P. R., MONTEIRO, L. M., VASCONCELOS, J., BRITO, P. M., DRAY, G. M., SILVA, L. G. (2020). *Código do Trabalho: Anotado* (13ª ed.) Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-8498-5.
- MOREIRA, T. C. & DRAY, G. (2022). *Livro verde sobre o futuro do trabalho 2021* (1ª ed.). Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social. ISBN: 978-972-704-457-3.
- MOREIRA, T. C. (2021). Teletrabalho em tempos de pandemia: algumas questões. *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, 1(1), 1299-1329. Consultado em 10 de dez. 2022. Disponível em [https://idt.fdulisboa.pt/ridt/ridt-1/teletrabalho-em-tempos-de-pandemia-algumas-questoes/?doing\\_wp\\_cron=1673792571.1163909435272216796875](https://idt.fdulisboa.pt/ridt/ridt-1/teletrabalho-em-tempos-de-pandemia-algumas-questoes/?doing_wp_cron=1673792571.1163909435272216796875)
- RAMALHO, M. R. P. (2022). *Direito do Trabalho - Parte II: Situações Laborais Individuais* (8ª ed.). Coimbra: Almedina. ISBN 978-972-40-9855-5.

RENDINHA, M. R. (2020). Teletrabalho 2020 ou o encanto de Janos. In M. R. Ramalho & T. C. Moreira (Coord.), *Covid-19 e Trabalho: o Dia Seguinte* (pp.39-48). Lisboa: AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. ISBN 978-972-629-599-0.

SAMPAIO, C. (2022). O teletrabalho: algumas considerações sobre os instrumentos de trabalho e o pagamento de despesas. In S. S. Machado (Coord.), *Relação laboral na era digital – Estudos* (pp.74-88). Londres: Novas Edições Académicas. ISBN: 978-620-5-50319-5.

SILVA, R. G. (2022). *Novo Regime do Teletrabalho - Lei nº83/2021*. Consultado em 18 set. 2022. Disponível em <https://www.ruigoncalvessilva.com/trabalhos/novo-regime-do-teletrabalho-lei-n%C2%BA832021>

**CAPITALISMO DE PLATAFORMA E A PROTEÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL À SAÚDE MENTAL DOS PLATAFORMIZADOS – UMA  
BREVE ANÁLISE DOS RISCOS PSICOSSOCIAIS E TRANSTORNOS  
PSÍQUICOS**

**Platform capitalism and the protection of the fundamental right to mental health of  
platformists – an soon analysis of psychosocial risks and psychic disorders**

Cláudia M. F. De Vico Arantes da Silva<sup>792</sup>

**Sumário:** 1. O Futuro do Trabalho e o Trabalho no Futuro. 2. O Trabalho e as Plataformas Digitais. 3. Direito Fundamental à Saúde Mental do Trabalhador. 4. Riscos Psicossociais, Trabalhador Plataformizado e Transtornos Mentais 5. Considerações Finais.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo apresentar reflexões iniciais sobre a transformação das relações de trabalho no Brasil: reformas legislativas, utilização de aplicativos tecnológicos que intermediam mão-de-obra, inteligência artificial, robotização de serviços, crescimento do teletrabalho, uberização do trabalho etc., enfim, é tempo de repensar seus fundamentos. A temática é relevante e atual pois o trabalho é elemento inerente ao próprio ser humano e considerando-se uma estrutura global comum, as relações sociais perpassam, ao menos, por três vertentes: o trabalho, o gênero e a raça. Assim, considerando-se o direito fundamental à saúde do trabalhador, bem como, o direito ao meio ambiente do trabalho saudável, direitos estes constitucionalmente garantidos, pretende-se analisar o direito fundamental à saúde mental do trabalhador plataformizado. O estudo tem por fundamento a pesquisa teórica e descritiva, sendo organizado pelo método indutivo. À guisa de conclusão, denota-se que tendo em vista as características do trabalho plataformizado, tais circunstâncias pode afetar negativamente a saúde mental dos trabalhadores, ante a incidência de transtornos mentais

**Palavras-chave:** trabalho; plataformas digitais; saúde mental; riscos psicossociais; uberização.

**Abstract:** This work aims to present initial reflections on the transformation of labor relations in Brazil: legislative reforms, use of technological applications that intermediate labor, artificial intelligence, robotization of services, growth of telecommuting, uberization of work, etc. , finally, it is time to rethink its fundamentals. The theme is relevant and current because work is an inherent element of the human being and considering a common global structure, social relations pervade at least three aspects: work, gender and race. Thus, considering the fundamental right to health of the worker, as well as the right to a healthy work environment, rights that are constitutionally guaranteed, it is intended to analyze the fundamental right to mental health of the platform worker. The study is based on theoretical

---

<sup>792</sup> Mestre pela UENP – Universidade Estadual do Norte Pioneiro-PR. Pesquisadora integrante do Grupo GPCERTOS – Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais/UENP. Integra a Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil- Seccional do Estado do Paraná. Professora na FAE-Centro Universitário. Advogada. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1528-5243>. E-mail: [draclaudiadevico@gmail.com](mailto:draclaudiadevico@gmail.com).

and descriptive research, being organized by the inductive method. By way of conclusion, it is denoted that in view of the characteristics of platform work, such circumstances can negatively affect the mental health of workers, given the incidence of mental disorders.

**Keywords:** work; digital platforms; mental health; psychosocial risks; uberization.

## 1. O Futuro do Trabalho e o Trabalho no Futuro

O Direito do Trabalho no Brasil, e não somente aqui, está passando por momentos de grande transformação: reforma(s) trabalhista(s), reforma previdenciária, utilização crescente de sistemas de comunicação instantânea, aplicativos tecnológicos que intermediam mão-de-obra, uso massivo de inteligência artificial, robotização de serviços, quarta revolução industrial, uberização do trabalho etc., enfim, é tempo de repensar seus fundamentos.

Além das transformações mencionadas convém ressaltar que o chamado neoliberalismo tem causado o enfraquecimento das lutas de classe, há um claro esforço em pulverizar qualquer tipo de movimento em defesa dos direitos dos trabalhadores, ou seja, agora o inimigo do capital é o trabalhador e seus direitos.

Assim, o estudo do Direito do Trabalho somente pelo viés normativo-positivista não é suficiente para resolver e explicar os fenômenos atuais concernentes ao mercado de trabalho e seus movimentos, suas novas demandas e tecnologias. Ademais, a dogmática não tem protegido o trabalhador de modo integrado e satisfatório.

A temática é relevante e atual pois o trabalho é inerente ao próprio ser humano e segundo Aníbal Quijano, “desde a inserção da América no capitalismo mundial moderno/colonial, as pessoas se classificam e são classificadas segundo três linhas diferentes, mas articuladas em uma estrutura global comum pela colonialidade do poder: trabalho, gênero e raça”.<sup>793</sup>

O trabalho é direito fundamental, sendo que toda vez que é retirado do homem ou ainda quando é precarizado, o ser humano tem sua dignidade diminuída.

Todo e qualquer labor deve ser exercido em consonância com os princípios constitucionais do trabalho que tem por objetivo assegurar o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, sendo estes pilares do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

---

<sup>793</sup> QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del poder y clasificación social”. Em: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGUÉL, Ramón (eds.). *El giro descolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre; IESCO/Universidade Central; Instituto Pensar/Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 115.

O mercado de trabalho mudou e a tecnologia constitui-se como elemento integrante deste novo mundo do trabalho. Surge um novo modelo de organização do trabalho, a *gig economy*, sendo o trabalho organizado no modo *just-in-time*.<sup>794</sup> E, um dos maiores sinais dessa mudança disruptiva consiste no desenvolvimento de atividades econômicas em que aplicativos ou plataformas facilitam trocas de diversos produtos e serviços entre pessoas ou entre pessoas e empresas. A nomenclatura utilizada para referir-se ao fenômeno é variada, conforme a perspectiva adotada: economia de compartilhamento, economia colaborativa, consumo colaborativo, economia de bico, economia disruptiva, capitalismo de plataforma, economia de acesso, economia sob demanda, economia virtual, uberização, economia de plataforma, entre outras. O capitalismo do século XXI utiliza um tipo especial de matéria-prima: os dados.

Tais aplicativos e plataformas constituem-se em infraestruturas digitais que conectam pessoas, bens e serviços por meio de possíveis conexões entre dados previamente cadastrados. Assim, nesta linha de reflexão o recorte aqui realizado nesta pesquisa pretende abordar o trabalho informal realizado pelos trabalhadores plataformizados (em especial, “os motoristas/entregadores de aplicativo”, tais como os entregadores vinculados às plataformas Uber, UberEats, Rappi e Ifood) trabalho este que foge à concepção tradicional de relação de emprego, uma vez que não há, em tese, qualquer subordinação ou controle. Pelo contrário, o discurso veiculado pelas empresas proprietárias das plataformas é o da liberdade e autonomia.

Precariedade e sofrimento parecem caminhar juntos e o sofrimento mental no trabalho expõe o trabalhador ao chamado risco psicossocial, o qual é resultante das transformações organizativas, econômicas e políticas e que tem provocado o aumento significativo de patologias mentais, tais como: depressão, síndrome do pânico, transtornos de ansiedade, síndrome da fadiga crônica, síndrome de Burnout e até mesmo, nos casos mais graves, suicídios.

Além da doença em si, existe ainda o preconceito em relação a ela, o que aumenta ainda mais a angústia do trabalhador que enfrenta patologias dessa natureza, pois nem sempre os próprios colegas de trabalho e quanto mais o empregador entendem a gravidade

---

<sup>794</sup> A *gig economy* ou economia de bico nomeia hoje o mercado movido por uma imensidão de trabalhadores que aderem ao trabalho instável, sem identidade definida, pelos mais variados motivos, como por exemplo, o desemprego; e, o *just-in-time* é um mecanismo que possibilita às empresas a utilização da mão de obra de acordo com sua necessidade, a custos e encargos reduzidos.

e a seriedade deste tipo de transtorno; sem contar com o discurso existente e arraigado na sociedade como um todo, da culpa e fraqueza da vítima/trabalhador.

Existe um direito fundamental a saúde mental de todo e qualquer trabalhador que deve ser protegido, afinal decorre este do direito constitucional à saúde previsto na Constituição de 1988 e que dada a sua fundamentalidade deve ser garantido em toda relação de trabalho.

Além do direito fundamental à saúde mental existe um direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável previsto na Constituição Federal de 1988 no Artigo 200, inciso VIII.

E, sobre o conceito de meio ambiente do trabalho: “[...] no processo de globalização econômica, com o contexto político a ele inerente, fica cada vez mais difícil fazer qualquer separação entre o trabalho dentro da fábrica e fora dela”.<sup>795</sup>

Os números demonstram que os transtornos psíquicos são a terceira causa de afastamento do trabalho e a cada dia esta situação tem se agravado, o que tem causado um tempo de diminuição da vida produtiva deste trabalhador que se vê acometido por condições extremas em seu ambiente de trabalho, e por ficar doente, acaba perdendo sua capacidade de garantir sua sobrevivência e a de sua família. Sem contar o preconceito o qual é submetido.

Assim, é preciso enfrentar o problema, pois novas formas de violações de direitos humanos deste trabalhador surgem a cada dia e o trabalho intermediado pelas ditas plataformas parece expor os plataformizados a riscos psicossociais específicos.

## **2. O Trabalho e as Plataformas Digitais**

Os avanços tecnológicos experimentados nos últimos anos causaram significativas mudanças estruturais na sociedade e viabilizaram o surgimento de novas formas de trabalho.

O trabalho em plataformas digitais é uma forma de trabalho que envolve a utilização de plataformas *online* para conectar trabalhadores independentes a clientes em todo o mundo. Esse modelo de trabalho está baseado em dois eixos: os algoritmos<sup>796</sup> e os dados<sup>797</sup>, que por

---

<sup>795</sup> MACHADO, Sidnei. *O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa*. São Paulo: LTr, 2001, p. 66.

<sup>796</sup> Os algoritmos digitais consistem em uma sequência de instruções que informam o computador (ou o aplicativo) sobre o que fazer dentro de um conjunto de etapas precisamente definidas e de regras projetadas para realizar uma tarefa, gerem o trabalho humano e o subordinam as novas formas de controle. LIMA, J. C.; BRIDI, M. A. O trabalho digital e os trabalhadores. In: BRIDI, M. A.; LIMA, J. (org.) *Flexíveis, virtuais e precários? Os trabalhadores em tecnologias da informação*: Editora da UFPR, 2018.

<sup>797</sup> Um dado é a representação de uma variável, que pode ser quantitativa ou qualitativa, que indica um valor que é atribuído às coisas e é representado por uma sequência de símbolos, números ou letras.

meio de sistemas de classificação permitem que os trabalhadores sejam emparelhados com projetos e clientes que correspondam às suas habilidades e experiências.

Assim, a reflexão ora delineada parte da premissa existencial de um novo paradigma no direito do trabalho, marcado especialmente pelo processo de derrocada na garantia de direitos da classe operária, rompendo-se com um contexto protetivo historicamente delineado. Inicialmente esse fenômeno deve ser descrito a partir da chamada Economia do Compartilhamento.

Trata-se de uma nova onda de negócio que utiliza a internet para conectar consumidores com provedores de serviço para trocas no mundo físico, como aluguéis imobiliários de curta duração, entrega de alimentos, viagens de carro ou tarefas domésticas. Nessa construção, merece destaque as empresas Uber, 99, Airbnb e Ifood, cada uma mostrando um crescimento vertiginoso para sustentar a alegação de que estão desbancando as indústrias tradicionais de transporte, hotelaria e alimentação.

Os defensores dessa nova forma de se contratar e prestar serviços descrevem a Economia do Compartilhamento como verdadeiro movimento social, marcado pela mistura efetiva de comércio e causa no mundo digital, que contribui para a construção de uma sociedade mais promissora, não apenas por fornecer mais informação, mas por remodelar as formas de vida aproximando consumidores, produtos e serviços. Com o desenvolvimento de tais análises a pesquisa justifica-se sob um viés econômico.

Será necessário compreender histórica e processualmente o fenômeno, no contexto da flexibilização do trabalho e de décadas de políticas neoliberais que envolvem novas formas de organização do trabalho, eliminação de direitos trabalhistas, integração de mercados, liberação de fluxos financeiros e de investimento, além de novos modos de subjetivação de trabalhadores.

A partir de tais premissas é preciso se estabelecer uma observação do ponto de vista terminológico. Adota-se nesse estudo a expressão ‘plataformização do trabalho’, pois parte-se do pressuposto que a mesma descreve melhor o atual cenário do trabalho digital que a ‘uberização’, que tem sido difundida como metáfora, mas não recobre a multiplicidade de atividades de trabalho mediadas por plataformas além da própria Uber, pois há variedade de lógicas de extração de valor e características de trabalho.<sup>798</sup>

---

<sup>798</sup> Em que pese se reconheça a centralidade da Uber, o uso da metáfora ‘uberização’ pode contribuir com a invisibilidade de atividades de trabalho envolvidas em outras plataformas digitais. *In*: GROHMANN, Rafael. Plataformização do trabalho: entre a dataficação, a financeirização e a racionalidade neoliberal. *Revista Eptic*.

Num segundo recorte, a análise tem por foco o grupamento de entregadores e motoristas de aplicativo.<sup>799</sup>

Essa modalidade de trabalho pode assumir muitas formas, desde a realização de tarefas simples, como transcrever áudio ou editar vídeos, até projetos mais complexos, como desenvolver softwares ou criar campanhas de marketing digital. As plataformas digitais também podem oferecer aos trabalhadores uma variedade de opções de pagamento e horários flexíveis, o que pode ser atraente para pessoas que buscam autonomia em sua carreira ou para aqueles que precisam de uma renda extra.

A temática das condições de trabalho em plataformas digitais vem sendo objeto de acaloradas discussões no âmbito jurídico e pode apresentar desafios. Além disso, a concorrência pode ser intensa em algumas plataformas, o que pode levar a pressões para reduzir os preços, padrões de qualidade, bem como, proporcionar a realização de trabalho em condições totalmente desumanas.

Em suma, o trabalho em plataformas digitais é uma forma crescente de trabalho que oferece aos trabalhadores a flexibilidade de escolher projetos e horários que se adaptem às suas necessidades. No entanto, é importante estar ciente dos desafios que podem surgir e tomar medidas para proteger seus direitos e bem-estar como trabalhador independente.

Se por um lado esta modalidade de organização do trabalho tem se tornado cada vez mais popular em todo o mundo e oferece uma série de vantagens para trabalhadores, como a possibilidade de trabalhar em casa e horários flexíveis, o trabalho mediado por plataformas digitais também tem sido criticado por alguns, devido a preocupações com a falta de proteção trabalhista, salários baixos, falta de benefícios, segurança no trabalho e falta de estabilidade financeira. Além disso, os trabalhadores em plataformas digitais geralmente precisam arcar com suas próprias despesas, como equipamentos e ferramentas de trabalho, e não têm garantia de trabalho contínuo ou estabilidade de emprego.

As plataformas digitais também são frequentemente acusadas de explorar os trabalhadores, cobrando altas taxas e comissões e, muitas vezes, controlando as condições

---

Aracaju, v. 22, n. 1, p. 106-122, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/eptic/article/view/12188>. Acesso em: 20 set. 2020.

<sup>799</sup> A uberização ganha visibilidade com a atuação da empresa Uber, entre outras empresas que atuam por meio de plataformas digitais. O termo uberização é utilizado por muitos autores para se referir a um conjunto de transformações mais amplas do que apenas em relação ao transporte.

de trabalho e remuneração dos trabalhadores.<sup>800</sup> No Brasil, aguarda-se pela regulação da matéria<sup>801</sup>.

### 3. Direito Fundamental à Saúde Mental do Trabalhador

Todo trabalhador, antes mesmo de assim ser considerado, é um indivíduo titular de direitos fundamentais, entre eles a saúde, direito este garantido constitucionalmente, especificamente no artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

A Organização Mundial da Saúde, quando trata do tema, encampa uma conceituação de modo a referir a saúde como um estado de bem-estar físico, mental e social. Percebe-se, portanto, que a abrangência do conceito ultrapassa a faceta anteriormente delineada da saúde apenas como a ausência de doenças, mas propõe um estado de bem-estar que não se contém no domínio físico, ao contrário, agrega a higidez psíquica e o ambiente social.<sup>802</sup>

O direito fundamental à saúde mental do trabalhador não está expressamente consignado na Carta Cidadão de 1988, “no entanto, esta circunstância não significa descaso para com sua tutela, assegurada que é pela admissão do seu conteúdo prismático no sistema aberto aos direitos humanos constituído na forma do art. 5º, § 2º”.<sup>803</sup> Ele também é fundamentado no princípio da dignidade humana e implica que todo trabalhador tem o direito de trabalhar em um ambiente seguro e saudável, que não prejudique sua saúde física ou mental.

A saúde mental é um aspecto fundamental da saúde geral e bem-estar de uma pessoa, e é afetada por muitos fatores, incluindo o ambiente de trabalho. O ambiente de trabalho pode ter um impacto significativo na saúde mental dos trabalhadores, podendo levar a estresse, depressão, ansiedade e outros problemas de saúde mental.

---

<sup>800</sup> A baixa remuneração e jornada excessiva a que são submetidos motoristas e entregadores de aplicativos pelas grandes empresas como Uber, Rappi, 99 e Ifood, entre outras, pode ter um fim com a união desses trabalhadores e trabalhadoras contra a exploração. Em Minas Gerais, Sergipe e Mato Grosso do Sul motoristas decidiram criar seus próprios aplicativos em que se conectam com os clientes, sem precisar pagar as taxas abusivas das empresas. Cfr. MUNIZ, Marise. Para driblar exploração, trabalhadores por aplicativos criam os próprios APPs. **CUT-Brasil**, São Paulo, 17 set. 2021. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/para-driblar-exploracao-trabalhadores-por-aplicativos-criam-os-proprios-apps-493d>. Acesso em: 1º abr 2023.

<sup>801</sup> SÉRVIO, Gabriel. Regulamentação de trabalho por aplicativo pode sair ainda no 1º semestre.

<sup>802</sup> DEJOURS, C. Por um novo conceito de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v.14, n.54, p.7-11, abr./ jun.1986.

<sup>803</sup> PEREIRA, André Sousa. *Meio ambiente do trabalho e o direito à saúde mental do trabalhador: uma abordagem construtiva do meio ambiente do trabalho psicologicamente hígido a partir da relação entre os riscos psicossociais laborais e os transtornos mentais ocupacionais*. São Paulo: LTr, 2019.

Além do direito fundamental à saúde mental existe um direito fundamental ao meio ambiente de trabalho saudável previsto na Constituição Federal de 1988 no Artigo 200, inciso VIII.

E, sobre o conceito de meio ambiente do trabalho tem-se que abranger o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica e social que afetam o trabalhador no exercício de sua atividade laboral”.<sup>804</sup>

A proteção à saúde mental do trabalhador passa necessariamente pelo monitoramento dos riscos psicossociais a que o indivíduo está exposto no seu ambiente de trabalho.

Na relação saúde-trabalho-ambiente impende “a compreensão quanto às interações subjetivas concretizadas entre o trabalhador e os múltiplos fatores de risco labor ambientais [...] bem como, dos seus reflexos na saúde psíquica do ser que labora...”<sup>805</sup>

De outro viés, os empregadores têm a responsabilidade legal de proteger a saúde mental de seus trabalhadores, incluindo a prevenção de assédio moral e sexual, a promoção de um ambiente de trabalho positivo e o fornecimento de recursos e suporte para aqueles que precisam de ajuda. Os trabalhadores também têm o direito de se recusar a trabalhar em situações que possam prejudicar sua saúde mental ou física.

Além disso, os governos têm a responsabilidade de promover a saúde mental e prevenir a violência e o assédio no ambiente de trabalho, por meio da implementação de leis e políticas de proteção à saúde mental dos trabalhadores.

Em resumo, o direito fundamental à saúde mental do trabalhador é essencial para garantir a segurança e o bem-estar dos trabalhadores. É uma responsabilidade compartilhada pelos empregadores, trabalhadores e governos para garantir um ambiente de trabalho saudável e seguro para todos.

#### **4. Riscos Psicossociais, Trabalhador Plataformizado e Transtornos Mentais**

O mercado de trabalho mudou e a tecnologia constitui-se como elemento integrante deste novo mundo do trabalho. A par disso, existe um direito fundamental à saúde mental que deve ser protegido, afinal decorre este do direito constitucional à saúde previsto na

---

<sup>804</sup> FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de direito ambiental...*, p. 57, apud SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. *Curso de direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

<sup>805</sup> PEREIRA, André Sousa. *Meio ambiente do trabalho e o direito à saúde mental do trabalhador: uma abordagem construtiva do meio ambiente do trabalho psicologicamente hígido a partir da relação entre os riscos psicossociais laborais e os transtornos mentais ocupacionais*. São Paulo: LTr, 2019, p. 208.

Constituição Federal de 1988 e que dada a sua fundamentalidade deve ser garantido em toda relação de trabalho. É preciso enfrentar o problema, pois novas formas de violações de direitos humanos dos trabalhadores surgem a cada dia e o trabalho intermediado pelas plataformas parece expor os plataformizados a riscos psicossociais específicos.

Quanto aos riscos psicossociais referem-se a transformações organizativas e técnicas e estão diretamente ligados ao novo mundo do trabalho, tais como a utilização de novas tecnologias, sobrecarga de trabalho, excesso de exigências, novos formatos de contrato de trabalho, insegurança no emprego, maior vulnerabilidade dos trabalhadores no contexto da globalização e envelhecimento da mão de obra.<sup>806</sup>

A OIT, em trabalho conjunto com a OMS, em 1984 (publicado em 1986) apresentou classificações específicas que permitem uma melhor compreensão sobre tais fatores, agrupando os referidos riscos em seis grupos: i) sobrecarga quantitativa; ii) carga qualitativa insuficiente; iii) falta de controle sobre o trabalho; iv) falta de apoio social em casa ou por parte da chefia e dos colegas de trabalho; v) papéis/funções conflitantes; vi) estressores físicos.<sup>807</sup> Segundo Pereira (2019) “tais fatores de risco se materializam por meio de características ou condições do trabalho que possuem a aptidão de produzir danos à saúde mental do trabalhador”.<sup>808</sup>

No que tange ao nexo de causalidade entre os riscos psicossociais e os transtornos mentais deve-se analisar a questão proposta à luz da teoria da causalidade adequada, que já é aplicada em matéria previdenciária. Com base nesta teoria, a causa (riscos psicossociais) seria o antecedente fático que, ligado ao efeito danoso (transtornos mentais) por uma necessidade lógica, detém adequação para a produção do resultado. A causalidade jurídica assim é firmada com base na probabilidade aferida abstratamente, através do fator de adequação, que por sua vez, tem seu conteúdo posto pelas máximas de experiência, pela verificação estatística e probabilidade<sup>809</sup>.

Diante disso, na era do capitalismo tecnológico, onde o trabalhador deve estar continuamente à disposição e conectado ao trabalho, tal circunstância, entre outras, tem provocado seu adoecimento. Ademais, a pandemia que levou milhares de trabalhadores a

---

<sup>806</sup> BARUKI, Luciana Veloso. *Riscos Psicossociais e Saúde Mental do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2018, p. 114.

<sup>807</sup> BARUKI, Luciana Veloso. *Riscos Psicossociais e Saúde Mental do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2018, p. 41.

<sup>808</sup> PEREIRA, André Sousa. *Meio Ambiente do Trabalho e o Direito à Saúde Mental do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2019, p. 152.

<sup>809</sup> PEREIRA, André Sousa. *Meio Ambiente do Trabalho e o Direito à Saúde Mental do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2019, p. 188.

alterações significativas em suas rotinas de trabalho parece tornar ainda mais relevante a reflexão sobre a saúde mental dos obreiros.

Assim, neste viés a tecnologia parece estimular a desigualdade. As patologias mentais podem ser causadas pelas características peculiares desta espécie de relação de trabalho, na qual os trabalhadores atraídos por um falso discurso de independência e liberdade, vivem constantemente inseguros, com receio por exemplo de serem excluídos da plataforma e apreensivos quanto à avaliação realizada pelo usuário do aplicativo. Sem contar ainda, que tais trabalhadores (os entregadores) estão vulneráveis a assaltos e violência.<sup>810</sup>

Como referencial técnico, a título de exemplo, pode-se utilizar a Lista A do Anexo II do Regulamento da Previdência Social<sup>811</sup>, especificamente nos itens VI e X que elencam com agentes causadores de transtornos mentais: condições difíceis de trabalho, ameaça de perda do emprego, ritmo de trabalho penoso e “outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho.

O estudo perpassa pelo campo da Psicodinâmica do Trabalho, abordada por Christophe Dejours a partir dos anos de 1990, na França, a qual baseia-se nas relações entre a organização do trabalho e o processo de subjetivação, com ênfase nas vivências de prazer e de sofrimento capazes de promover a saúde ou induzir ao adoecimento do trabalhador.

Em pesquisa realizada pela Clínica de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Paraná, dados preliminares de questionário aplicado a 493 trabalhadores de plataformas digitais, mostraram informações relevantes: 22,20% dos entrevistados relataram problemas de ansiedade; sentimento de insegurança ou medo do futuro foram citados por 18,82% e stress intenso ou esgotamento físico e emocional por 17,97%.<sup>812</sup>

Apenas a título de referência sobre o assunto o afastamento do trabalhador formal devido às patologias mentais é a terceira causa de afastamento do trabalho, segundo relatório

---

<sup>810</sup> A violência abala o segmento de transporte por aplicativo. No comparativo entre os primeiros meses de 2021 e 2022, subiram em 250% os casos de morte de motoristas de aplicativos devido a ataques violentos na capital paulista. Segundo levantamento da TV Globo divulgado no jornal "SP1", entre janeiro e maio de 2021, 11 motoristas foram vítimas de violência na capital paulista, dos quais três ficaram feridos e dois morreram. No mesmo período em 2022, já são 12 casos, com um motorista ferido e cinco mortes. BIANCHIN, Vitor. Mortes de motoristas de aplicativo por violência em São Paulo sobem 250%. **Mobility Now**. São Paulo: 3 mai 2022. Disponível em: <https://automotivebusiness.com.br/pt/posts/mobility-now/mortes-de-motoristas-de-aplicativo-por-violencia-em-sao-paulo-sobem-250/> Acesso em: 1º abr 2023.

<sup>811</sup> BRASIL. Decreto 3048/99, de 6 de maio de 1.999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. In: Portal da Legislação. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em 31 mar. 2023.

<sup>812</sup> MACHADO, Sidnei; ZANONI, Alexandre Pilan (organizadores) *O trabalho controlado por plataformas digitais: dimensões, perfis e direitos* [meio eletrônico]; vários autores. - UFPR - Clínica Direito do Trabalho: Curitiba, 2022, p. 324.

do Ministério da Saúde publicado em 2017, correspondendo a 9% da concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, de acordo com dados do 1º Boletim Quadrimestral sobre Benefícios por Incapacidade (Secretaria de Previdência/Ministério da Fazenda/2017)<sup>813</sup>. Ainda, há notícia que nos últimos cinco anos os números de afastamento em virtude de transtornos mentais aumentaram em 50%.<sup>814</sup>

Nesse viés, do adoecimento mental do trabalhador, que medidas podem ser efetivadas a fim proteger o trabalhador, bem como, proporcionar a estes trabalhadores um ambiente de trabalho minimamente saudável? A possível resposta correlaciona-se a um outro questionamento: como qualificar juridicamente essa relação, a do trabalhador plataformizado?

A *prima facie* os alicerces da resposta à problemática apresentada concentram-se nos seguintes eixos: adoção de medidas efetivas para a concretização do direito fundamental à saúde mental do trabalhador plataformizado, necessidade de formulação/reformulação da legislação sobre as medidas de segurança, saúde e proteção social deste trabalhador, fiscalização das empresas atuantes no setor, promoção do diálogo social, compreendido neste a conversa com as bases, com as empresas proprietárias das plataformas e mais transparência (inclusive algorítmica) na relação plataforma-trabalhador.

## 5. Considerações Finais

Não é possível esgotar neste pequeno ensaio toda a reflexão e pesquisa que o tema requer, considerando-se que as questões derivadas desse panorama de riscos sociais impõem um conjunto de desafios políticos, institucionais e jurídicos.

O que se pode afirmar é que as transformações ocorridas nas relações de trabalho no século XXI, em tempos de quarta revolução industrial, exige que tal relação jurídica seja encarada e estudada em outras perspectivas. É necessário atentar-se para o fato que existe um direito fundamental à saúde mental do trabalhador que deve ser protegido e efetivado.

As novas tecnologias devem servir ao homem e não o adoecer. A utilização das ferramentas tecnológicas de trabalho, tais como os aplicativos que intermediam e controlam

---

<sup>813</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. 1º Boletim Quadrimestral sobre Benefícios por Incapacidade. Brasília, 2017.

[http://www.blog.saude.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=52979&catid=579&Itemid=50218](http://www.blog.saude.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=52979&catid=579&Itemid=50218). Acesso em 21 ago 2022.

<sup>814</sup> MUNIZ. Marise. Em 5 anos, número de afastamentos por transtornos mentais cresce mais de 50%. CUT – Brasil. São Paulo, 1 set. 2022. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/em-5-anos-numero-de-afastamentos-por-transtornos-mentais-cresce-mais-de-50-7fe5>. Acesso em: 31 mar. 2023.

essa mão-de-obra do trabalho plataformizado, aumentou a competitividade e as empresas precisam adaptar-se a este novo cenário econômico, mas isto não pode ocorrer de modo sacrificial para o obreiro.

O trabalho é bem indispensável à existência do ser humano e consiste em fator integrador de sua própria dignidade. Trabalhar com dignidade significa trabalhar em condições que não lesem sua saúde.

O controle ininterrupto, a insegurança quanto à perda de sua fonte de sustento, o medo da violência, entre outros, são riscos psicossociais que podem adoecer o trabalhador plataformizado, causando-lhe transtornos psíquicos, tais como: ansiedade, depressão, estresse crônico, síndrome do pânico e nos casos mais graves até mesmo o suicídio.

O direito à saúde está previsto na Constituição e de sua expressão conceitual e jurídica decorre o direito à saúde mental do trabalhador que deve ser protegido enquanto tais relações não são transformadas a ponto de a opressão do capital deixar de desumanizar o trabalhador. Além do direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 prevê alguns pilares que devem nortear a ordem econômica brasileira: a dignidade da pessoa, humana, o valor social do trabalho e um ambiente laboral saudável.

Urge a necessidade de concretização de direitos fundamentais, e entre estes, o direito fundamental à saúde mental dos trabalhadores, a partir de alicerces de proteção para um regime preventivo das doenças ocupacionais que afetam diretamente a saúde mental do ser humano, criando assim obrigações a serem cumpridas pelos proprietários das plataformas no sentido de serem compelidos a proporcionarem um ambiente de trabalho mais saudável e menos opressor.

### **Referências Bibliográficas**

ABILIO, Luciana Costek. Uberização do trabalho: subsunção real da viração. *Passa Palavra*. São Paulo, 19 fev. 2017. Disponível em: <http://passapalavra.info/2017/02/110685>>. Acesso em: 15, ago., 2021.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e Miséria do Trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e apropriação da vida, o mosaico da exploração*. Org. Ricardo Antunes. São Paulo: Boitempo, 2019.

BARUKI, Luciana Veloso. *Riscos Psicossociais e Saúde Mental do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. *1º Boletim Quadrimestral sobre Benefícios por Incapacidade*. Brasília, 2017. [http://www.blog.saude.gov.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=52979&catid=579&Itemid=50218](http://www.blog.saude.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=52979&catid=579&Itemid=50218). Acesso em 21 ago 2022.

- BROWN, W. *Cidadania sacrificial: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Coleção Pequena Biblioteca de Ensaios. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da. *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília: ESMPU, 2020.
- DEJOURS, C. Por um novo conceito de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v.14, n.54, p.7-11, abr./ jun.1986.
- DEJOURS, Christophe. *A Loucura do Trabalho. Estudo de Psicopatologia do Trabalho*. Tradução de Ana Isabel Paraguay, Lúcia Leal Ferreira. 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2015.
- DELGALDO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. O Direito do Trabalho na contemporaneidade: clássicas funções e novos desafios. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017.
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. World Employment and Social Outlook 2021: The role of digital labour platforms in transforming the world of work. International Labour Office – Geneva, 2021.
- KALIL, Bernardi Renan. *Capitalismo de plataforma e Direito do Trabalho: crowdwork e trabalhado sob demanda por meio de aplicativos*. Tese de Doutorado. Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP. São Paulo, 2015.
- MACHADO, Sidnei. *O direito à proteção ao meio ambiente de trabalho no Brasil: os desafios para a construção de uma racionalidade normativa*. São Paulo: LTr, 2001.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo: Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, 2019.
- OLIVEIRA, S.G. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. São Paulo. 3.ed. São Paulo: LTr, 2002.
- PEREIRA, André Sousa. *Meio Ambiente do Trabalho e o Direito à Saúde Mental do Trabalhador*. São Paulo: LTr, 2019.
- POCHMANN, Márcio. *O Emprego na Globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo, 2001.
- QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del poder y clasificación social”. Em: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (eds.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre; IESCO/Universidad Central; Instituto Pensar/Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- REIS, Daniela Muradas; CORASSA, Eugênio Delmaestro. Aplicativos de transporte e plataforma de controle: o mito da tecnologia disruptiva do emprego e a subordinação por algoritmos. In: LEME, Ana Carolina Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017.
- SRNICEK, Nick. *Capitalismo de plataformas*. 1ª. ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Caja Negra, 2018.
- SUNDARARAJAN, Arun. *Economia compartilhada. O fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão*. Tradução de André Botelho. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2018.

# CONTRATOS, RESPONSABILIDADE E NOVAS TECNOLOGIAS

## Civil Liability of the digital influencer

Claudia Serpa Costa Ribeiro Fleischhauer<sup>815</sup>

Alessandra Lorenzon Almeida Barreto<sup>816</sup>

**Sumário:** Introdução. 1 O influenciador digital. 2 Diferença entre influenciador digital e celebridade. 3 Da relação jurídica entre os influenciadores digitais e os seguidores. 4 A responsabilidade civil dos influenciadores digitais na relação de consumo. 5 Das normas internacionais. 6 Legislação pátria. Conclusão.

**Resumo:** Evidencia-se a necessidade de se aprofundar na pesquisa relativa à responsabilidade civil do digital influencer, uma vez que atualmente o mundo virtual tem se mostrando um grande comércio em razão dos meios de marketing, propagandas e outras ferramentas para chamar a atenção das pessoas com o propósito de levá-las ao consumo pela via digital. A evolução digital chegou ao ponto do surgimento de uma nova “profissão”: a dos influenciadores digitais. Nesta nova categoria, que vem se popularizando rapidamente, é utilizado o carisma e persuasão, sempre com o objetivo de convencer seguidores a comprarem determinados produtos. Importante destacar que existe uma relação de consumo entre os influencers e seus seguidores, visto que os primeiros vendem, indicam os produtos e os seguidores compram o que está na prateleira virtual. Logo, por via de consequência, podem ser responsabilizados por eventuais danos aos consumidores. Apesar de existir um controle realizado pelo Estado, através do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, tal fiscalização se mostra cada vez mais difícil, por ser um mercado que se utiliza de técnicas obscuras de publicização de produtos e serviços, como é o caso da utilização da ciência neurológica para influenciar o padrão de consumo: o neuromarketing. As mídias (fotos, vídeos) são trazidas pelo mercado e são adquiridas como necessárias pelos sujeitos consumidores, fomentando o desejo no consumo. É nesse sentido que se menciona que a publicidade, utilizando-se do espetáculo, é um mecanismo robusto do mercado para a aquisição de bens, o que faz com que seja possível o consumidor ser alienado quanto ao consumo consciente. Nesse contexto, deve-se verificar os influenciadores digitais, que de certa forma, publicizam produtos ou serviços, podem ser responsabilizados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quando da ocorrência de algum dano ou vício no bem trazido a público por eles. Mediante a este cenário, acelerou-se a necessidade de regulamentar claramente esta relação. A presente pesquisa tem por objetivo discutir sobre a responsabilidade civil em caso de divulgação de produtos, além dos direitos do consumidor, pois se trata de um direito presente na Carta Magna. Cuida-se de um problema não restrito à realidade brasileira, uma vez que a cultura é globalizada com ênfase no capitalismo e no mercado de consumo, a partir da expansão da informação, especialmente da internet. Quanto à metodologia, o trabalho será baseado na pesquisa descritiva, jurisprudência, apoio doutrinário nacional e internacional, documentos e diplomas normativos pátrios e estrangeiros, adotando-se o método de pesquisa crítico-dialético.

---

<sup>815</sup> Mestre. UNESA – Universidade Estácio de Sá/RJ. professoraclaudiaserpa@gmail.com

<sup>816</sup> Pós-graduada – Universidade Estácio de Sá/RJ. alessandrabarreto@gmail.com

**Palavras-Chave:** Responsabilidade Civil; Influenciador Digital; Vício do produto ou serviço; Mídias Sociais

**Abstract:** It is evident the need to deepen the research on the civil liability of the digital influencer, since currently the virtual world is proving to be a great commerce due to the means of marketing, advertisements and other tools to draw the attention of people with the purpose of bringing them to consumption digitally. Digital evolution has reached the point where a new “profession” has emerged: that of digital influencers. In this new category, which is rapidly becoming popular, charisma and persuasion are used, always with the aim of convincing followers to buy certain products. It is worth highlighting that there is a consumerist relationship between influencers and their followers, since the former sell, indicate the products and the followers buy what is on the virtual shelf. Therefore, as a consequence, they may be liable for any damages to consumers. Even though that there is control carried out by the State, through the National Advertising Self-Regulation Council, such inspection is proving to be increasingly difficult, as it is a market that uses obscure techniques for advertising products and services, as is the case with the use of neurological science to influence consumption pattern: neuromarketing. Media (photos, videos) are brought by the market and are acquired as necessary by consumer subjects, fostering desire in consumption. It is in this sense that it is mentioned that advertising, using the spectacle, is a robust market mechanism for the acquisition of goods, which makes it possible for the consumer to be alienated in terms of conscious consumption. In this context, it should be verified that digital influencers, who, in a way, advertise products or services, can be held responsible by the Consumer Protection and Defense Code, when there is any damage or defect in the good made public by them. Against this backdrop, the need to clearly regulate this relationship has accelerated. This research aims to discuss civil liability in case of product disclosure, in addition to consumer rights, as it is a right present in the Magna Carta. This is a problem that is not restricted to the Brazilian reality, since culture is globalized with an emphasis on capitalism and the consumer market, based on the expansion of information, especially the internet. As for the methodology, the work will be based on descriptive research, jurisprudence, national and international doctrinal support, national and foreign normative documents and diplomas, adopting the critical-dialectical research method.

**Keywords:** Civil Liability; Digital Influencer; Addiction to the product or service; Social media.

## Introdução

Com o desenvolvimento da internet, principalmente no que diz respeito ao comércio digital e à sociedade de consumo, inevitavelmente, esses mundos se encontraram: o da publicidade, do marketing, o do comércio digital com o dos influenciadores digitais. Ainda que não seja uma profissão regulamentada, munido de lei própria que disciplina as suas e as relações formadas entre estes e as empresas que os contratam, bem como com aqueles que consomem os produtos divulgados nos chamados publiposts, algumas leis esparsas são aplicadas a fim de proteger tais relações. São elas: o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor, a legislação do CONAR, o Marco Civil da Internet, dentre outras.

## **1. O influenciador digital**

O influenciador digital nada mais é do que uma pessoa que se destaca em uma determinada rede social, influenciando milhares ou até milhões de pessoas.

A maioria dos influencers são criadores de conteúdo, mostram suas rotinas e suas experiências. As plataformas digitais permitem que a proximidade seja tão grande que os expectadores se sentem presentes na rotina daqueles que acompanham. "Uma das consequências da utilização dessas redes sociais consiste na virtualização das relações sociais, em que é possível ao receptor participar da vida do emissor, sem que haja um contato pessoal." (SILVA; SCHWARTZ, 2018, p. 676).

## **2. Diferença entre influenciador digital e celebridade**

Celebridades e influenciadores digitais são figuras públicas que têm influência sobre seus seguidores, mas há algumas diferenças fundamentais entre eles. Sendo elas:

**Origem da fama:** Celebridades são conhecidas por sua atuação em áreas como cinema, televisão, música, esportes, entre outros. Já os influenciadores digitais são conhecidos por sua presença na mídia social, geralmente por meio de publicações em blogs, vlogs ou postagens em redes sociais.

**Público-alvo:** Celebridades têm um público mais amplo e diverso, incluindo fãs de suas atividades artísticas ou esportivas. Já os influenciadores digitais tendem a ter um público mais específico, com base em seus interesses, hobbies e estilo de vida.

**Forma de engajamento:** Celebridades geralmente têm uma relação mais distante com seus fãs enquanto os influenciadores digitais tendem a ter uma relação mais próxima e pessoal com seus seguidores, compartilhando detalhes de sua vida pessoal, comportamentos e tendências, indicando produtos e/ou serviços e compartilhando ideias, interagindo com eles através de comentários e mensagens diretas.

**Fonte de renda:** Celebridades geralmente obtêm sua renda principalmente de suas atividades artísticas ou esportivas, enquanto os influenciadores digitais geram renda principalmente através de parcerias com marcas e patrocínios de produtos.

No entanto, importante salientar que o número de seguidores não define se o dono do perfil é um influenciador e, sim, o quanto este consegue mobilizar as pessoas, e influir em seus comportamentos e opiniões. Por isso, apesar de famosos como jogadores de futebol,

atores, cantores, entre outros, terem um número significativo de seguidores, não geram necessariamente mobilização nas redes.

### **3. Da relação jurídica entre os influenciadores digitais e os seguidores**

A relação entre influenciadores digitais e seus seguidores pode ser considerada uma relação de consumo, dependendo da natureza da atividade desempenhada pelo influenciador e da forma como ele se relaciona com seus seguidores. No entanto, ainda não há uma consolidação jurídica sobre este assunto, por isso pode haver variações de acordo com o país ou a região em análise. Algumas questões, como a responsabilidade pelo conteúdo publicado e as obrigações de transparência, ainda precisam ser regulamentadas.

Entretanto, o CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, organização não governamental, busca promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial, classificando a atividade realizada pelos influenciadores digitais nas redes sociais, por meio dos *publipost*, como anúncio publicitário (conceituado no art. 18 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária), *in verbis*:

*Artigo 18 Para os efeitos deste Código: a palavra anúncio é aplicada em seu sentido lato, abrangendo qualquer espécie de publicidade, seja qual for o meio que a veicule. Embalagens, rótulos, folhetos e material de ponto-de-venda são, para esse efeito, formas de publicidade. A palavra anúncio só abrange, todavia, a publicidade realizada em espaço ou tempo pagos pelo Anunciante; a palavra produto inclui bens, serviços, facilidades, instituições, conceitos ou ideias que sejam promovidos pela publicidade; a palavra consumidor refere-se a toda pessoa que possa ser atingida pelo anúncio, seja como consumidor final, público intermediário ou usuário.*

Assim, anúncio publicitário é toda e qualquer forma de publicidade, independentemente do meio em que é propagada. Os influenciadores digitais utilizam as plataformas digitais, como Instagram, YouTube, TikTok e blogs, para divulgação da publicidade. Na mesma vertente, o produto é considerado como bens, serviços, facilidades, instituições, até mesmo ideias, promovidos pela publicidade. Sendo assim, tudo que os influencers divulgam nas mídias, com a intenção de vender, comercializar e divulgar, é considerado produto. Assim, segundo o CONAR, consumidor é toda pessoa atingível pelo anúncio, como consumidor final, público intermediário ou usuário. Assim, entende-se que, os chamados seguidores, aqueles que acompanham os conteúdos produzidos pelos influencers, são considerados consumidores, uma vez que são diretamente “afetados” pelos anúncios publicitários nas mídias sociais daqueles. São o público-alvo do anúncio.

As publicações, na maioria das vezes, são feitas através do Instagram, aplicativo utilizado por milhões de pessoas em todo o mundo. Com a conta criada no perfil empresa ou criador de conteúdo, dispõe-se de uma série de ferramentas, tanto para controlar o alcance das postagens, como também diferentes formas de realizar uma postagem. E, atualmente, esse mecanismo é muito utilizado para fazer propaganda de algum produto ou serviço, muitas vezes de maneira bastante informal e sem parecer tratar-se de uma publicidade. Através dos chamados recebidos (amostras/presentes), que são enviados pelas marcas ou lojas e mostrados pelo influenciador, ou até mesmo vídeos do dia a dia, exibindo que está utilizando determinado produto, comentando os seus benefícios ou qualidades, e ainda disponibilizando cupons de descontos.

Sobre a questão:

“A simples exposição de mensagens vinculadas a opiniões e situações do dia a dia influencia os receptores de maneira tal que o reconhecimento de determinado indivíduo não significa apenas a fama, a rede social sendo vista como uma vitrina de opiniões e aceitações, torna-a um mercado, em que a exposição de pessoas influencia não apenas no ser, mas no ter e no poder ter”. (SILVA; SCHWARTZ, 2018, p. 678).

“Portanto, são despertados nos seguidores o desejo de consumir o que estão vendo, entendendo, consciente ou inconscientemente, que o produto é de qualidade, pois o meio ao qual são apresentados é de muita confiabilidade. A credibilidade é tanta que, muitas vezes, quando os consumidores estão realizando pesquisas de algum produto para comprar, acessam o perfil de personalidades da internet procurando alguma opinião a respeito”. (NAVARRO, 2019).

“E assim, quanto mais pessoas induzidas, mais empresas fecham parcerias para anúncios e, também, maior o valor da publicidade. A remuneração se dá tanto monetariamente como em troca de serviços ou produtos, de acordo com o interesse das partes, o que faz jus ao nome parceria”. (POLITI, 2019c)

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, define como consumidor “toda pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Fornecedor, nos termos do art. 3º, é “toda pessoa que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Ademais, tem-se a figura do fornecedor por equiparação, conceito criado por Leonardo Bessa, o qual defende que, além daqueles que se enquadram no art. 3º do CDC, também deve ser considerado fornecedor o terceiro que, na relação de consumo, serviu como intermediário ou ajudante para a realização da relação principal, mas que atua frente ao consumidor como se fosse o próprio fornecedor.

Desse modo, sob a ótica do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e do CDC, o seguidor pode ser considerado consumidor, uma vez que é o destinatário final da publicidade realizada pelos influenciadores digitais. Estes, por outro lado, com fundamento na teoria do fornecedor equiparado, podem ser considerados fornecedores, uma vez que servem como intermediários ou ajudantes para a realização da relação principal, atuando, frente ao consumidor, como se fosse o próprio fornecedor.

#### **4. A responsabilidade civil dos influenciadores digitais na relação de consumo**

No início dos chamados *publiposts*, era comum que os influenciadores digitais divulgassem produtos de forma oculta, sem avisar seus seguidores de que se tratava de um anúncio publicitário. A intenção dos influenciadores, ao postar uma foto ou vídeo indicando um bem ou serviço, era aumentar as vendas. Essa prática tornou-se tão comum, que a publicidade invisível se tornou uma forma de publicidade ilegal, juntamente com as publicidades enganosas e abusivas.

Esse tipo de publicidade foi considerado ilícita por afrontar diretamente o princípio da identificação publicitária, que estabelece a necessidade de clarificar para o público quando um post é uma forma de propaganda. Além disso, a publicidade invisível pode ser prejudicial aos consumidores, que podem ser enganados ao pensar que o influenciador está apenas compartilhando uma opinião honesta sobre um produto, quando na verdade ele está sendo pago para divulgá-lo.

As autoridades regulatórias passaram a atuar para garantir que a publicidade seja claramente identificada como tal, e que seja realizada de forma ética e transparente. Além disso, a regulamentação da publicidade também visa proteger os direitos dos consumidores, assegurando que eles tenham informações precisas e confiáveis sobre os produtos e serviços oferecidos.

Portanto, a regulamentação da publicidade é uma forma de garantir a proteção dos direitos dos consumidores e a justiça nas relações comerciais, especialmente no contexto da globalização comercial e do comércio virtual.

De acordo com Efig, Bauer & Alexandre (2013), outro fator importante para coibição dos atos ilícitos em matéria publicitária foi a constitucionalização do Direito Civil (principalmente no que diz respeito à tutela da dignidade da pessoa humana), pois obrigou os agentes envolvidos nas práticas comerciais, não só ao dever de observância dos princípios

do Direito Civil, mas, acima de tudo, das normas constitucionais. Ou seja, um anúncio publicitário, independentemente do meio em que será veiculado, e de quem o fará, preceitos como o da dignidade da pessoa humana, do desenvolvimento equilibrado, da redução das desigualdades sociais, da igualdade, entre outros, sempre deverão ser respeitados. Do contrário, a publicidade será considerada ilícita.

Em relação ao controle da publicidade, Simas & Júnior (2019, p. 8) afirmam que o Brasil adota a modalidade mista, de forma que este é exercido tanto pelo Estado quanto por instituições não-governamentais, como o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária-CONAR. Como bem prevê o art. 15, do Código de Autorregulamentação dos Anúncios Publicitários, todos os envolvidos na cadeia publicitária, sejam anunciantes, agências de publicidade, veículos de divulgação, publicitários, jornalistas e outros profissionais participantes do processo, devem respeitar os padrões de conduta nele estabelecidos, sob pena de responsabilização.

No contexto do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade é entendida como o meio de divulgação de produtos e serviços, com a intenção de fomentar o consumo destes, podendo ser veiculado pela televisão, rádio, internet, mídia impressa em geral, dentre outros, sempre com o objetivo de provocar nos consumidores a vontade de consumir. Tartuce & Neves apud Antônio Herman V. Benjamin (2015, p. 308) destacam alguns princípios aplicáveis aos anúncios publicitários. São eles: o da identificação da publicidade, o da vinculação contratual, o da veracidade, da não abusividade, da inversão do ônus da prova, da transparência da fundamentação, da correção do desvio publicitário, da lealdade publicitária e, por fim, o da identificação publicitária. Todos eles devem ser igualmente respeitados pelos anunciantes, agências publicitárias e veículos de comunicação, para que um anúncio publicitário seja considerado regular ou lícito.

A ilicitude da publicidade invisível, abusiva ou enganosa decorre do desrespeito à dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da função social contratual, bem como da afronta aos princípios acima elencados. Ressalta-se que a maioria das decisões do CONAR estão relacionadas a situações de inobservância principiológica.

Quando ainda não existia o controle das entidades regulatórias tanto quanto atualmente, a publicidade invisível era uma espécie de divulgação muito recorrente entre os influenciadores digitais. É aquela onde o conteúdo criado pelo influenciador não deixa claro aos consumidores de que se trata de um anúncio publicitário. Isto é, faz o seguidor acreditar que se trata apenas de uma dica, uma mera indicação, de um produto ou serviço, e não que

o influenciador realizou a publicidade em troca de um cachê. O CONAR, por meio do seu Código de Autorregulamentação, e o CDC, reprimem tal prática nos artigos 285 e 366, respectivamente, por entenderem que afronta o princípio da Identificação da Publicidade. O resultado desse controle ensejou a criação da ferramenta “propaganda paga”, que é de utilização obrigatória, quando o objetivo do influenciador é fazer publicidade sobre algum produto ou serviço, a fim de que o consumidor, desde o início, esteja ciente de que aquela ação se trata de propaganda.

A publicidade abusiva, prevista no art. 37, §2º, do CDC, é a publicidade discriminatória que, independentemente da natureza, provoque medo, utilize-se da superstição, incita a violência, aproveita-se da incapacidade de julgamento e de experiência do sujeito, desrespeita o meio ambiente, bem como os valores deste, ou que seja capaz de induzir o comportamento prejudicial ou perigoso à saúde ou segurança do consumidor. Por fim, a publicidade enganosa, conforme art. 37, §1º, do CDC, é a informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou que, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, seja capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

De acordo com as leis de proteção ao consumidor e publicidade, é obrigatório que os influenciadores digitais identifiquem de maneira clara e objetiva que o conteúdo é uma publicidade, a fim de garantir a transparência para seus seguidores. Quando o influenciador faz uma publicidade mascarada, ele está violando esses preceitos legais e colocando em risco sua reputação, bem como a confiança dos seus seguidores. Além disso, ele também estará sujeito a sanções legais.

É importante destacar que a responsabilidade civil dos influenciadores digitais é igualmente relevante à de outras formas de publicidade. Independentemente do meio utilizado para realizar a publicidade, o influenciador digital é responsável por garantir que o conteúdo seja verdadeiro, não enganoso e não prejudique o consumidor. Isso inclui garantir que a identificação da publicidade seja clara e objetiva, e evitar a divulgação de informações falsas ou enganosas.

Se o influenciador digital falhar em cumprir estas responsabilidades, ele pode ser responsabilizado civilmente por danos causados aos consumidores, tais como perda financeira (dano material) ou danos à reputação (dano moral). Além disso, ele também pode ser responsabilizado por infringir as leis de proteção ao consumidor e publicidade.

Entretanto, o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça não segue essa mesma linha. Para o Pretório Excelso, a aplicação do CDC e, portanto, a culpa por eventuais danos deve recair unicamente sobre o anunciante, não havendo falar em responsabilização da agência publicitária e do veículo de comunicação, pois, segundo o Tribunal, a escolha e a contratação destes são efetuadas exclusivamente pelo próprio anunciante, a quem cabe pagar, repreender e romper o contrato em caso de irregularidade publicitária. Desvincilhando-se desse posicionamento, Tartuce & Neves (2015) defendem que essa não seria a melhor conclusão, uma vez que a atribuição de responsabilidade a apenas um dos sujeitos da cadeia publicitária contraria vários preceitos da Lei Consumerista, dentre os quais: o sistema de proteção ao consumidor, o modelo de responsabilização objetiva, o princípio da boa-fé objetiva, a teoria da aparência e a presunção de solidariedade. Para reforçar a aplicação do CDC à toda cadeia publicitária (e não só ao anunciante), encontra-se no conceito de fornecedor equiparado, criado por Leonardo Bessa (explicado anteriormente), que, trazendo para a realidade dos influenciadores digitais, poderia ser perfeitamente aplicável, segundo Tartuce & Neves (2015, p. 303):

A atribuição de responsabilidade a apenas uma das pessoas da cadeia publicitária afasta-se da presunção de solidariedade adotada pela Lei Consumerista, representando uma volta ao sistema subjetivo de investigação de culpa. Além disso, há uma total declinação da boa-fé objetiva e da teoria da aparência que também compõem a Lei 8.078/1990. Em reforço, para a responsabilização de todos os envolvidos, serve como luva o conceito de fornecedor equiparado, de Leonardo Bessa.

Exatamente, a posição de Tartuce & Neves (2015) reforça a importância da responsabilização dos influenciadores digitais pelo conteúdo publicitário que eles divulgam. Quando os influenciadores fazem publicidade de maneira que viole as normas estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) ou pelo Código de Autorregulamentação Publicitária, eles podem ser responsabilizados por causar danos aos seus seguidores.

Em relação ao produto ou serviço divulgado, o influenciador passa a ter um papel de garantidor, cabendo a discussão a respeito da responsabilização pela não satisfação do consumidor. A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva, sendo que, na última, a comprovação da culpa do agente. No caso dos influenciadores, existem três correntes acerca do assunto.

A primeira, defende a aplicação da responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, por afirmar que o influencer deve ser considerado fornecedor por

equiparação, devendo, portanto, assumir as consequências nos casos em que as informações passadas não condizerem com a realidade.

As outras duas correntes, afastam a caracterização da relação de consumo, trazendo a aplicação das normas do Código Civil, por tratar-se de relação entre particulares. Mas, enquanto uma adota a responsabilidade objetiva, a outra adota a subjetiva, onde se faz necessária a comprovação de culpa, por ação ou omissão.

Já a responsabilização subjetiva é embasada na interpretação de que o influenciador não possui capacidade técnica de avaliar o produto e apenas empresta sua imagem. Além do mais, não se considera justo que ele responda da mesma maneira que o fornecedor.

A responsabilização objetiva do influenciador é justificada pelo risco da atividade, uma vez que, ao realizar a publicidade, ele recebe uma contrapartida, independente de ela ser pecuniária ou não, e, por isso, deve assumir o risco de sua atividade e responder pelos danos causados em decorrência dela.

A natureza jurídica da responsabilidade civil dos influenciadores digitais pelos anúncios publicitários divulgados nas suas redes sociais ainda é objeto de debate na doutrina e na jurisprudência. Alguns autores argumentam que a responsabilidade dos influenciadores é objetiva, baseada na teoria do risco, já que eles se beneficiaram como simples usuários das redes sociais e passaram a exercer uma atividade econômica.

Por outro lado, outros autores argumentam que a responsabilidade dos influenciadores é subjetiva, baseada na teoria da culpa, já que a publicidade enganosa ou falsa só ocorre quando há a intenção ou negligência por parte dos influenciadores em divulgar informações falsas ou enganosas.

Para Gasparatto, Freitas & Efig apud Guimarães (2019), a natureza da responsabilidade civil, na esfera do CDC, em face dos influenciadores digitais seria objetiva, devido à ideia de que não seria correto o enquadramento da celebridade como profissional liberal, pois, geralmente, a contratação deles não decorre das qualidades técnicas ou intelectuais, mas das qualidades externas, como a beleza, a fama e o prestígio de que gozam perante as redes sociais. Ademais, Tartuce & Neves (2015) inferem que seria de natureza objetiva a responsabilidade civil dos famosos pelas publicidades de que participam, por vislumbrar que eventual ilicitude destas afrontaria diretamente dois princípios de ordem pública, quais sejam: o da boa-fé e o da confiança. Tal fato ensejaria o surgimento da responsabilização por força de lei, atraindo a aplicação da regra contida no art. 927 do Código Civil.

Para ilustrar de que formas os influenciadores digitais estão sendo responsabilizados, tanto na esfera judicial como também na administrativa, através do CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), trazemos o caso do contrato da Virgínia Fonseca, pelo qual a influenciadora digital, através das suas redes sociais fez o anúncio de um aparelho celular iPhone 8 Plus, com as informações da loja vendedora. (RIO DE JANEIRO, 2019).

Uma seguidora, ao ver o anúncio, entrou em contato com o anunciante e realizou o pagamento do aparelho, entretanto, nunca recebeu o produto. Assim, descobriu que a promoção na verdade era um golpe, aplicado em todo país. (RIO DE JANEIRO, 2019).

Consequentemente, a seguidora ingressou com uma ação judicial, que tramitou no Juizado Especial Cível da Comarca de Barra Mansa, Rio de Janeiro, através dos autos nº 0019543-02.2019.8.19.0007, para reparação de danos materiais e morais, em face da influenciadora. (RIO DE JANEIRO, 2019).

A autora alegava que foi intermediada e incentivada com a aprovação de qualidade e segurança da influenciadora, e que esta deveria responder solidariamente. A influencer, por sua vez, em sua defesa, alegou culpa exclusiva da autora. (RIO DE JANEIRO, 2019).

Na sentença, o juiz reconheceu que não havia uma relação de consumo entre as partes, mas que subsistia a responsabilidade objetiva, prevista no artigo 927, parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002). (RIO DE JANEIRO, 2019).

Segundo o magistrado, a atividade desenvolvida pela influenciadora de forma habitual é a de expor produtos de terceiros à venda, com a sua aprovação e usando de sua influência, sem a qual a autora não compraria o produto. Sobre a atividade há lucro de maneira habitual, o que atrai a responsabilidade. Apontou, ainda, que a responsabilidade civil tem se ampliado com a primazia da vítima, por meio do princípio da solidariedade. (RIO DE JANEIRO, 2019)

Por fim, o julgador condenou a influenciadora ao pagamento da quantia desembolsada pela autora na compra do aparelho, e afastou a condenação por dano moral. Não houve caracterização de relação de consumo, sendo a condenação baseada na responsabilidade objetiva extracontratual. (RIO DE JANEIRO, 2019).

Agora, o caso administrativo na CONAR, envolvendo a influenciadora digital Rafa Kalimann, trata-se da Representação n.º 139/2020, oriunda de queixa do consumidor ao conselho e julgada em setembro de 2020. Segundo o consumidor, não ficou clara a natureza

publicitária do anúncio na publicação que a influenciadora, Rafa Kalimann, fez em suas redes sociais divulgando o “Desinchá”. (CONAR, 2020).

A influenciadora postou diversas fotos tomando uma xícara de chá, e escreveu na legenda que não ficaria sem o chá, além de alertar sobre uma promoção e apresentar um cupom de desconto aos seus seguidores. Porém, em nenhum momento identificou a publicidade. (Kalimann, 2020).

Após tomar ciência da representação, a influenciadora adicionou na publicação a identificação de parceria paga, o que relatou em sua defesa. Além disso comprometeu-se a agir com mais atenção nos próximos anúncios. (CONAR, 2020). O anunciante, por sua vez, alegou que a natureza do anúncio era evidente, visto que em postagem anterior a influenciadora apontava sua parceria comercial. (CONAR, 2020).

A relatora recomendou a alteração e a aplicação da penalidade de advertência a anunciante, “Desinchá”, com base nos artigos 1º, 3º, 6º, 9º, 28, 30 e 50, "a" e "b" do CBAP (Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária). Ela ainda destacou em seu voto que, pelo fato de ser uma pessoa pública exibindo um produto, não se pode presumir que seja feita uma associação quanto ao caráter publicitário. O voto foi aprovado de forma unânime. (CONAR, 2020).

Com isso, nota-se que os influenciadores devem seguir as regras previstas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, devem estar atentos ao princípio da boa-fé, e aos demais princípios dispostos do Código de Defesa do Consumidor, pautando sua atuação profissional na ética, sob pena de responsabilização.

## **5. Das normas internacionais**

Nos Estados Unidos, os próprios influenciadores digitais criaram o American Influencer Council (Conselho de Influenciadores Americanos -AIC, na sigla em inglês), uma associação comercial sem fins lucrativos, com objetivo de mostrar a importância dos influenciadores digitais como líderes na indústria, reconhecendo cada um deles como uma pequena empresa. Além disso, o AIC visa promover o lobby político para avanços na educação de marketing digital, analisar a economia gerada pela categoria e fornecer mentoria para a próxima geração de criadores de conteúdo.

O conselho busca destacar a importância dos influenciadores digitais na sociedade, reconhecendo seu papel na promoção de produtos e marcas, e na construção de relacionamentos mais autênticos entre marcas e consumidores. Ao promover o lobby

político, o AIC visa garantir que os influenciadores digitais tenham o apoio e recursos necessários para continuar liderando a indústria.

A análise da economia gerada pela categoria também é importante, pois ajuda a demonstrar o impacto econômico positivo dos influenciadores digitais na sociedade. E a mentoria para a próxima geração de criadores de conteúdo é fundamental para assegurar que a indústria continue a evoluir e a crescer.

Um dos pilares do Conselho é a transparência ao consumidor, um ponto bastante importante, visto que, conforme o próprio Conselho, tanto os influenciadores como as redes sociais contribuem constantemente para as mudanças na comunicação das marcas e empresas. (ESTEVÃO, 2020). O Conselho de Influenciadores Americanos pretende, ainda, a cada três anos, solicitar melhorias nas Diretrizes de Endosso à Comissão Federal de Comércio (FTC). Inclusive, recentemente a FTC fez atualizações em suas diretrizes voltadas para o marketing de influência, estabelecendo que a relação entre influenciador e anunciante deve ser facilmente identificada por aqueles que estão consumindo as publicações. (MITRE; BARROS, 2017). Para tanto, devem informar se estão recebendo algum pagamento para mostrar o produto ou se trata-se de um produto gratuito, posto que isso interfere na credibilidade que os consumidores dão ao influencer. (MITRE; BARROS, 2017). Este dever de informação é semelhante ao que está, no Brasil, disposto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 36. (BRASIL, 1990). Já o Parlamento Europeu aprovou o denominado Copyright Directive, uma nova diretiva de direito autoral da União Europeia. (OLHAR DIGITAL, 2019)

Entre as diretrizes, o artigo 17, conhecido como a Lei do Filtro de Uploads, gerou uma grande polêmica, haja vista que as plataformas onde os usuários fazem suas publicações passam a ser responsáveis por monitorar e verificar os materiais, no escopo de evitar a violação de direitos autorais. (OLHAR DIGITAL, 2019). Aqui, tem-se que os países precisarão criar suas leis nacionais para regulamentarem referida diretriz. O fato é que o risco de responsabilização acaba afetando o comportamento das plataformas no mundo todo. O resultado que pode ocorrer na prática é a diminuição do conteúdo disponível, como também a remoção excessiva das publicações, sendo as plataformas como Instagram e Facebook, as quais são formadas por conteúdos dos usuários, prejudicadas demasiadamente por essa responsabilidade. Além disso, os produtores de conteúdo acabam por ficarem muito mais restritos, não podendo muitas vezes utilizar uma música ou algum outro material em suas publicações. Essas regulamentações acabam afetando também a legislação brasileira. O

CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), por exemplo, se orienta pelo FTC (Federal Trade Commission). (POLITI, 2020). Já o Marco Civil da Internet, Lei n.º 12.965/2014, e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei n.º 13.709/2018, sofreram influência dos debates internacionais, à vista disso, essas novidades acerca do mundo digital irão impactar a legislação brasileira. (POLITI, 2019a).

## **6. Legislação pátria**

No sistema jurídico brasileiro, o influenciador digital é uma profissão ainda não regulamentada, tal como os blogueiros e vlogueiros. Apesar de já terem surgido diversos projetos de lei com esse objetivo, nenhum deles foi de fato convertido em lei.

Alguns deputados têm apresentado projetos de lei para regulamentar as atividades dos influenciadores. Citamos 3 projetos, todos visando regulamentar a profissão, mas encontram-se arquivados.

### **6.1. Projeto de Lei n.º 4.289/2016**

O Projeto de Lei n.º 4.289/2016, é de autoria do ex-deputado federal João Henrique Holanda Caldas, e tem o propósito de reconhecer as profissões de blogueiro e vlogueiro.

Como justificativa, o ex-deputado aponta o uso crescente dos meios telemáticos de comunicação, principalmente a internet, para divulgar opiniões e informações, através de blogs e vlogs. (BRASIL, 2016). Para Caldas, o primeiro utiliza majoritariamente da linguagem escrita, enquanto o outro, utiliza vídeos para realizar a divulgação. (BRASIL, 2016).

O ex-deputado, ainda, retrata que a atividade não é vista como uma profissão de verdade, o que acarreta a resistência de algumas pessoas em aceitar a mesma. (BRASIL, 2016). Além disso, ele afirma que, como o sistema legal brasileiro se baseia no civil law, é necessário a criação da lei para evitar um comportamento negativo com relação a atividade devido a lacuna legal. (BRASIL, 2016). Aponta que a criação da lei significa uma modernização e uma atualização do ordenamento jurídico brasileiro. (BRASIL, 2016).

No entanto, o referido Projeto foi arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, no sentido de que todas as proposições que ainda estejam em tramitação, deverão ser arquivadas no fim da legislatura. (BRASIL, 1989).

### **6. 2. Projeto de Lei n.º 8.569/2017**

O autor do presente projeto de lei é o ex-deputado federal, Lindomar Barbosa Alves, e tem o objetivo de regulamentar a profissão de blogueiro.

O ex-deputado justificou que o Projeto tem o intuito de alterar a visão da sociedade acerca do exercício da atividade de blogueiro, além de proteger os direitos e garantias fundamentais desses profissionais. (BRASIL, 2017).

De acordo com Alves, essa lei,

Fará justiça àqueles que utilizam a blogosfera profissionalmente, mas que não possuem sua profissão regulamentada; portanto, permanecendo em um limbo jurídico quanto à caracterização do exercício da sua profissão e, não raro, incorrendo em preconceitos quanto à atividade laboral desempenhada. (BRASIL, 2017).

Assim, nos termos do referido Projeto, o profissional que divulga de maneira habitual conteúdo jornalístico, poderá requerer carteira de jornalista, consonante com a decisão do Supremo Tribunal Federal que afirma que a exigência de diploma e registro profissional de jornalista para o exercício da profissão é inconstitucional. (BRASIL, 2009).

Entretanto, sabe-se que o Projeto de Lei estabelece princípios norteadores para o exercício da atividade de blogueiro, em conformidade com o Marco Civil da Internet. (BRASIL, 2017).

Este Projeto está apensado ao Projeto de Lei n.º 4.289/2016, e se encontra arquivado, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. (BRASIL, 1989).

### 6. 3. Projeto de Lei n.º 10.937/2018

O deputado Eduardo Henrique da Fonte de Albuquerque Silva é o autor do Projeto de Lei n.º 10.937, que trata da regulamentação da atividade de influenciador digital profissional.

O objetivo do mencionado Projeto é regulamentar as atividades dos influenciadores digitais, uma nova profissão, que possui um grande alcance e impacto na opinião das pessoas. Visa, também, regulamentar, na medida do possível, o conteúdo gerado por esses profissionais, de modo a assegurar e facilitar este trabalho. (BRASIL, 2018).

No entanto, o Projeto foi retirado de tramitação a requerimento do autor, ainda em 2018, com a justificativa de corrigir erro material.

## **Conclusão**

Os influenciadores digitais têm destaque significativo nas redes sociais, e sua recomendação ou recomendação de produtos ou serviços pode ter um impacto significativo na decisão de compra dos consumidores. Além disso, a globalização e a facilidade de acesso à tecnologia digital amplificam ainda mais o alcance e a influência dos influenciadores digitais. No entanto, é importante ressaltar que a falta de regulamentação pode levar a problemas éticos e legais, o que requer uma abordagem cuidadosa do assunto.

É correto afirmar que os influenciadores digitais possuem autonomia para criarem seus próprios conteúdos publicitários, o que os diferencia de outras formas de publicidade. Essa abordagem informal é uma das razões pelas quais muitos influenciadores são considerados efetivos na influência de comportamentos de consumo, especialmente entre o público jovem e conectado.

A publicidade deve ser clara e identificável como tal, de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Código de Autorregulamentação Publicitária. A falta de transparência e a dissimulação da natureza publicitária do conteúdo podem resultar em sanções administrativas e/ou processos judiciais (publicidade ilícita), além de prejudicar a confiança dos consumidores nas informações divulgadas.

Apesar de no âmbito administrativo os influenciadores já estarem respondendo pelas publicidades realizadas em discrepância com as normativas, através de representações no CONAR (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária), no Judiciário ainda não existem muitas demandas objetivando a responsabilização do influencer. Por esse motivo, não se vislumbra ainda uma corrente adotada pelos tribunais pátrios.

É importante, principalmente para segurança jurídica, que se tenha uma interpretação prevalente. Porém, independente disso, os influencers devem agir de acordo com o princípio da boa-fé, seguindo os preceitos previsto no Código de Defesa do Consumidor e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, portando-se de forma ética frente aos seus seguidores, e tendo consciência do seu poder de influência no comportamento deles.

Embora não seja regulamentada como uma profissão, a importância dos influenciadores digitais como instrumentos de publicidade e propaganda está sendo cada vez mais reconhecida e tem gerado debates sobre a sua responsabilidade, visando garantir a transparência e a proteção dos consumidores frente a essas atividades de publicidade e propaganda. A ideia é que haja uma regulamentação clara e específica para os influenciadores digitais, o que ajudaria na identificação da natureza jurídica da sua responsabilidade civil e no

estabelecimento de regras claras para sua atuação, preservando os direitos dos consumidores e garantindo a integridade da informação veiculada nas redes sociais.

## Referências bibliográficas

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.937, de 31 de outubro de 2018.** Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1689532&filename=PL+10937/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1689532&filename=PL+10937/2018). Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.289, de 03 de fevereiro de 2016.** Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1431587&filename=PL+4289/2016](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1431587&filename=PL+4289/2016). Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.569, de 13 de setembro de 2017.** Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node01i7t8drmm3t1dw6awekde18f18857982.node0?codteor=1597050&filename=PL+8569/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01i7t8drmm3t1dw6awekde18f18857982.node0?codteor=1597050&filename=PL+8569/2017). Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Resolução nº 17, de 21 de setembro de 1989. **Regimento Interno da Câmara dos Deputados.** Brasília, Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%202021-2021.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em 02 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm). Acesso em 07 fev. 2023.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. **Representação n. 139/20.** [2020]. Desinchá; Rafaella Kalimann. Julgamento set. 2020. Disponível em: <http://www.conar.org.br/processos/detcaso.php?id=5564>. Acesso em: 11 fev. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Guia de publicidade por influenciadores digitais.** 2021b. Disponível em: [http://conar.org.br/pdf/CONAR\\_Guia-de-Publicidade-Influenciadores\\_2021-03-11.pdf](http://conar.org.br/pdf/CONAR_Guia-de-Publicidade-Influenciadores_2021-03-11.pdf). Acesso em: 11 fev. 2023.

EFING, Antônio Carlos; BAUER, Fernanda Mara Gibran; ALEXANDRE, Camila Linderberg. Os deveres anexos da boa-fé e a prática do neuromarketing nas relações de consumo: análise jurídica embasada em direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica*,

Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí Ano 01 - Edição 02 - Jul/Dez 2021 123 Fortaleza, v. 11, n. 15, p.38-53, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/294/150> Acesso em: 08 fev. 2023.

ESTEVAO, Ilca Maria. **Influenciadoras digitais criam conselho para a profissão nos Estados Unidos**: associação comercial sem fins lucrativos quer legitimar a importância da profissão e dinamizar o setor do marketing por influência. 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas/ilca-maria-estevao/influenciadoras-digitais-criam-conselho-para-a-profissao-nos-estados-unidos>. Acesso em: 08 fev. 2023.

MITRE, Bernardo Araujo; BARROS, Thais Nunes Freitas. **Nos EUA, FTC faz alerta aos influenciadores digitais e anunciantes**: a conexão entre o influenciador e o anunciante deve ser clara e inequívoca, no Brasil esse dever está inserido no art. 36 do código de defesa do consumidor. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/262682/nos-eua-ftc-faz-alerta-aos-influenciadores-digitais-e-anunciantes>. Acesso em: 08 fev. 2023.

NAVARRO, Victória. **Influenciadores são importantes na decisão de compra**: pesquisa da Qualibest aponta que consumidores levam em conta opiniões de celebridades da internet para escolher produtos e serviços. Pesquisa da Qualibest aponta que consumidores levam em conta opiniões de celebridades da internet para escolher produtos e serviços. 2019. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/home/midia/2019/04/01/influenciadores-ganham-importancia-na-decisao-de-compra.html>. Acesso em: 09 fev. 2023.

SIMAS, Danielle Costa de Souza; SOUZA JÚNIOR, Albefredo Melo de. Sociedade em rede: os influencers digitais e a publicidade oculta nas redes sociais. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, v. 4, n. 1, p.17-33, 21 ago. 2018. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2526-0049/2018.v4i1.4149>. Acesso em: 10 fev. 2023.

SILVA, Lidiane Duca; SCHWARTZ, Germano André Doerdelein. **O digital influencer e as improbabilidades comunicativas nas redes sociais**. *In*: Revista Jurídica Cesumar, vol. 18, n. 3, p. 671-687, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5818/3314>. Acesso em: 19 jan. 2023.

OLHAR DIGITAL. **'ARTIGO 13'**: entenda a lei de direitos autorais da Europa que ameaça a internet. 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/03/21/noticias/artigos-13-e-11-entenda-a-lei-europeia-que-ameaca-a-internet/>. Acesso em: 08 fev. 2023.

POLITI, Cassio. **Influenciador digital: o que é e como classificá-lo?**. 2019b. Disponível em: <https://www.influency.me/blog/influenciador-digital/#:~:text=Influenciador%20digital%20%C3%A9%20um%20indiv%C3%ADduo,de%20compra%20de%20seus%20seguidores>. Acesso em: 19 jan. 2023.

POLITI, Cassio. **Marcas devem remunerar o influenciador digital?** 2019c. Disponível em: <https://www.influency.me/blog/marketing-de-influencia-remunerar-influenciador/>. Acesso em: 19 jan. 2023.

POLITI, Cassio. **Órgão federal americano endurece regras contra contas e reviews falsos**. 2020. Disponível em: <https://www.influency.me/blog/ftc-contra-reviews-falsos/>. Acesso em: 07 fev. 2023.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015. (Revista, atualizada e ampliada).

# NATUREZA CONTRATUAL DOS TERMOS DE USO E O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO *EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD* NO CASO *META PLATFORMS INC.* SOB A ÓTICA DO DIREITO BRASILEIRO

Dânton Zanetti de Oliveira<sup>817</sup>

Suzana Rososki de Oliveira<sup>818</sup>

**Sumário:** Introdução. 1. Contextualizando a Decisão do *European Data Protection Board* no caso *Meta Platforms Inc.* 2. Apontamentos sobre a natureza contratual dos Termos de Uso. 3. Os Termos de Uso e a decisão do *European Data Protection Board*: uma análise sob a ótica do Direito brasileiro e possíveis tendências regulatórias no Brasil. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

**Resumo:** Em recente decisão proferida pelo *European Data Protection Board* (EDPB), aplicou-se multa multimilionária contra a *Big Tech* *Meta Platforms Inc.* em razão da irregularidade no tratamento de dados pessoais de usuários dos serviços de mídias sociais para fins ligados à publicidade comportamental. Conforme decidiu o EDPB, o uso de dados pessoais para a finalidade específica de publicidade comportamental, ainda que disciplinado nos Termos de Uso da plataforma, não poderia se basear na hipótese de execução de contrato, infirmando a natureza contratual destes documentos e similares. Desta feita, como problema de pesquisa do presente trabalho, procurou-se analisar se os principais fundamentos que levaram à conclusão da decisão do EDPB poderiam ser aplicados de forma similar ao Direito brasileiro, considerando os cenários paralelos possíveis de serem traçados entre o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) europeu, e a Lei nº 13.709/2018, conhecida por Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira. Assim, partindo do método hipotético-dedutivo de pesquisa, sob o viés sociológico e jurídico, executado por meio da revisão bibliográfica da doutrina especializada e, em especial, das próprias decisões vinculantes proferidas pelo EDPB, o presente estudo visa apresentar possíveis caminhos para harmonização da proteção de dados pessoais dos titulares usuários das plataformas com as bases legais adequadas ao tratamento de dados pessoais para fins de publicidade comportamental, considerando sua viabilidade como hipótese da pesquisa. Quanto à divisão da pesquisa, parte-se da contextualização da decisão do EDPB e seus fundamentos para, em um segundo item se avaliar a normativa brasileira e aspectos jurídicos dos contratos. Ao final, buscam-se paralelos entre a decisão do EDPB e o contexto normativo brasileiro para, assim, expor reflexões sobre os possíveis reflexos a ser enfrentados no Brasil. Ao que se exprime previamente, há relevante fundamentação protetiva no sentido de não se invalidar disposições da LGPD para possibilitar a utilização de Termos de Uso, resguardando-se critérios de *accountability* e observância à legislação protetiva – MCI e LGPD – ao longo do tratamento de dados pessoais.

---

<sup>817</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Coordenador e Professor do Curso de Pós-graduação *lato sensu* em “Direito 4.0: Direito Digital, Proteção de Dados Pessoais e Cibersegurança” da PUCPR. Advogado. E-mail: [danton.zanetti@pucpr.br](mailto:danton.zanetti@pucpr.br).

<sup>818</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidad Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em *Compliance* e Direito 4.0 pela Unicuriúba. Advogada especialista em *Compliance*. E-mail: [suzanarososki@hotmail.com](mailto:suzanarososki@hotmail.com).

**Palavras-chave:** Proteção de Dados Pessoais; Termos de Uso; Natureza Contratual; Publicidade comportamental; Bases Legais.

### **Introdução**

Discussões surgem à medida que as problemáticas afetam algum ponto sensível da sociedade e, nesse contexto, a temática em comento envolve o tratamento de dados pessoais e o diálogo – ou não – entre normas jurídicas, entidades reguladoras, usuários<sup>819</sup> e empresas atuantes no ramo tecnológico, sobretudo com a utilização de dados pessoais.

Nessa linha, tem-se como campo de análise recente discussão entre a utilização de dados pessoais para ações de publicidade comportamental, utilizando-se como base legal os termos de uso, genericamente aqui citando-se como ‘termos’, pela *Big Tech* Meta Platforms Inc. (“Meta”).

Tal iniciativa culminou em investigação e posterior sanção pelo *European Data Protection Board* (“EDPB”), que aplicou uma multa multimilionária à referida empresa, sob a justificativa da necessidade em disponibilizar padrões de “*opt-in*” para decisão dos titulares em autorizar o tratamento de dados pessoais e, portanto, sendo descabida e irregular a adoção de cláusulas contratuais gerais sobre o tema.

Nesta linha, pretende-se analisar os caminhos percorridos na decisão do EDPB em situações semelhantes sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro e a teoria aplicada em matéria contratual, mais especificamente no âmbito dos documentos popularmente conhecidos como “Termos de Uso”. No contexto da legislação brasileira, em especial o Marco Civil da Internet (MCI)<sup>820</sup> e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)<sup>821</sup>, procurou-se identificar se os Termos de Uso possuem natureza contratual, como uma premissa base para traçar paralelos entre a decisão do EDPB e possíveis tendências regulatórias no Brasil.

A pesquisa foi dividida em três partes, sendo a primeira delas trata de uma análise e contextualização sobre a decisão do *European Data Protection Board* no caso Meta. Na sequência, analisou-se a natureza jurídica dos termos de uso no direito civil brasileiro e, por

---

<sup>819</sup> Em que pese a conotação negativa que vem sendo dada ao vocábulo “usuário”, esta é empregada ao longo do presente artigo em seu termo estritamente técnico, tal qual adotado na própria Lei 12.965/2014 (o “Marco Civil da Internet” – MCI), correspondendo, portanto, a todo aquele que acessa a Internet ou se utiliza de serviços de Internet.

<sup>820</sup> BRASIL, República Federativa do. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, Marco Civil da Internet, 2014.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm); Acesso em 30 abr. 2023.

<sup>821</sup> BRASIL, República Federativa do. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, 2018.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm); Acesso em 30 abr. 2023.

fim, foram confrontadas as conclusões da decisão do EDPB sobre os estudos previamente estabelecidos acerca dos Termos de Uso, sob o prisma do MCI e da LGPD.

Como conclusões, afirmou-se a natureza contratual adesiva dos Termos de Uso e, abrindo divergência ao entendimento do EDPB, foram apresentados fundamentos pelos quais, para o Direito brasileiro, seria justificável o tratamento de dados pessoais pela via de documentos como os Termos de Uso, resguardadas as questões de *accountability* e o cumprimento dos deveres gerais de conduta impostos na legislação, sobretudo aqueles previstos na LGPD.

### **1. Contextualizando a Decisão do *European Data Protection Board* no caso *Meta Platforms Inc.***

A presente pesquisa versa sobre a decisão do *European Data Protection Board* (EDPB)<sup>822</sup> que, se origina em denúncia à Comissão de Proteção de Dados de Hamburgo em maio de 2018, posteriormente encaminhada à Autoridade Federal Alemã de Proteção de Dados.

O contexto do caso da qual emanou a referida decisão analisa as condições de serviço WhatsApp, aplicativo de troca instantânea de mensagens ofertado pela *Big Tech* Meta Platforms Inc. (“Meta”), que exige que os usuários sejam obrigados a aceitar seus Termos de Uso, documento referido apenas como “*Terms*”<sup>823</sup>.

Embora com o advento da Diretiva n.º 679 de 2016 da União Europeia, conhecido como “Regulamento Europeu de Proteção de Dados” (RGPD)<sup>824</sup>, a Meta tenha atualizado seus Termos de Uso, visando adequá-los aos requisitos impostos pela norma, a atualização trazia cláusula geral de aceite sobre a íntegra do documento, como condição para o acesso e livre utilização dos serviços do WhatsApp. De acordo com o documento, não seria permitido, por exemplo, que o usuário optasse por impedir que a provedora de serviços agregasse seus dados pessoais mediante a coleta de *cookies* para a veiculação de publicidade comportamental, baseada em mídia programática.

---

<sup>822</sup> EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. disponível em: <https://bit.ly/3LtTsqi>. Acesso em: 30 abr. de 2023.

<sup>823</sup> Há outras expressões utilizadas como sinônimo, dentre as quais vale mencionar: “acordo do usuário” (“*user agreement*”), “condições de uso” (“*conditions of use*”), “avisos legais” (“*legal notices*”), “termos” (“*terms*”) ou “termos e condições de uso” (“*terms and conditions of use*”) (CARNEIRO, Ramon Mariano. “Li e aceito”: violações a direitos fundamentais nos termos de uso das plataformas digitais. *In: Internet&sociedade*, n. 1, v. 1, fev. 2020 (p. 200-229). 2020, p. 207).

<sup>824</sup> O inteiro teor do RGPD se encontra disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>; Acesso em 30 abr. 2023.

O objeto de discussão está centrado na utilização dos Termos e Condições, de modo genérico, como instrumento contratual apto ao preenchimento das normas de proteção de dados vigentes para, assim, formalizar o tratamento dos dados pessoais coletados a partir do uso do aplicativo WhatsApp para atividades ligadas à publicidade comportamental, ou se isto dependeria necessariamente da manifestação de consentimento expresso por parte do usuário.

Isto porque, o caso concreto evidenciou que a prática adotada pela Meta em considerar seus Termos de Uso suficientes, seria uma forma de contornar as normas do RGPD, o que resultaria no tratamento irregular<sup>825</sup> de dados pessoais.

Seguindo nesta toada, por decisão do EDPB, a Meta foi proibida de utilizar termos genéricos e, seguindo a mesma linha, sendo obrigada a adotar cláusulas de consentimento (“*opt-in*”) no que tange publicidade personalizada, devendo fornecer a opção de os usuários rejeitarem os pontos nesta linha.

Alinhada a mesma discussão, anteriormente o DPC Irlandês havia emitido decisão no sentido de considerar lícita a prática de termos genéricos para publicidade personalizada.<sup>826</sup> Esta decisão posteriormente foi anulada pelo EDPB, sob o argumento de que não se pode alocar cláusula genérica sobre o tratamento de dados pessoais para propaganda personalizada em casos em que se deve haver transparência e opção de não autorização aos usuários da ferramenta.

Ainda em análise à decisão, faz-se importante mencionar que seu escopo não abrange outras formas de publicidade, como anúncios baseados em conteúdos provenientes de páginas em que o usuário voluntariamente estaria vinculado por interesse próprio.

Com base na investigação e relatório apresentado da decisão do EDPB, desde maio de 2018 a Meta incorria em práticas envolvendo o tratamento irregular de dados pessoais, quando do envio das primeiras reclamações e denúncias. Como consequência do reconhecimento da violação dos deveres legais estabelecidos no RGPD, o EDPB fixou multas contra a Meta em valor superior a 390 (trezentos e noventa) milhões de euros.

Conforme a Diretiva europeia, há seis diferentes bases legais que permitem o tratamento de dados pessoais, dentre as quais se destaca a hipótese do consentimento (Artigo

---

<sup>825</sup> No Direito brasileiro, considera-se “tratamento irregular” toda e qualquer operação envolvendo dados pessoais que deixa de observar a legislação vigente, especialmente o disposto na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, nos moldes do art. 44, da LGPD.

<sup>826</sup> IAPP Irish **DPC, EDPB Meta decisions raise complex, fundamental questions**. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3AXEh3u>; acesso em 30 abr. 2023.

6, 1, 'a' da GDPR) que, nas palavras de Danilo Doneda, “assume as vestes de um ato do titular cujo efeito será de autorizar um determinado tratamento para os dados pessoais”<sup>827</sup>. O cerne da discussão circunda-se justamente na quebra da utilização desta base legal em detrimento da base da “necessidade do contrato do serviço prestado” alegada pela Meta, para que se possa fazer o rastreamento e, conseqüentemente, viabilizar o alcance e otimizar a eficiência das atividades de publicidade comportamental.

No entanto, como expressamente apresentado na decisão do EDPB, a base legal da necessidade contratual, prevista no artigo 6º, item 1, alínea “b”, do RGPD, aplica-se estritamente às situações em que a prestação dos serviços, em si, depende do tratamento de dados pessoais, sem os quais a execução de tais serviços não seria possível, como no exemplo de um *e-commerce* que depende da coleta de dados pessoais como o endereço do consumidor para viabilizar a entrega do produto por ele adquirido.

Embora à época da elaboração do presente artigo ainda seja cabível recurso por parte da Meta em face da decisão do EDPB, vale esclarecer que atualmente existem outras discussões envolvendo a companhia em razão da divergência de decisões da EDPB com pronunciamentos autoridade de proteção de dados da Irlanda, o *Data Protection Commission* (“DPC”), que teria entendido que a adoção de cláusulas gerais em contratos como Termos de Uso, por si só, atenderia aos pressupostos normativos para o tratamento de dados pessoais.

Assim, considerando a evolução das questões analisadas no âmbito da União Europeia envolvendo a discussão que confronta a base legal do consentimento em face de cláusulas gerais em contratos, passa-se, primeiramente, a investigação da natureza jurídica dos Termos de Uso, sob o prisma do Direito brasileiro, a fim de avaliar se os termos e conclusões da decisão do EDPB poderiam se aplicar de igual forma em território nacional.

## 2. Apontamentos sobre a natureza contratual dos Termos de Uso

O fenômeno da transformação digital<sup>828</sup> e a ampla digitalização das relações humanas trouxe consigo, dentre inúmeros efeitos práticos, a proliferação de documentos comumente

---

<sup>827</sup> DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters. 2019, p. 302.

<sup>828</sup> Segundo o jurista alemão Wolfgang Hoffmann-Riem, o fenômeno da transformação digital afeta a economia, cultura, política, comunicação pública e privada, enfim, praticamente todas as áreas da vida humana (HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação digital; desafios para o direito**. Trad. Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense. 2021, p. 1).

conhecidos como os “Termos de Uso”. Neste capítulo, traça-se como objetivo abordar este documento<sup>829</sup> sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de compreender sua natureza jurídica e as consequências da possível manifestação de efeitos contratuais daí decorrente.

Inicialmente, a fim de contextualizar a pertinência da discussão a respeito da natureza contratual, conforme pontua Flávio Tartuce, a doutrina civilista observa que o *contrato*, como instituto jurídico, remonta ao Direito romano e perdura profundamente arraigado na cultura global até os dias atuais, sofrendo desde então as transformações do tempo, eis que tal instrumento se baseia na realidade social e, portanto, orienta-se ao atendimento dos interesses e finalidades almejados, os quais também se alteram conforme a evolução da própria sociedade.<sup>830</sup>

Aliás, o próprio conceito de contrato vem evoluindo das visões mais tradicionais, centradas no fenômeno do negócio jurídico de cunho patrimonial<sup>831</sup>, para uma noção “pós-moderna” que, segundo Paulo Nalin, trata-se de uma “relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”<sup>832</sup>. Note-se que esta última definição estende o objeto do negócio jurídico para a esfera dos direitos disponíveis, inclusive não-patrimoniais<sup>833</sup>, ainda que de forma limitada.<sup>834</sup> Neste sentido, a noção pós-moderna de contrato o coloca como um instrumento que goza

---

<sup>829</sup> Embora se possa considerar os Termos de Uso de forma isolada, para os fins deste artigo, considerar-se-ão as disposições sobre privacidade e proteção de dados pessoais como parte integrante dos Termos de Uso, ainda que dispostos em documentos assessoriais, como as “Políticas de Privacidade”, “Políticas de *cookies*”, ou documentos anexos ou relacionais diversos.

<sup>830</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. V.3, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2023, p. 1.

<sup>831</sup> Dentre elas, pode-se mencionar: “negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regularam” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996, p. 10) e “o contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. V.3. 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 25).

<sup>832</sup> NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>833</sup> Ainda sobre esta visão pós-moderna, ver: BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato Existencial: evolução dos modelos contratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>834</sup> Acerca da limitação da autonomia da vontade contratual, ver: SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed., 3. Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

de posição de destaque tanto para a promoção do livre jogo econômico-liberal”, quanto para a efetivação dos direitos fundamentais e sociais.<sup>835</sup>

Feitas estas considerações iniciais, é possível avançar para os elementos caracterizadores do contrato, para o Direito brasileiro, partindo da clássica teoria da “Escada Ponteana”, proposta por Pontes de Miranda e que até hoje orienta a doutrina contratual<sup>836</sup>, que propõe três degraus para o negócio jurídico, a saber: existência, validade e eficácia.

No plano da existência, pode-se elencar como elementos essenciais do negócio jurídico o agente, a vontade, o objeto e a forma. Sem qualquer destes elementos, o negócio jurídico sequer pode ser concebido como existente.<sup>837</sup> No plano da validade, adjetivam-se os elementos já referidos, para qualificar o agente como capaz, a vontade como livre (ou seja, sem vícios), o objeto como lícito, possível, determinado ou determinável e, por fim, a forma como prescrita ou não defesa em lei. Finalmente, no plano da eficácia, tem-se as consequências e acidentes possíveis de manifestação no âmbito dos negócios jurídicos, em relação às partes contratantes e mesmo em face de terceiros, tais como a condição, o termo, o encargo, o inadimplemento, os juros, a multa ou cláusula penal, as perdas e danos, a resolução, a rescisão, entre outras.<sup>838</sup>

É fundamental observar que em relação aos três planos – existência, validade e eficácia – o elemento *vontade* vem sofrendo modulação na teoria contratual pós-moderna. Como explica Paulo Lôbo, o contrato deixa de ser aquele tradicional e estático instrumento de autocomposição de “interesses privados formalmente iguais”, passando a abranger outras relações jurídicas atípicas que esse modelo voluntarista originalmente não contemplava. É possível, portanto, abstrair a vontade, pois é comum que as relações modernas prescindam do indivíduo agindo isoladamente em face do outro. Como reforça o autor, uma das características marcantes do contrato contemporâneo é a “atribuição de efeitos contratuais à automação e aos atos promanados de sistemas informatizados, sem imediata atuação humana no momento da celebração do contrato”.<sup>839</sup>

---

<sup>835</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues; FERREIRA, Keira Pacheco. Contratos Existenciais e intangibilidade da pessoa humana na órbita privada: homenagem ao pensamento vivo de Antonio Junqueira de Azevedo. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 79/2011, jul.-set/2011.

<sup>836</sup> Conforme Flávio Tartuce, a teoria é de inquestionável importância para o direito contratual, ressaltando que “Todas as vezes que foi mencionada a expressão negócio jurídico, poder-se-ia substituir por contrato, pois todo contrato é negócio jurídico” (TARTUCE, *op. cit.*, p. 9). O contrato é, pois, espécie do gênero negócio jurídico.

<sup>837</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

<sup>838</sup> TARTUCE, *op. cit.*, p. 14-15.

<sup>839</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. 9. Ed. São Paulo: SaraivaJur. 2023, p. 9-11.

Muito embora, em princípio, o consenso – e mais, o consenso entre pelo menos duas vontades – faça um contrato, os contratos contemporâneos cada vez mais consistem em instrumentos concebidos unilateralmente, estando dispostos como oferta (ou proposta), bastando ao outro polo contratual, tão-somente, aceitá-la, expressa ou tacitamente, por meio de comportamentos concludentes.<sup>840</sup>

Por isto é perfeitamente admissível que relações contratuais sejam formadas mesmo sem a formalização de um contrato escrito, sempre que a lei não exija solenidades formais para a conclusão do contrato.<sup>841</sup> Como pontua Flávio Tartuce, a formalização de oferta constitui “vontade receptícia” que, quando recebida pela outra parte, já é suficiente para vincular a parte proponente, inclusive quando formulada ao público<sup>842</sup>, na forma dos artigos 427<sup>843</sup> e 429<sup>844</sup>, do Código Civil.

E é justamente neste prisma que se pode observar a natureza contratual dos Termos de Uso, uma vez que, segundo Enzo Roppo, “(d)e facto, falar de *contracto* significa sempre remeter – explícita, directa ou mediatamente – para a ideia de operação económica”<sup>845</sup>.

Neste sentido, considerando: (i) a abstração do elemento vontade; (ii) a automação de relações, a formação de negócios jurídicos e o estabelecimento de regimes obrigacionais de forma automatizada por meio de sistemas informatizados; e (iii) a materialização de operações econômicas por meio de documentos relacionais; tem-se que os Termos de Uso assumem um papel de contratualização das relações travadas no ambiente digital.

Para além dos aspectos da teoria geral dos contratos até então apresentados, no escopo da tutela dos direitos básicos do usuário de Internet à obtenção de informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, o MCI equipara em seu texto legal os “contratos de prestação de serviços” aos “Termos de Uso” de aplicações de Internet.<sup>846</sup>

---

<sup>840</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>841</sup> Neste sentido é a disposição do artigo 107, do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”; e artigo 166, IV, do Código Civil: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) IV - não revestir a forma prescrita em lei.

<sup>842</sup> TARTUCE, *op. cit.*, p. 169.

<sup>843</sup> “A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

<sup>844</sup> “A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”.

<sup>845</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8.

<sup>846</sup> Nos termos do artigo 7º, inciso VIII, alínea “c”, da Lei 12.965/2014 (MCI), os Termos de Uso de aplicações de Internet devem especificar as finalidades do tratamento de dados pessoais, dever que se reflete na Lei 13.709/2018 (LGPD), conforme se extrai dos princípios da finalidade, adequação, livre acesso e transparência (artigo 6º, incisos I, II, IV e VI, LGPD), bem como da disposição do artigo 9º, I, LGPD, que prevê que o titular

Aprofundando especificamente os documentos considerados Termos de Uso, importa anotar que seu principal objetivo é reger as relações dos usuários e de provedores de serviços de Internet, inclusive no que tange às ações ligadas ao tratamento de dados pessoais, desde a coleta, passando pelo armazenamento, até sua eliminação.<sup>847</sup>

Justamente por esta razão é que se faz possível amoldar os Termos de Uso aos instrumentos contratuais já admitidos no ordenamento jurídico pátrio, em especial às normas pertinentes aos contratos de adesão, cuja principal característica é a inexistência ou afastamento da liberdade de fixação do conteúdo contratual de forma bilateral, ou seja, por parte do contratante aderente.<sup>848</sup> Isto, contudo, não afasta a existência de sinalagma – ou seja, o elo obrigacional existente de parte a parte – manifestado nos Termos de Uso que, embora inicialmente concebidos de forma unilateral, pode estabelecer (e geralmente estabelece) obrigações para ambos os contratantes, proponente e aderente.

Esta característica, naturalmente, implica em problemas típicos de contratos de adesão, considerando que, embora os Termos de Uso visem viabilizar a oferta de serviços e tragam consigo benefícios como segurança jurídica e certo grau de previsibilidade nas relações entre usuário e provedor de serviços de Internet, este documento também pode ser utilizado como barreira para estabelecer limitações jurídico-protetivas devidas aos usuários, inclusive quanto à “responsabilidade pelo fato ou vício do produto ou do serviço, a diversidade de jurisdições competentes e de leis aplicáveis para o julgamento de eventuais litígios”.<sup>849</sup>

Em que pesem as preocupações decorrentes da possibilidade de supressão de direitos dos usuários acima comentada, para os fins propostos neste trabalho, tem-se que os Termos de Uso são dotados de natureza jurídica contratual. Passa-se na sessão seguinte, então, às consequências daí decorrentes na relação entre a decisão do EDPB e a legislação brasileira.

---

tem acesso facilitado a diversas informações sobre tratamento, dentre elas a finalidade dos propósitos do tratamento de dados.

<sup>847</sup> OLIVEIRA, Ana Paula; ZANETTI DE OLIVEIRA, Dânton Hilário; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira na Prática Empresarial. In **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v.4, n.1 (maio 2019) - Curitiba: OAB-PR, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/306h0tZ>; Acesso em 30. abr. 2023.

<sup>848</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 58

<sup>849</sup> CARNEIRO, *op. cit.*, p. 207.

### 3. Os Termos de Uso e a decisão do *European Data Protection Board*: uma análise sob a ótica do Direito brasileiro e possíveis tendências regulatórias no Brasil

Uma vez fixada a premissa de que os documentos popularmente conhecidos como “Termos de Uso” são espécie contratual atípica para a regulação da relação entre provedor de serviço de Internet e usuário, cabe, agora, confrontar a legislação brasileira – em especial MCI e LGPD – em face das conclusões da decisão do EDPB.

Com a necessidade de se estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres sobre o uso da Internet no país, promulgou-se o MCI, considerada a primeira norma no país a trazer o viés específico da necessidade de respeito durante a realização de atividades em ambientes *online*. Por meio de novos princípios e regras norteadoras sobre a utilização da Internet, a norma trouxe consigo dispositivos relacionados à privacidade e proteção de dados pessoais.

Neste cenário protetivo, rogou-se, dentre outros apontamentos, a proibição de reter dados pessoais em excesso, mesmo que tratados sob o vértice do consentimento, eis que, conforme disposto no artigo 7º, VIII, do MCI, os dados somente poderão ser utilizados em ações de coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção quando: (i) houver justificativa para a coleta de dados; (ii) as finalidades pretendidas forem lícitas; e (iii) houver especificação em contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de Internet. Some-se aos pressupostos acima o disposto no inciso IX, do dispositivo legal em comento, que estabelece a necessidade de obtenção de consentimento expresso, a ser realizado de forma destacada das demais cláusulas contratuais<sup>850</sup>.

Ainda em relação à temática do contrato, dispõe o artigo 8º, parágrafo único, inciso II, do MCI<sup>851</sup>, a hipótese de nulidade nos contratos de adesão que não ofereçam alternativa a adoção de foro brasileiro para discussão de controvérsias oriundas dos serviços prestados no Brasil.

---

<sup>850</sup> Marco Civil da Internet: “Art. 7º: “O acesso à Internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

(...)

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais”.

<sup>851</sup> Marco Civil da Internet: “Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que:

(...)

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil”.

Para além do foro contratual, a interpretação conjunta do MCI e da LGPD – em especial observadas as regras de aplicação territorial da norma brasileira<sup>852</sup> – denota que o tema da proteção de dados pessoais está compreendido em um sistema normativo brasileiro composto por diversos diplomas legais, como a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos X e XIII<sup>853</sup>, e até mesmo o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 43<sup>854</sup> e 54<sup>855</sup>, sob o prisma das relações de consumo envolvendo dados pessoais e contratos de adesão.

Portanto, partindo-se das premissas de que: (i) o MCI e o CDC respaldam os contratos de adesão para regramento das relações entre usuários e provedores de serviços online; e (ii) que a LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais para a execução de contratos e para a consecução de finalidades ligadas a procedimentos preliminares à formação do contrato, é possível chegar à conclusão diversa daquela obtida pelo EDPB no caso Meta, objeto de análise neste trabalho.

Isto porque, ao afirmar a necessidade de obtenção de consentimento para garantir a efetiva proteção de dados pessoais dos serviços providos pela Meta, as conclusões do EDPB geram – ao menos *potencialmente* – outro problema. Uma das principais críticas tecidas pela doutrina acerca da contratualização do processo de obtenção da autorização – ou melhor, *consentimento* – do titular em relação ao tratamento de seus dados pessoais é a chamada “fadiga do consentimento” (*“consente fatigue”*) que, em linhas gerais, significa o desgaste do indivíduo em razão da sobrecarga informacional do titular necessária para que este compreenda efetivamente os propósitos do tratamento de dados, bem como as consequências decorrentes do tratamento.<sup>856</sup>

A questão é bem abordada por Bruno Bioni, que apresenta três estudos empíricos realizados por prestigiosas Universidades norte-americanas, nos quais são identificados

---

<sup>852</sup> Conforme disposições do art. 3º, da LGPD.

<sup>853</sup> Constituição federal de 1988: “Art. 5º 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, nos termos seguintes:

(...)

X - 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”.

<sup>854</sup> Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor. 1990. Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes.

<sup>855</sup> Código de Defesa do Consumidor: “Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

<sup>856</sup> International Association of Privacy Professionals – IAPP. **How to avoid consent fatigue**. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/how-to-avoid-consent-fatigue/>; acesso em 30 abr. 2023.

problemas estruturais em relação ao consentimento<sup>857</sup>, o que gera críticas à adoção indiscriminada do consentimento com hipótese legal para o tratamento de dados pessoais.

Desta feita, caberia indagar se a dependência – sob o viés de economicidade da operação<sup>858</sup> – da prestação dos serviços do uso da publicidade comportamental não integra a essência da própria prestação dos serviços. Longe de querer justificar de forma simplista a mercantilização de dados pessoais, por outro lado, não se pode deixar de considerar os *trade-offs* na relação de beneficiamento do usuário, em face dos serviços prestados sem custo pecuniário por parte dos provedores de serviços de Internet.

Seguindo por esta linha, verifica-se que o MCI é o instrumento legal que dispõe especificamente sobre a contratualização – pela via de documentos como os Termos de Uso – da relação entre provedores de serviços de Internet e usuários, tratando inclusive do fluxo informacional a ser considerado como ponto de partida para a autodeterminação informativa destes. Nada obstante, a LGPD vem em reforço, para qualificar o debate, aprofundando-o em relação aos deveres gerais de conduta dos agentes de tratamento, a fim de estabelecer camadas de proteção de dados pessoais em favor dos titulares.

Para tanto, conclui-se que a simples obtenção de consentimento, por si só, não traz maiores garantias à proteção dos dados pessoais dos usuários, mesmo porque os mecanismos de comunicação e transparência geralmente empregados para prover informações a respeito do tratamento de dados acaba sendo formalizado por meio de Políticas de Privacidade.

Nesse sentido, considerar a natureza contratual de documentos como Termos de Uso tende a dar maior segurança e força jurídica para o *enforcement* das cláusulas contratuais, o que agrega segurança às relações de tratamento de dados pessoais, considerando que o provedor de serviços de Internet, como proponente do contrato de adesão que regerá a relação com o titular, vincula-se aos termos do contrato e, ainda, às disposições legais e

---

<sup>857</sup> Segundo o autor: Sem exaurir a lista de argumentos, destaca-se que: a) construir-se-ia um regime problemático para a dinamicidade das relações sociais, na medida em que a “trava” do consentimento estaria a todo momento bloqueando o fluxo dos dados pessoais; b) em meio a essa “burocratização”, os cidadãos seriam sobrecarregados com tal estratégia normativa, já que exigir, a todo momento, o seu consentimento, o levaria à exaustão – a chamada fadiga do consentimento –, o que encontra ressonância nas limitações cognitivas do ser humano (subcapítulo 4.1.2); c) a inovação seria prejudicada. Toda e qualquer atividade precisaria de um espaço não previamente definido para criação, de modo que exigir um escopo inventivo pré-definido na economia dos dados seria inviabilizá-lo” (BIONI, *op. cit.*, p. 227).

<sup>858</sup> A respeito do tema da monetização de serviços mediante publicidade comportamental: “sobretudo considerando que estas atividades e a receita obtida com publicidade são essenciais para viabilizar economicamente o acesso a muitos produtos e serviços hoje ofertados gratuitamente em meio digital” (ZANETTI DE OLIVEIRA, Dânton Hilário. **Big Data e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: diálogos necessários em prol da livre iniciativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2022, p. 134).

regulatórias que está obrigado a cumprir. Aqui, naturalmente, incluem-se normas de caráter protetivo como o CDC, o MCI e a própria LGPD.

### **Considerações Finais**

A decisão vinculante – em territórios da União Europeia – proferida pelo European Data Protection Board (EDPB) em face da *Big Tech* Meta considerou ilegal o tratamento de dados pessoais em atividades ligadas à publicidade comportamental, quando baseado somente na utilização de termos e condições genéricos. Tal posição restou por fragilizar a natureza contratual da utilização dos Termos de Uso (e Políticas de Privacidade) como meio para amparar o tratamento de dados pessoais na base legal de execução do contrato. Consequentemente, devendo-se adotar mecanismos para obtenção de consentimento expresso (“*opt-in*”), onde os titulares possam decidir em quais pontos consentem e autorizam a utilização de seus dados.

Em suma, para muito além de um simples documento ornamental, ou cujo propósito se limite a conferir transparência entre agente de tratamento e usuário, os Termos de Uso, sublinhe-se, são um contrato atípico por adesão, proposto pelo provedor de serviços de Internet, na qualidade de fornecedor, e aderidos pelo internauta, na condição de consumidor de serviços ofertados e/ou prestados. Esta construção é fundamental para concluir que, como instrumentos contratuais, os Termos de Uso se prestam a regular o desenvolvimento da relação entre fornecedor e consumidor que, sob as lentes da LGPD, assumem os papéis de agente de tratamento e titular de dados pessoais, respectivamente.

Nada obstante, o famigerado “li e aceito”, por si só, pode não mais ser suficiente a amparar a validade da relação contratual entre provedor de serviço de Internet e o usuário do serviço, sobretudo quando considerado o regime protetivo previsto pela LGPD e o regime de *accountability* – responsabilização e prestação de contas – que gera uma série de deveres gerais de conduta aos agentes de tratamento de dados pessoais em prol da efetiva proteção de dados pessoais dos usuários e titulares.

Tal situação é de fundamental relevância para a atuação não apenas da Meta, mas de inúmeros outros provedores de serviço de Internet que, em meio às suas atividades-fim, aproveitam-se, também, da monetização de sua infraestrutura com a veiculação de publicidade comportamental, baseada em mídia programática.

Assim, ao relacionar a recente decisão do EDPB aos estudos propostos neste trabalho quanto ao instituto jurídico do contrato, a despeito da natureza contratual dos

Termos de Uso, conclui-se que o tratamento de dados pessoais neste contexto apenas será lícito se observar requisitos específicos previstos na LGPD, legitimando as diferentes atividades desenvolvidas pelos agentes de tratamento bem como as finalidades pretendidas com o tratamento de dados pessoais.

## Referências Bibliográficas

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BIZELLI, Rafael Ferreira. **Contrato Existencial: evolução dos modelos contratuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm); Acesso em: 18 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor. 1990**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 30 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, Marco Civil da Internet, 2014**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm). Acesso em 30 de abr. de 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, 2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm); Acesso em: 30 abr. 2023.

CARNEIRO, Ramon Mariano. “Li e aceito”: violações a direitos fundamentais nos termos de uso das plataformas digitais. *In. Internet&sociedade*, n. 1, v. 1, fev. 2020 (p. 200-229), 2020.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria Geral do Direito Digital: Transformação digital; desafios para o direito**. Trad. Italo Fuhrmann. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

International Association of Privacy Professional – IAPP. **How to avoid consent fatigue**. Disponível em: <https://iapp.org/news/a/how-to-avoid-consent-fatigue/>; acesso em 30 abr. 2023.

IAPP Irish **DPC, EDPB Meta decisions raise complex, fundamental questions**. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3AXEh3u>; acesso em 30 abr. 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. 9. Ed. São Paulo: Saraivajur. 2023.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.
- OLIVEIRA, Ana Paula; ZANETTI DE OLIVEIRA, Dânton Hilário; LIMA, Flávio Santos; SAMPAIO, Themis Ortega. A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira na Prática Empresarial. In **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v.4, n.1 (maio 2019) - Curitiba: OAB-PR, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/306h0tZ>; Acesso em 30. abr. 2023.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed., 3. Tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZANETTI DE OLIVEIRA, Dânton Hilário. **Big Data e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: diálogos necessários em prol da livre iniciativa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.

# A VULNERABILIDADE DE TRABALHADORES NÃO CONTRIBUINTES DA PREVIDÊNCIA SOCIAL ATUANTES NA *GIG ECONOMY* DO SETOR DE TRANSPORTE NO BRASIL

## The vulnerability of non-contributing social security workers working in the *Gig Economy* of the transport sector in Brazil

Elder Quirino da Silva Batista<sup>859</sup>

**Sumário:** 1. A Previdência Social no Brasil. 2. Compreensão do que é a *Gig Economy*. 3. O perfil dos trabalhadores da *Gig Economy* do setor de transporte no Brasil. 4. Os índices de trabalhadores da *Gig Economy* do setor de transporte que contribuem com a previdência social brasileira.

**Resumo:** A previdência social é constitucionalmente prevista no Brasil e é de fundamental importância para a sociedade brasileira e seus trabalhadores. A contribuição obrigatória para o referido órgão possibilita a segurança dos trabalhadores, tanto para aposentadoria quanto para concessão de benefícios previdenciários em casos de urgência, utilizados nos casos de afastamento da atividade profissional em razão de problemas de saúde ou acidentes, ou ainda, na hipótese de licença maternidade ou concessão de pensão por morte aos dependentes do segurado. Nos últimos anos é notória a expansão das plataformas digitais da *Gig Economy* no Brasil. Em específico, a quantidade de trabalhadores dos aplicativos de transporte de pessoas e entregas de mercadorias apresentou significativo crescimento, resultando em aproximadamente 1,7 milhão de trabalhadores no terceiro trimestre de 2022. Sabe-se que tais trabalhadores não possuem, ordinariamente, vínculo empregatício, o que retira desses profissionais inúmeros direitos, dentre os quais, a qualidade de segurado, embora possam aderir a previdência social como contribuintes individuais ou microempreendedores individuais. Na hipótese da ausência da qualidade de segurado, estarão privados do direito aos benefícios previdenciários, que são caracterizados como contributivos, ou seja, deles podem gozar apenas aqueles que efetivamente contribuíram para o seu custeio. O objetivo do presente trabalho é apresentar os números revelados pelos estudos efetivados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) feito com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) entre o ano de 2016 até o terceiro trimestre de 2022. O método utilizado é o exploratório por meio de pesquisas doutrinárias e análise de dados acerca da *Gig Economy* e seus trabalhadores no Brasil. Os resultados revelam que apenas 23% dos trabalhadores do setor de transporte da *Gig Economy* possuem a qualidade de segurado da previdência social, número inferior ao total de autônomos contribuintes que é de 33%, o que reforça a importância do tema, dada a possível situação de risco destes trabalhadores e suas famílias na hipótese de afastamento das atividades profissionais ou morte, donde conclui-se pela urgência de atuação do poder público na regulamentação dos trabalhos realizados pela

---

<sup>859</sup> Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Especialista em Direito Processual Constitucional pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Foi Advogado (2008/2013) e desde 2013 é Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Endereço eletrônico: elder.quirino@hotmail.com.

categoria objeto de análise neste estudo para que se evite futuros quadros de vulnerabilidade social e agravamento do quadro de saúde causador do afastamento do trabalhador, implicando até mesmo, no seu afastamento definitivo do mercado de trabalho.

**Palavras-Chave:** Previdência Social - Trabalhadores – Transporte – *Gig Economy*

**Abstract:** Social security is constitutionally provided for in Brazil and is of fundamental importance for Brazilian society and its workers. The obligatory contribution to the referred body makes possible the safety of workers, both for retirement and for the granting of social security benefits in urgent cases, used in cases of removal from professional activity due to health problems or accidents, or even, in the event of maternity leave or death benefit to the insured's dependents. In recent years, the expansion of Gig Economy digital platforms in Brazil has been notorious. Specifically, the number of workers in the people transport and goods delivery apps showed significant growth, resulting in approximately 1.7 million workers in the third quarter of 2022. It is known that such workers do not, ordinarily, have an employment relationship, which removes from these professionals numerous rights, among which, the quality of insured, although they can adhere to social security as individual taxpayers or individual micro-entrepreneurs. In the event of the absence of the status of insured, they will be deprived of the right to social security benefits, which are characterized as contributory, that is, they can be enjoyed only by those who effectively contributed to their cost. The objective of the present work is to present the numbers revealed by the studies carried out by the Institute of Applied Economic Research (IPEA) based on the Continuous National Household Sample Survey (Continuous PNAD) carried out by the Brazilian Institute of Statistical Geography (IBGE) between the year from 2016 to the third quarter of 2022. The method used is exploratory through doctrinal research and data analysis about the Gig Economy and its workers in Brazil. The results reveal that only 23% of workers in the transport sector of the Gig Economy are insured by social security, a number lower than the total number of self-employed contributors, which is 33%, which reinforces the importance of the topic, given the possible situation of risk of these workers and their families in the event of removal from professional activities or death, which leads to the conclusion that the public authorities must act urgently in regulating the work carried out by the category that is the object of analysis in this study, in order to avoid future situations of social vulnerability and aggravation of the health situation that causes the worker to leave, even implying his permanent withdrawal from the labor market.

**Keywords:** Social Security - Workers – Transportation – Gig Economy

## 1. A Previdência Social no Brasil

A previdência social é prevista nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal, os quais compõem a seção III do Capítulo II que trata da Seguridade Social e estão inseridos no Título III da Ordem Social.

Segundo Masson (2021) a seguridade social abrange a garantia de direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, que são caracterizados como direitos de segunda dimensão dos direitos fundamentais. Ainda segundo a mesma autora, a previdência social é conceituada como o seguro social do contribuinte, isto é, uma instituição pública, cuja principal função é garantir proteção ao trabalhador contribuinte e sua família, transferindo a

eles uma renda sempre que houver a perda da capacidade de trabalho, seja por incapacidade temporária ou permanente para o trabalho, seja por idade avançada, morte ou desemprego involuntário, ou mesmo em razão da maternidade e da reclusão.

Importante destacar a que embora a assistência social, também prevista como direito social na Constituição Brasileira, possa ter relativa coincidência de finalidade com a previdência social, a distinção dos institutos é bem feita por Silva (2021) ao pontuar que a previdência social possui caráter contributivo, ou seja, seus benefícios são distribuídos àquelas e àqueles que tenham contribuído periodicamente por determinado tempo, ao passo que os benefícios da assistência social destinam-se a todos e todas que dela necessitarem, independentemente de contribuição prévia. O mesmo autor esclarece que essa primeira distinção enseja a ocorrência da segunda, qual seja, o critério de necessidade, onde constatamos que os benefícios da assistência social são acessíveis apenas a quem deles necessita; já no caso da previdência, quem houver contribuído durante determinado período fará jus ao benefício, não importando se dele necessite ou não.

O rol dos segurados obrigatórios da Previdência Social está contido no artigo 11 da Lei Federal nº 8.213/91, ao passo que a possibilidade de aderir à Previdência Social como contribuinte facultativo é permitida pelo artigo 13 da mesma lei.

São benefícios da previdência social, os seguintes: aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, aposentadoria especial, aposentadoria por invalidez, pensão por morte, auxílio-doença, auxílio-acidente, auxílio-reclusão, salário-maternidade e salário-família.

Especificamente neste trabalho trataremos da importância dos benefícios ligados diretamente à proteção do trabalhador na hipótese de afastamento das atividades em decorrência de problemas de saúde.

O auxílio-doença é concedido quando um comprometimento físico ou mental afasta o segurado das suas atividades profissionais por mais de quinze dias. O empregado com carteira assinada é segurado a partir do décimo sexto dia, ao passo que os demais segurados são protegidos desde o primeiro dia de afastamento. Caso a perícia realizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) constate que o segurado está total e definitivamente incapaz para o trabalho, seja por motivo de acidente ou doença, este contribuinte será aposentado por invalidez.

Há ainda o benefício do auxílio-acidente que é conceituado pelo art. 86 da Lei Federal nº 8.213/91 como aquele concedido, como indenização, ao segurando quando, após a

consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Por fim, outros dois benefícios que estão ligados diretamente à saúde do segurado ou seus dependentes, são o auxílio-maternidade, concedido às seguradas por 120 dias, podendo ser acionado entre do vigésimo oitavo dia antes até o dia do parto ou a partir da guarda para fins de adoção; e a pensão por morte, que visa garantir amparo aos dependentes do segurado na hipótese do seu falecimento.

Atingindo o seu centésimo aniversário no último dia 24 de janeiro, a previdência social brasileira tem números superlativos. Atualmente, aproximadamente 37 milhões de brasileiros, que por algum motivo, estão afastados das suas atividades, tem sua renda garantida pela Previdência. Em termos financeiros, a previdência social tem orçamento previsto para 2023 de R\$ 945,32 bilhões, dos quais, o governo projeta R\$ 265,6 bilhões de rombo no orçamento federal.

O total de contribuintes da previdência social em 2020 era de 51,5 milhões de pessoas, que resultou numa arrecadação de R\$ 726,474 bilhões, isto é, 88% de todo o gasto da previdência.

Muito embora o déficit da previdência social brasileira seja tema comum em debates acerca de contas públicas, o Valor Investe (2023) pontua uma questão importante acerca de eventual prejuízo: a previdência social também é a fonte de custeio de benefícios assistenciais, que, como acima comentado, são caracterizados por não possuir como característica a necessidade de contribuição do beneficiário. Além dos benefícios assistenciais, a previdência social arca também com aproximadamente 3 milhões de benefícios rurais anteriores a 1991, que também não tinham fonte de custeio pelo trabalhador.

## **2. Compreensão do que é a *Gig Economy***

Originado na história da música norte-americana, a expressão *Gig* era utilizada para indicar datas de shows de bandas que não tinham outras atividades durante a semana, isto é, realizavam shows aos finais de semana e durante a semana não tinham atividades profissionais.

Não se tem um conceito unânime de *Gig Economy* dada a sua contínua transformação acarretada pelas novas dinâmicas de trabalho que mudam dia a dia junto às plataformas digitais. Não há também uma tradução fiel para o português da referida expressão, sendo

aceitos termos como: economia sob demanda, economia de bicos ou economia *freelancer*. A dificuldade de conceituação do termo é atribuída a heterogeneidade de atividades, tipos de negócios e tipos de empresas.

No âmbito econômico, a *Gig Economy*, também chamada de *freelance economy* ou *economy on demand*, refere-se às relações entre trabalhadores e empresas que utilizam mão de obra para execução de serviços pontuais sem a caracterização de vínculo empregatício. Tais trabalhadores são chamados de *freelancers* ou autônomos.

Assim, a *Gig Economy* pode ser identificada por três características: ausência de vínculo formal na relação de trabalho (com registro em carteira profissional), possibilidade de prestação de serviços para vários demandantes e jornada esporádica de trabalho.

A estrutura das empresas da *Gig Economy* é composta de três figuras, quais sejam: o provedor da plataforma, o fornecedor (trabalhador e trabalhadora) e o demandante (usuário da plataforma que solicita os serviços).

Nestes termos, a *Gig Economy* revela novas formas de execução de trabalho pois possibilita a prestação desses serviços sem locais e horários fixos, trabalho sob demanda e remuneração a cada serviço prestado. Dentre os exemplos mais comuns de profissionais da *Gig Economy* podemos citar os motoristas de aplicativos, entregadores de mercadorias e plataformas para localização e contratação de trabalhadores *freelancers* em inúmeras áreas tais como jurídica, ensino, programação, faxina, saúde, cuidados de animais, etc.

No âmbito brasileiro, a legislação trabalhista deixa lacunas quando nos referimos à *Gig Economy* em especial com relação à proteção dos profissionais que prestam serviços em por meio de plataformas eletrônicas deixando margens para possível precarização desse tipo de relação de trabalho, não obstante tramitem nas casas legislativas federais aproximadamente 128 projetos de lei relacionados a tal assunto.

### **3. O perfil dos trabalhadores da *Gig Economy* do setor de transporte no Brasil**

Não obstante o grande destaque que ganharam durante a pandemia da COVID-19, a expansão e crescimento das plataformas de aplicativos da *Gig Economy* já eram claras antes da pandemia e foram alimentadas pela crise no mercado de trabalho e impulsionadas pelos avanços tecnológicos que facilitaram o cadastro de prestadores e usuários de tais serviços.

Especificamente no setor de transporte é certo que a pandemia da COVID-19 impactou no crescimento deste mercado de trabalho dado o crescente uso de serviços de

delivery e transporte. Profissionais que perderam seus postos de trabalho tradicionais e diante da ausência de renda ativa, benefícios sociais ou previdenciários se viram em situação de vulnerabilidade social, ou ainda, trabalhadores que tiveram redução de seus rendimentos em razão da queda na demanda das suas atividades, são os principais prestadores desses serviços de transporte por meio de aplicativos.

Os dados que a seguir serão expostos, foram apresentados por meio estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) feito com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) entre o ano de 2016 até o terceiro trimestre de 2022. Os dados são relacionados ao último período de pesquisa e para melhor compreensão, divide os trabalhadores da *Gig Economy* em três grandes grupos: motoristas de aplicativos e taxistas, mototaxistas e entregadores de mercadorias via motocicleta.

Com relação ao quantitativo destes profissionais, os dados indicavam que no último trimestre de 2021, 1,5 milhão de pessoas atuavam no setor de transportes da *Gig Economy* no Brasil. Desse total, 61,2% atuavam como motoristas de aplicativo e taxistas, 20,9% eram entregadores de mercadorias via motocicleta, 14,4% laboravam como mototaxistas e 3,5% trabalhavam como entregadores de mercadoria por outros meios de transporte.

Já no que se refere aos rendimentos mensais desses profissionais, também no último trimestre de 2021, temos que os motoristas de aplicativos possuíam rendimento médio de R\$ 1,9 mil, entregadores via moto alcançavam rendimentos no patamar de R\$ 1,5 mil e os mototaxistas auferiam pouco mais de mil reais mensais.

Com relação aos rendimentos é necessário registrar que a pesquisa indica valores líquidos, isto é, desconta os custos para a execução dos serviços.

No que se refere à jornada de horas trabalhadas, o total muito é semelhante em todas as categorias de profissionais pesquisados e totaliza a média de 41,4 horas semanais.

Assim, podemos indicar que os vencimentos médios por hora trabalhada destes profissionais totalizam a média de R\$ 11,01 para motoristas de aplicativo e taxistas, R\$ 9,40 para entregadores de mercadorias por motocicleta e R\$ 6,00 para mototaxistas.

No que tange ao gênero destes profissionais, o percentual de homens supera o patamar de 90% em todas as categorias, sendo quase a totalidade entre os mototaxistas, onde alcança o total de 99,2%.

Com relação à distribuição de raça/cor, há predominância de pretos e pardos em todas as categorias, sendo a mais equilibrada a de motoristas de aplicativo e taxistas, onde pretos e pardos totalizam 55,4% e brancos totalizaram 44,6%.

A faixa etária dos motoristas da *Gig Economy* revela diferenças entre as categorias, eis que enquanto entre motoristas de aplicativos e taxistas há um relativo equilíbrio entre os públicos de 30 a 39 anos e 40 a 49 anos que juntos totalizam algo próximo de 55%, entre os mototaxistas há predominância da faixa entre 30 e 39 anos, totalizando quase 35%, ao passo que entre os entregadores de moto a faixa etária de maior incidência é entre 20 e 29 anos, quase 40%, portanto, a mais jovem.

No que se refere à escolaridade, entre os motoristas de aplicativo e taxistas e mototaxistas predominam os trabalhadores com ensino médio completo, no primeiro grupo beirando os 60% e no segundo, aproximadamente 55%. Já com relação aos entregadores de moto, há ligeira superioridade entre os com ensino fundamental completo (próximo de 45%) sobre os profissionais com ensino médio completo (próximo de 40%). Dentre as três categorias, o público com ensino superior completo é maior entre os motoristas de aplicativo e taxistas, onde supera o patamar de 10%.

Por fim, com relação a distribuição geográfica dos trabalhadores da *Gig Economy*, a pesquisa do IPEA revela que a maioria de motoristas de aplicativo e mototaxistas estão presentes na região Sudeste, onde concentram-se 51,4% do contingente nacional, isto é, algo em torno de 486 mil motoristas. A região Nordeste conta com algo próximo de 219 mil motoristas, seguido pelas regiões Sul com 96 mil e Norte com 81 mil. Os gráficos dos entregadores de mercadorias via motocicleta guardam semelhança com os números acima, eis que 58,7% estão na região Sudeste.

Já os mototaxistas são maioria no Nordeste, onde alcançam 50,1% do total nacional com aproximadamente 111 mil trabalhadores, seguido da região Norte com 59 mil, Sudeste com 40 mil e região Sul com 1,9 mil profissionais.

#### **4. Os índices de trabalhadores da *Gig Economy* do setor de transporte que contribuem com a Previdência Social brasileira**

Quando se fala de contribuição para a previdência social é possível que a maioria das pessoas faça uma primeira associação à possibilidade de aposentadoria, que é de inegável

importância, entretanto, caracterizado como benefício de planejamento a médio ou longo prazo.

A curto ou imediato prazo, a contribuição previdenciária garante a proteção do trabalhador contra infortúnios da vida, tais como: doença, acidente e invalidez permanente total ou parcial. Possibilita ainda às mulheres a garantia do auxílio-maternidade.

Assim, por exemplo, o motorista de aplicativo que em razão de doença precisa se afastar das atividades por 30 dias ou o entregador de mercadorias via motocicleta que sofre um acidente e fica 20 dias afastado de suas atividades, caso sejam contribuintes da previdência social, estarão garantidos pela cobertura de benefícios previdenciários. A mulher gestante, igualmente, também terá assegurado o auxílio maternidade.

Outra situação de grande importância é a proteção aos dependentes dos trabalhadores, que possuem direito à pensão na hipótese de falecimento do segurado, relacionada ou não à sua atividade profissional. Neste caso, caso o trabalhador seja contribuinte da previdência social, na infeliz hipótese de seu falecimento, seus dependentes terão ao menos uma renda ativa para manutenção de necessidades básicas, evitando-se que fiquem totalmente desamparados.

Nestes termos, a importância da contribuição previdenciária é cristalina, dada a possibilidade da existência de renda em momentos delicados ou de fragilidade do trabalhador ou de sua família.

Temos que os trabalhadores da *Gig Economy*, dada a ausência de registro como empregados, são enquadrados como contribuintes individuais, razão pela qual, isto é, não são segurados obrigatórios.

Além da possibilidade de enquadramento como contribuinte individual, o Conselho Gestor do Simples Nacional por meio da Resolução nº 148 de 2019 possibilitou que o profissional do setor de transporte da *Gig Economy* seja enquadrado como microempreendedor individual (MEI). No aspecto previdenciário, esse enquadramento permite que a contribuição seja feita no patamar de cinco por cento do salário-mínimo vigente, ou seja, em percentual menor do que o contribuinte individual.

Com relação aos números de profissionais do setor de transporte da *Gig Economy* que são contribuintes da previdência social, os dados correspondem ao terceiro trimestre de 2022, ocasião em que o número total de trabalhadores no setor correspondia ao total aproximado de 1,7 milhão de pessoas.

Conforme relatam Góes, Martins, Firmino e Rangel (2023) para totalização dos números de contribuintes foi adotada a contribuição no trabalho, ou seja, havendo declaração de enquadramento no setor de transporte da *Gig Economy* no trabalho principal, foi identificada sua situação previdenciária. Para essa pesquisa, foram utilizados dados do IBGE da PNAD Contínua do IBGE, reputados pelos autores acima indicados como a melhor fonte de informação para análise.

Relativo ao terceiro trimestre de 2022, como já mencionado, o total de trabalhadores do setor de transporte da *Gig Economy* totalizava a quantia de 1,7 milhão de trabalhadores, que eram divididos da seguinte forma: 1,068 milhão de motoristas de aplicativo e taxistas, 242 mil de mototaxistas, 319 mil de entregadores de mercadoria via motocicleta e 64 mil de entregadores de mercadoria por outros meios. Estes últimos, por falta de representação estatística foram excluídos da pesquisa.

Segundo os dados revelados pelos pesquisadores do IPEA, apenas 23% do total de trabalhadores são contribuintes da previdência social. Importante destacar que comparando-se o total de contribuintes com o início da pesquisa do PNAD/IBGE há queda, uma vez que em 2016 o patamar era próximo de 40%, ao passo que o total de trabalhadores na ocasião, era de pouco mais de 800 mil. Assim, temos que o gráfico evolui de forma inversamente proporcional, pois enquanto o número de profissionais trabalhando no setor de transporte da *Gig Economy* apresenta crescimento, o número de contribuintes para a previdência social dentre tais profissionais registra grande redução.

Para fins de comparação, a pesquisa indica que com relação aos trabalhadores por conta própria no Brasil, o índice de contribuintes para a previdência social do setor de transporte da *Gig Economy* é inferior, eis que, excluindo-se estes trabalhadores, o total de autônomos contribuintes é de 33%. Comparando-se a trajetória desses números durante a pesquisa, notamos que enquanto o percentual de autônomos contribuintes da previdência social manteve-se praticamente linear desde 2016, o número de profissionais contribuintes do setor de transporte da *Gig Economy* apresentou redução tal como indicado no parágrafo anterior.

Por fim, a pesquisa revela ainda a disparidade entre o número de profissionais contribuintes da previdência social no setor de transporte da *Gig Economy* entre as regiões do país. As regiões Sul e Sudeste contam com o maior percentual de contribuintes, respectivamente 37% e 27%, seguidos pela região Centro-Oeste com 22%. Os menores

números estão na região Norte, com apenas 10% de trabalhadores contribuintes e no Nordeste com 16%.

## Considerações Finais

A importância da contribuição previdenciária na maioria das vezes é associada à garantia de uma futura aposentadoria pelo trabalhador, entretanto, há que se ressaltar que a previdência social contempla outros benefícios igualmente importantes, principalmente em situações emergenciais, tais como problemas de saúde ou acidentes que exijam afastamento das atividades profissionais. Há previsão também de benefícios na hipótese de gravidez, dada a necessidade de concessão de afastamento temporário para a genitora, e de pensão por morte, hipótese em que se objetiva proteção aos dependentes do trabalhador falecido.

Neste sentido, a lei previu diversas hipóteses de segurados obrigatórios, isto é, que obrigatoriamente efetuam recolhimentos previdenciários e caso necessário, terão direito aos benefícios. A lei admite, todavia, a possibilidade de contribuintes facultativos, na maioria das vezes, autônomos e informais.

Atualmente, o índice de desemprego no Brasil está na casa de 8,4%, porém, é certo que o índice de informalidade acentuado freia o crescimento dos índices de desemprego, eis que tais pessoas, embora nem sempre atuando de forma contínua e organizada, são excluídas do cálculo de desempregados<sup>860</sup>. Atualmente o índice da informalidade no país é de 39%.

Dentre as categorias de trabalhadores informais, isto é, sem registro em carteira profissional e sem vínculo empregatício, temos os profissionais do setor de transporte da *Gig Economy*, atualmente em atividades junto à plataformas tais como: Uber, 99, Ifood, dentre outras, objeto do presente trabalho.

Tratamos dos baixos números de adesão destes profissionais à previdência social como contribuintes facultativos, seja como pessoa física ou Microempreendedor Individual, revelando que dos 1,7 milhão de profissionais, apenas 23% são contribuintes facultativos da previdência social.

---

<sup>860</sup> São definidos como trabalhadores informais pelo IBGE aqueles empregados no setor privado sem carteira assinada, os trabalhadores domésticos sem carteira, os trabalhadores por conta própria sem CNPJ, os empregadores sem CNPJ e os trabalhadores que não têm remuneração. Ou seja, uma pessoa que tenha sido desligada de um emprego formal e que esteja vivendo de serviços pontuais, isto é, sem continuidade e organização, não é considerada desempregada.

Notamos que os profissionais do setor de transporte da *Gig Economy* apresentam menores índices de adesão à previdência social do que outros trabalhadores autônomos, fato que sugere maior vulnerabilidade desses trabalhadores, isto é, além de terem menores rendimentos, estão mais suscetíveis a possíveis e sérias complicações financeiras nas hipóteses de afastamento das atividades em decorrência de problemas de saúde.

Assim, além de assumirem o risco social do trabalho e do negócio, estes trabalhadores (que não contribuem para a previdência social) estão descobertos por uma série infortúnios da vida, tais como acidentes, doenças, invalidez permanente ou parcial e morte. Ademais, estes trabalhadores estarão à mercê da própria sorte em casos de problemas relacionados à sua saúde, podendo valer-se apenas de benefícios assistenciais, se o caso.

A situação se revela grave na medida em que na hipótese de afastamento de suas atividades profissionais, estes trabalhadores não terão renda ativa para o custeio de necessidades básicas e essenciais, suas e de sua família, e não teriam condições de custeio de eventual tratamento médico ou compra de medicamentos, quando não amparados pela limitada e sobrecarregada rede pública de saúde. Essa situação pode ensejar situação de vulnerabilidade social e agravamento do seu quadro de saúde, física e mental.

Urge dos poderes constituídos soluções e regulamentações para que estes profissionais e suas famílias, em atual número significativo na sociedade brasileira, possam ter garantias e segurança para exercício pleno de suas atividades profissionais, protegidos na hipótese de necessidade de afastamento decorrente de saúde, evitando-se assim, riscos de vulnerabilidade social e agravamento do quadro de saúde, física e mental.

## Referências Bibliográficas

CEPI. Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV Direito SP. **Gig economy e trabalho em plataformas no Brasil: Do conceito às plataformas**. São Paulo: FGV Direito SP, 2021.

GÓES, Geraldo Sandoval; MARTINS, Felipe dos Santos; FIRMINO, Antony Teixeira; RANGEL, Leonardo Alves. **A proteção social dos trabalhadores da Gig Economy do setor de transporte no Brasil**. Carta de Conjuntura N° 58: Nota de Conjuntura 16, Brasília, p. 1-8, 15 fev. 2023. IPEA.

GÓES, Geraldo; FIRMINO, Antony; MARTINS, Felipe. **A Gig Economy no Brasil: uma abordagem inicial para o setor de transporte**. Carta de Conjuntura N° 53: Nota de Conjuntura 5, Brasília, p. 1-13, 07 out. 2021. IPEA.

\_\_\_\_\_. **Painel da Gig Economy no setor de transportes do Brasil:** Quem, onde, quantos e quanto ganham. Carta de Conjuntura N° 55: Nota de Conjuntura 14, Brasília, p. 1-12, 10 maio 2022. IPEA.

G1: **Desemprego fica em 14,6% e atinge 14,8 milhões no trimestre encerrado em maio, aponta IBGE.** Rio de Janeiro e São Paulo, 30 jul. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/07/30/desemprego-fica-em-146percent-no-trimestre-encerrado-em-maio-aponta-ibge.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2023.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa:** Técnicas de investigação, argumentação e redação. 2. ed. São Paulo: Matrioska, 2020. 368 p.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. 1424 p.

NOGUEIRA, Mauro Oddo; CARVALHO, Sando Sacchet de; PEREIRA, Larissa de Souza. **Remédio ou veneno?** As políticas de formalização de negócios e a precarização do trabalho em um contexto de crise. Mercado de Trabalho: Conjuntura e Análise, Brasília, p. 1-13, jun. 2019. IPEA.

PODER 360. **Taxa de desemprego vai a 8,4% e atinge 9 milhões.** [S.L.], 17 mar. 2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/taxa-de-desemprego-vai-a-84-e-atinge-9-milhoes/>. Acesso em: 20 abr. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. 705 p.

VALOR INVESTE. **100 anos de Previdência Social: o que o Brasil tem a comemorar?** São Paulo, 24 jan. 2023. Disponível em: <https://valorinveste.globo.com/mercados/brasil-e-politica/noticia/2023/01/24/100-anos-de-previdencia-social-o-que-o-brasil-tem-a-comemorar.ghtml>. Acesso em: 18 abr. 2023.

VEJA. **Informalidade crescente sustenta queda na taxa de desemprego.** [S.L.], 01 jun. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/informalidade-recorde-sustenta-queda-na-taxa-de-desemprego/>. Acesso em: 19 abr. 2023.

# AGRICULTURA SUSTENTÁVEL: UMA VISÃO COM BASE NOS PILARES DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

## Sustainable Agriculture: A vision based on pillars of sustainable development

Emanuelle Siqueira Primon<sup>861</sup>

**Sumário:** 1. Políticas Públicas Rurais e a Dicotomia Existente Entre Elas; 2. Gestão de Resíduos Sólidos e Agricultura Sustentável; 3. Economia Verde; 4. Programa ABC; 5. Cooperativismo Rural; 6. Trabalho Decente; 7. Considerações Finais; Referência Bibliográficas

**Resumo:** A Agricultura que tínhamos há cerca de 40 anos não é nem a sombra da agricultura que praticamos hodiernamente no Brasil; tanto em termos de desenvolvimento econômico, quanto social e ambiental; pensando nos pilares do desenvolvimento sustentável; temática que será explorada neste artigo. Isto porque, num passado não tão distante, a agricultura era meramente de subsistência, logo, o país não conseguia ser autossuficiente em termos de produção de alimentos para suprir as suas próprias demandas. Pelo contrário, o Brasil importava muitos tipos de alimentos, que aqui não eram produzidos, ou se eram, a produção ocorria em escala bem menor, não atendendo às necessidades da população. Durante décadas, alguns marcos foram importantes na implementação e solidificação dos pilares do desenvolvimento econômico no tocante à agricultura e pecuária brasileira. Tudo isto, será abordado neste trabalho, com vistas a demonstrar o por que hoje, o agronegócio do Brasil é o primeiro em produção agrícola sustentável no mundo e compreender como a agricultura sustentável de hoje, abrange todo o setor produtivo do agronegócio brasileiro, já não se trata mais de política pública voltada às propriedades rurais em regime de economia família de subsistência, faz parte do macro da estrutura agrícola do país. Além disso, sob o ponto de vista metodológico, esta explanação sobre as vertentes de políticas públicas voltadas à agricultura e desenvolvimento sustentável, baseia-se em pesquisa bibliográfica previamente realizada e em marco teórico que abrange as políticas públicas desta natureza, a partir da sua elaboração e execução no país. Leva em consideração a análise sobre o contexto político, social e econômico da época em que começaram a produzir efeitos, o número de produtores rurais beneficiados por estas ações governamentais tanto de reforma agrária, quanto de crédito rural, mercado de bens de produção, previdência social rural e transferência de renda. Os resultados deste estudo evidenciam que as forças destas políticas públicas, por meio de incentivo econômico abrangem, em grande parte, as camadas intermediárias da sociedade da área rural, ou seja, os médios produtores rurais; que já possuem segmentos consolidados no setor da agropecuária, tanto dentro de suas propriedades quanto no mercado. Todavia, a política pública de cunho assistencial é voltada à agricultura familiar que não conseguiu inserir seus produtos no mercado, uma vez que produz em regime de subsistência, ou seja, consome tudo o que produz; não estando, portanto, no mapa de projetos e ações públicas de caráter produtivo, apenas assistencial.

---

<sup>861</sup> Advogada, Mestranda em Direito pela Universidade Positivo, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio, Especialista em Direito Sucessório e de Família pela Faculdade Damásio, Fundadora da Câmara Temática das Mulheres do Agronegócio de Fraiburgo/SC, endereço eletrônico emanuelleprimonadv@gmail.com.

**Palavras-chave:** Agricultura Sustentável; Pilares do Desenvolvimento Sustentável; Agronegócio; Políticas Públicas.

**Abstract:** The agriculture we had 40 years ago is not even a shadow of the agriculture we practice today in Brazil; both in terms of economic, social and environmental development; thinking about the pillars of sustainable development; theme that will be explored in this article. This is because, in the not so distant past, agriculture was merely subsistence, so the country could not be self-sufficient in terms of food production to meet its own demands. On the contrary, Brazil imported many types of food, which were not produced here, or if they were, production took place on a much smaller scale, not meeting the needs of the population. For decades, some milestones were important in the implementation and solidification of the pillars of economic development with regard to Brazilian agriculture and livestock. All this will be addressed in this work, with a view to demonstrating why today, agribusiness in Brazil is the first in sustainable agricultural production in the world and to understand how sustainable agriculture today, encompasses the entire productive sector of Brazilian agribusiness, no longer it is more about public policy aimed at rural properties in a subsistence family economy regime, it is part of the macro of the country's agricultural structure. In addition, from a methodological point of view, this explanation of aspects of public policies aimed at agriculture and sustainable development is based on previously carried out bibliographical research and on a theoretical framework that covers public policies of this nature, from their elaboration and implementation in the country. It takes into account the analysis of the political, social and economic context of the time when they began to produce effects, the number of rural producers benefited by these government actions, both in terms of agrarian reform, as well as rural credit, the market for production goods, social security rural areas and income transfer. The results of this study show that the forces of these public policies, through economic incentives, cover, in large part, the intermediate layers of society in the rural area, that is, the medium rural producers; that already have consolidated segments in the agricultural sector, both within their properties and in the market. However, the public policy of an assistance nature is aimed at family farming that has not been able to insert its products in the market, since it produces on a subsistence basis, that is, it consumes everything it produces; therefore not being on the map of projects and public actions of a productive nature, only assistance.

**Keywords:** Sustainable Agriculture; Pillars of Sustainable Development; Agribusiness; Public policy.

## 1 Políticas públicas rurais e a dicotomia existente entre elas

Inicialmente, cumpre traçar uma linha do tempo no tocante à agricultura brasileira, em torno de sua evolução, uma vez que não se produzia muito no Brasil, porque em muitos lugares, e o exemplo que darei aqui é o do Bioma do Cerrado, exemplo emblemático, o solo não era próprio para o plantio, as técnicas de manejo de solos, plantas e animais não eram eficientes e havia muito desperdício, quando da colheita.

A situação só passou a mudar por volta de 1975, quando o governo federal passou a ter uma visão mais voltada à economia que a agricultura poderia gerar para o país, a partir de então, novos horizontes foram almeçados para o setor.

Com as ideias visionárias de Alysso Paulinelli, então Ministro da Agricultura da época e um dos fundadores da Embrapa, o país buscou em outros países novas tecnologias e técnicas de manejo do solo, para aplicar no Brasil, especificamente nas regiões até então improdutivas, uma delas, a técnica que foi o marco do reinício de produtividade no Cerrado, – reinício porque no passado, este bioma possivelmente já fora produtivo e deixou de ser por mudanças climáticas e uma série de outros fatores que tiraram os nutrientes do solo e o transformaram num solo pobre – o plantio direto; em que passou-se a fazer a semeadura diretamente no solo, sem o uso prévio do arado.

Colocar como uma das pautas da agenda pública a agricultura sustentável foi um grande passo para o desenvolvimento da agricultura que temos hoje, que de fato se preocupa em produzir o alimento com sustentabilidade e segurança alimentar.

O tema começou a ser discutido no país, por volta de 1980, época em que vários movimentos sociais eclodiram no Brasil, um deles, o que se chama de agroecologia, que nada mais é, do que a produção da cadeia do agronegócio com vistas à atender às questões sustentáveis.

A construção de políticas públicas voltadas a essa temática abriu caminho para o diálogo entre a sociedade civil e os governos, dando origem a uma pluralidade de dinâmicas que fizessem com que fosse possível e viável a aplicação deste tipo de agricultura como um fator produtivo que gerasse lucro ao setor econômico e por sua vez, ao Brasil, colocando o país no mapa como grande produtor sustentável de alimentos.

Foi a partir de estudos e pesquisas científicas a partir de 1990, que foi demonstrada a importância socioeconômica desse segmento.

Veja, nesta época, o Brasil avançou no diálogo relativo ao desenvolvimento rural, com a criação de políticas públicas que são destacadas, por parte de alguns estudiosos, como três gerações de políticas públicas rurais, muito embora, não haja linearidade entre elas, pois foram surgindo conforme as demandas sociais deste meio e uma acabou por atingir períodos concomitantes com as demais. Porém, para melhor compreensão das políticas públicas e seus marcos teóricos, é didático que se separem em períodos, ou gerações.

A primeira geração de políticas públicas neste campo, estão ligadas a demandas de cunho social da agricultura familiar de subsistência, que era organizada em sindicatos de produtores rurais familiares e em movimentos sociais do gênero. Neste período, as questões agrícolas e agrárias estavam evidentes.

É importante lembrar que nesta mesma época, o país ainda possuía um regime pobre de economia rural, tendo em vista que não era autossuficiente na produção agrícola e além disso, precisava importar de outros países, muitos produtos agropecuários e commodities.

A segunda geração tem marcante característica de assistencialismo pelo Estado em detrimento das famílias produtoras e pequenos produtores rurais. Nesta fase, não há tanto incentivo, por parte da Administração Federal, para o desenvolvimento econômico do setor agropecuário.

Neste mesmo período, houve a promulgação da Constituição da República, consagrando direitos encampados pelo preceito maior da seguridade social, tendo como um de seus pilares a assistência social. Neste período também se destacam ações relacionadas à previdência social.

A terceira e última geração, que iniciou em períodos mais atuais, visa novos horizontes, como a abertura de mercados externos para colocação de bens produzidos pelo agronegócio brasileiro, observando setores maiores e mais desenvolvidos do agronegócio, como médios e grandes produtores rurais, empresas rurais e agroindústrias.

Importante destacar também o movimento de expansão das cooperativas rurais, que, ao meu ver, adentra numa quarta geração, que é a que vivemos atualmente, com vistas ao olhar para o desenvolvimento sustentável e ao alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável, nele presentes o ODS 2, que tem por preceito acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável.

Entendo que também, nesta quarta geração, é instintivo pensar o alcance do ODS 6, pois a agropecuária faz uso e manejo de águas, em praticamente todos os seus processos produtivos, o ODS 8, que preconiza o trabalho decente e o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável e, por sua vez, o ODS 11, quando tratamos especificamente de pequenas comunidades rurais e assentamentos, com o objetivo claro de serem inclusivos, sustentáveis, seguros e resilientes.

Pois bem.

É certo que a temática da agricultura sustentável avançou no Brasil, em meio ao espaço político e institucional aberto pelas políticas públicas em benefício da agricultura familiar, inicialmente, com uma agenda de agroecologia. Posteriormente, institucionalizou-se o programa governamental pioneiro dentro desta pauta de políticas públicas voltadas à agricultura familiar, em 1990, o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF.

A estrutura do programa era a seguinte, fomentar o financiamento com taxas de juros e condições diferenciadas para pagamento em operações de crédito de custeio e investimento desenvolvidos especialmente para uso da agricultura familiar, que incluía em suas linhas o custeio da safra, custeio de atividades de beneficiamento, investimento em maquinário agrícola e implementos, investimento na infraestrutura da propriedade rural e serviços rurais, etc.

Mais tarde, o PRONAF ampliou a sua rede de linhas de custeio e investimento, passando a abranger a capacitação do produtor rural coberto pelo programa e ainda, aqueles pequenos produtores que até então, não tinham acesso a este sistema; fato que marcou uma nova agenda de políticas públicas à agricultura familiar, voltadas à questão social e também assistencial.

Vale destacar que esta foi a única vez em que se relacionou a agricultura sustentável e os objetivos de desenvolvimento sustentável exclusivamente com a agricultura familiar de subsistência. A partir de então, com a ampliação das linhas de investimento por esta política pública, o reconhecimento da sustentabilidade no agronegócio deixou de ficar adstrito às pequenas propriedades rurais, para adentrar no cenário geral deste setor econômico.

O PRONAF é um exemplo de política pública voltada ao agronegócio que tinha como foco a promoção do desenvolvimento sustentável a partir da sua política de desenvolvimento rural; apesar de não ter se firmado como um modelo técnico de inovação em termos da agricultura sustentável propriamente dita, mas é um caso de política pública existente desde 1990 até hoje, que já beneficiou muitos produtores rurais e beneficia até hoje, principalmente pelo seu caráter social e assistencial, portanto, tratando-se em sustentabilidade, é um programa que não pode ser olvidado.

Ainda sobre a questão da política pública do PRONAF, tem-se que o documento que dá acesso à porta de entrada do agricultor a este tipo de programa governamental de incentivo à produção e geração de renda é a Declaração de Aptidão ao PRONAF – DAP.

Sobre a adesão dos produtores rurais ao programa em questão, o Observatório Agropecuário Brasileiro traz um painel geral de DAPs realizadas no Brasil, que dá a visibilidade da tamanha força e aderência dessa política pública no país, que atualmente soma 2.364.849 Declarações de Aptidão ao PRONAF, em todo o território nacional.

Marcante, pois, a dicotomia entre as políticas públicas de caráter produtivo e aquelas destinadas ao assistencialismo aos pequenos produtores rurais brasileiros, todavia, uma não

exclui a outra e nem ao tempo em que são executadas, assim como as gerações em que foram criadas estas políticas públicas, que como se vê, ainda estão em execução no nosso país.

É inegável que tais políticas públicas contribuíram drasticamente para a minimização da pobreza no campo, atrelado a isso, o desenvolvimento do segmento, por práticas tecnológicas, incentivo ao custeio das atividades rurais e todos os seus aspectos, também beneficiaram para que muitos produtores saíssem da linha da pobreza e da agricultura de subsistência, para uma agricultura de produção, lançando os bens de produção para o mercado consumidor.

Contudo, também é certo que existe ainda um número significativo de pessoas que vivem no meio rural e que estão na linha ou abaixo da linha da pobreza; o maior problema nisso tudo, é que em grande parte são pessoas idosas, que já não conseguem trabalhar e muito menos produzir para sua sobrevivência. Este é um problema estrutural, pois estas pessoas não se encaixam dentro das cadeias produtivas do agronegócio, esta questão é voltada ao aspecto agrário e de economia familiar de subsistência, que não tem mudado de parâmetro, numa análise de seu quadro geral.

Além disso, em termos de política pública rural assistencial, em si, é visível um outro problema nessa estrutura, qual seja, a questão de que somado ao fator de que os idosos que vivem nas condições citadas no parágrafo anterior, além de apresentarem condições limitadas para ampliar suas bases produtivas, para desenvolver potenciais atividades agrícolas, encontram-se sem qualquer perspectiva de vida e sobrevivem dos recursos financeiros provindos de programas assistenciais do governo, como o antigo Programa Bolsa Família e atual Programa Auxílio Brasil.

Atrelado a isso, existe uma população jovem em situação similar, que muitas vezes, sem perspectiva de vida no campo, vão embora para as cidades e não retornam, provocando o êxodo rural. Assim, o sistema de agricultura familiar, nestes casos, se encerra na geração dos seus pais.

## **2 Gestão de resíduos sólidos e agricultura sustentável**

Quando falamos em agricultura sustentável, podemos incluir a cadeia produtiva do agronegócio especialmente da pecuária e da silvicultura, juntamente com a agricultura. Nesses segmentos, os pilares da sustentabilidade e a atenção aos ODS correspondentes também devem ser praticados.

A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa, ligada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, é visivelmente atuante na criação de projetos e na sua

execução como foco nos pilares do desenvolvimento sustentável para a gestão ambiental, um deles, é o gerenciamento dos resíduos sólidos, que se refere à adequada destinação de materiais utilizados tanto na agricultura, quanto na pecuária e em outros segmentos.

Existe uma política pública relacionada a isso, que é a política nacional de resíduos sólidos, publicada há aproximadamente 12 anos que regula o reaproveitamento e a responsabilidade dos agentes envolvidos em todo o ciclo de vida do produto; ou seja, desde a criação do produto, lá na indústria até o seu descarte lá na propriedade rural, pelo agricultor, por exemplo, após o uso desse conteúdo.

Neste sentido, a Embrapa desenvolveu três frentes de gestão de resíduos, a frente sobre resíduos sólidos, resíduos laboratoriais e de campos experimentais – local onde são feitos experimentos com plantas, para estudo de pesquisa científica e desenvolvimento de novas e eficazes alternativas à agricultura.

O primeiro exemplo, neste sentido, é o resgate e a conservação de hortaliças que eram muito consumidas há décadas, mas, por diversos fatores, foram desaparecendo gradativamente do Brasil e por vezes, sendo tratadas como ervas daninhas e assim, descartadas pelos produtores - como a taioba, ora-pro-nóbis, vinagreira e araruta. Neste projeto de hortaliças, este tipo de manejo acaba trazendo alternativa de renda e segurança alimentar para a agricultura familiar.

### **3 Economia Verde**

Conforme denominação do PNUMA – Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, economia verde é aquela na qual o crescimento de renda e o emprego são conduzidos e desenvolvem-se por investimentos públicos e privados que tem por objetivo a diminuição de emissão de carbono e da poluição; mas que, a *contrario senso*, aumentam a eficiência do uso de recursos naturais e energia sem perder a biodiversidade dos ecossistemas.

Nessa vitrina de economia verde, soam emergentes assuntos relacionados à agricultura, como a segurança alimentar e a agricultura sustentável. Nesse sentido, os estudos e pesquisas científica dos brasileiros, seja no âmbito da Embrapa, das universidades públicas e privadas, na Epagri, aparecem como atores quando se trata de projetos de melhoramento genético de cultivares e sementes, no tratamento do solo; questões que potencializam a tolerância da planta contra pragas e favorecem uma menor porcentagem de uso de agroquímico em seu manejo, ou uma menor quantidade de resíduo na planta, por exemplo.

A obtenção de cultivares mais produtivas, nutritivas e resistentes às alterações climáticas e estresse de insuficiência hídrica, também repercutem na geração no contexto da economia verde.

#### **4 Programa ABC**

O Programa ABC – Agricultura de Baixa Emissão de Carbono, adentra no rol de políticas públicas ligadas ao âmbito rural, adentrou no cenário, como política pública ligada ao pilar ambiental do desenvolvimento sustentável.

Isto, por ser uma política pública de organização e planejamento de ações realizadas para a adoção de tecnologias de produção rural sustentáveis. Estas tecnologias são selecionadas com o objetivo precípua de responder aos compromissos de redução de emissão de gases do efeito estufa (GEE) no setor do agronegócio; compromissos estes, que foram assumidos pelo país, em tratados e convenções internacionais.

O Plano ABC todo, é composto por mais sete programas, referentes a tecnologias de mitigação e adaptação às mudanças climáticas. Dentre estes programas estão os seguintes: recuperação de pastagens degradadas, integração lavoura-pecuária-floresta, sistema de plantio direto, fixação biológica de nitrogênio, florestas plantadas, tratamentos de dejetos animais e adaptação específica às mudanças climáticas.

#### **5 Cooperativismo rural**

O modelo atual de cooperativismo rural tem se demonstrado importante na questão do *desenvolvimento sustentável do Brasil*, aliando aspectos econômicos, sociais, ambientais e culturais; isto porque, a agropecuária tem o número mais expressivo quando se fala em cooperativas no Brasil.

Trabalhar na forma de cooperativismo rural amplia a abrangência de informação e promove a sua democratização, do que se fosse feito por um produtor rural individual. Além disso, permite que produtores menores cheguem até mercados maiores e melhores, do que poderiam, se estivessem atuando individualmente o que tem por consequência, o desenvolvimento de novas tecnologias que ampliam o atendimento aos pilares do desenvolvimento sustentável, porque atualmente, o mercado cobra dos produtores, práticas sustentáveis e gestão ambiental e, o próprio consumidor final faz um papel de cobrança e fiscalização no momento de escolha do produto agro na gôndola do mercado.

Logo, quando um produtor, por pequeno que seja, cria uma cooperativa, ele passa a ter volume e diversidade de produtos, além de diversos outros benefícios, como adquirir subsídios para investir no negócio, em equipamentos, maquinário agrícola, melhoramento da sua logística, gera mais empregos e etc.

## **6 Trabalho decente**

No que concerne ao trabalho decente, preceito eleito como objetivo de desenvolvimento sustentável - ODS 8 – especificamente o trabalho decente no meio rural, a questão ainda é delicada.

O Trabalho Decente é a uma condição *sine qua non* para que haja a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável, tanto no campo, quanto nas cidades.

O trabalho decente é definido pela Organização Internacional do Trabalho, a OIT, como o trabalho e emprego que é remunerado de acordo com os parâmetros legais, ou seja, adequadamente, o trabalho que é exercido em condições de liberdade, equidade e segurança para o trabalhador, sendo capaz de garantir uma vida digna; a partir destes preceitos.

Demais disso, existem pilares promovidos pela OIT, que se observados promovem entre os países boas práticas de trabalho entre os seus trabalhadores, quais sejam: a) o respeito às normas internacionais do trabalho, aos princípios e direitos fundamentais do trabalho; b) a promoção do emprego de qualidade; c) proteção social e d) diálogo social.

Muito embora a agropecuária brasileira esteja em um patamar de alto desenvolvimento econômico e tecnológico, como visto no tópico que retrata sobre as políticas públicas rurais, o desenvolvimento social caminha a passos lentos, um espelho que reflete esta realidade é o trabalho no meio rural.

No Brasil ainda existem muitos focos de trabalho rural infantil, trabalho em condições análogas à de escravo, trabalho forçado e perigoso, sem as devidas cautelas que a legislação trata, para este último.

Conforme dados do Instituto Trabalho Decente, a maioria das crianças e adolescentes que trabalham de maneira irregular e sem proteção, ou seja, menores de 14 anos sem estarem na condição de aprendizes ou, maiores de 14 anos, mas em condições não previstas em lei, estão na agricultura.

O trabalho infantil na agricultura é outra forma de problema estrutural existente no meio rural, pois funciona quase como uma tradição, um meio de viver, o aprendizado de um ofício; que é transferido das gerações remotas às atuais.

Demais disso, a questão crucial que envolve a pauta do trabalho decente e o alcance do ODS 8 está no atual status da mão-de-obra no meio rural. Pois bem, a denominação “mão-de-obra” se refere à atividade desempenhada com o mínimo de técnica ou intelectualidade da pessoa que irá desempenhá-la, é o tarefeiro, o horista, obreiro; que exercerá aquela atividade sem que para isso tenha havido um treinamento ou aprendizado técnico.

Exemplo disso é o trabalho manual/artesanal desempenhado na olericultura – cultivo do alho - em que o obreiro é aquele que usará apenas as mãos e a força física para desempenhar as atividades que envolvem todo o processo produtivo deste cultivar, qual seja, a semeadura da semente do alho, que é depositada na terra manualmente, depois, a colheita, que é também manual, em que se colhe planta por planta, após, o corte da raiz para que sobre a cabeça de alho – também feito manualmente com o uso de uma tesoura – por fim, a classificação do alho e a sua embalagem.

Ao final, todos estes processos puderam ser realizados pela mesma pessoa, sem o uso de altas tecnologias e de maneira manual e artesanal. Este tipo de trabalho envolve a mão-de-obra do trabalhador.

Não se pode generalizar, mas é neste tipo de exemplo, que envolve 100% o trabalho manual, é que verificamos maiores disparidades relacionadas ao trabalho decente, justamente, pela falta de conhecimento técnico que norteia a atividade.

Ao contrário disso, existe a profissionalização do trabalho, investimento em qualificação e no capital humano; que seriam alternativas para se alcançar o trabalho decente; mas esta questão, se verifica em outro patamar, naquele em que o trabalhador deverá fazer uso de maior tecnologia, como operar uma máquina agrícola com GPS e piloto automático; em que o treinamento e o conhecimento técnico serão indispensáveis para o desempenho da função.

Sem dúvida, como já mencionado, o investimento no capital humano é capaz de transformar socialmente o setor, para tanto, destaco os treinamentos técnicos oferecidos pelas unidades do Sistema S, em que é possível, que o produtor rural e o trabalhador rural se capacitem para aquela atividade cotidiana; desde a atividade operacional, como o manejo de solo, até a prática administrativa, como emissão de nota fiscal eletrônica.

São recursos disponíveis e acessíveis para que se busque atender às necessidades tanto dentro da propriedade rural, quanto às necessidades do mercado.

## **7 Considerações Finais**

Este artigo tratou de três pilares importantes do desenvolvimento sustentável relativo à agricultura sustentável, que são o pilar econômico, social e ambiental. Partindo da questão econômica, para explicar as políticas públicas de incentivo à produtividade do setor, depois indo em direção ao caráter social e assistencialista destas políticas públicas, para se chegar à uma análise detida da aplicação da questão dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável aplicáveis ao setor.

É nítido o crescimento do agronegócio nos últimos 40 anos e inegável que isso em muito se deu pela aplicação prática de novas técnicas e tecnologias aliadas ao campo, bem como, ao movimento de criação de políticas públicas, que andaram de mãos dadas com essas novas tecnologias associadas à agricultura e que culminaram no cenário que temos hoje.

Um cenário que foi além do horizonte pretendido pelos atores envolvidos nos primeiros passos de modernização e profissionalização do campo, que muito ainda tem a se desenvolver e contribuir com o mundo, para mostrar o quanto o Brasil é autossuficiente na produção de alimentos, de maneira segura, sustentável e resiliente.

Fundamental perceber o quanto as políticas públicas foram protagonistas em todas essas fases; inicialmente aquelas que se preocuparam em tratar dessa entrada do Brasil no cenário agrícola, favorecendo o alcance, pelo país, dessas novas técnicas e tecnologias.

Posteriormente, uma visão global voltada ao assistencialismo das famílias que em grande parte compunham a estrutura da agropecuária brasileira, mas que produziam em menor escala e, bem por isso, necessitavam de um olhar mais atento do governo. Assim o é até hoje, pois no Brasil, existem muitos assentamentos e comunidades que produzem neste mesmo ritmo de antigamente.

E num terceiro movimento em passos ao progresso, a elaboração e execução de políticas públicas incentivando a produção e a competitividade dos players no mercado do interno e externo do agronegócio. Portanto, uma soma de políticas públicas, em grande parte, existentes ainda hoje, que contribuíram muito para chegarmos ao patamar atual.

Sem deixar de mencionar o status de país sustentável na produção agrícola e pecuária que, felizmente, ostentamos atualmente. Isto graças ao trabalho de milhares de produtores

rurais que produzem diariamente, *com sustentabilidade, proteção ambiental, bem-estar animal, segurança alimentar e qualidade.*

## Referências Bibliográficas

ALVES, E.; ROCHA, D. de P. Ganhar tempo é possível? In: GASQUES, J. G.; VIEIRA FILHO, J. E.; NAVARRO, Z. (Org.). **A agricultura brasileira: desempenho, desafios e perspectivas**. Brasília: IPEA, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. **Plano setorial de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas para a consolidação de uma economia de baixa emissão de carbono na agricultura: plano ABC (Agricultura de Baixa Emissão de Carbono)**. Brasília: MAPA/ACS, 2012.

BUAINAIN, A. M. et al. (Org.). **O mundo rural no Brasil do século 21: A formação de um novo padrão agrário e agrícola**. 1ª ed. Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2014.

CARDOSO, Alexandre Amaral. ODS 2: **Agricultura Sustentável – Um Estudo**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Núcleo de Estudos do Futuro. 2019.

CARDOSO, J. C. (Org.). **A universalização de direitos sociais no Brasil: a previdência rural nos anos 90**. Brasília: IPEA, 2000.

CAZELLA, Ademir Antonio. **Políticas Públicas de Desenvolvimento Rural no Brasil: o dilema entre inclusão produtiva e assistência social**. 1ª Edição. Florianópolis.2019.

DELGADO, G. C. Questão agrária hoje. In: DELGADO, G. C.; BERGAMASCO, S. M. P. P. **Agricultura familiar brasileira: desafios e perspectivas de futuro**. Brasília: SEAD, 2017.

EMBRAPA. **Agricultura Sustentável**. 81ª Edição. Distrito Federal: Revista Embrapa Hortaliças. 2012

EMBRAPA. **Produção Agrícola**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/agropensa/producao-agricola-municipal>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

GRISA, C. **Políticas públicas para a agricultura familiar no Brasil: produção e institucionalização das ideias**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade), Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, 2012.

MOURA, I. F. de. **Agroecologia na agenda governamental brasileira: trajetórias no período 2003-2014**. Tese (Doutorado em Ciência, Tecnologia e Inovação em Agropecuária), Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, 2016.

NIEDERLE, Paulo André. **A trajetória brasileira de construção de políticas públicas para a Agroecologia**. 1ª Edição. Rio Grande do Sul: Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional. 2019

- PICOLOTTO, E.; BRANDENBURG, A. **Uma grande oportunidade: o sindicalismo e seus projetos de ecologização da agricultura familiar**. *Ambiente & Sociedade*, v. 18, p. 1-18, 2015.
- PORTO, S. **A agroecologia e o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA)**. Carta Maior, 14/06/2016. Disponível em: <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/A-agroecologia-e-o-Programa-de-Aquisicao-de-Alimentos-PAA/3/36284>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.
- SABOURIN E., PATROUILLEAU M. M., LE COQ J.-F., VAZQUEZ L., NIEDERLE P.-A. (Eds.). **Políticas Públicas a favor de la Agroecología en América Latina y el Caribe**. Porto Alegre, Rede PP-AL, FAO, 2017.
- SILIPRANDI, E. **Desafios para a extensão rural: o social na transição agroecológica**. *Revista Agroecologia e Desenvolvimento Rural Sustentável*, volume 3. 2002.
- SOUZA, P. M.; PONCIANO, N. J.; NEY, M. G.; FORNAZIER, **A Análise da evolução do valor dos financiamentos do Pronaf-crédito (1999-2010): número, valor médio e localização geográfica dos contratos**. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, v. 51, n. 2, p. 237-254, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20032013000200002>. Acesso em: 10 de setembro de 2022.
- Organização Internacional do Trabalho. **Trabalho Decente**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/lang-es/index.htm>. Acesso em: 18 de agosto de 2022.
- Observatório Agropecuário Brasileiro. **Declaração de Aptidão ao PRONAF – DAP**. Disponível em <http://observatorio.agropecuaria.inmet.gov.br/paineis/agriculturaFamiliar?lang=pt-BR>. Acesso em 25 de setembro de 2022.
- MAIA, G. B. da S. et al. **O Pronaf e o financiamento agropecuário nos Territórios da Cidadania do Semiárido**. *Revista do BNDES*, n. 37, p. 177-216, jul. 2012.
- VIEITES, Renato Guedes. **Agricultura Sustentável: Uma Alternativa ao Modelo Convencional**. 1ª Edição. Curitiba: Revista Geografar. 2010.

## DDR: ENTRE PAZ E FELICIDADE SUSTENTÁVEIS?

### DDR: between sustainable peace and happiness

Emília Lurdes Agostinho Paulino<sup>862</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Conceito de paz e estabilidade; 2.1. contextualização; 2.2. Guerra vs Paz; 2.3. Paz como um direito fundamental e económico; 2.4. Conceito de Felicidade; 2.5. Paz e felicidade sustentáveis; 2.6. Definição de DDR; 2.7. DDR em Moçambique; 3. Orçamento; 3.1. Receita vs despesa; 3.1.2. O processo de execução das despesas; 4. Conclusão.

**Resumo:** o objectivo da actividade económica passa por garantir um aumento geral do bem-estar que depende por um lado do aumento do rendimento nacional e por outro da distribuição desse rendimento, e esse objectivo é dificultado quando a aplicação de políticas públicas sofre ingerência externas de guerras e/ou guerrilhas internas como DDR que mexe com o senso comum de justiça social que assenta numa base de paz e felicidade sustentáveis. Desde a assinatura do acordo geral de paz assinado em 1992 na Roma, foram assinados mais dois (2) acordos de paz entre a Frelimo e a Renamo (2014 e 2019), por causa de ataques armados perpetrados por este último. O acordo de 2019 designado DDR visa o desarmamento, desmobilização e reintegração, considerando que as acções para a sua implementação são financiadas pelos fundos do Governo por força da Lei nº11/2019 de 12 de Setembro.

**Palavras-chave:** actividade económica, DDR, justiça social.

**Abstract:** the objective of economic activity is to guarantee a general increase in well-being, which depends on the one hand on the increase in national income and on the other hand on the distribution of that income, and this objective is hampered when the application of public policies suffers external interference from wars and /or internal guerrillas like DDR that mess with the common sense of social justice that rests on a basis of sustainable peace and happiness. Since the signing of the general peace agreement signed in 1992 in Rome, two (2) more peace agreements have been signed between Frelimo and Renamo (2014 and 2019), because of armed attacks perpetrated by the latter. The 2019 agreement designated DDR aims at disarmament, demobilization and reintegration, considering that the actions for its implementation are financed by Government funds pursuant to Law nº 11/2019 of 12 September.

**Keywords:** economic activity, DDR, social justice.

---

<sup>862</sup> Mestre em ciências jurídico – económicas pela Universidade Zambeze - Sofala, Beira e funcionária da Administração Regional de Águas do centro (ARA-Centro, IP) – Sofala, Beira Advogada carteira profissional nº1141.E-mail: emilialurdespaulino@gmail.com

## 1. Conceito de Paz e estabilidade

Falar de paz em Moçambique é um pouco complicado e inquietante, fazendo uma introspectiva a história da República, desde a descoberta por Vasco da Gama, na sua passagem a caminho da Índia em 1498 à actualidade com as expectativas de TSU<sup>863</sup>.

A paz pressupõe a falta de violência (paz negativa), e numa altura globalizada, os ataques cibernéticos devem ser considerados como violência ou um tipo de guerra. Neste sentido, pretende-se analisar uma paz que pressupõe um conceito de justiça social (paz positiva ou de satisfação). Analisando estas duas vertentes, pode-se concluir que no solo pátrio momentos de paz foram e/ou são inexistentes tendo em conta as guerras de libertação e outras desde 1975 ou mesmo antes da constituição da República.

### 1.1. Contextualização

O nascimento dos estudos da paz surgem no final da década de 1950, nos Estados Unidos, com a criação do Jornal sobre resolução de conflitos em 1957 e o centro de pesquisa de resolução de conflitos em 1959 pela Universidade de Michigan<sup>864</sup>. Na mesma altura (1959) foi criado o International Peace Research Institute Oslo (PRIO), por Galtung visando a pretensão de desenvolver uma “ciência normativa” da paz<sup>865</sup>.

Os debates sobre a questão da paz surgem numa altura em foi aprovado o estatuto dos indígenas portugueses da Guiné, Angola e Moçambique em 1954, quase 20 anos antes das primeiras tentativas de descolonização por parte de Moçambique em 1974 pelas leis n.ºs 7/74 de 27 de Julho e 6/74 de 24 de Julho<sup>866</sup>. De longe, estas perspectivas de paz não tinham como serem pensadas ou iniciadas em África considerando que boa parte dos países africanos incluindo Moçambique encontravam-se no processo de descolonização e libertação. O processo de constituição da República foi marcado por várias guerras entre elas civis e/ou revolucionárias.

### 1.2. Guerra Vs Paz

---

<sup>863</sup> Em 2022 o Estado moçambicano decidiu actualizar os salários de funcionários públicos e esse processo denominou-se por Tabela salarial única (TSU), na tentativa de diminuir as discrepâncias salariais existentes.

<sup>864</sup> OLIVEIRA, Gilberto Carvalho, *Estudos da paz: origens, desenvolvimentos e desafios críticos atuais*, Belo Horizonte, 2017, pp.151

<sup>865</sup> *Ibidem*, pp. 152

<sup>866</sup> Esta lei detinha força constitucional provisória e previa três (3) relevantes orientações em relação ao ultramar português: (i) o princípio da solução política e a rejeição da solução militar, (ii) o reconhecimento da plenitude do princípio da autodeterminação dos povos e (iii) a titularidade da correspondente competência no Presidente da República

A guerra contrapõe-se a paz, talvez seja por isso que o entendimento do que seja guerra passa por uma concepção a contrário sensu do que seja a paz. A primeira guerra que foi histórica e ditou a constituição da 1ª República foi em 1975 entre o povo moçambicano e o Governo português, teve uma característica internacional por comportar duas características: civil<sup>867</sup> e revolucionária<sup>868</sup> por um lado pelo facto de Moçambique na altura ser uma província ultramarina do Governo português e por outro porque há uma contestação de um povo pela sua história.

A I República Moçambicana foi marcada pelo conflito que opôs o Governo/Frelimo e a Renamo, que só terminaria com a assinatura do Acordo Geral da Paz em 4 de Outubro de 1992<sup>869</sup>, estes factos ditaram o início da transição democrática, e foi assim que se adotou a 2ª Constituição de Moçambique de 1990, aprovada pela Assembleia Popular em 2 de Novembro<sup>870</sup>. E, a terceira República foi ditada por algumas guerras que culminaram no acordo de Paz e Reconciliação Nacional, celebrado aos 6 de Agosto de 2019, o Acordo de Paz e Reconciliação Nacional (DDR)

### 1.3. Paz como um direito fundamental e económico

A constituição da República de Moçambique (CRM) consagra no artigo 11º os objectivos fundamentais<sup>871</sup>.

Estranhamente o legislador dos 11 (onze) objectivos principais, em dez deles salvaguardou a ideia do respeito da paz associada ao crescimento e desenvolvimento económico, mesmo não de forma expressa pode-se extrair do texto constitucional as seguintes referências: de justiça social e a criação do bem-estar, a promoção do desenvolvimento equilibrado, promoção dos direitos humanos, da estabilidade social,

---

<sup>867</sup> A guerra civil é aquela empreendida dentro de um mesmo Estado por duas facções ou partidos que dividam o país e que disputem entre si o monopólio legítimo da violência para o mesmo território (...), Héctor Luis Saint-Pierre, *Guerra e Guerra Revolucionária*, UNICAMP, 1996 pp.32

<sup>868</sup> É uma guerra de classes, a qual consiste em substituir, dentro das relações da luta de classes, sua manifestação pacífica pela via armada (...), Héctor Luis Saint-Pierre, *Guerra e Guerra Revolucionária*, pp.35

<sup>869</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Direito Constitucional de Moçambique*, Lisboa/Maputo, 2015, pp.116

<sup>870</sup> Idem, pp.118

<sup>871</sup> A edificação de uma sociedade de justiça social e a criação do bem-estar material, espiritual e de qualidade de vida dos cidadãos (al.c);

A promoção do desenvolvimento equilibrado, económico, social e regional do país (al. d);

A defesa e a promoção dos direitos humanos e da igualdade dos cidadãos perante a lei (al. e);

O reforço da democracia, da liberdade, da estabilidade social e da harmonia social e individual (al.f);

A promoção de uma sociedade de pluralismo, tolerância e cultura de paz (al. g);

O desenvolvimento da economia e o progresso da ciência e da técnica (al. h);

A afirmação da identidade moçambicana, das suas tradições e demais valores sócio- culturais (al. i);

O estabelecimento e desenvolvimento de relações de amizade e cooperação com outros povos e Estados (al. j).

tolerância e cultura de paz. Claramente vê-se a positivação de uma “paz positiva e/ou de satisfação”<sup>872</sup> que visa o bem estar geral que está alicerçado a uma estabilidade económica.

Nos termos expostos, a paz é um direito humano, fundamental e económico pois pressupõe a intrinsecidade à dignidade da pessoa humana por força do artigo 97º da CRM que consagra a organização económica e social da República de Moçambique que visa a satisfação das necessidades essenciais da população e a promoção do bem-estar social e assenta nos princípios fundamentais eminentemente económicos como por exemplo: na acção do Estado como regulador e promotor do crescimento e desenvolvimento económico e social<sup>873</sup>.

#### 1.4. Conceito de Felicidade

A felicidade está aliada à sensação de bem-estar e de prazer assente na teoria das “cinco (5) espécies de liberdades”<sup>874</sup>. O estado pleno de felicidade pressupõe que haja liberdade pois não basta ter ou ser (feliz), é necessário dispor (liberdade).

Com base em alguns “indicadores”<sup>875</sup> nomeadamente: (i) económicos, (ii) terra, (iii) indicadores demográficos, (iv) indicadores sociais, (v) indicadores políticos e (vi) indicador climático<sup>876</sup>., pode-se destacar o seguinte:

- o PIB moçambicano aumentou em 3,1 vezes, comparando o primeiro e último ano analisados<sup>877</sup>;
- o Moçambique encontra-se na lista como o 4º maior comprador de terra (6% da área comprada), sendo a aquisição correspondente ao projecto do grupo Maeva para a produção do óleo de palma, na Costa de Marfim<sup>878</sup>;

---

<sup>872</sup> A paz positiva implica a ausência da violência estrutural, ou seja, por meio de uma radical mudança social ou que, pelo menos, deve caminhar pari passo com a promoção da justiça social, eliminando as desigualdades sociais (...) ou que haja que haja confiança generalizada assente numa revolução nas relações internacionais que poria fim a era da suspeita, inaugurando a era da segurança, BEDIN, Gilmar Antônio Bedin e GHISLENI, Pâmela Copetti, *A Sociedade Internacional E A Questão Da Paz: A Solução Dos Conflitos Por Meio Do Direito Ou Do Princípio Da Não Violência*, Faculdade de Direito de UFMG, Belo Horizonte, 2015, pp. 238 e DE SOUZA, Carolina Paula, *A paz: Uma análise comparada*, Revista de Discentes de Ciência Política da Universidade Federal de São Carlos, Volume 7, Número 1, São Carlos, 2019, pp.10.

<sup>873</sup> Artigo 97, al. g da CRM.

<sup>874</sup> SEN, Amartya, por tradução de João Oliveira Correia da Silva, *O desenvolvimento como economia*, 2003, gradiva, 1ª edição, pp.5

<sup>875</sup> Ver em AUIBA, Rabia e NOVA, Yara, *Indicadores De Moçambique, Da África Subsaariana e do Mundo*, Observador do meio rural (OMR), nº69, Dezembro, 2018, pág. 1.

<sup>876</sup> (i) económicos (PIB, investimento, importação, exportação, dívida externa e ajuda externa); (ii) terra (países compradores e países alvo de compra); (iii) indicadores demográficos (população, taxa de crescimento e densidade populacional); (iv) indicadores sociais (índice de desenvolvimento humano, pobreza, desigualdade de rendimento, saúde, educação e inovação); (v) indicadores políticos (democracia, conflitualidades e índice de percepção de corrupção); (vi) indicador climático (...), AUIBA, Rabia e NOVA, Yara, *Indicadores De Moçambique, Da África Subsaariana e do Mundo*, Observador do meio rural (OMR), nº69, Dezembro, 2018, pág. 1.

<sup>877</sup> AUIBA, Rabia e NOVA, Yara, pág.2

<sup>878</sup> Ibidem, pág.3

- o Em Moçambique, mais de 60% da população vive no meio rural<sup>879</sup>;
- o O IDH de Moçambique foi crescente em todos os anos analisados. Em 1990 o valor do índice foi de 0,209 e em 2015, 0,418. De 2000 a 2010, o índice cresceu em mais de 33%<sup>880</sup>.
- o A ajuda para o desenvolvimento em Moçambique, tem como principais destinos os sectores sociais e o económico.

É importante analisar que tanto este como outros relatórios sobre Moçambique tem tido sempre análises macroeconomicas e com indicadores avaliativos de outros países, boa parte deles desenvolvidos. Quando 60% da população vive no meio rural, detentor de uma economia supostamente informal (que não cai nas estatísticas), conclui-se que os números usados para analisar Moçambique são os relativo a minoria, a população urbana no caso.

Ao abono da verdade, onde é que se localiza o urbano em Moçambique, quando boa parte das cidades ou centros metropolitanos não cobrem 1/3 da Província em causa, de outra forma entende-se que os números que realmente importam estão a ser negligenciados.

Porquê um País que a agricultura é a base de sua economia, figura como o 4º maior comprador de Terra(?) na Africa Subsahariana?, é contraditório pois investe em outras economias com a imensidão de terra existente e sendo um dos poucos países poluentes no Mundo.

A ajuda externa tem o seu foco virado para os indicadores sociais e económicos, qual é a economia que aqui se refere considerando os pressupostos anteriores. É urgente que os vectores de crescimento e desenvolvimento sejam realísticos respeitando a realidade de uma economia supostamente informal e maioritária, só reconhecendo esse sector renegado, é que o impacto directo da economia geral passará a fazer-se sentir.

Qual seria assim, a relação entre estes indicadores com a felicidade? A felicidade interna depende muito de estado de espírito e o estado de espírito pode ser alterado por causa de factores externos assente por exemplo na economia ou em políticas públicas pouco efectivas e abrangentes, daí a necessidade da relação da felicidade com as cinco espécies de liberdade.

Aferir de forma empírica a felicidade é desafiador, contudo, uma política económica que respeita e salvaguarda os princípios fundamentais para sua eficácia é importante num estado de direito democrático por força do artigo 96 da CRM. Há felicidade em Moçambique? parece-nos que com base nesses vectores, é ínfima mas se os parâmetros a

---

<sup>879</sup> Ibidem, Pág.4

<sup>880</sup> Ibidem, Pág.5

considerar forem de uma parcela proveniente do meio rural e pobre, ela pode ser considerada mediana.

### **1.5. Paz e Felicidade sustentáveis**

Falar de paz e felicidade sustentáveis é quase uma utopia, quando precisamos analisar sentimentos mas numa perspectiva económica o que será garantir paz e felicidade sustentáveis. Assim sendo, há duas pressupostos cruciais:

- O primeiro seria acabar ou mitigar as ameaças bélicas provenientes de qualquer partido político ou grupo organizado com pretensão de gerar guerra, isto pressupõe que a generalidade das pessoas que se encontram nesta situação acreditam que os acordos firmados serão cumpridos e que não se tornem sinónimos de protelação de agendas políticas,
- O segundo reduzir as assimetrias que possam existir entre o crescimento e o desenvolvimento económico, isso pressupõe desenhar um plano económico e social mais realístico por força do artigo 128º da CRM.
- 

E, o que esse exercício de paz e felicidade sustentáveis ajuda no entendimento do processo de DDR.

### **1.6. Acordo de Reconciliação Nacional**

O acordo de reconciliação nacional ou DDR visa o desarmamento, a desmobilização e a reintegração, em Moçambique foi usado nas seguintes vertentes<sup>881</sup>:

- O desarmamento foi caracterizado pelo processo de recolha, entrega e tratamento final do armamento e artefactos bélicos na posse dos efectivos armados da Renamo;
- A desmobilização foi o processo de passagem à vida civil dos efectivos armados da Renamo não integrados nas FADM;
- E, a reintegração foi o processo de reinserção sócio-económica dos efectivos da Renamo, devidamente desmobilizados.

O recurso do uso das DDR<sup>882</sup>, nos países que tenham passado pela guerra é recorrente pois visa a criação de uma estabilidade sócio-económica pós-guerra. Anterior ao DDR de 2019, houve outros anteriores à estes, que apesar de não serem denominados como tais visavam o mesmo objectivo.

A ONU supervisionou o acordo de paz de Roma e através da Resolução 797 do Conselho de Segurança, estabeleceu a Operação das Nações Unidas em Moçambique

---

<sup>881</sup> n.º 4 do acordo de cessação definitiva de hostilidades militares aprovado pela Lei n.º 11/2019 atinente ao Acordo de Paz e Reconciliação Nacional, assinado em Maputo, a 6 de Agosto de 2019

<sup>882</sup> O programa de desmobilização, desarmamento e reintegração é aplicado desde o ano 1989 num observatório na América Central pela organização das Nações Unidas (ONU).

(ONUMOZ)<sup>883</sup>, todavia a experiência demonstrou que os DDRs não são eficazes considerando que em quase todos os países (Angola, Libéria, Serra Leoa, Mali e Ruanda) que foram assinados acordos para o término de conflitos armados, os mesmos voltaram a surgir e sempre tendo como base as exigências iniciais e com os mesmos sujeitos e/ou partes.

Com base no exposto, em 2006 foi criado o Departamento de Operações de Paz das NU (UNDPKO), com vista a criar uma “base substantiva na qual os Estados-membros se comprometam e apoiem os programas de DDR”, através da codificação “da experiência das NU longo dos anos<sup>884</sup> .

O processo de DDR na parte relativa ao desarmamento e desmobilização, envolve execução imediata quando haja interesse para o efeitos pois comporta a parte de dever das partes integrantes, ou seja, uma garantia que irá permitir a outra no processo de tomada de decisão e a outra que abandonará todas as formas de intimidação incluindo a bélica. A parte mais desafiante no processo de DDR, é a reintegração pois pressupõe um certo poderio económico que muitas vezes países envolvidos nestes conflitos não detêm, forçando-se a recorrer à ajuda externa que acarretam com elas outros acordos de dependência económica externa maior e com elas vêm as intenções encapadas.

A reintegração tem em vista medidas de apoio providenciadas a antigos combatentes que visam melhorar o potencial dos próprios e da sua família, de reintegração económica e social na sociedade civil, que pode comportar ajuda monetária ou compensação em bens, bem como formação profissional e actividades geradoras de rendimento<sup>885</sup>.

#### 1.6.1. Do acordo

Moçambique viveu um período de guerra de quase 10 anos antes da independência do País (entre o Governo Português e a Frelimo aliada a outras forças) , em 1975, passado três anos o conflito armado foi renovado pela Renamo que veio a finalizar em 1992 com a assinatura do acordo geral de Paz. Neste período até actualidade, foram assinados mais dois acordos entre a Renamo e a Frelimo (Governo), em 2014 e em 2019.

As principais motivações cingiram-se por um lado “na reclamação que tinham sido excluídos dos benefícios completos de reintegração, nomeadamente as pensões de reforma, ou seja, as contribuições para as suas pensões não tinham sido deduzidas dos seus salários,

---

<sup>883</sup> VINES, Alex, *As Perspectivas de um Acordo Sustentável entre as Elites em Moçambique: À Terceira é de Vez?*, Chatham House, 2019, pp.5

<sup>884</sup> Ibidem, pp.5

<sup>885</sup> PORTO, João Gomes, *As Forças Armadas dos PALOP*, JANUS, 2013, pp.76

como foi o caso dos militares governamentais, visto que a maior parte não recebia salários durante o conflito até 1992<sup>886</sup> e por outro contra as “políticas comunistas do governo da Frelimo, ostensivamente apoiada pelo estrangeiro”<sup>887</sup>.

Independente de quais foram as razões para o uso da violência bélica, coloca-se em causa a estabilidade da paz negativa e as perspectivas de crescimento e desenvolvimento, em qualquer Estado não é razoável que existam forças diferentes às do Estado. Facto é que, com alguma atenção não podemos falar de um terceiro acordo, mas de um acordo único que não obedeceu o pacto das partes integrantes pois as razões que continuam a motivar mais o uso da força por parte da Renamo, fundam-se nas deficiências de resolução do acordo de 1992. Neste sentido e para todos efeitos estamos diante do acordo de paz de 1992 sempre que existir referências aos DDR's de 2014 e 2019.

#### 1.6.2. Do financiamento

No processo de reitengração no âmbito do acordo geral da paz (1992-1994), em Moçambique foram desmobilizados cerca de 100.000.00 (cem mil) combatentes e reitengrados cerca de 92.000.00 (noventa e dois) combatentes<sup>888</sup>. O processo de reitengração é moroso e doloroso para qualquer Estado principalmente àqueles que tenham uma base financiada no seu orçamento pela ajuda externa, pois em função da estabilidade a ajuda externa assim como o investimento externo é em proporção maior ou menor, afinal estabilidade é um indício forte de segurança.

O Ministro da economia e finanças emitiu um parecer (nº47/GM/MEF/2019), em que argumenta que “aprovação do acordo de paz e reconciliação nacional não resultaria em qualquer encargo orçamental, pois o mesmo não implica a criação de novos órgãos e nem admissão de novos funcionários para o aparelho de Estado”. Esta afirmação é no mínimo contraditória com o texto do acordo quando, considerado os seguintes factos:

- o As acções de implementação do DDR são financiadas pelos fundos do Governo e através da cooperação com o Grupo de Contacto<sup>889</sup>;
- o É criado o Fundo Comum de Apoio à Implementação do Acordo de Paz e Reconciliação para o qual serão canalizados todos os apoios da Comunidade Internacional ao processo de Paz e Reconciliação<sup>890</sup>.

---

<sup>886</sup> VINES, Alex, *As Perspectivas de um Acordo Sustentável entre as Elites em Moçambique: À Terceira é de Vez?*, PP.6

<sup>887</sup> DARCH, Colin, *Uma História de Sucesso que Correu Mal? O Conflito Moçambicano e o Processo de Paz numa Perspectiva Histórica*, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2018, pp.6

<sup>888</sup> ZENA, Prosper Nzekani, *DDR em África: Lições e Limites*, Janeiro, 2013, pp.4

<sup>889</sup> ponto 10.1 do acordo de paz e reconciliação nacional (DDR)

<sup>890</sup> ponto IV dos termos de referência do acordo de paz e reconciliação nacional (DDR)

Este parecer emitido pelo Ministério das finanças faz crer que a prestação de contas para o moçambicano médio é inconstitucional pois o Estado tem o dever de informar nos termos do artigo 48º da CRM. A reitengração implica uma necessidade de pagamento de subsídios e o enquadramento destes as forças armadas de defesa de Moçambique (FADM) aliado ao facto que a ajuda externa é parte do orçamento do Estado.

## 2.1. Orçamento

O orçamento visa garantir a gestão racional das finanças e do património do Estado, com base nas receitas e despesas de execução anuais e/ou plurianuais.

O subsídio de reintegração (código nº143405) sustentado pelo DDR, encontra-se previsto no orçamento do Estado pelo menos desde de 2013. Em termos comparativos e orçamentais a que ter em conta seguintes parâmetros entre o orçamento previsto e actualizado para cada ano para o processo de DDR, respectivamente. Em 2014<sup>891</sup> : 297.987,82<sup>892</sup> - 217.089,32<sup>893</sup> , em 2015<sup>894</sup> : 637.871,02 - 763.254,64, em 2016<sup>895</sup> : 763.254,64 - 204.475,88, em 2017<sup>896</sup> : 43.477,41 - 195.848,59, em 2018<sup>897</sup> : 161.585,47 - 475.445,44, em 2019<sup>898</sup> : 161.014,80 - 172.384,59, em 2020<sup>899</sup> : 1.359.139,75 - 1.359.118,91, em 2021<sup>900</sup> : 1.788,59 - 190.717,40.

---

<sup>891</sup> Relatório de execução do orçamento do Estado de 2014 disponível em <https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-orcamento-do-estado/07.08.2022/10hrs>

<sup>892</sup> Orçamento previsto

<sup>893</sup> Orçamento actualizado

<sup>894</sup> Relatório de execução do orçamento do Estado de 2015 disponível em <https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-orcamento-do-estado/07.08.2022/10hrs>

<sup>895</sup> Relatório de execução do orçamento do Estado de 2016 disponível em <https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-orcamento-do-estado/07.08.2022/10hrs>

<sup>896</sup> Relatório de execução do orçamento do Estado de 2017 disponível em <https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-orcamento-do-estado/07.08.2022/10hrs>

<sup>897</sup> Relatório de execução do orçamento do Estado de 2018 disponível em <https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-orcamento-do-estado/07.08.2022/10hrs>

<sup>898</sup> Relatório de execução do orçamento do Estado de 2019 disponível em <https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-orcamento-do-estado/07.08.2022/10hrs>

<sup>899</sup> Relatório de execução do orçamento do Estado de 2020 disponível em <https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-orcamento-do-estado/07.08.2022/10hrs>

<sup>900</sup> Relatório de execução do orçamento do Estado de 2021 disponível em <https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-orcamento-do-estado/07.08.2022/10hrs>

Os valores de suporte desta despesa oscilam de forma constante motivado por um lado pela característica do fundo comum que é dependente de ajuda externa e por outro pelo desconhecimento de quantos membros ao certo pretende-se reintegrar com o processo de DDR tornando a previsão para o efeito sempre inconstante e instável. Facto é que o governo apesar das constantes exigências da Renamo, tem estado a efectuar os pagamentos relativos ao subsídio de reintegração. Esta falta de cumprimento dos deveres do acordo por parte de um lado faz com que de alguma forma exista uma forma indirecta por parte do governo de financiamento de guerra.

As despesas devem em princípio se encontrar inscrita no orçamento do Estado, ter cabimento devido e ser justificada com base na economicidade, eficiência e eficácia por força do nº2, artigo 15, da lei nº9/2002 de 12 de Fevereiro. Numa análise rápida o processo de DDR tornou-se inquantificável tanto numa perspectiva monetária como também numa perspectiva temporal.

Esta situação eminente prova que não há condições de falar-se de forma efectiva em Moçambique de uma paz positiva (ou de paz de satisfação), e nem de uma felicidade interna, considerando que esta análise para ser considerada completa importa aferir outras vertentes como antropológicas, sociológicas, emocionais, sociais, jurídicas que não são possíveis de serem discutidas num campo de eminente ameaça.

Olhando de forma atenta os números encimados, constata-se alguma ineficiência em termos de gestão de fundos públicos considerando as alterações e/ou actualizações orçamentais relativas ao DDR porque em termos cabimentais não se justifica que uma despesa prevista tenha um acréscimo não previsto em quase 50% e em outros casos em execução superior.

Uma despesa plurianual como mostra o DDR ser, carece de um plano de escalonamento para a sua execução sob pena de a longo prazo tornar-se inexequível por falta de ajuda externa que é a base de financiamento do subsídio de integração.

#### **4. Conclusão**

A economia é um factor social que carece de ser muito bem dimensionado e redimensionado, motivada em larga escala por políticas públicas que tenha como base uma paz e felicidade sustentáveis. A paz e felicidade sustentáveis encontram intrinsicamente ligadas as finanças públicas e desenvolvimento económico.

Na relação tripartida entre finanças, desenvolvimento e felicidade, é importante garantir políticas públicas sustentáveis e duradoiras, um crescimento económico que visa um desenvolvimento económico e um poder político que respeita as particularidades de um estado democrático de direito.

O orçamento visa garantir a gestão racional das finanças e do património do Estado. A instabilidade e/ou imprevisibilidade do processo de DDR implica o pagamento do subsídio de reengração com o orçamento do Estado o que torna essa situação inexecutável pois de forma indirecta há aqui um financiamento de guerra por parte do governo motivada pela independência externa para operacionalização deste processo.

Algumas razões práticas motivam o sucesso ou insucesso do processo do DDR como: morte do líder da Renamo - Afonso Dhlakama em 2018, a retoma do financiamento de alguns parceiros internacionais como o Banco Mundial, a urgência de alcançar alguma estabilidade social considerando a dinâmica mundial imposta pelo Covid-19, o compromisso com outras agendas internacionais como as mudanças climáticas considerando as calamidades naturais que Moçambique sofreu nomeadamente: ciclone IDAI, Keneth, Eloise e outras depressões tropicais de menor magnitude, o apoio da família de Mário Nhongo ao processo de DDR depois da morte deste, a guerra entre Rússia e Ucrânia.

A paz é um direito constitucional formal e material consagrado na CRM mas para além disso é um estado de espírito que deve ser garantida a todo custo e o sentimento eminente de que a qualquer momento pode ser colocada em causa é atentário a garantia de um Estado de direito democrático.

Financiar subsídios ou qualquer outra forma de prestações a grupos que ameaçam a estabilidade social é claramente um estímulo a surgimento de mais grupos com motivações semelhantes ou equiparadas. Daí, a ideia que nenhuma paz e felicidade podem ser garantidas num ambiente de ameaças a estes bens jurídicos, afinal, a paz positiva passa por ser uma passa social acoplada ao princípio de justiça social.

### **Referências Bibliográficas**

BACHA, Maria de Lourdes et all, Considerações teóricas sobre o conceito de Sustentabilidade, Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia, 2010.

BEDIN, Gilmar Antônio Bedin e GHISLENI, Pâmela Copetti, A Sociedade Internacional E A Questão Da Paz: A Solução Dos Conflitos Por Meio Do Direito Ou Do Princípio Da Não Violência, Faculdade de Direito de UFMG, Belo Horizonte, 2015.

BEMBA, Samuel António Domingos, Finanças Públicas E Défice Em África: O Caso De Angola, UPT, 2014.

- COSTA, Silva Joyce Kelly et all, Construção da paz, qual paz? O problema do estreitamento do conceito de paz nas operações de peacebuilding da ONU, Universidade Nacional Autónoma de Honduras, Honduras, vol. 2, núm. 4, 2021.
- CORBIL, Raphael Bottura e MENEZES-FILHO, Naércio Aquino, Os Determinantes Empíricos da Felicidade no Brasil, Universidade de São Paulo.
- DARCH, Colin, Uma História de Sucesso que Correu Mal? O Conflito Moçambicano e o Processo de Paz numa Perspectiva Histórica, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2018.
- DE SOUZA, Carolina Paula, A paz: Uma análise comparada, Revista de Discentes de Ciência Política da Universidade Federal de São Carlos, Volume 7, Número 1, São Carlos, 2019.
- DOMINGOS, Manuel, Os Fundamentos Da Guerra, Trabalho Apresentado No Xx Encontro Anual Da Anpocs 17 A 21 De Outubro, Caxambú, Mg.
- DOS SANTOS, Marcio Teixeira, O Que É Isso, A Felicidade?, ARIQUEMES – RO, 2018.
- FERRAZ, Renata Barboza et all, Felicidade: uma revisão, FMUSP, 2007.
- FERNANDES, António Horta, o que é a guerra: a falácia do conceito de guerra híbrida – breve excuro, Universidade Nova Lisboa, 2021.
- FRANCO, António L. De Sousa, Finanças públicas e direito financeiro, Almedina, 2012, 4ª edição, Vol. I.
- GALÁN, Diana Lorena Otálora, Desenvolvimento Do DDR Após Do Tratado De Paz Na Colômbia, ISCTE-Instituto Universitário de Lisboa, 2020.
- GONÇALVES, Alexandre e DA SILVA, Eduardo Sol Oliveira, Coerção E Guerra: Quais Os Limites Dos Conceitos?, Universidade da Força Aérea.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar, Direito Constitucional de Moçambique, Lisboa/Maputo, 2015
- HAARSCHER, Guy et all, Filosofia do direito e direito económico, Instituto PIAGET, 1999.
- JOÃO, Felisberto Alfredo, Contabilização E Controlo Das Despesas Públicas. O Caso Da Direcção Da Indústria E Comércio Da Cidade De Maputo, Universidade Eduardo Mondlane : Faculdade de Economia, 2010.
- MADEIRA, Luís Filipe, As Finanças Públicas De Moçambique Após A Segunda Guerra Mundial: Mitos E Realidades, Lisboa, outubro de 2012.
- MATIJASCIC, Vanessa Braga, Pesquisas para paz e o ativismo da cultura da paz, Universidade de São Paulo, 2018.
- MANDLATE, Lúcia Raquel de Angélica, O Contributo Do Sistafe Na Redução De Casos De Desvio De Fundos Públicos No Período De 2012-2016, Universidade Eduardo Mondlane, 2018.
- MARTINS, Guilherme Valdemar Pereira d'Oliveira, Finanças públicas, Universidade Lusíada De Lisboa, 2013.
- MASSUANGANHE, Jacob, Manual De Finanças Públicas E Gestão Orçamental, ISPOTEC, 2010.
- MOSCA, João, DADÁ, Yasser Arafat e MARQUES, Yulla, Comércio Externo E Crescimento Económico Em Moçambique, Observador Rural Nº 106, Março de 2021.
- OLIVEIRA, Eduardo Matos, A Intervenção Do Estado Na Economia Regulada Pela Constituição De 1988 – Uma Análise Da Retórica Liberal E Uma Crítica A Partir E Além

Da Escola Estruturalista, disponível em:  
<https://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo6.pdf>

OLIVEIRA, Gilberto Carvalho, Estudos da paz: origens, desenvolvimentos e desafios críticos atuais, Belo Horizonte, 2017.

O Guardião: Constitucionalismo Moçambicano: fontes materiais das constituições da República de 1975 e de 1990, Vol I, edição especial, revista do conselho constitucional, 2020.

PORTO, João Gomes, As Forças Armadas dos PALOP, JANUS, 2013.

PUREZA, José Manuel, Estudos sobre a Paz e Cultura da Paz, Intervenção proferida no âmbito do Colóquio sobre Prevenção de Conflitos e Cultura da Paz, Instituto da Defesa Nacional, Lisboa, Julho 2000.

Relatório de execução do orçamento do Estado de 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 disponível em:  
[https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-estado/07.08.2022/10hrs](https://www.mef.gov.mz/index.php/publicacoes/politicas/execucao-do-orcamento-do-estado/07.08.2022/10hrs)

SAINT-PIERRE, Héctor Luís, Guerra e Guerra Revolucionária, UNICAMP, 1996.

SEN, Amartya, O desenvolvimento como economia, 2003, gradiva, 1ª edição

SILVA, Bruno Mattos, Limites Constitucionais À Ação Estatal Na Economia, 2008.

STROTTMANN, Marcelo Elias e RODRIGUES, Wilson Medeiros, Análise Comparativa Entre As Receitas Públicas De Capital Previstas X Realizadas Nos Exercício De 2016 E 2017, FACCAT, 2018.

SYLVESTRE, Manoela M. et all, Dinâmica da Sustentabilidade das Finanças Públicas em Moçambique (2000-2016), Universidade Eduardo Mondlane, 2017.

VINES, Alex, As Perspectivas de um Acordo Sustentável entre as Elites em Moçambique: À Terceira é de Vez?, Chatham House, 2019.

PUREZA, José Manuel e MOURA, Tatiana, O Regresso Da Paz Negativa?, Núcleo de Estudos para a Paz (CES-FEUC).

WATY, Teodoro Andrade, Direito económico, W&W Editora, 2009.

WEIMER, Bernhard e BUENO, Natália, Paz E Reconciliação Em Moçambique: Conjunturas Críticas E Dependência Da Trajectória, 2020

ZENA, Prosper Nzekani, DDR em África: Lições e Limites, Janeiro, 2013.

## Legislação

Constituição da República de Moçambique de 2004

Decreto nº23/2004 de 20 de Agosto – Aprova o sistema de administração financeira do Estado (SISTAFE)

Lei nº15/97 de 10 de Julho – Aprova os princípios básicos que norteiam a elaboração, gestão, execução, controlo e fiscalização do orçamento do Estado e da Conta geral do Estado.

Lei nº11/2019 de 12 de Setembro - Aprova o acordo de paz e reconciliação nacional assinado em Maputo a 6 de Agosto de 2019.

# THE IDEOLOGY OF THE ALT-RIGHT IN THE USA: SOCIAL MEDIA AND LEGAL IMPLICATIONS

## A Ideologia da Alt-Right nos EUA: Redes Sociais e Implicações Legais

Gabriela de Lima Chehab<sup>901</sup>

**Summary:** I. Introduction. II. Theoretical Framework: Conceptualization of the Alt-Right. III. Role of the Internet on the Process of Radicalization. IV. Empirical Evidence: Alt-Right on Twitter. V. Legal Implications. Conclusion.

**Abstract:** This paper aims to present reflections on the growth of the Alternative Right (Alt-Right) in the U.S. and, with it, the development and spread of an extremist ideology. Thus, based on the rise of this spectrum of the extreme right, the use of social media by this group and the process of radicalization of this ideology within social networks are analyzed. For that, a theoretical framework is built around the Alt-Right's characteristics, in which five characteristics of the far-right are identified, based on Cas Mudde's concept, including nationalism, racism, xenophobia, anti-democracy, and the strong state. Furthermore, these characteristics are added to Main's analysis of the Alt-Right group, in which exclusionary nationalism, rejection of liberal democracy, racialism, and Anti-Americanism are highlighted. The importance of ideology in social media communications in order to strengthen the spread of their messages and the radicalization of this group through the use of filter bubbles and rabbit rolls is also discussed. In addition, the paper also discusses the legal implications that the Alt-Right brings as a consequence, including regulation on online hate crimes, paid political content, and the responsibility of online platforms over the spread of content from these groups.

**Keywords:** Alt-Right; Extremism; Radicalization; Legal Framework;

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo apresentar reflexões sobre o crescimento da Direita Alternativa (Alt-Right) nos EUA e, com isso, o desenvolvimento e propagação de uma ideologia extremista. Assim, com base na ascensão deste espectro da extrema-direita, é analisado o uso das redes sociais por este grupo e o processo de radicalização desta ideologia dentro das redes sociais. Para isso, é construída uma estrutura teórica em torno da definição das características da Alt-Right, na qual são identificadas cinco características da extrema-direita, com base no conceito de Cas Mudde, incluindo nacionalismo, racismo, xenofobia, antidemocracia e o estado forte. Além disso, estas características são somadas a análise de Main sobre o grupo da Alt-Right, em que se destacam o nacionalismo excludente, a rejeição da democracia liberal, o racialismo e o Antiamericanismo. É discutido também a importância da ideologia nas comunicações das redes sociais de forma a fortalecer a propagação de suas mensagens e a radicalização deste grupo através do uso dos filter bubbles e dos rabbit rolls. Além disso, o trabalho também discute as implicações legais que a Alt-Right traz como consequência, incluindo a regulação sobre crimes de ódio online, conteúdos políticos pagos e a responsabilidade das plataformas online sobre a difusão de conteúdos destes grupos.

**Palavras Chaves:** Alt-Right; Extremismo; Radicalização; Enquadramento legal;

---

<sup>901</sup> Master's student at the Technical University of Dresden, Germany, in Politics and Constitution. Bachelor of Law by the University of Brasilia, Brazil. E-mail: gabriela.de\_lima\_chehab@mailbox.tu-dresden.de

## **I. Introduction**

Currently, several studies have highlighted the expansion of the far-right in the world, and with it, the use of the Internet and social media as a way to expand and propagate their ideologies around the world, often bringing with it worrying consequences. Online platforms can facilitate the spread of content, create networks, and can be used as a tool to propagate harmful content (Caiani and Kröll, 2014, pp. 331-332). An example of this is borderline content, i.e., content that “is not prohibited by our community standards, but that comes close to the lines drawn by these policies” such as harassment, hate speech, and violence (Meta 2022).

This issue has taken on an even greater concern with the emergence of a new branch of the far-right called the Alt-Right in the United States, which has made extensive use of various communications strategies to propagate its messages. These communication strategies, such as the visual media, have become a powerful tool to influence people's perceptions, specifically when it comes to ideologies and politics (McSwiney et. al, 2021, p. 2-3).

In order to analyze this theme, this essay studies the ideological communication and discourse in social media used by the Alt-Right in the USA. For this reason, this essay proposes to answer the following research question: What ideological features are adopted by the Alt-Right through social media and what are the legal implications of this rise of this extremist ideology?

In Section II, the theoretical framework conceptualizes the Alt-Right based on the features of the extreme right described by Cas Mudde. In Section III, the role of communication on social media in the process of radicalization will be discussed. In addition, Section IV brings some empirical evidence of the behavior of the Alt-Right on Twitter, highlighted in its ideological aspect. Section V briefly discusses some legal implications that are a consequence of Alt-Right's growth. Finally, Section V analyses the ideologies transmitted by the Alt-Right and its present empirical evidence.

## **II. Theoretical framework: conceptualization of the alt-right**

In this Section, the concept and features of the Alt-Right are discussed, with the difference between the Alt-Right and right-wing extremism. Besides that, the main online contents and features of this group are defined.

The term Alt-Right, which comes from the term Alternative Right, became nationally known in the USA and internationally in 2016 with the election campaign and the victory of President Donald Trump (Main, 2018, pp. 3-4). Trump's electoral victory and his embracing of this group have given prominence to a movement that strongly reinforces conservatism and that aligns with Trump's Republican policies, for example, how "It supports the mass deportation of undocumented immigrants and protectionist trade policies. It opposes feminism, diversity, globalism, gun control, and civil rights" (Main, 2018, p. 4).

In its analysis of this group, the Southern Poverty Law Center uses the following definition: "a set of far-right ideologies, groups and individuals whose core belief is that "white identity" is under attack by multicultural forces using "political correctness" and "social justice" to undermine white people and "their" civilization" (SPLC, 2023).

With this ideology, the Alt-Right takes a more radical stance than right-wing extremist groups (Main, 2018, p. 4), strengthening elements of this group such as racism, xenophobia, and nationalism. Therefore, to conceptualize this group, it is necessary to address the concept and features of the extreme right and to highlight the aggravating factors of the Alt-Right.

Cas Mudde defines right-wing extremism as a political ideology that has five main features: nationalism, racism, xenophobia, antidemocracy, and the strong state. It is noteworthy that to arrive at these characteristics of right-wing extremism, Mudde reviewed a total of 26 definitions and descriptions (Mudde, 1995, pp. 205-209).

The attribute of the strong state can also be called authoritarianism (Carter, 2018, p. 168). This feature carries the meaning of anti-pluralist ideals, based on law and order and with traces of militarism, i.e. a strong exercise of the protection of national interests (Mudde, 1995, pp. 216-217). Authoritarianism also focuses on hierarchical authority, the protection of traditional values, and submission to a strong leader (Carter, 2018, pp. 168-170).

Another important characteristic is nationalism. With nationalism, there is an emphasis on the search for internal homogenization, which entails an external exclusiveness of people who do not belong to the nation (Mudde, 1995, pp. 209-210). According to Carter (2018, p. 172), "it undermines the civil and political liberty of the individual through the requirement of subordination to the collective, while when it is exclusionary, [...] it signals a rejection of pluralism, diversity and equality. The communality then, is that all extreme/radical right parties perceive that the homogeneity and unity of the nation is endangered". Nationalism, by having this exclusionary character, leads to the next two

characteristics: xenophobia and racism, marked by these groups' defense of the superiority of a certain group to the detriment of another (Carter, 2018, pp. 172-173).

Finally, the last attribute is anti-democracy, with the rejection of the values of democracy such as pluralism, equality, political and civil liberties, and democratic institutions. For example, hostility to diversity promotes the character of xenophobia and racism, which are also major characteristics (Carter, 2018, pp. 170-171).

The Alt-Right movement carries these same five elements of right-wing extremism in its ideology, however giving emphasis to some of those features. For this group, the rescue of the national identity for the construction of the nation is central, thus reinforcing nationalism. As a consequence, the group adopts an exclusionary policy to everything that is foreign and from outside and searches for the internal homogenization of the nation, adopting policies based on xenophobia and racism. Anti-democratic traits are also present, especially regarding the rejection of political pluralism and egalitarianism. Moreover, authoritarianism manifests itself, especially in the strong exercise of the protection of national interests.

Main (2018, pp. 4-5) makes a collection of political statements from various agents from the Alt-Right, where they describe the main features and ideologies of this group. In this collection, a number of statements bring elements of this exclusionary nationalism, as well as Mudde's features of xenophobia and racism. Among these statements is Jared Taylor, editor of *American Renaissance*, who expressly states the rejection of egalitarian ideas and the importance of nation-building through the rejection of the foreign. He expresses the ideology of the Alt-Right with the following speech:

“What is the Alt Right? It is a broad, dissident movement that rejects egalitarian orthodoxies. These orthodoxies require us to believe that the sexes are equivalent, that race is meaningless, that all cultures and religions are equally valuable, and that any erotic orientation or identification is healthy. These things we deny. The Alt Right is also skeptical of mass democracy. It opposes foreign aid and foreign intervention-especially for 'nation building'” (Main, 2018, p. 4).

Other speeches that Main (2018, p. 5) collected which stand out with these characteristics are:

Kevin MacDonald (editor, *Occidental Observer*): “It's legitimate for white people to identify as white and pursue interests as white Americans”.

Mike Enoch (editor, *The Right Stuff*): “The... Alt-Right... [is about] race realism... [and] Jewish power, its affect on our political world geo- politics, United States politics, global politics, everything”.

Greg Johnson (editor, *Counter-Currents Publishing*): “The Alternative Right means White Nationalism. . . . White Nationalism[']s . . . self- evident corollary [is] anti-Semitism”.

Thus, Main highlights some specific characteristics of the Alt-Right movement besides the characteristics described by Mudde that define the extreme right. First, there is the rejection of liberal democracy, as there is a rejection of equality and pluralism with, for example, the Anti-Semitic ideas. Second, there is a strong white racialism, stating that the white race should be dominant in the political arena. Third, there is a so-called anti-Americanism, i.e., the defense that the U.S. from the perspective of racial equality has suffered a decline and therefore change is needed. Fourth, there is vitriolic rhetoric in which one “rejects the standard ethics of controversy and indulges in race-baiting, coarse ethnic humor, prejudicial stereotyping, vituperative criticism, and the flaunting of extremist symbols” (Main, 2018, p. 8).

In the next Section, this paper studies a factor essential for the rise of the Alt-Right: the use of social media as an important tool for the promulgation of its ideologies on social media.

### **III. Role of the internet in the process of radicalization**

This Section analyzes the role of social media in political radicalization and in the promulgation of extremist ideas from the Right. According to Daniels (2018, p. 61), “the rise of the alt-right is both a continuation of a centuries-old dimension of racism in the U.S. and part of an emerging media ecosystem powered by algorithms”. Moreover, extreme right-wing groups use the Internet and social media as the primary operational environment for their political activism (Winter et. al., 2020, p. 1).

This activism is called online extremism, which is defined as “Internet activism that is related to, engaged in, or perpetrated by groups or individuals that hold views considered to be doctrinally extremist” (Winter et. al., 2020, p. 2). This triggers a process of radicalization with a process of political escalation leading to political violence.

According to Gerstenfeld et. al, the Internet is used instrumentally by these far-right movements for four main purposes: First, to increase the international appeal of the group and its cause; Second, to recruit new members for their movement; Third, to develop this far-right network of ideologically similar groups; and finally, to engage in the group’s image management (Gerstenfeld et al. 2003, 37-40).

The role of social media stands out among the Internet, becoming a solid communication and information tool for the far-right. A study by authors Caiani and Kröll

(2015, p. 335) revealed in a comparative perspective that the main form of far-right online political activism is through ideology. In addition, online activism is heavily visible in communication with the availability of extreme right literature, publication of educational materials, and propaganda to increase this ideological assimilation. This means that political activism online is mainly focused on ideology, both in the US and Europe. Besides the focus on ideology, propaganda, communication, and information are also highlighted. On the other hand, other forms that were traditionally used as offline forms like mobilizations have a low incidence now compared to the forms of ideology, propaganda, information, and communication (Caiani and Kröll, 2015, pp. 335).

Among these forms, this essay highlights Ideology. This factor is driven in various ways, be it through videos, images, music, banners, or text. Caiani's study points out that, of the 336 right-wing websites analyzed from Austria, France, Germany, Great Britain, Italy, Spain, and the USA, 33% contain hate symbols and 26.5% incite toward social or political adversaries (Caiani and Kröll, 2015, pp. 332-337), manifesting through this ideology through visual communications.

This social media activism makes use of their ideologies, which carry the five features emphasized by Mudde of nationalism, racism, xenophobia, antidemocracy, and authoritarianism (Mudde, 1995, pp.205-209), and make use of social media to enhance their propagation and reach (Caiani and Kröll, 2015, pp. 336-337).

To reaffirm their ideologies and propagate their information and propaganda, the virtual image has taken on an increasingly important role. Within the visual elements, even Memes are highlighted as “key strategic digital items of communication” (Moreno-Almedia and Gerbaudo, 2021, p. 21). Visual communication is used to construct an identity and political rhetoric that seeks to provide insight into the ideas of a certain group and create a bond with that particular group. In this way, the far-right uses visual media to display its symbols (McSwiney et. al, 2021, pp. 3-4). With all of this, the Internet and social media present themselves to the Alt-Right movement as an opportunity to use innovation to spread their message (Daniels, 2018, p. 62).

#### **IV. Empirical evidence: alt-right on twitter**

As seen in the previous Sections, the Alt-Right movement, as part of a right-wing extremist group, brings worrying features for democracy such as anti-democratic ideas. Social media create a window of opportunity for the propagation with greater intensity of these

ideologies. This Section further explores this theme with an empirical study of the performance of this group inside Twitter.

According to Torregrosa et. al., the Alt-Right group is one of the far-right groups with the most online activism within Twitter, where they make use of these digital platforms “as speakers to encourage discussions about politics with extremist approaches, such as racism, supremacism or antisemitism” (2020, p. 4). Since 2016, they have taken a leading role in discussions mainly to topics related to immigration, nationalism, and political correctness, highlighting that the main strategy of Alt-Right speeches is to propagate their ideology, reinforcing their anti-migrant and racist stance, for example (Torregrosa et. al., 2020, p. 5).

An empirical analysis of the communication and performance of the Alt-Right on Twitter sought to understand this group's online activism, by analyzing its activity between July 1 and November 1 of 2019, where they accounted for 116.387 tweets posted by 96 Alt-Right Twitter accounts. This analysis highlighted that one of the strategies used is exactly the network construction: “as they have been found to represent interest and trust in another one's content” (Torregrosa et. al., 2020, pp. 5-6). This network construction was analyzed based on the level of integration between the accounts in view of the number of original Tweets and the shares through Retweets by other accounts, in which it was found that 57% of the content of the accounts was retweeted through this four months of data collection (Torregrosa et. al., 2020, pp. 5-6), creating this ambiance of connectivity between the different accounts that are part of the same ideologic spectrum.

In order to complement this analysis, the authors Torregrosa et. al. also analyzed the number of connections pointing to a node (In-degree Freeman), where the largest in-degree indicates the higher number of retweets received, the proximity between nodes of the network system (Closeness Freeman), the path of nodes indicating how central that user is (Betweenness Freeman), the influence of the no (Eigenvector Bonacich), and the diffusion model (K-shells Kitsak et al) (Torregrosa et. al., 2020, p. 7). This shows that different users within the same political spectrum seek integration in order to create a network, homogenizing the message and potentiating the transmission of the ideology of this group.

This creates the so-called ideological echo chambers, which are responsible for distributing ideological content or communications “for a given user that is ideologically homogeneous and centered on the individual's own ideology” (Brown et al., 2022, p. 5). With the setting of echo chambers to distribute the ideology of the Alt-Right, it starts a process of

“Rabbit Holes”, i.e., these “dynamic sequences of echo chambers where individuals start on a diverse moderate set of videos [...], and gradually move toward a narrow and ideologically biased set of videos” (Brown et al., 2022, p. 7). In the case of the Alt-Right, they are classified as a conservative extremist rabbit hole. With this Alt-Right rabbit role, it starts a process of radicalization inside social media (Brown et al., 2022, pp. 4-7).

Moreover, the creation of hashtags to be used by the group both reinforce the ideologies and help the spread of these posts, accentuating this process of political radicalization and online extremism. So, when deepening this analysis by studying the content of these tweets, five categories were highlighted by the study to characterize the hashtags, being these Hate Speech (and this category is one of the most striking in ideological terms, as it includes racial discourses and immigration), Conspiracy, Media, Neutral, and Politics (Torregrosa et. al., 2020, p. 9).

When analyzing the hashtags, especially in the Hate Speech category, a strong ideological imprint is verified with the reinforcement of racism, xenophobia, and nationalism (Mudde, 1995, pp. 205-209), besides the features highlighted by Main specifically for the Alt-Right group with the reinforcement of anti-pluralism and anti-egalitarianism with the highlighting of anti-Semitism and strong white racialism (Main, 2018, pp. 7-9). The hashtags used seek to transmit this ideology with hashtags such as “AmericaFirst”, “DeportThemAll”, “WhiteGenocide”, “BuildTheWall”, “IllegalAliens”, “UndocumentedImmigrants”, “WhiteLivesMatter”, “TeamWhite”, “AmericansHelpingAmericans”, and so on (Torregrosa et. al., 2020, p. 9).

The study from Torregrosa et. al. concluded that user relevance on the web is indeed related to the linguistic patterns of extremist discourse, mainly through the use of terms and hashtags that strongly convey this ideological character, such as racism and nationalism. In addition, they also use communication strategy terms related to power, anger, and negative emotions to negative emotions to incite the spread of their ideologies (Torregrosa et. al., 2020, pp. 10-15). According to Torregrosa et. al, “This trend matches the Hate Speech topic because it includes hashtags referring to immigration, racial topics, and white nationalism, which also implies an aggressive, distant, and dominant discourse” (2020, p. 9).

## **V. Legal implications**

This Section what are the legal implications brought to the field of Law by the existence of such a group with ideologies that transmit racist, exclusionary, and nationalistic

messages targeting minority groups and who oppose democratic principles such as pluralism and egalitarianism.

According to Waring, to create a proper response to these extremist groups, it is necessary to treat these extremist ideologies as “a social deviancy - a dangerously pathological belief system to be challenged robustly” (Waring, 2019, p. 378). For this, he also recommends “prosecuting all crimes having far- and extreme right motivations to the fullest extent of the law and ensuring tough sentencing” (Waring, 2019, p. 378).

A precedent of the use of such a legal framework is the “COVID-19 Hate Crimes Act, 34 U.S.C. § 30501”. Through this institute, the Department of Justice sought to create a policy against hate crimes related to the COVID-19 pandemic, especially due to the increase in physical and political violence due to anti-Asian hatred during the COVID-19 pandemic (Department of Justice, 2023).

This law, however, is restricted to only COVID-19 related hate crimes and is further limited to the duration of the pandemic. These extremist ideologies of the Alt-Right with a focus on the issue of race and the exclusion of non-nationals increase the incidence of these incidents. It is, thus, important to create a legal framework that focuses on the occurrence of these incidents on online platforms.

The content on social media should also be taken into account. Waring defends that, even though social media platforms like Facebook and Twitter are not responsible for the creation of fake news, they should still have a responsibility for the distribution of information, especially on those that can directly affect voters. This author proposes the use of the Uniform Commercial Code to make these online companies improve their advertising rules and that paid political content have a clear disclaimer about it. Moreover, Waring also argues that the electoral justice and the electoral authorities should also be informed of such content, as to allow them to monitor it (Waring, 2019, p. 386). This could be an important measure to avoid misinformation and fake news on the Internet, by creating such supervision by the electoral authorities of these paid advertisements.

External pressure on companies like Facebook has already resulted in reforms to the company's policies regarding content regulation. For instance, Facebook currently has a policy against individual actors or organizations that have a violent mission, which it calls *hate organizations*. Among the *hate organizations* that are defined by this policy are those that have “an ideology, statements, or physical actions that attack individuals based on characteristics, including race, religious affiliation, national origin, disability, ethnicity, gender,

sex, sexual orientation, or serious disease” (Facebook 2023). Thus, some Alt-Right organizations can be framed and removed by Facebook because of the ideological points raised above, such as the racist, exclusionary character and the promotion of white supremacy. Facebook itself identifies the ideologies of Nazism, White Supremacy, White Nationalism, and White Separatism as dangerous ideologies that have their content removed from the platforms, consequently affecting the performance of the Alt-Right groups within their social media (Facebook, 2023). Thus, laws against hate crimes and advertising rules are some legal implications that can be drawn from this current problem.

## **Conclusion**

In summary, this essay addressed the ideological characteristics of the Alt-Right in the United States, focusing on the use of social media as an effective tool for the propagation of their ideas. It was verified that the Alt-Right assumes a more radical position than extreme-right groups, reinforcing elements of the extreme right defined by Cas Mudde, which are racism, xenophobia, nationalism, authoritarianism, and anti-democratic character. In addition to these features, the characteristics described by Main as his anti-democratic, anti-pluralistic, and anti-equalitarian ideals have been further intensified with the use of the Internet and social networks as a platform for his propaganda and network-building. An example of this is the analysis of the empirical evidence of Alt-Right's performance on Twitter. Through this analysis, it was pointed out that one of the strategies used is the building of a strong network among its users seeking to deepen this process of online extremism and radicalization. Moreover, through the analysis of the Hashtags used by the group, it was observed the strong ideological discourse character in the communications of the Alt-Right on social networks helped the diffusion of these posts. Thus, this essay highlighted the role of social media in the process of radicalization of the Alt-Right and the importance of understanding the characteristics of this movement.

Thus, a worrying character of the growth of this movement and the spread of its ideologies has been identified. Thus, the construction of a legal framework as a barrier to contain this growth is fundamental. This paper briefly approached some milestones and changes that should be developed, such as more comprehensive legislation about online hate crimes, about the supervision of paid political and electoral content, besides making social media responsible for the diffusion of content that reaffirms the Alt-right's ideology. It

should be pointed out that the empirical analysis shows a worrisome character, with many of the ideologies of this group being classified as hate speech.

In this way, the destructive potential of this group is verified. This is a theme that is still being developed and can inspire future works, such as the analysis of further legal frameworks that can be developed to content this extremist movement.

## References

- Caiani, M. and Kröll, P. (2015). The transnationalization of the extreme right and the use of the Internet. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 39(4).
- Carter, E. (2018). Right-wing extremism/radicalism: reconstructing the concept, *Journal of Political Ideologies*, 23:2, 157-182, DOI: [10.1080/13569317.2018.1451227](https://doi.org/10.1080/13569317.2018.1451227)
- Brown, M., Bisbee, J., Lai, A., Bonneau, R., Nagler, R., Tucker, J. A. (2022). Echo Chambers, Rabbit Holes, and Algorithmic Bias: How YouTube Recommends Content to Real Users. <https://ssrn.com/abstract=4114905>
- Daniels, J. (2018). *The Algorithmic Rise of the Alt-Right*. SAGE Publications. DOI: 10.1177/1536504218766547
- Department of Justice (2023). Hate Crimes: Federal Laws and Statutes. Retrieved February 2023, from: <https://www.justice.gov/hatecrimes/laws-and-policies#>
- Department of Justice (2021). Hate Crimes: FBI Releases 2021 Hate Crime Statistics. Retrieved February 2023, from: <https://www.justice.gov/hatecrimes/hate-crime-statistics>
- Facebook (2023). Dangerous Individuals and Organizations. Retrieved February 2023, from: <https://transparency.fb.com/policies/community-standards/dangerous-individuals-organizations/>
- Gerstenfeld, P. B., Grant, D. R. and Chi-ang, C. (2003). Hate Online: A Content Analysis of Extremist Internet Sites. *Analyses of Social Issues and Public Policy* 3(1): 29–44.
- Kleinfeld, R. (2021). The Rise of Political Violence in the United States. *Journal of Democracy* 32(4), 160-176. doi:10.1353/jod.2021.0059.
- Meta (2023). Content Borderline to the Community Standards. Retrieved January 2023, from: <https://transparency.fb.com/en-gb/features/approach-to-ranking/content-distribution-guidelines/content-borderline-to-the-community-standards>
- Main, T. J. (2018). *The Rise of the Alt-Right*. Brookings Institution Press. ISBN: 9780815732884.
- McSwiney, J., Vaughan, M., Heft, A., and Hoffmann, M. (2021). Sharing the Hate? Memes and Transnationality in the Far Right's Digital Visual Culture. *Information Communication and Society*, (2021): 1–20.
- Moreno-Almeida, C., & Gerbaudo, P. (2021). Memes and the Moroccan far-right. *The International Journal of Press/Politics*.
- Mudde, C. (1995). Right-wing extremism analyzed: a comparative analysis of the ideologies of three alleged right-wing extremist parties (NPD, NDP, CP'86). *European Journal of Political Research*, 27(2).

SPLC (2023). Alt-Right. Retrieved January 2023, from <https://www.splcenter.org/fighting-hate/extremist-files/ideology/alt-right>

Torregrosa, J., Panizo-Lledot, Á., Bello-Orgaz, G. et al. Analyzing the relationship between relevance and extremist discourse in an alt-right network on Twitter (2020). Soc. Netw.

Waring, A. (2018). *The New Authoritarianism*. BoD–Books on Demand.

Winter, C., Neumann, P., Meleagrou-Hitchens, A., Ranstorp, M., Vidino, L., and Fürst, J. (2020). Online extremism: Research trends in internet activism, radicalization, and counter-strategies. *International Journal of Conflict and Violence*, 14(2).

## O CONFLITO PARA ALÉM DOS AUTOS: (RE)PENSANDO O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROMOÇÃO DO FIM DA LITIGIOSIDADE

**Conflict beyond the files: (re)thinking the role of the judicial power in promoting the end of litigation**

Hugo Netto Natrielli de Almeida<sup>902</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. Princípio da inafastabilidade da jurisdição; 2. Conflitos roubados; 2.1. O conflito para além da lide aparente; 2.2. O conflito como propriedade das partes; 3. O Estado imparcial e a pacificação social; 4. Protagonismo das partes e o papel subsidiário do Estado; 5. Meios adequados de solução de conflitos como garantia de acesso à justiça; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O presente trabalho tem por objetivo contribuir para o debate acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição e o alcance de seu conteúdo normativo. Partiu-se, para tanto, da demonstração de que não se deve confundir texto normativo com norma jurídica. Assim, apresentou-se a ideia de que o acesso à justiça deve extrapolar a mera garantia do direito que é dado às pessoas de levarem suas pretensões ao Poder Judiciário, devendo servir como veículo de processos que encerrem as controvérsias de forma satisfatória para as partes. Para tanto, propôs-se – a partir da verificação de que os conflitos se estendem para além das páginas dos autos, com aspectos subjetivos subjacentes não verificáveis pelo Estado – que as partes em litígio sejam trazidas para a centralidade das ações tendentes a resolver as suas contendas, assumindo papel de protagonistas de suas insatisfações. O Estado, por outro lado, não deve ser excluído dessa dinâmica, tendo em vista que tem relevante interesse de que o direito seja efetivamente aplicado aos casos concretos, bem como de garantir que o encerramento das lides se dê a partir de resoluções não-violentas. Deve, assim, assumir um papel subsidiário, sendo fundamental despir-se do excessivo formalismo e tecnicismo da abordagem jurisdicional que acaba afastando o jurisdicionado do processo que se presta a solucionar a sua dor.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Conflitos; Meios adequados de solução de conflitos.

**Abstract:** This paper aims to contribute to the debate about the principle of non-removable jurisdiction and the scope of its normative content. It started, therefore, with the demonstration that normative text should not be confused with legal norm. Thus, the idea was presented that access to justice should go beyond the mere guarantee of the right that is given to people to take their claims to the Judiciary, and should serve as a vehicle for processes that end disputes satisfactorily for the parties. To this end, it was proposed – based on the verification that the conflicts extend beyond the pages of the file, with underlying subjective aspects not verifiable by the State – that the parties in dispute be brought to the center of the actions tending to resolve their disputes, assuming the role of protagonists of

---

<sup>902</sup> Mestrando em “Função Social do Direito” pela FADISP/UniAlfa. Especialista em “Direito e Processo Penal” pela FMU/FIAM/FAAM. Especialista em “Direito Tributário” pelo IBET. Graduado em Direito pela PUC/SP. Professor na Faculdade de Direito da Anhanguera de Pindamonhangaba/SP.

their dissatisfaction. The State, on the other hand, should not be excluded from this dynamic, considering that it has a relevant interest in the law being effectively applied to specific cases, as well as in ensuring that the closure of disputes takes place based on non-violent resolutions. It must, therefore, assume a subsidiary role, being essential to strip itself of the excessive formalism and technicality of the jurisdictional approach that ends up distancing the jurisdiction from the process that lends itself to solving their pain.

**Keywords:** Access to justice; Conflicts; Appropriate means of conflict resolution.

## 1. Introdução

Em matéria processual, o princípio da inafastabilidade da jurisdição ganha relevo a partir da ordem constitucional de 1988, por ter sido incluído no rol de direitos fundamentais do art. 5º, da Constituição Federal, mais especificamente em seu inciso XXXV. Significa dizer que qualquer situação em que direitos estejam sendo lesados (ou ao menos ameaçados de lesão) pode ser levada ao Poder Judiciário para solução<sup>903</sup>.

O Estado reserva a si, entre suas funções estruturais, a de solucionar conflitos, dizendo o direito que deve se aplicar ao caso concreto, pacificando a sociedade<sup>904</sup>.

Todavia, dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em seu relatório “Justiça em Números 2021” indicam a existência de 75,4 milhões de processos em tramitação<sup>905</sup>, com tempo de giro de acervo médio de 3 anos na Justiça Estadual e de 2 anos e 9 meses na Justiça Federal<sup>906</sup>.

Observa-se, do mesmo relatório, que o número de conciliações, que experimentou alta significativa em 2016, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, vem sofrendo reiteradas diminuições, tendo representado menos de 10% do total de sentenças no ano de 2020<sup>907</sup>.

Além disso, o Relatório ICJ Brasil 2021, realizado pela FGV e que mede o índice de confiança do Poder Judiciário brasileiro, descobriu que a população considera o judiciário “lento, caro e difícil de utilizar”<sup>908</sup>.

---

<sup>903</sup> BUENO, C. S. Manual de Direito Processual Civil: volume único. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48.

<sup>904</sup> CARVALHO, M. Manual de Direito Administrativo. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 32.

<sup>905</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2021, p. 102.

<sup>906</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2021, p. 105.

<sup>907</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2021, p. 192.

<sup>908</sup> RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SAMPAIO, Joelson de Oliveira. Relatório ICJBrasil, 2021. São Paulo: FGV Direito SP, p. 14.

Todos esses dados quantitativos levaram a se questionar a efetividade do Estado no exercício da função jurisdicional, especialmente para compreender se o fim declarado de solucionar conflitos vem sendo alcançado de forma exitosa.

A compreensão do tema se desenvolve neste trabalho a partir da análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição, de seu conteúdo normativo e de seu alcance, que deve extrapolar a mera garantia do direito das pessoas levarem suas pretensões ao Poder Judiciário, sendo necessário que a solução destas mesmas controvérsias se dê de maneira justa, assim compreendido pelas partes, inclusive.

Ressalta-se, desta forma, a importância de que o conflito seja concebido para além da lide, destacando-se a importância da efetiva participação dos indivíduos nele envolvidos e diretamente interessados na sua resolução, tendo em vista que apenas eles poderão acessar os objetos secundários do conflito, aqueles para além da lide aparente, tendo em vista que nos processos heterocompositivos há aspectos subjetivos subjacentes que não são adequadamente abordados e tratados<sup>909</sup>.

Não se desconsiderou, durante a elaboração deste artigo, a importância e interesse do Estado em participar do processo de solução dos conflitos, especialmente com vistas à pacificação social e à efetivação de soluções não-violentas.

Todavia, verificou-se que a atuação imparcial do Estado, com base nos consensos sociais, e que não leva em consideração as individualidades de cada caso estimula um ambiente hostil e, por consequência, um comportamento contencioso, resolvendo apenas parcialmente as insatisfações dos sujeitos em conflito.

Por fim, conclui-se que a restauração ou não da paz social depende muito mais da forma como o conflito é gerido do que das pessoas que estejam responsáveis por apresentar a solução<sup>910</sup>. É necessário, então, que as partes em conflito sejam trazidas a uma posição de protagonismo, de centralidade, cabendo ao Estado uma participação subsidiária. Devem-se buscar os “meios adequados de solução de conflitos”, porque para cada conflito, observadas

---

<sup>909</sup> PANTOJA, F. M.; ALMEIDA, R. A. Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (org.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. pp. 66-67.

<sup>910</sup> GUERRA, M. L. H. *A mediação de conflitos nos julgados de paz: a percepção dos “atores da justiça”*. Dissertação apresentada à Universidade Fernando Pessoa como parte dos requisitos para a obtenção do grau de mestre em Mediação e Interculturalidade, Porto, 2012, p. 10.

as suas peculiaridades, haverá um método de resolução mais adequado<sup>911</sup>. Portanto, a sua viabilidade deve ser avaliada individualmente, em cada caso.

## 2. Inafastabilidade da jurisdição e acesso à justiça

De início, é necessário fixar uma importante premissa, para que se possa acompanhar o raciocínio a ser construído ao longo deste artigo: norma jurídica não se confunde com texto de lei. Neste ponto devem ser lembrados autores como ÁVILA e GUASTINI que se referem à norma como o produto, o resultado, da interpretação sistemática do texto legal (objeto da interpretação)<sup>912</sup>.

Quando se lê na Constituição brasileira aquilo que se convencionou chamar de princípio da inafastabilidade da jurisdição, nos exatos termos gramaticais contidos no art. 5º, inc. XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), deve-se compreender que este é o texto legal que dá suporte à norma que dele se extrairá como produto do exercício hermenêutico.

E o conteúdo normativo do referido princípio, a norma jurídica que se extrai do texto de lei, conforme tem sido o entendimento mais recorrente na literatura, não se limita à mera admissão ao processo<sup>913</sup>. Trata-se de garantia mais ampla, de acesso à justiça. Anote-se, portanto, que há uma importante distinção entre “acesso ao judiciário” e “acesso à justiça”, da qual deriva a compreensão do que seja uma prestação jurisdicional satisfatória.

Há uma considerável distância entre garantir que todas as pessoas possam recorrer ao Estado-juiz para dirimir as suas controvérsias, impedindo que um direito seja lesado (ou ao menos fazendo cessar qualquer ameaça a este direito), e fazer com que a solução destas mesmas controvérsias se dê de maneira justa.

Todavia, a abordagem que tradicionalmente se oferece ao tratar da questão do acesso à justiça aponta – em linhas muito breves – para a existência do conflito como o fator social que justifica a atuação do Estado por meio do poder de jurisdição, no sentido de solucioná-lo e trazer de volta a paz social. Ou seja, demonstra-se larga preocupação com o “acesso à jurisdição”, deixando-se de lado a efetividade das soluções trazidas pelo Poder Judiciário.

---

<sup>911</sup> PANTOJA, F. M.; ALMEIDA, R. A. Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (org.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. p. 58.

<sup>912</sup> ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 50; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 23-43.

<sup>913</sup> CINTRA, A. C. A. *et alii*. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 42.

Parte-se da ideia de que existe um conflito que precisa ser resolvido, e que o Estado se apresenta como o terceiro imparcial que dirá como deve ser solucionada a insatisfação de uma determinada pessoa, a fim de evitar que a solução se dê de forma a sacrificar (total ou parcialmente) o interesse alheio. A esse sacrifício, que se pretende impedir, damos o nome de autotutela (quando imposto a uma das partes pela outra) ou autocomposição (quando consentido pelas partes)<sup>914</sup>.

### 3. Conflitos roubados<sup>915</sup>

Percebe-se que, na atual dinâmica judicial, conflitos são solucionados por um terceiro (o Estado) que não tem envolvimento direto com o objeto da controvérsia. Surgem, assim, dois importantes questionamentos, cuja resposta é essencial à compreensão de uma atividade jurisdicional satisfatória: (i) qual o interesse do Estado na solução do conflito?; e (ii) quem (além do Estado) tem interesse na solução do conflito?

Apenas para efeitos didáticos, imaginem-se as seguintes situações:

1. Um pai, recém divorciado, que deixa de pagar alimentos para o filho menor, por mais de três meses, por não aceitar o fim do relacionamento afetivo com a mãe do infante.

2. O cliente de uma empresa, condenado em ação de cobrança por valores contratados e não pagos, e atualmente em fase de cumprimento de sentença, que propõe pagar montante equivalente a 15% da dívida original, desconsiderando a incidência de juros e multa, parcelados em 10 vezes.

3. Uma loja de veículos seminovos, que após comercializar o veículo de um cliente, faz o pagamento a ele devido mediante a entrega de cheque sem provisão de fundos, caracterizando-se o crime de estelionato, nos termos do art. 171, VI, do Código Penal.

Observa-se que todas as situações expostas apresentam uma característica comum: são situações em que duas ou mais pessoas possuem interesse sobre um mesmo objeto, mas cuja satisfação (ao menos aparentemente) caminha em sentidos opostos. É o que se chama tecnicamente de conflito.

No exemplo do casal divorciado, o objeto de interesse são os alimentos do filho menor, sendo que a mãe pretende que sejam pagos e o pai deixar de pagá-los. No caso da relação de consumo, o objeto de interesse é a dívida do cliente, que pretende pagá-la

---

<sup>914</sup> CINTRA, A. C. A. *et alii*. Teoria Geral do Processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 28.

<sup>915</sup> A expressão “conflitos roubados” (“*stealing conflicts*”, no original) foi cunhada pelo criminólogo norueguês Nils Christie, e aparece em seu trabalho “Conflitos como propriedade”. CHRISTIE, N. Conflicts as Property. The British Journal of Criminology. Vol. 17, N° 1, pp. 1-15, January 1977.

parcialmente e de forma parcelada enquanto o fornecedor quer recebê-los corrigidos e em parcela única. Na situação penal, o objeto de interesse é o dinheiro da venda do veículo, sendo que a vítima pretende recebê-lo e o estelionatário o tomou para si.

### *3.1. O conflito para além da lide aparente*

Mas será que o conflito pode ser reduzido apenas à insatisfação do objeto principal?

Ao se exercitar um raciocínio para além da lide aparente, a resposta deve ser negativa: o não pagamento dos alimentos não se restringe à questão monetária; há um conflito afetivo a ser resolvido. Semelhante reflexão pode ser realizada em torno da proposta de pagamento parcial da dívida pelo consumidor ao fornecedor; há um argumento moral, de traição da confiança. Do mesmo modo, o estelionato não se restringe à questão financeira, mas há um componente emocional em relação à vítima, de traição da confiança e vergonha por ter sido enganada.

Verifica-se, portanto, que há uma sensível complexidade quando tratamos da solução de conflitos que, em princípio, só pode ser vencida pelas partes diretamente envolvidas, que podem acessar esses objetos secundários do conflito.

### *3.2. O conflito como propriedade das partes*

Nota-se, das possíveis soluções que se delineiam, que cada conflito pode desencadear, em pessoas diferentes, reações também distintas. Neste sentido, ZAFFARONI; PIERANGELI asseveram que podem ser observados pelo menos quatro diferentes estilos de resolução de um conflito: o punitivo, o reparatório, o terapêutico e o conciliatório<sup>916</sup>.

CUNHA *et al.* (2007, *apud* GUERRA, 2012), por sua vez, identificam cinco estilos de resposta ao conflito: evitamento, acomodação, competição/dominação, compromisso e colaboração<sup>917</sup>.

E, independentemente da nomenclatura (ou teoria) adotada, o que se pode concluir é que apenas as partes diretamente envolvidas em um conflito serão capazes de resolver plenamente – de acordo com as suas dores e expectativas – as suas insatisfações. Portanto, a

---

<sup>916</sup> ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 63.

<sup>917</sup> GUERRA, M. L. H. A mediação de conflitos nos julgados de paz: a percepção dos “atores da justiça”. Dissertação apresentada à Universidade Fernando Pessoa como parte dos requisitos para a obtenção do grau de mestre em Mediação e Interculturalidade, Porto, 2012, p. 11.

primeira resposta às perguntas que se colocaram no início deste tópico é: quem tem interesse na solução do conflito são as partes diretamente por ele afetadas.

De acordo com PANTOJA; ALMEIDA, a litigiosidade somente será definitivamente liquidada nos casos em que as partes em conflito participarem ativamente de sua resolução (soluções autocompositivas), pois de outro modo – nos processos heterocompositivos – há aspectos subjetivos subjacentes que não são adequadamente abordados e tratados<sup>918</sup>.

#### **4. O Estado imparcial e a pacificação social**

A esta conclusão, todavia, deve-se contrapor a realidade: o simples fato de deixar as partes envolvidas no conflito livres para resolverem as suas insatisfações, por si, sem qualquer tipo de mediação, não é suficiente para garantir que todas as dores originadas da situação conflitante irão de fato ser apaziguadas.

Deve haver diálogo. Escuta de lado a lado. Abertura para compreender as necessidades do outro. E essa disposição nem sempre estará presente. Lembre-se que há conflito atual entre as partes. Há, portanto, uma grande possibilidade de que o conflito se resolva pela imposição, por uma das partes, do sacrifício do interesse alheio (autotutela), ou por concessão ao sacrifício do próprio interesse (autocomposição)<sup>919</sup>.

Na primeira hipótese (autotutela), fica muito evidente que não há garantia de justiça, pois prevalecerá o interesse “do mais forte, do mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido”<sup>920</sup>. E dê-se ênfase ao fato de que a fraqueza pode ser decorrente, inclusive, das dores causadas pelo próprio conflito que se pretende resolver.

Na segunda situação (autocomposição) tampouco fica resguardada a justiça, uma vez que as renúncias ou concessões podem se dar justamente para evitar prolongar o sofrimento causado pelo processo de negociação de uma solução.

Ou seja, o que surgem são situações em que, embora o conflito tenha sido solucionado, não se põe fim efetivamente à insatisfação. Não se resolvem as dores causadas pelo conflito. Em suma: não é restabelecido o estado de paz social.

Assim, com o seu surgimento e fortalecimento, o Estado passa a se apresentar como terceiro imparcial, que estaria apto a colocar fim à contenda sem pender para os interesses

---

<sup>918</sup> PANTOJA, F. M.; ALMEIDA, R. A. Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (org.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. pp. 66-67.

<sup>919</sup> CINTRA, A. C. A. *et alii*. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 28.

<sup>920</sup> CINTRA, A. C. A. *et alii*. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29.

de uma parte ou outra, mas sim pela aplicação dos padrões aceitos pela convicção coletiva (os costumes, e depois as leis)<sup>921</sup> e impondo, ao fim, a sua decisão. Entretanto, não será – em hipótese alguma – uma resolução que atenda plenamente aos interesses das partes. Sempre haverá um grau (maior ou menor) de descontentamento com a solução imposta.

Isto se dá, dentre outros fatores, pelo fato de que o conflito pode ser identificado como o estopim do problema que precisa ser resolvido, mas nem todas as insatisfações que ele gera são levadas para a disputa. Em resumo, “pode-se ter conflitos sobre diversos temas e haver disputa apenas de um ponto controvertido”<sup>922</sup>.

Solucionar o conflito, enfim, não significa, necessariamente, resolver todas as insatisfações. Conforme bem orientado por MIRANDA *et alii*, a pretensão levada ao Estado-juiz é finalizada, deixando, contudo, muitos outros problemas pelo caminho. Esse resultado se dá, dentre outros motivos, pela ausência das partes no processo de tomada de decisão, pela falta de conhecimento sobre as possíveis decisões a serem tomadas e os seus potenciais impactos. E, sem dúvida, essas arestas mal aparadas geram novas demandas e a continuidade das desavenças para o futuro<sup>923</sup>.

A solução trazida pelo Estado, com base nos consensos sociais, e que não leva em consideração as individualidades de cada caso (uma vez que deve aplicar a mesma lei a todos os casos semelhantes – princípio da isonomia), portanto, aponta para o que CABECINHAS chama de “o ‘mito do bolo fixo’”<sup>924</sup>. Ao admitir que a vitória de uma das partes consiste na derrota da outra, estimula-se um ambiente hostil e, por consequência, um comportamento contencioso.

Como resultado da atmosfera bélica gerada pela disputa travada em âmbito jurisdicional, observa-se que há uma quantidade significativa de processos que não são definitivamente encerrados após o fim da fase cognitiva. PANTOJA; ALMEIDA alertam que a posição de antagonismo assumida pelas partes culmina, muitas vezes, em inconformismo que levará ao descumprimento da resposta judicial, dando ensejo à instauração de incidentes de cumprimento de sentença<sup>925</sup>.

---

<sup>921</sup> CINTRA, A. C. A. *et alii*. Teoria Geral do Processo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 30.

<sup>922</sup> MIRANDA, V. D. M. *et alii*. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2018, v. 24, n.2, p. 6.

<sup>923</sup> MIRANDA, V. D. M. *et alii*. Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2018, v. 24, n.2, p. 7.

<sup>924</sup> CABECINHAS, R. Heurísticas e enviesamentos cognitivos no processo de negociação de conflitos. Cadernos do Noroeste, Vol. 8 (2), 1995, 99-119

<sup>925</sup> PANTOJA, F. M.; ALMEIDA, R. A. Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (org.). Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. p. 57.

Tal conclusão se confirma, quando analisamos os números apurados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em seu relatório anual “Justiça em Números”<sup>926</sup>. No documento publicado em 2021 (referente aos números do Poder Judiciário no ano de 2020), constatou-se que 57% (39,4 milhões) dos processos pendentes nos tribunais pátrios referiam-se à fase de execução, considerando os fiscais e não fiscais.

Nota-se, contudo (e apesar das observações), que também o Estado tem interesse na solução dos conflitos, especialmente no sentido de evitar que a insatisfação das partes se resolva por meio de processos violentos, assim como para garantir a aplicação do direito ao caso concreto e, também, para assegurar que a resposta encontrada para a lide será efetivamente implementada (uma vez que o Estado se reserva o monopólio da coerção).

À vista disso, NEVES afirma que “a jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social”<sup>927</sup>.

## **5. Protagonismo das partes e o papel subsidiário do Estado**

Considerando-se, portanto, que há interesse na solução do conflito tanto pelas partes diretamente nele envolvidas quanto pelo Estado, e em vista da necessidade de que a resolução da controvérsia esteja associada à pacificação dos ânimos, é relevante que se verifique como é possível trazer de volta a paz social, e se o objetivo pode ser atingido promovendo-se um ambiente de disputa, de litígio.

Destaca-se, neste particular, a abordagem proposta pelo sociólogo e criminólogo norueguês Nils Christie, que classifica os conflitos como propriedade dos sujeitos que estão em desacordo. CHRISTIE, então, identifica um problema em relação aos processos judiciais, pois nesse momento, em suas palavras, “os conflitos tornaram-se propriedade de outras pessoas ou foi do interesse de outras pessoas afastar os conflitos”<sup>928</sup> (tradução livre).

O criminólogo norueguês, em seu trabalho, usa a interessante expressão “*stealing conflicts*”, que pode ser traduzida como “conflitos roubados”. Com isso, pretende deixar evidente que os diversos atores envolvidos no desenrolar dos processos judiciais (advogados,

---

<sup>926</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2021.

<sup>927</sup> NEVES, D. A. A. Manual de Direito Processual Civil. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 59.

<sup>928</sup> CHRISTIE, N. Conflicts as Property. The British Journal of Criminology. Vol. 17, N° 1, pp. 1-15, January 1977.

defensores, promotores, juízes etc.) se apropriam de conflitos que não são seus, deixando de lado as partes, verdadeiras interessadas na solução mais adequada para seu conflito.

CUNHA; LOPES alcançaram conclusão semelhante, que confirma o papel periférico das partes no processo judicial, em que ganham destaque as figuras do juiz e do advogado (inclua-se aqui o Ministério Público, seja como parte ou como *custos legis*):

A via judicial centra-se na figura do juiz, no seu papel de julgador, detentor do poder de decisão. Por seu turno, a advocacia tem na litigância um marco referencial, visível na oposição dos ideais, na elevada contenda e/ou na transferência para o advogado no tratamento do problema<sup>929</sup>.

Nota-se, portanto, que da mesma forma que as partes, no exercício da autotutela e da autocomposição, tendem a uma solução que de alguma forma favoreça um dos interessados (por imposição ou por concessão), também o Estado, ao criar um ambiente beligerante, inclina-se a respostas que resolvem apenas parcialmente as insatisfações dos sujeitos em conflito.

Neste ponto, é precisa a colocação de GUERRA, no sentido de que a restauração ou não da paz social depende muito mais da forma como o conflito é gerido do que das pessoas que estejam responsáveis por apresentar a solução<sup>930</sup>.

Mas pode-se inferir, sobretudo, que a forma mais adequada de se gerenciar a resposta às desavenças implica, necessariamente, trazer os sujeitos em desacordo para o centro do processo, para que assumam o papel de protagonistas na construção da sua realidade<sup>931</sup>, para que efetivamente se apropriem do “seu” conflito.

Esta é, imagina-se, a forma natural de resolução de conflitos. E, conforme indica HULSMAN, apenas quando estas formas naturais falham é que os interessados devem recorrer a mecanismos artificiais, ou seja, o poder jurisdicional do Estado-juiz<sup>932</sup>.

O Estado, então, assume um papel periférico e subsidiário!

Cassio Scarpinella Bueno, em sua obra, reconhece igualmente o caráter subsidiário do Estado na solução de controvérsias e admite que o Estado deva entrar em cena em três

---

<sup>929</sup> CUNHA, P.; LOPES, C. Cidadania na gestão de conflitos: a negociação na, para e com a mediação?. Antropológicas. 2011, nº 12, pp. 39.

<sup>930</sup> GUERRA, M. L. H. A mediação de conflitos nos julgados de paz: a percepção dos “atores da justiça”. Dissertação apresentada à Universidade Fernando Pessoa como parte dos requisitos para a obtenção do grau de mestre em Mediação e Interculturalidade, Porto, 2012, p. 10.

<sup>931</sup> CUNHA, P.; LOPES, C. Cidadania na gestão de conflitos: a negociação na, para e com a mediação?. Antropológicas. 2011, nº 12, pp. 39.

<sup>932</sup> HULSMAN, L.; CELIS, J. B. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1993.

ocasiões: (i) naquelas situações em que os meios não jurisdicionais não atuarem a contento ou (ii) não forem possíveis; e (iii) quando os interessados entenderem necessário<sup>933</sup>.

Ressalva se faça para a expressão “não forem possíveis”: as insatisfações, sejam de que natureza forem, sempre podem ser resolvidas com a participação ativa dos interessados diretos. Talvez a resposta não esteja a contento, o que também poderia dar ensejo à participação do Estado. Assim, compreendemos a expressão “não forem possíveis” para aqueles casos em que a lei obriga a intervenção Estatal por meio do Poder Judiciário.

Destaque-se, ainda, que a atuação do aparelho oficial de justiça dar-se-á, de acordo com as lições de BUENO, sempre que os interessados entenderem necessário. Outro não poderia ser o entendimento, em respeito à expressão literal do texto normativo do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988 (que pode ser compreendido como o conteúdo mínimo do princípio da inafastabilidade da jurisdição): a ninguém pode ser negado o acesso ao Poder Judiciário para resguardar direito lesado ou ameaçado de lesão.

É possível afirmar, portanto, que o acesso ao Poder Judiciário (e, de forma mais ampla, o acesso à justiça) é direito subjetivo (fundamental) de todo cidadão. Conforme ensina Gofredo Telles Jr.<sup>934</sup>, direito subjetivo é a permissão dada por normas jurídicas, “cujo uso não pode ser *licitamente* impedido por ninguém” (grifo no original).

São verdadeiras prerrogativas legais<sup>935</sup>, cujo cumprimento é exigível em relação a um terceiro.

Temos, assim, uma relação jurídica intersubjetiva, em que o sujeito ativo (titular do direito subjetivo) pode exigir do sujeito passivo a prestação de uma permissão dada por uma norma jurídica, estando este último obrigado a realizá-la<sup>936</sup>, sendo que o impedimento do uso desta prestação configura ato ilícito<sup>937</sup>.

Fica evidente, pelo exposto, que a todo direito subjetivo corresponde um dever jurídico, que se caracteriza por sua exigibilidade.

De toda forma, independentemente de qual seja a escolha das partes (meios adversariais ou não adversariais), importa evitar o estado de guerra, “as lutas contínuas e destrutivas que terminam com as relações e não solucionam o conflito, apenas o agravam”<sup>938</sup>.

---

<sup>933</sup> BUENO, C. S. Manual de Direito Processual Civil: volume único. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 117/118

<sup>934</sup> TELLES Jr., G. Direito quântico. 7. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 309.

<sup>935</sup> MONTORO, A. F. Introdução à ciência do direito. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.441.

<sup>936</sup> MONTORO, A. F. Introdução à ciência do direito. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.456.

<sup>937</sup> TELLES Jr., G. Direito quântico. 7. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, pp. 299 e 309.

<sup>938</sup> CUNHA, P.; LOPES, C. Cidadania na gestão de conflitos: a negociação na, para e com a mediação?. Antropológicas. 2011, n° 12, pp. 39.

## 6. Meios adequados de solução de conflitos como garantia de acesso à justiça

Verifica-se, então, que os métodos de solução de conflito que trazem os indivíduos nele envolvidos para um papel central, para se tornarem protagonistas no processo de busca por uma solução à adversidade, têm maior potencial para alcançar respostas mais positivas, não apenas ao conflito primário, mas a todos os aspectos subjetivos subjacentes.

Portanto, se faz urgente uma mudança nos padrões culturais hoje enraizados em nossa sociedade, alterando-se o paradigma do Estado como único provedor de justiça. É preciso que se coloque de lado a incorreta compreensão totalizante do Poder Judiciário como detentor de competência exclusiva para resolver conflitos<sup>939</sup>, substituindo-se a cultura de litígio por uma cultura de construção de consensos<sup>940</sup>.

Evidente que, nem sempre as soluções autocompositivas, não estatais, serão viáveis. Seja porque, colocadas em prática não conseguiram alcançar o resultado almejado, ou porque as partes não têm interesse na sua realização. Nestas situações, então, a alternativa heterocompositiva, judicializada, seria a mais adequada.

É neste sentido, inclusive, que parte dos trabalhos escritos sobre o tema passaram a substituir a nomenclatura “meios alternativos de solução de conflitos” por “meios adequados de solução de conflitos”. Em primeiro lugar, porque as soluções autocompositivas não são alternativas, mas complementares ao Poder Judiciário. E mais, porque para cada conflito, observadas as suas peculiaridades, haverá um método de resolução mais adequado<sup>941</sup>. Portanto, a sua viabilidade deve ser avaliada individualmente, em cada caso.

Não se pode desconsiderar, também, que os métodos autocompositivos só terão sucesso se forem escolhidos (ou aceitos) voluntariamente pelas partes.

Coloca-se esta questão como uma crítica à forma como os meios alternativos, especialmente conciliação e mediação (uma vez que a arbitragem é método não estatal, mas heterocompositivo), vêm sendo tratados desde a entrada em vigor do CPC/15 (art. 3º, §

---

<sup>939</sup> BUENO, C. S. Manual de Direito Processual Civil: volume único. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 49.

<sup>940</sup> CUNHA, P.; LOPES, C. Cidadania na gestão de conflitos: a negociação na, para e com a mediação?. Antropológicas. 2011, n° 12, pp. 40.

<sup>941</sup> PANTOJA, F. M.; ALMEIDA, R. A. Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (org.). Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. p. 58.

3º)<sup>942</sup>. As audiências de tentativa de conciliação e mediação são muitas vezes impostas verticalmente, apenas para dar integral cumprimento à referida norma.

Todavia, é certo que uma melhor abordagem da utilização de meios adequados junto às partes envolvidas traria resultados mais efetivos. Em análise realizada pela FGV<sup>943</sup> em 2014, por exemplo, observou-se que 67% dos entrevistados aceitariam procurar meios alternativos de solução de conflitos<sup>944</sup>.

## 7. Considerações Finais

Enfim, as opiniões veiculadas nas linhas deste artigo não têm a intenção de esgotar o debate sobre o tema proposto. Muito embora a pesquisa tenha sido dirigida no sentido de construir a ideia de que a prestação jurisdicional pelo Estado deve assumir um caráter de subsidiariedade frente aos métodos autocompositivos, é importante destacar que este conceito não é unânime.

Owen Fiss, Professor da Universidade de Yale, por exemplo, defende que a adoção de acordos como prática genérica usurpa a função dos tribunais no sistema constitucionalizado que, para além de resolver adversidades entre as partes, têm o dever de implementar os valores constitucionais a partir da interpretação das normas<sup>945</sup>.

A despeito do peso da doutrina de FISS, a conclusão deste trabalho vai em sentido diverso. As normas, em última análise, servem à regulação da conduta humana em sociedade exatamente para prevenir conflitos e resolvê-los (caso já instalados) quando necessário. Se o conflito foi satisfatoriamente resolvido por outro meio, não há razão para insistir na atuação estatal. Neste sentido foi a conclusão de RESTA, que propõe um caráter mínimo à jurisdição, insistindo na ampla efetividade da mediação<sup>946</sup>.

---

<sup>942</sup> CPC/15, Art. 3º, § 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.

<sup>943</sup> Relatório ICJBrasil. 1º Trimestre/2014 - 4º Trimestre/2014: Ano 06. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/14089/Relat%20ICJBrasil%20-%20ano%206.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 19/02/2023.

<sup>944</sup> “No período analisado, 42% dos entrevistados afirmaram que aceitariam com certeza procurar meios alternativos de solução de conflitos, enquanto 25% afirmaram que possivelmente o fariam. Ou seja, 67% dos entrevistados mostraram-se favoráveis aos meios alternativos de resolução de conflitos”.

<sup>945</sup> PANTOJA, F. M.; ALMEIDA, R. A. Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (org.). Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. p. 60.

<sup>946</sup> PANTOJA, F. M.; ALMEIDA, R. A. Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS). In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (org.). Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. p. 60.

Um segundo ponto importante ao debate é a necessária reformulação do excessivo formalismo e tecnicismo da abordagem jurisdicional, que acaba afastando o jurisdicionado do processo que se presta a solucionar a sua insatisfação, a sua dor. Por meio de liturgias e linguagens técnicas de difícil compreensão para o leigo, o Poder Judiciário rouba (para usar a expressão do norueguês CHRISTIE) o conflito das partes, deixando-as distantes da busca pela satisfação do seu direito.

Por fim, conclui-se que, ainda que o Estado atue apenas de forma subsidiária, deve exercer o importante papel de evitar que as soluções encontradas pelas partes se deem de forma violenta, representem mera vingança, ou ainda que haja a imposição da vontade do mais forte ou mais esperto sobre o mais fraco.

Andou bem, nesse sentido, o CNJ, em sua Resolução 225/2016, ao determinar, em seu art. 1º, inc. II, que “as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras”.

De tudo, portanto, conclui-se que conflitos são relações intersubjetivas e que devem ser, preferencialmente, resolvidas pelos seus participantes. Há, nos métodos autocompositivos maior possibilidade de alcançar a solução mais adequada, pois trazem para o debate não apenas o objeto principal do desacordo, mas os aspectos subjetivos subjacentes, de forma que, resolvem não apenas o conflito superficial, mas as desavenças mais profundas.

Não se nega, contudo, que as soluções negociadas pelas partes podem chegar a desfechos não desejáveis, seja pela imposição pelo mais forte ao mais fraco de uma solução que aniquile por completo os direitos alheios ou porque, abalada pelos efeitos da discórdia e desejando uma solução breve, uma das partes renuncia a seus direitos em benefício da outra.

Desta forma, a participação do Estado – subsidiária – passa a ter maior relevância na coordenação das práticas restaurativas, dando aos conflitantes o protagonismo, mas oferecendo-lhes profissionais capacitados em técnicas autocompositivas.

## **Referências Bibliográficas**

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil: volume único*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CABECINHAS, Rosa. *Heurísticas e enviesamentos cognitivos no processo de negociação de conflitos*. Cadernos do Noroeste. 1995, Vol. 8 (2), 99-119.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- CHRISTIE, Nils. *Conflicts as Property*. The British Journal of Criminology. Vol. 17, Nº 1, pp. 1-15, January 1977.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução CNJ n.225 de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>> Acesso em: 6 jun. de 2022
- \_\_\_\_\_. *Justiça em números 2021 / Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2021*.
- CUNHA, Pedro; LOPES, Carla. *Cidadania na gestão de conflitos: a negociação na, para e com a mediação?*. Antropológicas. 2011, nº 12, pp. 38-43.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUERRA, Maria de Lurdes Henriques. *A mediação de conflitos nos julgados de paz: a percepção dos "atores da justiça"*. Dissertação apresentada à Universidade Fernando Pessoa como parte dos requisitos para a obtenção do grau de mestre em Mediação e Interculturalidade, Porto, 2012.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernadt de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.
- MIRANDA, Vanessa Diniz Mendonça; NABHAN, Francine A. Rodante Ferrari; ARAÚJO, Jakeline Nogueira Pinto de; PERPÉTUO, Rafael Silva. *Os métodos adequados de solução de conflitos: mediação e conciliação*. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. 2018, v. 24, n.2
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. *Os métodos "alternativos" de solução de conflitos (ADRS)*. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. 2. p. 55-69.
- RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SAMPAIO, Joelson de Oliveira. *Relatório ICJBrasil, 2021*. São Paulo: FGV Direito SP
- TELLES Jr., Goffredo. *Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7. ed, rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

## O TELETRABALHO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTRUMENTOS DE TRABALHO E O PAGAMENTO DE DESPESAS

### The consent applied to the employment relationship in light of the General Data Protection Act.

Izabela Rücker Curi<sup>947</sup>

Lucélia Bastos Gonçalves Marcondes<sup>948</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A proteção dos dados pessoais na relação de trabalho; 3. O consentimento aplicado à relação de trabalho à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; 4. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo esclarecer a importância e a obrigatoriedade da observação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) como instrumento de garantia dos direitos de liberdade, privacidade e livre desenvolvimento do titular no ambiente laboral, bem como instruir a respeito da hipótese de tratamento por meio do consentimento, uma vez que não é aplicável de forma indiscriminada a todas as atividades de processamento que o empregador realiza a partir dos dados dos empregados. A ausência de disposição expressa na LGPD sobre a sua aplicabilidade na relação de trabalho e a falta de conhecimento da norma pelo empregador o faz acreditar que deverá observar o regulamento de proteção de dados apenas quando houver tratativas de dados de titulares de fora da organização, como por exemplo, de clientes. Ainda, ao ter contato com a referida lei, acaba por promover a coleta do consentimento do empregado em toda e qualquer atividade, inclusive aquelas que executa por obrigação legal, regulatória, contratual ou outras bases que se demonstram incompatíveis com a manifestação expressa da vontade do trabalhador. Para elucidar a problemática, como objetivos específicos, avalia-se a observância obrigatória da proteção de dados no contexto laboral, sobretudo pela incontestável gama de dados necessários à execução do próprio contrato de trabalho, assim como conceitua-se o instituto do consentimento e seus requisitos de validade a partir da Lei Geral de Proteção de Dados, concluindo pelo seu enquadramento a partir da análise caso a caso. A metodologia utilizada consistiu na lógico-dedutiva por meio da revisão bibliográfica. Como resultado, conclui-se que, embora o legislador tenha apresentado o consentimento como a primeira hipótese de tratamento em cada um dos artigos que tratam da matéria, a manifestação da vontade do titular, por meio do consentimento, exige o cumprimento de requisitos específicos para a sua

---

<sup>947</sup> Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba – FDC. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Curitiba – FDC. Pós-Graduada em Contratos Empresariais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Negociadora pela Harvard Law School. *Board Member* certificada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa IBGC-São Paulo. Julgadora no Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná. Membro do GNT Novas Tecnologias da AIDA Brasil. Coorganizadora do Programa + Mulheres na Governança (Grupo Mex). Sócia fundadora do Rücker Curi Advocacia e Consultoria Jurídica e da Smart Law. E-mail: izabela@curi.adv.br.

<sup>948</sup> Graduada em Direito pela FAE Centro Universitário. Pós-graduada em Direito Contemporâneo pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP). Pós-graduanda em LGPD pela Faculdade Legale. Membro da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados - ANPPD. *Data Protection Officer* pela Exin. E-mail: lucelia.marcondes@curi.adv.br.

validade e será efetivamente necessária apenas quando não couber nenhuma outra possibilidade legalmente estabelecida.

**Palavras-chave:** LGPD no contrato de trabalho; Privacidade no contrato de trabalho; Dados pessoais do empregado; Consentimento no contexto laboral; Consentimento do empregado.

**Abstract:** This study aims to clarify the importance and obligation of observing the General Law for the Protection of Personal Data (LGPD) as an instrument to guarantee the rights of freedom, privacy and free development of the holder in the work environment, as well as to instruct regarding the hypothesis of treatment through consent, since it is not applicable indiscriminately to all processing activities that the employer performs based on employee data. The absence of an express provision in the LGPD about its applicability in the employment relationship and the lack of knowledge of the rule by the employer makes him believe that he should observe the data protection regulation only when dealing with data of holders outside the organization, such as for example, from customers. Also, by having contact with the aforementioned law, it ends up promoting the collection of the employee's consent in any and all activities, including those performed by legal, regulatory, contractual obligation or other bases that prove to be incompatible with the express manifestation of the will of the employee. worker. To elucidate the problem, as specific objectives, the mandatory observance of data protection in the labor context is evaluated, especially due to the undeniable range of data necessary for the execution of the employment contract itself, as well as the concept of the institute of consent and its requirements of validity from the General Data Protection Law, concluding by its framework from the case-by-case analysis. The methodology used consisted of logical-deductive through bibliographic review. As a result, it is concluded that, although the legislator has presented consent as the first hypothesis of treatment in each of the articles that deal with the matter, the manifestation of the holder's will, through consent, requires the fulfillment of specific requirements for its validity and will be effectively necessary only when there is no other legally established possibility.

**Keywords:** LGPD in the employment contract; Privacy in the employment contract; Employee personal data; Consent in the work context; Employee consent.

## 1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), vigente desde setembro de 2020, não estabeleceu qualquer disposição expressa sobre sua aplicabilidade às relações de trabalho. Em razão disto, pode-se ter a errônea sensação de que a norma deve ser observada somente para regulamentar o tratamento dos dados pessoais dos seus clientes.

Ainda, na circunstância de entender a norma aplicável ao contrato de trabalho, o empregador, na qualidade de controlador dos dados do empregado, deve considerar o adequado enquadramento das hipóteses de tratamento e deixara de atribuir a necessidade do consentimento em atividades de processamento para as quais o termo é dispensável.

A fim de possibilitar uma melhor compreensão a respeito da observância compulsória da LGPD nos contratos de trabalho e o entendimento a respeito do consentimento e seus requisitos de validade, o presente estudo procura demonstrar que a

norma é indispensável ao tratamento dos dados dos empregados e que o consentimento será solicitado somente quando não houver outra hipótese de tratamento pertinente. Para alcançar este objetivo, utilizou-se da metodologia lógico-dedutiva e subdividiu-se o trabalho em dois tópicos: a proteção dos dados pessoais na relação de trabalho e, posteriormente, a aplicação do instituto do consentimento, nos termos da LGPD, ao contrato laboral.

## **2. A proteção dos dados pessoais na relação de trabalho.**

Publicada em agosto de 2018, a LGPD regulamenta o tratamento<sup>949</sup> de dados pessoais, por pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que trata dados no território nacional, que oferta bens ou serviços cuja atividade envolva o tratamento de dados de indivíduos localizados em solo brasileiro ou que realiza a coleta de dados no Brasil. A norma tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Ao usar o verbo “proteger” o legislador evidencia a vulnerabilidade do titular dos dados em comparação com os agentes de tratamento. A tutela dos direitos de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento tornou-se “mais necessária com a evolução da informática e das telecomunicações”<sup>950</sup> fator que possibilitou o avanço no compartilhamento de dados em larga escala e além-fronteiras.

Tal vulnerabilidade também é encontrada na relação de trabalho. Reis<sup>951</sup> registra que “os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores correm perigo em face do uso desenfreado de novas tecnologias, as quais tornam-se potenciais difusoras de ameaças à vida privada e aos dados pessoais e sensíveis do empregado”. O amplo acesso e o conhecimento da tecnologia resultam em vantagens para o desempenho das atividades do trabalhador, mas também permitem que o empregador tenha acesso a muitas informações sobre o perfil do empregado, podendo ocasionar situações de exclusão, perseguição e discriminação.

---

<sup>949</sup> Artigo. 6º, inciso X da LGPD dispõe: “tratamento toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração”.

<sup>950</sup> VAINZOF, Rony. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Org). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. n.p.

<sup>951</sup> REIS, Beatriz de Felippe. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Extremo Sul Catarinense. Criciúma, 2019. p. 47.

Exemplo do uso de dados pessoais em desfavor do trabalhador foi relatado por Kilian<sup>952</sup> em fato ocorrido com os empregados de uma empresa no estado de Baviera, Alemanha, em 1990. Segundo Kilian havia a pretensão de dispensar um percentual dos funcionários da empresa alemã sem a participação do conselho dessa instituição. Para isso, utilizando-se dos dados pessoais armazenados no sistema de gestão de pessoas, a empresa extinguiu a conexão de ônibus que era oferecida aos empregados até determinada área residencial. Com base nas informações extraídas do banco de dados da empresa foi possível observar que a referida linha de transporte atendia a um grupo de pessoas cujas características eram compostas, em sua maioria, por mães ainda jovens. Com a retirada do transporte estas mães não conseguiriam conciliar seu horário de trabalho com as obrigações familiares e, assim, eram forçadas a pedir demissão. Desta forma, o quadro de funcionários foi reduzido sem a necessidade de intervenção do conselho da empresa. O acontecimento não levou a instauração de ação judicial, entretanto percebe-se o uso do banco de dados armazenados pela empresa para um propósito negativo aos trabalhadores, extrapolando a finalidade para a qual os dados foram coletados<sup>953</sup>.

Algumas vezes, o uso indevido dos dados dos empregados gera danos para a própria empresa. É o exemplo do uso destes dados, por terceiros, para abordagem de funcionários, ou de ex-funcionários, por profissionais que desejam vender-lhes algum produto ou serviço, até mesmo, ilegal como propostas para moverem medidas judiciais contra a empresa.

A partir de situações como esta é que se observa a necessidade de instrumentos que garantam a proteção aos dados pessoais dos trabalhadores, servindo a LGPD para cumprir tal propósito conjuntamente com outras normas já existentes no ordenamento brasileiro.

Apesar de não haver disposição expressa na lei brasileira de proteção de dados, sua aplicabilidade na seara trabalhista é incontestável, “pois a relação de trabalho sequer teria como se iniciar e desenvolver sem a coleta, recepção, armazenamento e retenção de dados

---

<sup>952</sup>SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. *A proteção de dados pessoais do empregado no Direito Brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao empregado*. 2012. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 23. O autor, no exemplo do uso dos dados, cita Kilian (2009).

<sup>953</sup> O artigo 6º da LGPD dispõe: “as atividades de tratamento de dados deverão observar, entre outros, os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; [...] IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos”.

personais dos empregados ou candidatos a empregos”<sup>954</sup> conforme afirma Pinheiro e Bomfim. No mesmo sentido, Olivieri<sup>955</sup> informa que tanto nas relações entre empregado e empregador e em outras relações vizinhas, como na prestação de serviços em geral, ocorrem a circulação de informações de pessoas naturais que constituem objeto da proteção legal.

Embora as organizações fiquem mais atentas à proteção dos dados dos seus empregados a partir da vigência da LGPD, decisões pretéritas emanadas dos órgãos do judiciário brasileiro demonstram que o assunto não é uma novidade e que a Justiça especializada tem sido efetiva em aplicar sanções responsabilizando empresas quanto ao vazamento de dados pessoais dos trabalhadores.

Como exemplo, em dezembro de 2017, os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em decisão unânime, no recurso de revista de número 118-55.2013.5.09.0127<sup>956</sup> mantiveram o entendimento proferido pelo Juízo de primeiro grau, bem como pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, ao concederem indenização por danos morais ao empregado que teve a divulgação indevida de seus dados privados em rede social. A decisão restou fundamentada no depoimento do preposto da própria reclamada ao afirmar que houve o vazamento de uma lista interna contendo informações sigilosas de empregados para fora da empresa, havendo, inclusive, boatos de sua comercialização. O documento continha nome de funcionários que seriam dispensados, entre eles o reclamante, além da data do desligamento e a remuneração. A reclamada sustentou não ter autorizado a divulgação e circulação da referida lista, que o autor não comprovou o dano e que a publicidade ocorreu em data posterior à saída do reclamante. Contudo, o entendimento do Tribunal Superior permaneceu em consonância com os fundamentos exauridos pela Corte Regional no sentido de que a conduta da empresa foi reprovável ao permitir a falha na manutenção da privacidade dos dados cuja divulgação caracterizou excessiva exposição, sobretudo, em razão da referência informativa de que o trabalhador seria dispensado. Expôs ainda que não haveria a necessidade de demonstração de sofrimento devido à notória

---

<sup>954</sup> CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. *Instituto Trabalho em Debate*. Disponível em: <<http://www.trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em 02 out. 2020.

<sup>955</sup> OLIVIERI, Nicolau. *LGPD e sua necessária adequação às relações de trabalho*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-e-sua-necessaria-adequacao-as-relacoes-de-trabalho-28092019>>. Acesso em: 25 set. 2020.

<sup>956</sup> TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. *Revista Eletrônica. Acórdãos, Sentenças, Ementas, Artigos e Informações*. Ano XIV, nº. 2010, jan./fev. 2018, p. 99-100. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/documento-ato/1000007/210Edicao.pdf>>. Acesso em 08 fev. 2023.

situação constrangedora a que o obreiro foi submetido, tratando-se, portanto, de dano *in re ipsa*<sup>957</sup>.

Entendimento similar foi proferido pela Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região em sede de recurso ordinário. No caso, a reclamada confessou em seu depoimento pessoal que as informações sobre atestados e laudos médicos eram disponibilizadas no sistema interno de modo que todos os empregados possuíam acesso. Tal disponibilidade resultou na veiculação de informações privadas que apontavam a existência de pensamentos suicidas e do uso de substância psicoativa pelo reclamante. A conduta ilícita da reclamada “pressupôs inequívoca comprovação de lesão à imagem, honra e intimidade ou vida privada do empregado (artigo 5º, X da Constituição Federal)”<sup>958</sup> ensejando sua responsabilização, conforme fundamentos da decisão.

Os casos explorados demonstram que historicamente as organizações já são responsabilizadas pelo descuido no tratamento dos dados dos seus subordinados. Com isso, a LGPD se apresenta como mais um instrumento que corrobora para a efetivação dos direitos da classe trabalhadora.

Os dados a serem tutelados no ambiente laboral envolvem aqueles colhidos desde a fase pré-contratual até a pós-contratual, estágio este em que ficarão armazenados sob a responsabilidade do empregador.

Independentemente do ramo de atividade, o empregador será considerado sempre um controlador<sup>959</sup> em relação ao processamento de dados dos seus empregados, desta forma, deverá manter o registro das atividades de tratamento conforme determina o artigo 37<sup>960</sup> da LGPD.

---

<sup>957</sup> O prejuízo pode ser presumido, independentemente de prova.

<sup>958</sup> TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª REGIÃO, 2ª Turma, Recurso Ordinário, processo nº 0010398-61.2019.5.03.0024, Rel. Maria Cristina Diniz Caixeta, 11 fev. 2020.

<sup>959</sup> O artigo 5, inciso VI da LGPD dispõe: “pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais”. Krastins *et al.* informa que a identificação do controlador consiste em reconhecer o poder de decisão. A instituição que tenha decidido iniciar o tratamento de dados pessoais, sabe o motivo pelo qual os dados estão sendo tratados e se beneficia de tal tratamento possivelmente estará atuando como controladora de dados, atribuição que é identificada a partir da situação fática. Por sua vez, quando relacionado ao ambiente laboral, Pinheiro e Bomfim declaram que “o empregador inequivocadamente desempenhará a função de controlador”. KRASTINS, Alexandra *et al.* Controlador ou operador: quem sou eu? Cartilha sobre agentes de tratamento de dados pessoais. *Laboratório de Políticas Públicas e Internet*. Disponível em: <<https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Cartilha-Controlador-ou-Operador-quem-sou-eu-LAPIN.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2023.

<sup>960</sup> O artigo 37 da LGPD dispõe: “O controlador e o operador devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais que realizarem, especialmente quando baseado no legítimo interesse”.

Silva Bruno<sup>961</sup> ensina que o registro das atividades de tratamento tem o objetivo de documentar os processos relacionados aos dados pessoais e que o mapeamento de tais operações é essencial para a adequada mitigação dos riscos e prestação de contas. De acordo com este autor, a exemplo do que consta na regulamentação europeia de proteção de dados, *General Data Protection Regulation* – GDPR, o registro das atividades deve conter, minimamente, o nome do contato responsável pela atividade de tratamento de dados pessoais, o nome do encarregado<sup>962</sup>, as finalidades de cada atividade, a descrição dos tipos de dados, a descrição da categoria de titulares envolvidos, a identificação de terceiros com os quais os dados são compartilhados, os casos de transferência internacional de dados pessoais, o prazo de deleção e, se possível, a informação sobre as medidas técnicas e organizacionais de segurança aptas a proteger os dados de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas.

Além das informações destacadas, é prudente considerar no registro das atividades o correto enquadramento das hipóteses estampadas nos artigos 7 e 11 da LGPD, pois tratam de requisitos condicionais para o processamento de dados pelo empregador.

Cumpra-se destacar que as bases estabelecidas no artigo 7 serão aplicadas ao tratamento de dados pessoais comuns<sup>963</sup>, enquanto aquelas dispostas no artigo 11 serão consideradas no processamento de dados sensíveis<sup>964</sup>.

Embora o consentimento do titular seja a primeira hipótese de tratamento apresentada em cada um desses artigos, ele será efetivamente aplicado somente quando não couber nenhuma outra possibilidade e deverá observar requisitos essenciais à sua validade, conforme será demonstrado na sessão seguinte.

### **3. O consentimento aplicado à relação de trabalho à luz da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.**

---

<sup>961</sup> SILVA BRUNO, Marcos Gomes da. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Org). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. n.p.

<sup>962</sup> O artigo 5º, inciso VIII dispõe: “encarregado: pessoa indicada pelo controlador e o operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)”.

<sup>963</sup> O artigo 5º, inciso I, da LGPD dispõe: “dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;”

<sup>964</sup> O artigo 5º, inciso II da LGPD dispõe: “dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;”

Nos anos de 1950, surgiram tratativas sobre o termo “consentimento informado” as quais, na década de 1970, estenderam-se para as áreas da medicina, do direito e da filosofia. A primeira perspectiva do consentimento estava voltada à necessidade de assegurar a troca de informações para uma autorização qualificada visando um dever moral relacionado à autodeterminação do indivíduo e, em uma segunda abordagem, o dever pontual de informação e coleta de autorização baseada na jurisprudência norte-americana<sup>965</sup>. A partir disso, assume-se que o debate e a necessidade do consentimento não é uma inovação, nem mesmo uma exclusividade, da norma de proteção de dados.

A demanda pelo consentimento relacionado ao tratamento de dados ganhou forças principalmente no ambiente virtual em razão da sensibilidade e da vulnerabilidade proporcionada pelo desenvolvimento da tecnologia. Desta forma, “garantir que as pessoas/usuários tenham ciência de que devem consentir o uso dos dados, assim como tenham direito de saber a finalidade da coleta e acesso ao seu conteúdo em qualquer momento, é primordial para assegurar a liberdade e a privacidade”<sup>966</sup>.

Alan Westin<sup>967</sup> entendeu a privacidade como a “reivindicação dos indivíduos, grupos e instituições de determinar, por eles mesmos, quando, como e em qual extensão suas informações pessoais seriam comunicadas aos outros”. Desta forma, percebeu-se a autonomia e a responsabilidade do indivíduo em controlar suas informações pessoais.

Na seara laboral, Barzotto e Cunha<sup>968</sup> defendem que o consentimento é “requisito para o tratamento de dados pessoais, permitindo ao trabalhador controle e utilização de seus dados pessoais, o que vai ao encontro da autodeterminação informativa”<sup>969</sup>. Ademais, devido à importância do tema, a própria Organização Internacional do Trabalho (OIT) possui, desde

---

<sup>965</sup> BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O consentimento como processo: em busca do consentimento válido. In: DONEDA, Danilo *et al.* (Org). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 163-175.

<sup>966</sup> PINHEIRO, Patricia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 69.

<sup>967</sup> BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 109. O autor na definição do respectivo conceito, cita Westin (1970).

<sup>968</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso; CUNHA, Leonardo Stocker da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In: DORNELES, Leandro do Amaral D. de.; BARZOTTO, Luciane Cardoso (Org). *Inovações e Trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2020, p. 252.

<sup>969</sup> O direito à autodeterminação informativa, oriundo do direito alemão, garante o poder de o indivíduo determinar por si mesmo sobre a coleta e utilização de seus dados pessoais. MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, jul./dez.2018, p. 185-216. Disponível em: <[https://www.academia.edu/42741078/Habeas\\_Data\\_e\\_autodetermina%C3%A7%C3%A3o\\_informativa\\_o\\_s\\_dois\\_lados\\_da\\_mesma\\_moeda](https://www.academia.edu/42741078/Habeas_Data_e_autodetermina%C3%A7%C3%A3o_informativa_o_s_dois_lados_da_mesma_moeda)>. Acesso em 14 fev. 2023.

1997, o Código de Boas Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais do Trabalhadores<sup>970</sup>, dispondo sobre o consentimento e seus requisitos de validade.

Quanto à legislação brasileira, a LGPD estabeleceu que o consentimento válido envolve “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”<sup>971</sup>. Contudo, a realidade evidencia que a maior parte dos indivíduos que manifestam o consentimento disponibilizando dados pessoais o fazem por não conhecer os riscos envolvidos ou por não terem o poder de barganha com o controlador ou o operador de dados<sup>972</sup>.

Neste sentido, a vontade individual não acontece de forma tão consciente e responsável como desejado, sobretudo quando relacionado ao contrato de trabalho, em virtude da assimetria existente, prejudicando, sobretudo, a “manifestação livre”.

Castelani<sup>973</sup> assevera que, devido ao desequilíbrio entre as partes na relação trabalhista, possivelmente “o titular de dados não ofertará consentimento verdadeiramente livre. E se não é livre, não é válido, conforme a própria LGPD dita.” Foi neste sentido a decisão da Magistrada Sofia Fontes Regueira, enquanto era Juíza da Vara do Trabalho de Ponte Nova/Minas Gerais, ao expor a necessidade de cautela no uso do consentimento no âmbito das relações trabalhistas, uma vez que “como parte hipossuficiente da relação, o trabalhador não consente de forma livre e espontânea, vez que necessita se manter no emprego e continuar recebendo salário para sobreviver”<sup>974</sup>.

Para além disso, o consentimento deve ser informado, assim, considera-se que um simples *click* ou rubrica possa não ser o suficiente para garantir a concordância, uma vez que os titulares não possuem a cultura de ler os termos e políticas de privacidade, até porque estes documentos não são feitos para serem verdadeiramente compreendidos. Em sua maioria são elaborados em linguagem difícil e são pouco acessíveis o que resulta no

---

<sup>970</sup> O documento foi adotado em 1997 pela Nações Unidas, por meio da OIT. Trata-se de um repertório de Recomendações Práticas sobre a Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores. Apesar de não possuir força vinculante, apresenta um importante conteúdo de boa prática no contexto laboral.

<sup>971</sup> BRASIL, *Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)> Acesso em 14 de fev. de 2023).

<sup>972</sup> FRAJHOF, Isabella Z.; MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. In MULHOLAND, Caitlin (Org.) *A LGPD e o novo marco legislativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020, p. 63.

<sup>973</sup> CASTELANI, Lilian de Souza. A base legal de “consentimento” da lgpd e a aplicabilidade nos contratos de trabalho. In: LIMA, Adriane; ALCASSA, Flávia; PAPPERT, Milena. *LGPD no Direito do Trabalho*. São Paulo Saraiva, 2022, p. 11-14.

<sup>974</sup> TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. *PJe Consulta Processual – TRT3*. ATOrd. 0010337-16.2020.5.03.0074 (Vara do Trabalho de Ponte Nova). Disponível em: <<https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010337-16.2020.5.03.0074/1#812e794>>.

consentimento manifestado, mas não informado, já que foi dado sem o real conhecimento das informações necessárias<sup>975</sup>.

Apesar do modo escrito ser a regra, o Código de Boas Práticas sobre Proteção de Dados Pessoais dos Trabalhadores expõe a possibilidade de que, em certas circunstâncias, possa ser necessário que o consentimento e as informações sejam expressos apenas oralmente, prevendo os casos em que o trabalhador seja analfabeto ou não entenda a linguagem usada<sup>976</sup>. Tal perspectiva em nada contraria a LGPD, uma vez que a norma prevê o fornecimento do consentimento por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

Lima<sup>977</sup> esclarece que não há restrição à modalidade de obtenção do consentimento, podendo ocorrer por diversas formas, tais como áudio, vídeo, entre outros, sendo que em qualquer delas a linguagem deve ser clara, direta e objetiva. O autor ainda evidencia que o consentimento informado guarda relação direta com o princípio da transparência<sup>978</sup>, devendo considerar, minimamente, as finalidades específicas do tratamento, forma e duração, identificação e informações de contato do controlador, informações sobre o compartilhamento de dados com terceiros, responsabilidades daqueles que farão o processamento dos dados e entendimento acerca dos direitos dos titulares.

Acautela o SERPRO<sup>979</sup> que, se um indivíduo autorizou o uso de dados por uma organização, esta deverá solicitar nova permissão caso deseje compartilhar os dados com outras organizações, ressalvadas as possibilidades de dispensa previstas na Lei Geral. Informa que deve haver uma finalidade determinada, sendo que permissões genéricas para uso de dados podem ser consideradas nulas. Considera, ainda, que “quando forem feitas mudanças,

---

<sup>975</sup> FRAJHOF, Isabella Z.; MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. In: MULHOLAND, Caitlin (Org.) *A LGPD e o novo marco legislativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020, p. 64.

<sup>976</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso; CUNHA, Leonardo Stocker da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In: DORNELES, Leandro do Amaral D. de.; BARZOTTO, Luciane Cardoso (Org.) *Inovações e Trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2020, p. 253.

<sup>977</sup> LIMA, Caio César Carvalho. Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Org.) *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, n.p.

<sup>978</sup> O artigo 6º da LGPD dispõe: “As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: [...] VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial”.

<sup>979</sup> SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados (Brasil). *Seu consentimento é Lei*. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/cidadao/seu-consentimento-e-lei>>. Acesso em 11 ago. 2020.

na finalidade de um tratamento, não compatíveis com o consentimento original, o gestor dos dados deverá informar isso previamente, e dar a opção de revogar o consentimento”.

A revogação pode ser requerida a qualquer tempo diante do desejo expresso do titular, de forma facilitada e sem custos, inclusive quando o titular não concordar com o teor das alterações efetuadas pelo controlador, sendo que o ato de alterar alguma informação também deve ser previamente comunicado e consentido pelo titular.

Tais considerações reforçam o entendimento de que outras bases legais serão mais adequadas às atividades laborais, deixando o consentimento apenas para as situações que realmente o exijam, como exemplo, o armazenamento de informações de currículo.

O momento de pré-contratação do empregado envolve a coleta das informações dos candidatos. O tratamento inicial dos dados dos profissionais, com o objetivo de selecioná-los para uma determinada vaga, está amparado na hipótese de tratamento do artigo 7<sup>980</sup>, inciso V, parte final: quando necessário para a execução de procedimentos preliminares relacionados ao contrato do qual o titular seja parte e a seu pedido. Uma vez escolhido o profissional, os dados curriculares dos demais deverão ser descartados, pois atingida a finalidade para a qual foram recolhidos.

Uma vez que o empregador prefira armazenar os currículos formando um banco de talentos, deverá obter a autorização de cada um dos candidatos remanescentes, pois a finalidade não é mais direcionada ao preenchimento da vaga publicada naquele momento, mas sim para a possibilidade de contratação em oportunidades futuras. Uma vez alterada, a nova finalidade fará com que o tratamento seja enquadrado no artigo 7, inciso I da LGPD.

Castelani<sup>981</sup> exemplifica que o consentimento também se faz necessário quando a empresa faz filmagem do ambiente de trabalho e o empregado, ao fundo, tem a sua imagem capturada. Neste caso, o tratamento do dado de imagem é permitido a partir da autorização do obreiro e sendo a sua vontade contrária, será ele deslocado no momento da filmagem.

O mesmo ocorre em outro exemplo, muito usado no dia a dia, em que se fotografam participantes de reuniões virtuais: deve haver consentimento prévio de todos ou a câmera dos que não desejarem, devem ser fechadas. Para isso, deve haver aviso prévio ao momento

---

<sup>980</sup> O artigo 7º da LGPD dispõe: “O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: [...] V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados”.

<sup>981</sup> CASTELANI, Lilian de Souza. A base legal de “consentimento” da lgpd e a aplicabilidade nos contratos de trabalho. In: LIMA, Adriane; ALCASSA, Flávia; PAPPERT, Milena. *LGPD no Direito do Trabalho*. São Paulo Saraiva, 2022, p.14.

da fotografia. Nestes casos, o consentimento pode, até mesmo, ser gravado durante a reunião.

O processamento de dados do empregado para atividades relacionadas à divulgação de fotografia em assinatura de e-mail, premiações, destaque e produtividade, bem como o uso dos dados para celebração de aniversário também exige o consentimento.

Uma vez que o consentimento pode ser revogado a qualquer momento pelo titular dos dados, o seu fornecimento deve ser requerido apenas quando não amparado por outra hipótese de tratamento, pois, como exemplo, a manifestação da vontade do empregado não terá o poder de interferir em processamentos aos quais o empregador esteja legalmente obrigado a cumprir, exigindo a análise caso a caso de cada atividade executada para estabelecer a correta relação de cada base legal.

A norma geral de proteção de dados ainda estabelece que o consentimento deve ser prévio ao tratamento dos dados e, quando escrito, deverá ser destacado das demais cláusulas contratuais.

É dever do empregador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido obedecendo a todas as condições da LGPD, sendo proibido o processamento de atividades em desacordo com qualquer dos requisitos estabelecidos para esta hipótese de tratamento.

#### **4. Considerações Finais**

Ainda que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não preveja o tratamento de dados na seara trabalhista, sua aplicação ao correto tratamento dos dados do empregado é irrefutável.

O avanço tecnológico permite o acesso e o compartilhamento bastante facilitado das informações dos titulares que não possuem a cultura de proteger os seus próprios dados pessoais e desconhecem os riscos da exposição aos quais são submetidos.

Com o objetivo de proteger os direitos de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento dos empregados, o controlador está obrigado a observar a norma de proteção de dados também nas relações de trabalho.

O consentimento não deve ser geral e abrangente, de forma indiscriminada, para todos os dados e situações. Deve ser exigido apenas em situações específicas que serão analisadas caso a caso em cada uma das fases do contrato de trabalho, de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados.

## Referências Bibliográficas

BARZOTTO, Luciane Cardoso. CUNHA, Leonardo Stocker da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In: DORNELES, Leandro do Amaral D. de. Barzotto, Luciane Cardoso (Org). *Inovações e Trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2020.

BIONI, Bruno Ricardo; LUCIANO, Maria. O consentimento como processo: em busca do consentimento válido. In: DONEDA, Danilo et al. (Org.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021

BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709)>.htm. Acesso em 8 fev. 2023.

CASSAR, Vólia Bomfim; PINHEIRO, Iuri. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. *Instituto Trabalho em Debate*. Disponível em: <<http://www.trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>>. Acesso em 02 out. 2020.

CASTELANI, Lillian de Souza. A base legal de “consentimento” da lgpd e a aplicabilidade nos contratos de trabalho. In: LIMA, Adriane; ALCASSA, Flávia; PAPPERT, Milena. *LGPD no Direito do Trabalho*. Saraiva, 2022.

FRAJHOF, Isabella Z.; MANGETH, Ana Lara. As bases legais para o tratamento de dados pessoais. In MULHOLAND, Caitlin (Org.) *A LGPD e o novo marco legislativo no Brasil*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2020.

LIMA, Caio César Carvalho. Do tratamento de Dados Pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Org). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais e Justiça*. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, jul./dez.2018, p. 185-216. Disponível em: <[https://www.academia.edu/42741078/Habeas\\_Data\\_e\\_autodetermina%C3%A7%C3%A3o\\_informativa\\_os\\_dois\\_lados\\_da\\_mesma\\_moeda](https://www.academia.edu/42741078/Habeas_Data_e_autodetermina%C3%A7%C3%A3o_informativa_os_dois_lados_da_mesma_moeda)>. Acesso em 14 fev. 2023.

OLIVIERI, Nicolau. *LGPD e sua necessária adequação às relações de trabalho*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-e-sua-necessaria-adequacao-as-relacoes-de-trabalho-28092019>>. Acesso em: 25 set. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

REIS, Beatriz de Felipe. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Extremo Sul Catarinense. Criciúma, 2019.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. *A proteção de dados pessoais do empregado no Direito Brasileiro: um estudo sobre os limites na obtenção e no uso pelo empregador da informação relativa ao*

*empregado*. 2012. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados (Brasil). *Seu consentimento é Lei*. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/cidadao/seu-consentimento-e-lei>>. Acesso em 11 ago. 2020.

SILVA BRUNO, Marcos Gomes da. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Org). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. PJe Consulta Processual – TRT3. ATOrd. 0010337-16.2020.5.03.0074 (Vara do Trabalho de Ponte Nova). Disponível em: <<https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0010337-16.2020.5.03.0074/1#812e794>>. Acesso em 15 fev. 2023.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. *Revista Eletrônica*. Ano XIV, nº. 2010, jan./fev. 2018, p. 99-100. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/documento-ato/1000007/210Edicao.pdf>>. Acesso em 08 fev. 2023.

VAINZOF, Rony. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada. In. MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (Org). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

# COMPETIDORES NASCENTES, AQUISIÇÕES ASSASSINAS E CONTROLE DE ESTRUTURAS NO BRASIL: REVISANDO OS CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO

## Nascent competitors, killer acquisitions and merger control in Brazil: revising notification thresholds

João Otávio Bacchi Gutinieki<sup>982</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. O controle de concentrações na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11); 2. Entre aquisições assassinas e competidores nascentes: os desafios para o controle de condutas; 2.1. Competidores nascentes; 2.2. Aquisições assassinas; 3. A revisão dos critérios de notificação e a análise *a posteriori*; 4. Considerações Finais; Referências.

**Resumo:** O trabalho tem por objetivo analisar os critérios atuais de submissão de atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a sua relação às aquisições de competidores nascentes (*nascent competitors*) e às aquisições assassinas (*killer acquisitions*). Para tanto foi realizada análise de documentos, dados e obras bibliográficas. Após a compreensão dos atuais critérios de submissão e dos números obtidos por intermédio do programa CADE em números, foram conceituados os competidores nascentes e as aquisições assassinas. Por fim, foram analisadas propostas de alteração dos critérios de submissão, como a consideração do valor da operação ou o critério assimétrico, em que determinados agentes, em razão de sua relevância econômica ou por participarem de um setor concorrencialmente relevante, passam a ter a obrigação de notificar suas operações à autoridade concorrencial. Também foi tratada a revisão *a posteriori* de operações não submetidas ao controle estrutural *ex-ante*. Ao final, foi confirmada a hipótese de que são necessárias mudanças nos critérios de notificação de atos de concentração ao CADE e argumentou-se a favor da utilização da faculdade de revisão *a posteriori* prevista no § 7º do artigo 88 da Lei 12.529/11.

**Palavras-chave:** Concorrência. CADE. Controle de estruturas. Aquisições assassinas. Competidores nascentes. Critérios de notificação.

**Abstract:** This paper aims to analyze the current notification thresholds of mergers to the Brazilian competition authority (CADE) and its relation to the acquisitions of nascent competitors and to the killer acquisitions. For that, an analysis of documents, data and bibliography was carried out. After understanding the current notification thresholds and the numbers obtained through the CADE's program "CADE em números", nascent competitors and killer acquisitions were conceptualized. Finally, proposals for changing the notification thresholds were analyzed, such as considering the value of the operation or the asymmetric criteria, in which certain agents, due to their economic relevance or because they participate in a competitively relevant sector, are obliged to notify its operations to the competition authority. The *a posteriori* review of operations not subject to *ex-ante* structural

---

<sup>982</sup> Doutorando em Direito Comercial e Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Advogado em São Paulo. E-mail: [joaogutinieki@hotmail.com](mailto:joaogutinieki@hotmail.com)

control was also addressed. In the end, the hypothesis that changes are needed in the thresholds notifying mergers to CADE was confirmed and it was argued in favor of using the option of *a posteriori* review provided for in § 7 of article 88 of Brazilian Competition Law (Law 12.529/11).

**Keywords:** Competition. CADE. Merger control. Killer acquisitions. Nascent competitors. Notification thresholds.

## Introdução

Este trabalho é fruto das discussões acontecidas na disciplina Direito da Concorrência das Plataformas Digitais, lecionada pelo Professor Associado Roberto Pfeiffer no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP).

Entre os temas discutidos está a aquisição de concorrentes nascentes e as aquisições assassinas, operações que muitas vezes não chegam ao crivo das autoridades concorrenciais em razão de não se enquadrarem nos critérios de submissão de atos de concentração, geralmente, como no Brasil, baseado no faturamento dos agentes envolvidos na operação.

O objeto do presente estudo será, então compreender (i) os atuais critérios de notificação de atos de concentração no Brasil e o estado da arte de sua análise pelo CADE, (ii) a conceituação de aquisições de concorrentes nascentes e aquisições assassinas, (iii) a revisão dos critérios de notificação dos atos de concentração e a revisão *a posteriori*. Cada um destes temas ocupará um tópico do artigo.

Como metodologia, será utilizada a pesquisa bibliográfica e documental, tendo como referenciais teóricos os trabalhos de (i) C. Scott Hemphill e Tim Wu<sup>983</sup>, (ii) Cunningham, Ederer e Ma<sup>984</sup> e (iii) Roberto Pfeiffer<sup>985</sup>. Serão analisados documentos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da União Europeia (UE), bem como dados do programa CADE em números.

A pergunta de pesquisa é a seguinte: é necessário revisar os critérios de notificação de atos de concentração no Brasil? A hipótese é de que é necessária a alteração nos critérios, com a inclusão do critério do valor da operação, vez que o critério do faturamento

---

<sup>983</sup> HEMPHILL, C. Scott; WU, Tim. Nascent Competitors. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 168, p. 1879-1910, 2020. Disponível em: <[https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2661/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2661/)>. Acesso em: 20 jul. 2022

<sup>984</sup> CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. Killer Acquisitions. **Journal of Political Economy**, v. 129, n. 3, p. 649-702, 2021. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3241707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707)>. Acesso em: 20 jul. 2022.

<sup>985</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021.

combinado, atualmente utilizado, faz com que operações relevantes, envolvendo agentes inovadores (*start-ups* e *mavericks*) não sejam levados à apreciação do CADE.

Ao final, serão traçadas considerações finais, em que se responderá à pergunta de pesquisa formulada e aos demais questionamentos, explícitos e implícitos, que surgirão ao longo do texto.

## 1. O controle de concentrações na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11)

A edição da Lei 12.529/11, em substituição à Lei 8.884/94, inaugura uma nova fase do direito concorrencial brasileiro com a imposição da submissão e do controle *ex-ante* de atos de concentração econômica com efeitos no mercado brasileiro, perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Acostumado ao então controle posterior dos atos de concentração (*ex-post*), criticado pelas dificuldades de reversão de negócios já consolidados em caso de uma decisão desfavorável à operação notificada<sup>986</sup>, a então nova regulamentação passa a determinar que atos que envolvam a concentração de empresas, definida no artigo 90, devem ser notificados quando pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), e o outro, R\$75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

Tais valores foram determinados pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, e estão há mais de dez anos sem devido reajuste inflacionário.

Neste ponto, é interessante ressaltar que a Lei de Defesa da Concorrência anterior (Lei nº 8.884/94) previa, para além do critério do faturamento, o critério da participação, em dada porcentagem, no mercado relevante envolvido na operação<sup>987</sup>. O critério da participação no mercado relevante era criticado em razão da insegurança jurídica decorrente da

---

<sup>986</sup> Acerca das críticas ao sistema de notificação *a posteriori*, ver MARTINEZ, Ana Paula. Controle de Concentrações Econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. **Revista do IBRAC**, n. 18, 2010.

<sup>987</sup> Art. 54 da Lei 8.884/94:

(...)

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

complexidade para a identificação do mercado relevante e do cálculo da participação do agente<sup>988</sup>. Entretanto, parecia uma solução interessante para o controle da atuação dos agentes que detinham maior parcela do poder econômico – em especial nas operações envolvendo concorrentes de pequeno porte.

Como pode-se perceber, foi inaugurado no Brasil um sistema de notificação prévia e cujo critério de submissão baseia-se no faturamento combinado. Com isso, o antitruste brasileiro adequou-se às práticas correntes em outras jurisdições de relevo, comumente denominadas por “melhores práticas internacionais”<sup>989</sup>.

Mas seria o sistema brasileiro de controle de estruturas eficiente e preparado para os desafios decorrentes da economia digital?

Quanto à eficiência, é interessante recorrer à revisão por pares realizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) acerca da Lei de Defesa da Concorrência brasileira, incluindo o seu respectivo controle de estruturas. Segundo a OCDE há muitas operações notificadas e que não apresentam qualquer risco concorrencial, bem como o critério de notificação baseia-se apenas no faturamento das empresas, o que requer uma revisão da adequação dos critérios para notificação de atos de concentração no Brasil<sup>990</sup>.

---

<sup>988</sup> CORDOVIL, Leonor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada** – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 197. Acerca da extinção do critério de participação de mercado, afirma Roberto Taufick: “O art. 88 traz um dos pilares do novo antitruste brasileiro. A participação de mercado sai dos critérios de submissão por ser deveras subjetiva e imprecisa. Em seu lugar, seguindo as linhas mestras do Sherman Act, os critérios de submissão passam a ser (i) o exercício de atividade econômica (*commercial enterprise*); (ii) a dimensão mínima de, ao menos, dois dos envolvidos na operação (*size-of-person*) e (iii) a transferência de ativos (*transfer of assets*) (art. 90)”. TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: análise crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 536.

<sup>989</sup> CORDOVIL, op. cit., p. 208.

<sup>990</sup> De acordo com a OCDE: “No Brasil, a grande maioria das operações notificadas não suscitam maiores preocupações concorrenciais e estão sujeitas ao procedimento sumário, sob os atuais critérios de notificação do sistema de notificação prévia. Contudo, o número de operações que não suscitam preocupações e estão sujeitas à análise simplificada no Brasil parece ser demasiadamente alto, especialmente em um regime que também permite à autoridade concorrencial analisar atos de concentração que não se enquadram nos critérios de notificação obrigatória. Convém notar que cerca de 85% de todas as notificações de atos de concentração se qualificam para a análise sob o rito sumário. Também é notável que somente 46 das 2.588 operações notificadas desde 2012 (i.e. 1,7%) chegou à última fase de uma análise mais aprofundada; e que, em 2017, um ano com número recorde de operações vetadas, apenas 2% das operações não foram aprovadas incondicionalmente. Ademais, os critérios de notificação no Brasil dizem respeito somente ao faturamento e não levam em consideração outros critérios, como o valor dos ativos envolvidos na operação. Diversos países membros da OCDE estão considerando o valor dos ativos envolvidos na operação como um critério para notificação de atos de concentração, com o fim de trazer seus regimes de controle de concentração à altura dos desafios impostos pela economia digital. Diversas empresas digitais/de tecnologia da informação possuem faturamentos baixos, mas um conjunto de ativos de alto valor e capitalização, o que pode trazer suas atividades de fusão e aquisição para o radar do controle de concentração”. OCDE. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil**. 2019. p. 190-191. Disponível em:

A existência de número expressivo de operações que não recebem resposta negativa por parte da autoridade concorrencial ou que sequer são levadas a julgamento no Tribunal Administrativo, isto é, que terminam com a aprovação pela Superintendência-Geral, são uma tendência comprovada empiricamente pela análise dos dados presentes na iniciativa “CADE em Números”<sup>991</sup>.

Em 2021 foram notificados perante o CADE um total de 612 atos de concentração. Destes, 527 pelo rito sumário, destinado a atos menos complexos e que resultam em menor concentração de poder de mercado, e 85 no rito ordinário, que demanda instrução mais pormenorizada e é destinado a casos que apresentam maior complexidade. Destes 612 atos de concentração notificados, nenhum foi reprovado.

Entre os 527 atos de concentração que tramitaram pelo rito sumário, 509 foram aprovados sem qualquer restrição pela Superintendência-Geral, isto é, nenhum deles foi impugnado ao Tribunal Administrativo, 17 não foram conhecidos em razão de não se enquadrarem nos critérios de submissão, e 1 foi arquivado por perda de objeto.

Mas os números que mais impressionam são os dos casos que tramitaram pelo rito ordinário, como dito, destinado às operações que apresentam maior risco concorrencial. Dos 85 atos submetidos à apreciação do CADE, 70 foram aprovados sem restrições pela Superintendência-Geral, ou seja, sequer passaram pelo crivo dos Conselheiros. Não conhecidos pela Superintendência-Geral foram 17 casos.

Um total de 14 casos foram impugnados ao Tribunal Administrativo, destes 6 tiveram a aprovação condicionada à celebração de Acordo de Controle em Concentrações (ACC), 7 foram aprovados sem restrições e 1 não foi conhecido.

Isto é, em um universo de 612 operações notificadas, apenas 6 delas, menos de 1% (um por cento), apresentaram risco concorrencial, e, portanto, tiveram sua aprovação condicionada à aceitação dos termos do acordo proposto pelo CADE, quase sempre com a imposição de remédios.

A partir de tais fatos, pode-se traçar algumas hipóteses.

A primeira delas é de que os critérios de notificação, baseados no faturamento, estão ultrapassados, razão pela qual diversas operações sem relevância concorrencial estão sendo levadas ao escrutínio da autoridade concorrencial. Tal hipótese, caso confirmada, demandaria

---

<[www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm)>. Acesso em 20 jul. 2022.

<sup>991</sup> CADE. **CADE em números**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros>>. Acesso em 20 jul. 2022.

a elevação do numerário de faturamento exigido para a notificação de operações, e conseqüentemente levaria à conclusão de que a maior parte dos atos de concentração hoje notificados levam a autoridade a um trabalho desnecessário, sendo que os recursos poderiam ser melhor alocados no controle de condutas e estruturas que colocam em maior risco a saúde da concorrência. Tal hipótese, em que pese seja plausível, leva a um questionamento: em um país com a complexidade econômica do Brasil, durante todo um ano, apenas seis operações de concentração foram concorrencialmente relevantes?

A pergunta lançada no fim do último parágrafo leva à segunda hipótese, isto é, de que há uma certa “liberalização” quanto à análise de mérito dos atos de concentração apresentados à autarquia. Portanto, estar-se-ia diante de uma composição da autoridade que adota uma teoria do dano, ao analisar as operações, que é favorável às concentrações econômicas ou que termina por sobrevalorizar as “sinergias” e eficiências alegadas pelos compradores. A comprovação de tal hipótese depende de uma análise minuciosa das decisões, dos autos dos processos, das métricas adotadas, o que não é o objeto do presente trabalho.

A terceira hipótese se vincularia ao fato de que o critério do faturamento seria insuficiente para levar ao radar da autoridade todos os casos concorrencialmente sensíveis. Portanto, casos de relevo para a manutenção da concorrência estaria passando ao largo do CADE e seria necessário revisar os critérios de submissão, como recomenda a OCDE<sup>992</sup> - em especial por conta as operações envolvendo mercados digitais, em que agentes concorrencialmente relevantes são negociados sem passar pela análise das autoridades concorrenciais, por não apresentarem faturamento relevante. De acordo com a OCDE, estas seriam as recomendações a serem seguidas pelo Brasil quanto ao controle de concentrações:

- O Brasil deveria avaliar regularmente seus critérios de notificação. Em paralelo, um estudo sobre o impacto da adoção de patamares mais altos para a notificação obrigatória deveria ser apresentado ao Governo para consideração da revisão dos critérios de notificação, com o objetivo de reduzir o número de notificações não-problemáticas. Esta reforma garantiria uma utilização eficaz dos recursos do Cade, reduziria os custos regulatórios sobre as empresas e tornaria o controle de concentrações no Brasil mais eficiente.
- Prolongar o prazo que o Cade tem para solicitar a apresentação de atos de concentração que não se enquadram nos critérios de notificação obrigatória de 12 para 24 meses. Isto forneceria maior segurança caso a adoção de patamares mais elevados para notificação obrigatória evitasse a notificação ao Cade de uma transação problemática ao Cade.

---

<sup>992</sup> OCDE. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil**. 2019. p. 191. Disponível em: <[www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm)>. Acesso em 20 jul. 2022.

- Implementar um novo critério de notificação baseado no valor dos ativos envolvidos na operação<sup>993</sup>.

Assim, a inclusão de critérios como o valor da operação pode ser uma saída para a captura e análise de operações de relevo que hoje não são sequer notificadas.

Considerando de operações visando fins anticompetitivos, como as aquisições assassinas (*killer acquisitions*) e a aquisição de concorrentes nascentes (*nascent competitors*), que serão melhor explorados no próximo capítulo, serão analisadas experiências de outras jurisdições e propostos novos critérios para notificação de atos de concentração, além de se explorar a possibilidade de revisão de operações não notificadas, prevista no artigo 88, § 7º da Lei de Defesa da Concorrência.

## 2. Entre aquisições assassinas e competidores nascentes: os desafios para o controle de condutas

Vive-se o tempo do desaparecimento dos rituais, como preceitua o filósofo sul-coreano Byung-Chul Han<sup>994</sup>. Tais transformações não se dão apenas no seio social, mas em especial na economia, influenciando diretamente na formação e organização dos mercados. O *homo economicus* não faz mais sempre escolhas racionais, mas comporta-se de maneira influenciável, como estuda a economia comportamental.

A digitalização dos mercados leva novos desafios ao controle dos monopólios. Operações estruturais, de alto impacto no dia a dia dos consumidores e que visam ao controle de determinados mercados ocorrem à margem do controle pela autoridade concorrencial, em razão de não se enquadrarem nos critérios de notificação obrigatória. As principais plataformas digitais, conhecidas pela sigla GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft), desenvolvem uma estratégia de crescimento baseado na aquisição de concorrentes, trata-se de uma “(...) deliberada estratégia de eliminação de futura concorrência potencial, através da constante aquisição de plataformas iniciantes com baixo faturamento, porém com promissor horizonte de crescimento”<sup>995</sup>.

---

<sup>993</sup> OCDE. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil**. 2019. p. 191. Disponível em: <[www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm)>. Acesso em 20 jul. 2022.

<sup>994</sup> HAN, Byung-Chul. **O desaparecimento dos rituais: uma topologia do presente**. São Paulo: Vozes, 2021.

<sup>995</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 112.

Algumas destas aquisições dão-se por valores extremamente elevados, até desproporcionais em face do baixo faturamento apresentado pelas empresas adquiridas. Nas palavras de Roberto Pfeiffer, há, assim, “(...) um prêmio, pago não apenas em razão de se estar adquirindo uma promissora empresa, mas principalmente por estar evitando a expansão de um concorrente e adquirindo uma base de dados pessoais extremamente valiosa (...)”<sup>996</sup>. Tais operações podem se apresentar como “aquisições assassinas” ou a compra de “competidores nascentes”, em ambos os casos busca-se arrefecer o potencial competitivo de determinado produto ou agente.

## 2.1. Competidores nascentes

Um “competidor nascente” é “uma empresa cuja prospectiva inovação apresenta um sério futuro problema para a incumbente”, com se percebe, o “potencial da empresa como concorrente ainda não está totalmente desenvolvido e por isso não provado”<sup>997</sup>. É importante ressaltar que nem toda empresa iniciante pode ser considerada como uma competidora nascente. Segundo Roberto Pfeiffer, “o principal atributo é o da inovação do produto ou serviço por ela ofertado que lhes proporciona perspectiva de transformarem-se em uma importante empresa no mercado em que atuam e, assim, constituírem potencial ameaça futura aos incumbentes”<sup>998</sup>.

Existem diversas correntes que contestam um maior controle da aquisição de competidores nascentes. Em linhas gerais, os argumentos apontados em defesa das aquisições está o fato de que a operação é justamente o desejo dos investidores, que de pretender ter o retorno de seu investimento no mais curto prazo e com o maior ágio possível. Outro argumento é que no momento da aquisição o porte das empresas é tão diminuto e os produtos ou serviços muitas vezes sequer foram lançados no mercado, o que leva a crer que considerar a empresa-alvo da operação como um concorrente seria quase que fazer um exercício de futurologia. Por fim, afirma-se também que a compra das *startups* pelas grandes

---

<sup>996</sup> Ibid., p. 114.

<sup>997</sup> HEMPHILL, C. Scott; WU, Tim. Nascent Competitors. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 168, p. 1879-1910, 2020, p. 1880. Disponível em: <[https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2661/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2661/)>. Acesso em: 20 jul. 2022. Tradução livre de: “*A nascent competitor is a firm whose prospective innovation represents a serious future threat to na incumbent. The firm’s potency as a competitor is as yet not fully developed and hence unproven*”.

<sup>998</sup> PFEIFFER, op. cit., p. 115.

plataformas seria positiva, em razão de sua capacidade de investimento, o que possibilita o fomento a projetos inovadores<sup>999</sup>.

Entretanto, tais hipóteses têm sido tratadas com um certo ceticismo, vez que as aquisições em série promovidas pelas plataformas arrefecem a concorrência, pois as empresas-alvo é quem poderiam, um dia, contestar o poder econômico das plataformas que ora estão a comprá-las.

Portanto, faz-se necessário alterar os critérios de notificação de operações de fusão perante a autoridade concorrencial, vez que, tais aquisições em série de potenciais concorrentes não são sequer submetidas, em razão do baixo faturamento das empresas-alvo.

Nem que, após uma detida análise dos efeitos concorrenciais, a operação termine meritoriamente aprovada pela autoridade, em razão de não apresentar risco concorrencial. É essencial que se acompanhe os movimentos de mercado, possibilitando conhecer as estratégias concentracionistas dos agentes que detém o poder econômico, sob a pena de o controle de estruturas perder a sua função – a análise do impacto e dos efeitos das concentrações no mercado<sup>1000</sup>.

## 2.2. Aquisições assassinas

As aquisições assassinas, tradução de *killer acquisitions*, é expressão cunhada por Cunningham, Ederer e Ma para os casos em que determinado agente de mercado realiza a compra de outro “somente para descontinuar projetos inovadores ou prevenir uma concorrência futura”<sup>1001</sup>. O referido artigo analisa as aquisições ocorridas no mercado

---

<sup>999</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 116-117.

<sup>1000</sup> Acerca dos fundamentos do controle de concentrações, trata Miguel Moura e Silva: “Nos Estados Unidos, a gênese do controlo de concentrações está ligada à preocupação com a concentração de poder económico, tendo o seu apogeu nos anos 60. Com a crítica da Escola de Chicago, a ênfase passa para a questão dos efeitos coordenados só mais recentemente adota os efeitos multilaterais como possível fundamento para a oposição a uma concentração. Do lado europeu, a escolha do conceito de criação ou reforço de uma posição dominante ligou o fundamento do controlo de concentrações à questão do poder de excluir a concorrência (donde a importância que assumem as concentrações verticais e conglomerados) e só depois evoluiu para a preocupação com a colusão – primeiro com a teoria da posição dominante coletiva e a incorporação de uma teoria de colusão como fundamento da proibição e depois com a inclusão de uma teoria efeitos unilaterais, em casos em que não existe uma posição dominante individual (também designados efeitos não coordenados). Do ponto de vista da defesa da concorrência, o controlo de concentrações denota uma *preocupação estrutural*, normalmente ditada pelas falhas dos mecanismos tradicionais relativos a acordos e práticas concertadas e aos abusos de poder de mercado”. SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência**. Lisboa: AAFDL Editora, 2018. p. 1162-1163.

<sup>1001</sup> CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. Killer Acquisitions. **Journal of Political Economy**, v. 129, n. 3, p. 649-702, 2021, p. 1. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3241707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707)>. Acesso em: 20 jul. 2022. Tradução livre de:

farmacêutico, visando atrasar medicamentos substitutos ou novas drogas que poderiam colocar em risco a fatia de mercado detida pelos compradores.

Buscando ampliar a definição trazida por Cunningham e outros, interessante notar o conceito desenvolvido por Levi Veríssimo, afirmando que as aquisições assassinas (ou aquisições eliminatórias, conforme preferiu traduzir o autor) seriam a “(...) teoria do dano à concorrência que abrange os atos de concentração econômica cujo objetivo é eliminar ou restringir a inovação. Tais concentrações, ao ameaçarem o processo de entrada de novos agentes e bens nos mercados digitais, tendem a conservar a posição dominante exercida pelos agentes adquirentes”<sup>1002</sup>.

São operações prejudiciais à sociedade em razão de, ao impedirem o desenvolvimento do competidor, fazem com que a sociedade não tenha condições de usufruir das possíveis benesses decorrentes da inovação “abafada” pela aquisição<sup>1003</sup>. No campo das justificativas para as operações, não podem ser alegadas quaisquer sinergias ou ganhos de escala, vez que as atividades da companhia-alvo ou determinado projeto são descontinuados após a aquisição.

Segundo o referido estudo seminal de Cunningham, da amostra utilizada na análise, entre 5,3% e 7,4% das aquisições no setor farmacêutico foram “assassinas”, isto indica um número de aproximadamente de 46 a 63 operações por ano. Neste sentido, caso não acontecessem as operações assassinas, a taxa de desenvolvimento de projetos de drogas farmacêuticas aumentaria cerca de 4% ao ano<sup>1004</sup>.

Em razão do acentuado dano ao bem-estar do consumidor<sup>1005</sup> e da concorrência em si considerada, é necessário que a autoridade concorrencial encontre saídas para, ao menos, verificar as aquisições assassinas, considerando que boa parte delas sequer é notificada, em razão de não atingirem os patamares necessários de faturamento, em semelhança às aquisições de competidores nascentes. Entre tais saídas estão a (i) revisão dos critérios de

---

“(…) argues incumbent firms may acquire innovative targets solely to discontinue the target's innovation projects and preempt future competition”.

<sup>1002</sup> VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. **Killer acquisitions**: teoria das aquisições eliminatórias e proteção da inovação nos mercados digitais sob a ótica da defesa da concorrência. 2021. 122 f., Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2021. p. 5.

<sup>1003</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 122.

<sup>1004</sup> “Our conservative estimates indicate that between 5.3 percent and 7.4 percent of all acquisitions in our sample (or about 46 to 63 pharmaceutical acquisitions per year) are killer acquisitions. Eliminating the adverse effect on drug project development from killer acquisitions would raise the pharmaceutical industry's aggregate drug project development rate by more than 4 percent”. CUNNINGHAM, op. cit., p. 5-6.

<sup>1005</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 123.

notificação e a (ii) revisão *a posteriori* de operações não submetidas, que serão tratadas no próximo tópico.

### 3. A revisão dos critérios de notificação e a análise *a posteriori*

Conforme analisado no primeiro tópico deste trabalho, o critério atual para submissão de atos de concentração no Brasil (e em diversas outras jurisdições) é definido pelo faturamento das empresas envolvidas na operação. Em que pese a já analisada crítica acerca dos valores estarem defasados e diversas operações com baixo ou nenhum risco concorrencial terem que ser levadas à apreciação do CADE, por outro lado há operações de alto relevo para o mercado que sequer são notificadas à autoridade em razão do faturamento da companhia-alvo ser demasiadamente baixo, entre tais operações podem estar práticas de aquisições de concorrentes nascentes e aquisições assassinações.

Portanto, é indispensável que se pense em maneiras de forçar as partes envolvidas na operação a levá-la ao crivo concorrencial do CADE, e isto só se dará com uma revisão dos atuais critérios de notificação, visando sempre a efetividade<sup>1006</sup>, que não precisam ser totalmente substituídos, mas que podem, como será analisado adiante, serem complementados por outros métodos.

Uma primeira alteração nos critérios de notificação, conforme propõe Roberto Pfeiffer<sup>1007</sup>, seria utilizar o “critério do valor da operação”, já que em uma ampla gama de casos concorrencialmente relevantes, em que pese o valor do faturamento combinado das empresas envolvidas não determine a necessidade submissão da operação à autoridade concorrencial, há um expressivo valor envolvido na operação, justamente em razão do caráter inovador e disruptivo de muitas das empresas-alvo.

---

<sup>1006</sup> Neste ponto é interessante ressaltar que diversas fontes tratam de uma necessidade por segurança jurídica, a exemplo do documento da União Europeia acerca da política de concorrência para a era digital, de 2019, conhecido por Relatório Cremer: “*Yet, broadening EU’s merger control jurisdiction to cover competitively relevant transactions irrespective of turnover raises a set of difficult issues. Any new, non-turnover-based jurisdictional threshold would need to take seriously the market need for legal certainty in determining whether a given transaction must be notified, the need for minimising the administrative burden and transaction costs brought about by an extension of jurisdiction, and the fact that principles of public international law require the showing of local nexus (in order to establish jurisdiction, an immediate and substantial effect of the concentration in the European Union must be shown)*”. CREMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. **Competition Policy for the digital era: Final report**. Brussels: European Commission, 2019. P. 114 Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 21 jul. 2020.

<sup>1007</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 126.

Alemanha e Áustria<sup>1008</sup>, jurisdições que podem ser consideradas como legislativamente inovadoras, vez que acompanham rapidamente as mudanças no mercado, já implementaram um sistema de notificação baseado no valor da operação. Segundo documento da OCDE, em que pese a mudança nos critérios de notificação, o aumento nos casos não foi significativo. Em 2017 e 2018 a Alemanha foram submetidos 18 casos em razão desse critério de notificação, de um universo de 2686 operações analisadas, sendo que todos foram arquivados por não preencherem os critérios de notificação ou aprovados nas primeiras fases da análise. O mesmo teria acontecido na Áustria.<sup>1009</sup>

Há diversas ressalvas no sentido de que o critério do valor da operação pode ser impactado pelo preço das ações e do câmbio entre o anúncio da transação e o seu respectivo fechamento, portanto, tem-se que levar em consideração a volatilidade do mercado de valores mobiliários. Ainda há que se levar em conta que a utilização do valor da operação pode fazer com que companhias alvo sejam objeto de aquisições em ainda mais tenra idade, a fim de fugir do novo critério.<sup>1010</sup>

Uma segunda saída seria a criação de um “critério assimétrico de operação”, como denomina Roberto Pfeiffer<sup>1011</sup>, algo como um *targeted approach*<sup>1012</sup>, no qual empresas

---

<sup>1008</sup> Acerca deste assunto, discorre Roberto Pfeiffer: “De acordo com o § 35 da *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Lei contra restrições da Concorrência Alemã, normalmente referida com o acrônimo GWB)<sup>291</sup>, que regulamenta o escopo do controle prévio de concentrações, a regra geral será a apresentação de atos de concentração no qual as empresas envolvidas apresentem faturamento mundial somado de 500 milhões de euros e faturamento combinado em território alemão de pelo menos 50 milhões de euros (empresa 1) e de pelo menos 17,5 milhões de euros (empresa 2). Porém, mesmo que os requisitos ordinários de apresentação não sejam atingidos, mesmo assim a operação terá que ser notificada ao Bundeskartellamt caso uma das empresas participantes tenha tido faturamento no território alemão superior a 50 milhões de euros, o valor da contraprestação pela fusão exceda 400 milhões de euros e a empresa a ser adquirida tenha uma atividade considerável na Alemanha. A Áustria também efetivou atualização semelhante em sua legislação, incluindo o valor da transação como um dos critérios para notificação de operações sujeitas a controle de concentrações. Ainda que não atingido o valor ordinário dos faturamentos combinados, a operação terá que ser notificada caso o faturamento mundial combinado das empresas ultrapasse 300 milhões de euros, o volume de negócios combinado austríaco dos empreendimentos supere 30 milhões de euros e o valor da contraprestação paga em troca da transação ultrapasse 200 milhões de euros e a empresa alvo tenha atuação significativa em território austríaco”. *Ibid.*, p. 127.

<sup>1009</sup> Neste sentido: “While the change is a recent one, it has been reported that the number of notified transactions has not radically changed. For example, the Bundeskartellamt reported that in 2017 it received eight notifications based on the transaction value thresholds and 10 in 2018.<sup>24</sup> As explained by Sauer mann (2019), this is a tiny fraction of the total number of notifications received by the authority (2686 in 2017/18). Similar results were reported in Austria”. OECD. **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger**, 2020. p. 44. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

<sup>1010</sup> OECD. op. cit., 2020. p. 43-45.

<sup>1011</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021, p. 130.

<sup>1012</sup> OECD. **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger**, 2020. p. 46. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

concorrencialmente relevantes, em especial as plataformas, tenham a obrigatoriedade de submeter todos os atos de concentração que pretender realizar à autoridade concorrencial. Este regime especial, que já é hoje aplicado pelo CADE como remédio em Acordos em Controle de Concentração (ACC)<sup>1013</sup>, pode ser extremamente relevante para indicar casos em que se apresentam aquisições em série com objetivos anticoncorrenciais.

Em que pese exista o risco de a autoridade ter que analisar uma série de casos concorrencialmente irrelevantes, em razão da obrigação de notificar de determinadas empresas, trata-se de uma ferramenta relevante para o acompanhamento do mercado, prática que dificilmente é recorrentemente adotada por algumas autoridades concorrenciais.

O critério assimétrico de notificação já é adotado na Alemanha, faz parte da regulamentação do mercado digital na União Europeia (*Digital Markets Act*, conhecido pela

---

<sup>1013</sup> Um exemplo é a disposição do Acordo em Controle de Concentrações firmado pela Prosegur quando da compra da SACEL em que foram acordadas as seguintes cláusulas: “3.1.2. Os atos de concentração nos Estados de Sergipe, Alagoas, Bahia, Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Norte que se enquadrem nas exceções indicadas no item 3.1.1 devem ser submetidos à aprovação prévia do CADE, independentemente do faturamento das empresas envolvidas e ainda que não atinjam os critérios de notificação obrigatória estabelecidos na Lei nº 12.529/2011.

3.1.3. Após os prazos previstos no item 3.1.1, a Compromissária se compromete, pessoalmente e por meio das empresas do Grupo Prosegur, a informar o CADE sobre a realização de quaisquer atos de concentração no mercado de Transporte de Valores realizados nos Estados de Sergipe, Alagoas, Bahia e Pernambuco pelo prazo adicional de 2 (dois) anos, e a informar o CADE sobre a realização de quaisquer atos de concentração no mercado de Transporte de Valores realizados nos Estados da Paraíba e Rio Grande do Norte pelo prazo adicional de 3 (três) anos, em até 30 dias contados de sua celebração”. CADE. **Ato de Concentração nº 08700.001227/2020-49**. Requerentes: Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança e SACEL Serviços de Vigilância e Transporte de Valores-EIRELI. Relatora: Conselheira Paula Farani Azevedo. Julgado em 21 dez. 2020.

Neste ponto, interessante destacar a crítica de Roberto Pfeiffer, no sentido de ser necessária uma alteração legislativa e não se poder depender de Acordos em Controle de Concentração para impor a obrigação de notificar a determinados agentes do mercado: Enquanto na ou houver modificação legislativa, uma forma paliativa de minimizar as insuficiências apontadas é incluir em acordos em controle de concentração o firmado com plataforma com histórico rico de diversas e sistematizadas aquisições, a obrigação de informar ao CADE todos os atos de concentração de que viesse a participar, independentemente do preenchimento dos critérios de notificação. Há duas imperfeições na solução, que não afastam a sua importância, mas revelam que a solução ideal é realmente a alteração legislativa. A primeira é que a sua implementação depende da concordância da plataforma, uma vez que a previsão em acordo de ato de concentração pressupõe a conjunção de vontades. Por outro lado, é presumível que as plataformas aquiesçam com a cláusula, frente ao risco da operação não ser aprovada ou sofrer restrições mais severas do que as incluídas no acordo caso não se submeta ao regime de notificação obrigatória. Porém, ao menos em termos abstratos a adição da medida dependerá sempre de sua aquiescência. O segundo problema é que o regime de submissão obrigatória ao controle prévio de todos os atos de concentração somente poderá ser efetivado após a celebração do acordo. Portanto, as operações concretizadas antes da pactuação não são por ele alcançadas. E para que o acordo seja celebrado há a necessidade de uma operação em andamento tenha se encaixado nos critérios de faturamento, o que é um fator imponderável. Por isso, entendo a solução mais adequada seja efetivamente a de introduzir na lei de defesa da concorrência critérios que permitam ao CADE estabelecer a determinadas empresas o dever de apresentar atos de concentração do qual participem, independentemente de preenchimento dos critérios de submissão ordinários”. PFEIFFER, op. cit., p. 134-135.

sigla “DMA”), que foi recentemente aprovada e está em fase de regulamentação, e poderá em breve ser adotado pela França.

Seguindo o DMA, que prevê a obrigação de informar operações à autoridade concorrencial pelo agentes de mercado que em razão de sua importância econômica são denominados por *gatekeepers*, Roberto Pfeiffer propõe que no Brasil seja determinada medida similar, no sentido de os “guardiões de acesso” sejam obrigados a informar ao CADE todos os atos de concentração em que participem, independentemente do valor envolvido, sendo conferida ao CADE a prerrogativa de determinar que se converta a operação informada em notificação, cabendo à autoridade analisá-la e resolver sobre sua aprovação<sup>1014</sup>.

Tais medidas, caso adotadas, apesar de demandarem uma análise empírica mais aprofundada, podem garantir à autoridade um maior controle sobre os agentes de mercado considerados como “macroempresas”<sup>1015</sup> e que podem, com diminuto esforço operacional e financeiro, pôr em prática medidas anticoncorrenciais e que visam a dominação dos mercados.

Outra possibilidade, a ser utilizada enquanto não ocorrerem alterações legislativas relevantes, é a utilização da norma do § 7º do artigo 88 da Lei de Defesa de Concorrência, que faculta ao CADE, “no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo”. Portanto, é permitido ao CADE, no prazo de um ano requerer a submissão de uma operação, para análise.

O dispositivo, entretanto, raramente é utilizado pela autarquia. Roberto Pfeiffer, ao analisar o dispositivo, traça dois obstáculos à sua utilização, o primeiro se refere ao prazo exíguo, de apenas de um ano para a revisão da operação não submetida, o segundo obstáculo seria a dificuldade em reverter uma operação já consumada, o que representará um custo econômico e muitas vezes é impossível, em razão de integrações irreversíveis ou de complexa reversibilidade.<sup>1016</sup>

Conforme anteriormente referido, a OCDE já sugeriu, ao analisar a lei concorrencial brasileira, o aumento no prazo para revisão *a posteriori* de um para dois anos.

---

<sup>1014</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021. p. 134.

<sup>1015</sup> Como bem referido por Roberto Pfeiffer, trata-se de um conceito antigo e já analisado, no início da década de 70, por Fábio Konder Comparato em: COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

<sup>1016</sup> PFEIFFER, op. cit., p. 136.

Em outras jurisdições os prazos variam. Segundo a OCDE, no Reino Unido o prazo é de quatro meses, no Canadá e no México o prazo também é de um ano. Já nos Estados Unidos, não há prazo para o requerimento de tal revisão.<sup>1017</sup>

A vantagem da revisão *a posteriori* está na possibilidade de reconhecer efeitos da operação que seriam impossíveis na submissão da operação no método *ex ante*, entretanto, sua utilização com determinada grande parcimônia se dá, em especial, por conta dos riscos reputacionais à autoridade caso diversos casos passem a ser revisados posteriormente à sua consumação, em suma, cria-se um risco de segurança jurídica.

A fim de combater o risco de segurança jurídica, Roberto Pfeiffer sugere que a aplicação do § 7º se dê com base em uma regulamentação anterior, e pode ser utilizado para análise de operações em um setor determinado ou operações realizadas em série (aquisições sistemáticas)<sup>1018</sup>. Com isso, em caso de judicialização, é possível defender a atuação da autoridade com maior vigor, demonstrando que a revisão não se daria por discricionariedade, mas baseada em regras infralegais anteriores à atuação do CADE.

O maior ponto da utilização da faculdade ora em questão talvez seja mesmo o tempo. Considerando o volume de trabalho da autoridade, conforme os números apontados no primeiro tópico deste artigo, é difícil conceber que poderia o CADE estar à busca de operações concorrencialmente relevantes e não notificadas para, assim revisá-las *ex-post*.

#### 4. Considerações Finais

É possível afirmar que a hipótese inicial se confirma, faz-se necessário alterar e complementar os critérios de notificação de atos de concentração no Brasil, em especial implantar critérios como o do valor da operação e o assimétrico. Isto se dá em razão de o atual critério estar capturando muitas operações para análise, mas com nenhuma resposta negativa, portanto, com valores de faturamento possivelmente defasados. Ao mesmo tempo, operações de revelo podem estar sendo consumadas à margem do controle do CADE.

Por outro lado, seria interessante, por exemplo, que a lei voltasse a prever o critério da participação do mercado, presente na vetusta Lei 8.884/94. Em que pese as críticas de

---

<sup>1017</sup> OECD. **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger**, 2020. p. 47. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

<sup>1018</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021. p. 137.

dificuldades de operacionalização, em razão das diversas teorias aplicáveis, é necessário, em determinados momentos, tomar decisões estanques, afastando-se de uma tentativa de sempre tomar decisões amigáveis ao mercado (*market friendly*). Isso também vale para as revisões *a posteriori* (art. 88, §7º), que são tidas como “fonte de insegurança jurídica”. Há que se considerar a importância de sua utilização, em especial enquanto não houver nova legislação alterando ou incluindo novos critérios de notificação.

Se o legislador, como representante da sociedade, erigiu ao CADE o papel de guarda da concorrência, regulando os mercados, é indispensável que sua atuação se dê de maneira efetiva e em consonância com a lei e os princípios da Ordem Econômica Constitucionais. As faculdades legais não podem ser deixadas de lado em razão do medo da judicialização ou dos riscos “ao mercado”, mas antes devem ser regulamentadas, a fim de se afastar a discricionariedade e garantir a deferência do Poder Judiciário.

As aquisições de concorrentes nascentes e aquisições assassinas são realidades às quais o Brasil não pode ficar à espera, para se inspirar nas saídas tomadas por outras autoridades. Demandam criatividade institucional, e, por que não, uma certa dose de ousadia.

## Referências Bibliográficas

CADE. **Ato de Concentração nº 08700.001227/2020-49**. Requerentes: Prosecur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança e SACEL Serviços de Vigilância e Transporte de Valores-EIRELI. Relatora: Conselheira Paula Farani Azevedo. Julgado em 21 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. **CADE em números**. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros>>.

COMPARATO, Fábio Konder. **Aspectos jurídicos da macro-empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

CORDOVIL, Leonor et al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada** – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CREMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. **Competition Policy for the digital era: Final report**. Brussels: European Commission, 2019. P. 114 Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>.

CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. Killer Acquisitions. **Journal of Political Economy**, v. 129, n. 3, p. 649-702, 2021. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3241707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707)>.

HAN, Byung-Chul. **O desaparecimento dos rituais: uma topologia do presente**. São Paulo: Vozes, 2021.

HEMPHILL, C. Scott; WU, Tim. Nascent Competitors. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 168, p. 1879-1910, 2020. Disponível em: <[https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2661/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2661/)>.

MARTINEZ, Ana Paula. Controle de Concentrações Econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. **Revista do IBRAC**, n. 18, 2010.

OCDE. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil**, 2019. p. 190-191. Disponível em: <[www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm)>.

\_\_\_\_\_. **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger**, 2020. p. 43-45. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>>.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais**. Tese de Livre Docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021.

SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência**. Lisboa: AAFDL Editora, 2018.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: análise crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado**. São Paulo: Almedina, 2017.

VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. **Killer acquisitions: teoria das aquisições eliminatórias e proteção da inovação nos mercados digitais sob a ótica da defesa da concorrência**. 2021. 122 f., Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2021.

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E A  
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REVOGAÇÃO DA IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA CULPOSA NA LEI Nº 14.230/2021**

**Principle of the prohibition of retrocession and the (un)constitutionality of the  
repeal of culpable administrative improbity on Law nº 14.230/2021**

José Mario Macedo Pereira Hauare<sup>1019</sup>

**Sumário:** 1. O princípio da proibição de retrocesso na Constituição Federal de 1988; 2. A probidade administrativa e o regime constitucional de 1988; 3. A improbidade administrativa culposa; Considerações Finais.

**Resumo:** A Lei nº 14.230/2021 alterou significativamente a Lei nº 8.429/1992, que trata da disciplina jurídica sancionatória da improbidade administrativa. Entre diversas alterações realizadas, uma das mais relevantes foi a modificação da redação do artigo 10, que deixou de prever como ato passível de sanção a ação ou omissão culposa que resultasse em prejuízo ao erário. Todavia se questiona se essa mudança legal é constitucional, vez que o princípio da proibição de retrocesso veda modificações legislativas que causem a diminuição da proteção de direitos fundamentais. Diante da imperatividade desse princípio, a nova redação do artigo 10 dada pela Lei nº 14.230/2021 não seria válida, por deixar a improbidade administrativa menos protegida. Diante disso, busca-se compreender se a revogação da improbidade administrativa culposa deixou de proteger o direito fundamental à probidade administrativa. Para tanto, observa-se que o princípio da proibição do retrocesso tem sua normatividade direcionada para impedir que o Poder Legislativo modifique leis que impactam direitos fundamentais de forma a tirar-lhes a cobertura, isto é, retirar o grau de proteção e efetivação dado a eles pela legislação vigente. Sucessivamente, verifica-se que a probidade administrativa é um direito fundamental dos brasileiros, pois é derivada dos princípios e regime adotados pela Constituição. Ela exige uma conduta ética, honesta e de boa-fé da administração. Em seguida, nota-se que a previsão da improbidade administrativa culposa tem como escopo proteger os cidadãos de condutas que prejudiquem a administração pública, mesmo que feitas sem intenções dolosas, porém que não observaram a devida cautela, e, por isso, devem ser responsabilizados para que o cidadão não fique prejudicado. Logo se conclui que a Lei nº 14.230/2021 não poderia ter revogado a previsão da improbidade administrativa culposa, por modificar um cenário legislativo que protegia com mais intensidade o direito fundamental à probidade administrativa, para outro em que há um vazio normativo, deixando para o erário o ônus de condutas irresponsáveis. A revogação, portanto, é inconstitucional por violar o princípio de proibição de retrocesso. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com pesquisa documental e bibliográfica.

**Palavras-chave:** Princípio da proibição de retrocesso; Probidade administrativa; Improbidade administrativa culposa; Lei nº 14.230/2021.

---

<sup>1019</sup> Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba – Unicuritiba. E-mail: josemmph@hotmail.com

**Abstract:** Law n° 14.230/2021 significantly amended Law n° 8.429/1992, which deals with the legal sanctioning discipline of administrative improbity. Among several changes made, one of the most relevance was the modification of article 10, which no longer foresees as an act subject to sanction the culpable action or omission that result in damage to the treasury. However, it is questioned whether this legal change is constitutional, since the principle of the prohibition of retrocession prohibits legislative changes that cause a decrease in the protection of fundamental rights. Given the imperative nature of this principle, the new Article 10 given by Law n° 14.230/2021 would not be valid, as it leaves administrative improbity less protected. In view of this, we seek to understand whether the repeal of the culpable administrative improbity leaves the fundamental right to administrative probity unprotected. To this end, it is observed that the principle of the prohibition of retrocession has its normativity directed to prevent the Legislative Power from modifying laws that impact fundamental rights removing their coverage, that is, to withdraw the degree of protection and effectiveness given to them by current legislation. Successively, it appears that administrative probity is a fundamental right of Brazilians, as it derives from the principles and regime adopted by the Constitution. It requires ethical, honest and good-faith conduct from public management. Then, it is noted that the culpable administrative improbity had the scope to protect citizens from irresponsible conducts that harm the public administration, even if they are done without malicious intent, and, therefore, must be held accountable. It is concluded that Law n° 14.230/2021 could not have repealed the provision of culpable administrative improbity, as it changed a legislative scenario that more intensely protected the fundamental right to administrative probity, to another in which there is a normative void, leaving the burden of the irresponsible conduct for the citizens. The repeal, therefore, is unconstitutional for violating the principle of the prohibition of retrocession. The research method used was deductive, with documentary and bibliographical research.

**Keywords:** Principle of the prohibition of retrocession; Administrative probity; Culpable administrative improbity; Law n° 14.230/2021.

## 1. O princípio da proibição de retrocesso na Constituição Federal de 1988

Em 2021, entrou em vigor a Lei n° 14.230/2021, que alterou significativamente a Lei n° 8.429/1992, a qual trata da disciplina jurídica sancionatória de atos de improbidade administrativa. Entre diversas alterações realizadas, uma das mais relevantes foi a modificação da redação do artigo 10, que deixou de prever como ato passível de sanção a ação ou omissão culposa que resultasse em prejuízo ao erário, praticadas por agente público ou particular<sup>1020</sup>.

Conquanto todas as modificações mereçam análise detalhada da constitucionalidade, no presente estudo, dedica-se a observar se a alteração mencionada do artigo 10 foi validada pela Constituição, especialmente após o Supremo Tribunal Federal entender como

---

<sup>1020</sup> A previsão legal de quem está sujeito à Lei n° 8.429/1992 encontra-se em seus artigos 2° e 3°, também com nova redação aprovada na Lei n° 14.230/2021.

constitucional essa mudança, em julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989/PR, com repercussão geral da lide<sup>1021</sup>.

O questionamento presente acerca da constitucionalidade da exclusão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa é feito a partir do princípio de proibição de retrocesso, o que não exclui outras possíveis análises de constitucionalidade serem feitas por outras óticas. Este estudo, portanto, não tem a pretensão de verificar exaustivamente a compatibilidade da Constituição Federal de 1988 com o artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

Assim, o princípio da proibição de retrocesso social nasce no contexto do constitucionalismo alemão pós-2ª Guerra Mundial. A Lei Fundamental da Alemanha, promulgada em 1949, não previu em seu texto direitos sociais, o que fez com que os juristas alemães, com o passar das décadas, se dedicassem à elaboração de teorias que imprimissem uma maior proteção a esses direitos<sup>1022</sup>.

Nesse sentido, foi desenvolvida a ideia de um mínimo existencial, necessário para que o exercício dos direitos de liberdades se materializassem, o que tornava a parcela dos direitos sociais correspondente a esse mínimo jusfundamental. Para além desse mínimo, os direitos sociais previstos na legislação infraconstitucional eram assegurados por outras garantias, como o direito à igual participação e a proteção da confiança legítima, para que as prestações estatais fossem mantidas e não descontinuadas. Dessa proteção se desdobra a proibição de retrocesso, o que expõe o contexto jurídico alemão específico que propiciou o seu surgimento<sup>1023</sup>.

A noção de proibição de retrocesso foi recepcionada pela doutrina brasileira, apesar de não haver um consenso pleno acerca de seu conteúdo, o que não se difere de outras ordens jurídicas estrangeiras<sup>1024</sup>. A construção teórica parte da ideia de que uma vez concretizadas diretrizes constitucionais por meio da legislação infraconstitucional, a supressão dessa implica na inefetividade da normas constitucionais, e, por isso, essas normas não se encontram mais na zona de livre conformação do legislador. Isso não significa que

---

<sup>1021</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo* 843.989 Paraná. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&text=.pdf>. Acesso em: 08 maio 2023.

<sup>1022</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 75-76.

<sup>1023</sup> *Ibid.*, p. 80-85.

<sup>1024</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, nº 32, p. 1-35, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=629>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 17.

alterações não possam ser feitas, apenas impõe que elas não toquem no núcleo essencial do direito fundamental em questão, desprovendo-o de efetividade<sup>1025</sup>.

Ademais, como em toda norma jurídica está presente um conteúdo deontológico, isto é, um dever ser, pode-se falar que, conforme Felipe Derbli, “o princípio da proibição de retrocesso social veda ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando a sua exequibilidade.”<sup>1026</sup>. Assim, verifica-se qual é o mandamento jurídico que esse princípio traz, com as consequências respectivas.

Todavia, faz-se a ressalva de que, ainda que se fale em um princípio de proibição de retrocesso *social*, há que se ficar claro que ele não se restringe unicamente ao âmbito de proteção dos direitos sociais, se estendendo para todos os direitos fundamentais, apesar de ter sido na problemática dos direitos sociais o local em que encontrou mais destaque<sup>1027</sup>.

Luís Roberto Barroso caminha no mesmo sentido ao dissertar sobre uma vedação de retrocesso, que conduz à invalidade da revogação de normas infraconstitucionais que acarretam em um vazio normativo, pois “o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”<sup>1028</sup>. Consequentemente, a revogação é inconstitucional por violar o princípio da proibição de retrocesso.

É incompatível com a Constituição Federal, portanto, sair de uma situação em que os direitos fundamentais estão assegurados, seja no campo empírico e normativo ou apenas no plano normativo<sup>1029</sup>, para uma que essa proteção desaparece, importando prejuízo à concretização dos direitos fundamentais.

Diante desse quadro, percebe-se no que consiste o princípio da proibição de retrocesso, o qual não permite modificações na legislação infraconstitucional concretizadora de direitos fundamentais, que resulte na reversão da efetivação desses direitos. A partir disso,

---

<sup>1025</sup> Ibid., p. 21-22.

<sup>1026</sup> DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 367.

<sup>1027</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 455.

<sup>1028</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502075313/pageid/4>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 381.

<sup>1029</sup> WANDELLI, Leonardo Vieira. Art. 7º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553602377/pageid/584>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 591.

parte-se para a análise do significado e extensões da probidade administrativa, tema do tópico subsequente.

## 2. A probidade administrativa e o regime constitucional de 1988

No artigo 37 da Constituição Federal<sup>1030</sup>, estão inclusas as diretrizes constitucionais para o exercício da administração pública, entre garantias e deveres. Entre elas, no § 4º<sup>1031</sup> desse artigo, encontra-se a determinação de que atos de improbidade administrativa serão sancionados e quais as possíveis sanções, bem como a exigência de lei regulamentadora acerca do tema.

Essa previsão constitucional foi concretizada com a edição da Lei nº 8.429/1992, que pormenorizou quais condutas são passíveis de responsabilização por infringirem a probidade administrativa. No entanto, nem a Constituição Federal, nem a citada Lei conceituaram o que é a probidade na administração pública. Com efeito, o artigo 1º da Lei nº 8.429/1992<sup>1032</sup> dispôs somente que a tutela da probidade administrativa estatal se dá mediante o sistema de responsabilização de atos de improbidade administrativa.

Essa ausência de conceituação legal se reflete na doutrina que diverge acerca do conteúdo da probidade administrativa. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a probidade e a moralidade administrativa possuem o mesmo significado, com a diferença de que, quando a Constituição fala em princípio (artigo 37 da Constituição Federal), menciona esta, e para tratar de violação da moralidade administrativa (Artigo 37, § 4º, da Constituição Federal), utiliza aquela. Ambas, dessa forma, têm como condão exigir uma conduta ética, honesta, leal e de boa-fé da administração pública, para além de um simples cumprimento formal da lei. Para a autora, portanto, são princípios sem distinções de conteúdo<sup>1033</sup>.

Já Diogenes Gasparini trata de um dever de probidade, com conteúdo semelhante ao trazido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, com o acréscimo de que esse dever torna

---

<sup>1030</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

<sup>1031</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 37 [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”.

<sup>1032</sup> Lei nº 8.429/1992: “Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.”.

<sup>1033</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 36 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/epubcfi/6/8/5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!/4/2/4%4051:57>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 1020-1021.

imperativo ao agente público escolher, dentre as opções disponíveis, a que melhor atende aos interesses da administração<sup>1034</sup>.

Por sua vez, Marçal Justen Filho trabalha a probidade juntamente com a moralidade, na condição de princípios. A ilação feita pelo autor se destaca por afirmar que a probidade possui uma dimensão econômica, desconhecida na moralidade, e, em razão disso, é que a infração da probidade tem como consequência a lesão ao erário, o que é reprimida por meio da Lei nº 8.429/1992<sup>1035</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por seu turno, aborda um dever de probidade administrativa, o qual se diferencia dos conceitos já trazidos aqui por falar em uma honestidade funcional, isto é, honestidade do servidor público na sua atuação cotidiana, que é mais rigorosa que o dever ético comum, destinada a todos os cidadãos<sup>1036</sup>.

É possível extrair dessas diversas caracterizações que a probidade administrativa trata da imperatividade de um agir ético da administração e de seus funcionários, que devem adotar a postura que mais atende ao interesse público, e não permitir ações que beneficiem a si próprio ou a terceiros. Condutas contrárias a essa normativa implicam, por determinação constitucional, em sanções administrativas, civis, políticas e penais, quando cabíveis.

Seguindo adiante, outro assunto relevante para a presente pesquisa é acerca da jusfundamentalidade da probidade administrativa, isto é, se haveria um direito fundamental dos brasileiros à probidade administrativa. Nesse sentido, a Constituição Federal estabeleceu uma cláusula de abertura material aos direitos fundamentais, o que significa que existem

---

<sup>1034</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. Atualizada por Fabrício Motta. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502149236/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dficha\\_catalogafica.xhtml!%5D!/4/2%5Babertura%5D/8/76/1:38%5Bone%2C:%20P%5D](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502149236/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dficha_catalogafica.xhtml!%5D!/4/2%5Babertura%5D/8/76/1:38%5Bone%2C:%20P%5D). Acesso em: 11 maio 2023. p. 82.

<sup>1035</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. rev. atual. reform.. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645770/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright%5D!/4/24/1:26%5Bndi%2Cce%5D>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 266.

<sup>1036</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5372-0/epubcfi/6/12%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopy%5D!/4/18/3:40%5B%2020%2C14%5D>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 355.

direitos materialmente fundamentais<sup>1037</sup>, isto é, implícitos, decorrentes dos previstos explicitamente e dos tratados internacionais, conforme seu artigo 5º, § 2º<sup>1038</sup>.

Dentro dessa perspectiva, conforme Roberto Lima Santos, a partir dos princípios republicano (artigo 1º, *caput*), democrático (artigo 1º, parágrafo único), da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência (artigo 37, *caput*), dos princípios e objetivos fundamentais (artigo 1º, I ao IV, e artigo 3º, I a IV), e da prevalência dos direitos humanos e da paz nas relações internacionais (art. 4º, I e VI) sucede um direito fundamental à probidade administrativa<sup>1039</sup>.

Logo existe um direito fundamental dos brasileiros, consoante José Antônio Remédio e Thiago Henrique Teles Lopes, “a total observância pelos agentes públicos de zelo, eficiência, cuidado, honestidade, competência, transparência, dentre outros aspectos, em relação à utilização do patrimônio material ou imaterial do Estado”<sup>1040</sup>.

Nas últimas décadas, diante da intensificação do debate acerca do combate à corrupção e da necessidade de um Estado que cumpra suas tarefas constitucionais, a probidade administrativa, portanto, é a face jurídica do direito fundamental que rodeia essa discussão. Em outras palavras, ao se falar de repressão à corrupção e eficiência estatal, está se discutindo a concretização de um direito fundamental.

Um dos instrumentos para tanto é a coibição de condutas que atentam contra a probidade administrativa, que resultam em improbidade administrativa, disciplinadas na Lei nº 8.429/1992, o que será explorado no tópico seguinte.

### 3. A improbidade administrativa culposa

Ao tratar da improbidade administrativa, a Constituição Federal, no art. 37, § 4º, dispôs a necessidade de uma lei infraconstitucional que disciplinasse a improbidade

---

<sup>1037</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 129-156. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35104>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 68.

<sup>1038</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 5º [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

<sup>1039</sup> SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: [https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto\\_Santos.html](https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html). Acesso em: 11 maio 2023. s. p.

<sup>1040</sup> LOPES, Thiago Henrique Teles; REMÉDIO, José Antônio. A probidade administrativa como direito fundamental difuso. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 154-176, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1414>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 168.

administrativa, com as sanções devidas. Essa determinação constitucional foi cumprida com a promulgação da Lei nº 8.429/1992, a qual trouxe, em seu bojo, três grupos diferentes de improbidade administrativa.

Dessa forma, ela previu o reconhecimento de improbidade administrativa conforme ela resulte em enriquecimento ilícito (artigo 9º) ou em prejuízo ao erário (artigo 10<sup>1041</sup>), ou apenas se houve violação de princípio da administração pública (artigo 11). Ressalta-se que a Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade, no artigo 52, estabeleceu mais alguns atos de improbidade de administrativa que Prefeitos estão passíveis de responsabilização.

Para os fins deste artigo, no entanto, como o objetivo é voltado à revogação da improbidade administrativa culposa, a qual, antes da vigência da Lei nº 14.230/2021, era prevista apenas no caso do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992<sup>1042</sup>, ou seja, em caso da conduta acarretar em prejuízo ao erário, é nesse artigo que se centrará o foco da discussão aqui estabelecida, na modalidade culposa.

Assim, para caracterização de prejuízo ao erário, é imprescindível a violação de princípio que guia o agir do agente público, pois a mera de existência de um ato que resultou em dano ao erário não o qualifica como improbidade. É o caso, por exemplo, de uma política pública que não traz os resultados esperados. Se ela seguiu os princípios atinentes, não há que se falar em violação da probidade por essa ótica, especialmente diante da ausência de dolo ou culpa<sup>1043</sup>.

A culpa pode ser identificada em graus diferentes (leve, média ou grave<sup>1044</sup>) ou, ainda, classificada entre culpa inconsciente ou consciente<sup>1045</sup>. A inconsciente condiz a atitudes negligentes, imprudentes ou com imperícia, enquanto a consciente se verifica quando o

---

<sup>1041</sup> Lei nº 8.429/1992: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: [...]”.

<sup>1042</sup> Na antiga redação, anterior às alterações feitas pela Lei nº 14.230/2021: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]”.

<sup>1043</sup> ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502228160/epubcfi/6/4/%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalografica.html%5D!/4/%5Babertura%5D/2/2/2/1:10%5B885%2C022%5D>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 223.

<sup>1044</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>1045</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530988166/epubcfi/6/10/%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!/4/36/4>. Acesso em: 11 maio 2023. p. 92.

sujeito imagina o resultado, porém o descarta como passível de acontecer. A culpa grave corresponde à culpa consciente<sup>1046</sup>.

Para Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia, a Lei nº 8.429/1992 abarcava a responsabilização por culpa leve, grave e gravíssima<sup>1047</sup>, ou seja, qualquer conduta culposa, ao passo que, para Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, somente entrava no âmbito passível de sanção a culpa grave<sup>1048 1049</sup>, em entendimento mais restritivo. De todo modo, havia uma previsão de que atos que acarretavam em prejuízo ao patrimônio público eram reprimidos, mesmo se o agente não tivesse uma intenção de produzi-los.

Como a nova redação legal exige a presença de dolo, verifica-se como a probidade administrativa resta mais desprotegida, dado que ações ou omissões culposas não estão mais acobertadas de repúdio, e quem suporta o ônus do prejuízo são os cidadãos. Veja que Rogério Pacheco Alves e Emerson Garcia, em edição de livro anterior à Lei nº 14.230/2021, explicavam que com a previsão de dolo ou culpa como constituinte da improbidade, não há “previsão legal de um salvo-conduto para que possa dilapidar o patrimônio público com a prática de atos irresponsáveis e completamente dissociados da redobrada cautela que deve estar presente entre todos aqueles que administram o patrimônio alheio.”<sup>1050</sup>

Como essa situação normativa foi alterada, já que não há mais previsão de sanção por improbidade administrativa culposa, pode-se falar que atualmente há, portanto, um salvo-conduto para dilapidação do patrimônio público por atos irresponsáveis e sem a devida cautela. Esse cenário permite chegar a uma conclusão, a qual será abordada no próximo tópico.

### **Considerações finais**

A Lei nº 8.429/1992 veio na esteira do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, como forma de concretizar suas normas e determinações, e estabeleceu a improbidade administrativa culposa como passível de responsabilização. Essa disposição concretizava a proteção ao direito fundamental à probidade administrativa, por assegurar que condutas culposas violadoras da probidade seriam devidamente sancionadas.

---

<sup>1046</sup> Ibid., p. 92.

<sup>1047</sup> ALVES; GARCIA, op. cit., p. 223.

<sup>1048</sup> NEVES; OLIVEIRA, op. cit., p. 92.

<sup>1049</sup> Ressalva-se que os autores não falam em culpa gravíssima, então não se sabe como ficaria seu entendimento diante dessa classificação.

<sup>1050</sup> ALVES; GARCIA, 2014, p. 223.

Já o princípio de proibição de retrocesso é norma constitucional, que se destina a impedir modificações legislativas que impactem direitos fundamentais, a ponto de retirá-los de uma situação de proteção, para outra em que há ausência de tutela legal. Assim, é vedado aos legisladores aprovar norma que revoga lei infraconstitucional sem substituição por outra que mantém algum nível de proteção, o que acarreta na inconstitucionalidade da revogação.

No caso da revogação da improbidade administrativa culposa, pela Lei nº 4.230/2021, de um cenário em que atos que não atenderam às devidas exigências de cautela eram sancionados, foi-se para um em que agentes públicos podem agir de maneira irresponsável com o patrimônio público, sem a corresponde responsabilização.

Nesse sentido, o direito à probidade administrativa, isto é, o direito a uma administração que age de forma ética, leal, honesta e de boa-fé, fica desprotegido, na medida em que o funcionário público pode tomar decisões irresponsáveis, que não são as melhores para a administração, e não haverá sanção pela violação da probidade.

De uma legislação protetiva da probidade administrativa passou-se a um novo cenário em que há um vazio normativo de proteção. Esse contexto é vedado pelo princípio da proibição de retrocesso, que exige que fossem feitas alterações que não deixassem totalmente desprotegida a probidade administrativa.

Assim, para que a revogação da improbidade administrativa culposa fosse constitucional, teria que ter sido estabelecido uma nova regra, que poderia ser mais branda, mas que ainda significasse na responsabilização da conduta culposa que viola a probidade administrativa.

Como isso não foi feito, a revogação do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992 é inconstitucional e a sua continuidade no ordenamento jurídico brasileiro viola o princípio da proibição de retrocesso e o direito fundamental à probidade administrativa de todos os brasileiros.

## **Referências Bibliográficas**

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502228160/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalografica.html%5D!/4%5Babertura%5D/2/2/2/1:10%5B885%2C022%5D>. Acesso em: 11 maio 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. rev.. São Paulo: Saraiva, 2009. Disponível

em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502075313/pageid/4>. Acesso em: 11 maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo* 843.989 Paraná. Recorrente: Rosmery Terezinha Cordova. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&text=.pdf>. Acesso em: 08 maio 2023.

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. Atualizada por Fabrício Motta. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502149236/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dficha\\_catalografica.xhtml%5D!/4/2%5Babertura%5D/8/76/1:38%5Bone%2C.%20P%5D](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502149236/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dficha_catalografica.xhtml%5D!/4/2%5Babertura%5D/8/76/1:38%5Bone%2C.%20P%5D). Acesso em: 11 maio 2023.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. f. 129-156. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35104>. Acesso em: 11 maio 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 14 ed. rev. atual. reform.. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559645770/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright%5D!/4/24/1:26%5Bndi%2Cce%5D>. Acesso em: 11 maio 2023.

LOPES, Thiago Henrique Teles; REMÉDIO, José Antônio. A proibidade administrativa como direito fundamental difuso. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, a. XXIV, v. 28, n. 2, p. 154-176, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1414>. Acesso em: 11 maio. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978-85-309-5372-0/epubcfi/6/12%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopy%5D!/4/18/3:40%5B%2020%2C14%5D>. Acesso em: 11 maio 2023.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530988166/epubcfi/6/10%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!/4/36/4>. Acesso em: 11 maio 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito administrativo*. 36 ed. rev. atual. ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2023. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646784/epubcfi/6/8%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml4%5D!/4/2/4%4051:57>. Acesso em: 11 maio 2023.

SANTOS, Roberto Lima. Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: [https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto\\_Santos.html](https://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html). Acesso em: 11 maio 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, nº 32, p. 1-35, out./nov./dez. 2012. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=629>. Acesso em: 11 maio 2023.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. rev. atual. ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

WANDELLI, Leonardo Vieira. Art. 7º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553602377/pageid/584>. Acesso em: 11 maio 2023.

## O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE E A APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS

### The constitutional principle of proportionality and the applicability of atypical executive measures

José Mario Macedo Pereira Hauare<sup>1051</sup>

**Sumário:** 1. O princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; 2. A vedação de excesso e a proibição de proteção deficiente: o princípio da proporcionalidade em sua dupla face; 3. As medidas executivas atípicas e o princípio da proporcionalidade; Considerações Finais.

**Resumo:** A efetividade das sentenças judiciais é um tema que perpassa a necessidade de se impedir que a sentença condenatória proferida no final do processo de conhecimento não se torne inócua. Isso porque quando a uma das partes é reconhecida um direito, a qual envolve uma obrigação pela outra parte, é preciso que, no processo de execução, a parte vencida cumpra com o encargo imposto. Nessa seara, o Código de Processo Civil de 2015 previu, em seu artigo 139, IV, que incumbe ao juiz determinar todas as medidas coercitivas adequadas para o cumprimento da sentença. Esse artigo do CPC, portanto, previu as chamadas medidas executivas atípicas, em que é dever do juiz proferir decisões cujo conteúdo não está previsto taxativamente. No entanto, surge a questão dos eventuais limites impostos a essas medidas executivas atípicas. No quadro normativo da Constituição de 1988, está incluso o princípio da proporcionalidade, o qual não pode ser desrespeitado no momento da aplicação do citado artigo 139, IV. Dessa maneira, busca-se compreender de que forma a aplicação das medidas executivas atípicas não viola o princípio da proporcionalidade. Para tanto, observa-se que o princípio da proporcionalidade tem sua normatividade retirada dos direitos fundamentais, que impõem uma atuação estatal que seja adequada, necessária e que mais efetive do que restrinja direitos fundamentais, o que abrange as decisões judiciais. Na sequência, aborda-se que esse princípio possui uma dupla face, de proibição de excesso e de proibição de proteção deficiente, especialmente as implicações desse último para as medidas executivas atípicas. Em seguida, discute-se o conteúdo das medidas executivas atípicas, a partir das suas classificações entre indutivas e sub-rogatórias. Diante disso, conclui-se que o princípio da proporcionalidade veda a possibilidade de se ter qualquer medida como possível de ser tomada, pois elas não podem violar direitos fundamentais. Por outro lado, o Poder Judiciário não pode deixar de efetivar suas sentenças, sob pena de não cumprir com suas funções. Desse modo, ao proferir medidas executivas atípicas, é necessário atentar-se a sua adequação, necessidade e benefícios, para que elas sejam proporcionais. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Medidas executivas atípicas; Princípio da proporcionalidade; Processo civil.

---

<sup>1051</sup> Mestrando em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba – Unicuritiba. E-mail: josemmp@hotmai.com

**Abstract:** The effectiveness of judicial sentences is a theme that permeates the need to prevent the condemnatory sentence handed down at the end of the knowledge process from becoming innocuous. This is because when a right is recognized to one of the parties, which involves an obligation by the other party, it is necessary that, in the execution process, the unsuccessful party complies with the imposed charge. In this area, the Civil Procedure Code of 2015 provided, in its article 139, IV, that it is up to the judge to determine all the appropriate coercive measures to comply with the sentence. This article of the CPC, therefore, established the so-called atypical executive measures, in which it is the duty of the judge to issue decisions whose content is not exhaustively established. However, one can question the possible limits imposed on these atypical executive measures. In the normative framework of the 1988 Constitution, it is included the principle of proportionality, which cannot be disrespected when applying the aforementioned article 139, IV. In this way, we seek to understand how the application of atypical executive measures does not violate the principle of proportionality. Therefore, it is observed that the principle of proportionality has its normativity removed from fundamental rights, which impose a state action that is adequate, necessary and more effective than restricted of fundamental rights, which includes judicial decisions. Next, it is discussed that this principle has a double face, the prohibition of excess and the prohibition of deficient protection, especially the implications of the latter for atypical executive measures. Then, the content of atypical executive measures is discussed, based on their classifications between inductive and subrogatory. In view of this, it is concluded that the principle of proportionality prohibits the possibility of having any measure as possible to be taken, as they cannot violate fundamental rights. On the other hand, the Judiciary cannot fail to carry out its sentences, under penalty of not fulfilling its functions. Thus, when issuing atypical executive measures, it is necessary to pay attention to their suitability, need and benefits, so that they are proportional. The research method used was deductive, with bibliographical and documentary research.

**Keywords:** Atypical executive measures; Principle of proporcionality; Civil procedure.

## **1. O princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**

No século XVII e XVIII, emergiu um novo movimento político-jurídico na Europa, que tinha uma visão inovadora acerca do Estado, seu papel e contornos. Esse movimento foi o constitucionalismo, que tinha como escopo assegurar que os direitos fundamentais dos indivíduos fossem respeitados, já que, naquele momento, a organização política estava formatada em um Estado Absolutista, no qual não havia limites para o poder real<sup>1052</sup>.

Nesse sentido, a Constituição foi adotada como parâmetro jurídico para conter, em seu texto, as definições legais acerca das atribuições do Estado. Em outras palavras, é a partir dela que o Estado é constituído, especialmente por ela representar o contrato social firmado pelos cidadãos componentes daquela nação. Logo, em seus primórdios, a Constituição foi

---

<sup>1052</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596700/epubcfi/6/6%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalografica.xhtml!/4/2/2/1:94%5Bia%20%2Caut%5D>. Acesso em: 10 mar. 2023. P. 12-13.

essencial para que houvesse uma mudança na cena política e jurídica europeia, para, nos séculos seguintes, ocorrer uma disseminação pelo globo, com todos os Estados modernos democráticos atuais tendo como base uma Carta Constitucional.

Assim, para que esse cenário fosse possível, o movimento constitucionalista foi influenciado, por sua vez, pelos jusnaturalistas, os quais providenciaram os pilares teóricos para a defesa da Constituição e dos direitos fundamentais. Nesse sentido, originalmente, o princípio da proporcionalidade é fruto das teses jusnaturalistas, pois esse princípio detinha como base proteger direitos individuais frente às pretensões coletivas, pois o Estado não poderia violar esses direitos<sup>1053</sup>.

Na sequência, o princípio da proporcionalidade obteve um amadurecimento no âmbito do direito sancionador, mais especificamente na temática das penas, pois, ao aplicar uma pena, direitos individuais não poderiam ser restringidos para além das necessidades sociais impostas ao caso, o que veda a aplicação de penalidades excessivas. No entanto, é no direito administrativo que ocorre a consagração do princípio da proporcionalidade, na medida em que esse ramo jurídico o estabeleceu como decorrente do princípio da legalidade<sup>1054</sup>.

Com a 2ª Guerra Mundial, ocorreu uma transformação paradigmática no modo de se compreender a efetividade dos princípios, o que fez com que o conteúdo deontológico do princípio da proporcionalidade fosse ampliado, para incluir a obrigação dos agentes estatais agirem conforme à Lei Maior. Isso significa que a Constituição traz em seu bojo direitos fundamentais que devem ser concretizados, o que implica que há uma intervenção do Estado mínima e máxima que deve ser realizada na vida social, para que os direitos constitucionais sejam efetivados. Logo, para evitar violações dos direitos dos cidadãos, tanto no campo do excesso quanto da falta, é que o princípio da proporcionalidade impera no ordenamento jurídico<sup>1055</sup>.

Dessa maneira, é nos direitos fundamentais que se encontra o fundamento do princípio da proporcionalidade, o que é o caso da ordem jurídica brasileira, instituída pela

---

<sup>1053</sup> STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2428>. Acesso em: 12 fev. 2023. p. 52-53.

<sup>1054</sup> Ibid, p. 53.

<sup>1055</sup> Ibid., p. 54.

Constituição de 1988<sup>1056</sup>, pois são nos direitos fundamentais previstos em seu texto que se localiza o objeto de proteção do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, esse princípio analisa se os meios e os fins previstos na legislação permitem uma devida proteção ou corroboram restrições feitas a direitos fundamentais. Logo há uma necessidade de que a lei, ao tutelar certo aspecto da realidade, utilize meios que possibilitem alcançar ao fim que se destina, sem invadir de forma excessiva direitos individuais ou autorizar uma proteção aquém da necessária para que direitos fundamentais sejam concretizados.

Para realizar essa avaliação, primeiramente, observa-se a adequação e idoneidade dos meios eleitos, isto é, se os meios legais escolhidos são aptos à consecução do fim que se destinam. Após esse exame, investiga-se a necessidade, a qual trata de indagar se a medida escolhida é necessária para que o fim se concretize, pois se existirem outros meios igualmente capazes que não violam direitos fundamentais, a medida selecionada se revela desproporcional. O último aspecto analisado é a proporcionalidade em sentido estrito, a qual consiste em avaliar se os direitos fundamentais afetados pelos meios escolhidos compensam a restrição de outros, para verificar se os benefícios ultrapassam os prejuízos<sup>1057</sup>.

Ademais é preciso apontar que ao se tratar da explanação do conteúdo normativo do princípio da proporcionalidade, não se está referindo à teoria da argumentação de Robert Alexy, o qual utilizou a proporcionalidade como critério para resolver conflito entre princípios, os quais, para ele, são mandados de otimização. Assim, por meio da proporcionalidade, pondera-se princípios, o que possibilita a extração de uma regra e a subsunção do caso concreto a ela<sup>1058</sup>.

Já neste artigo, trata-se a proporcionalidade como um princípio no mesmo patamar dos demais, o que implica que ela possui um conteúdo deontológico elaborado para regular casos concretos, o que não inclui, conseqüentemente, a solução de colisão entre princípios, o que deve ser resolvido hermeneuticamente.

Ainda a integridade compõe um aspecto desse princípio, em que, conforme Streck, “o princípio da proporcionalidade é (apenas) um modo de explicar que cada interpretação –

---

<sup>1056</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 17. ed.. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620506/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\\_3-0.xhtml%5D!/4/12/8/1:0%5B%2CISB%5D](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620506/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml%5D!/4/12/8/1:0%5B%2CISB%5D). Acesso em: 09 fev. 2023. P. 101.

<sup>1057</sup> STRECK, 2008., p. 57.

<sup>1058</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547215644/pageid/81>. Acesso em: 13 fev. 2023. p. 80-81.

que nunca pode ser solipsista – deve ser razoável, isto é, deve obedecer uma reconstrução integrativa do direito (e da legislação), para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias”<sup>1059</sup>.

Dessa forma, verifica-se a função do princípio da proporcionalidade, de evitar que arbítrios ocorram e garantir uma aplicação do direito com integridade, na medida em que esse princípio proíbe situações desproporcionais de acontecerem, o que demanda uma coerência na aplicação das normas jurídicas.

Ademais Dworkin, teórico do direito, ao tratar do tema da integridade do direito, afirmou que ela exige uma atuação coerente por parte do Estado segundo um conjunto de princípios<sup>1060</sup>. Portanto ao se reivindicar por integridade no direito, reivindica-se por leis proporcionais, nas quais meios e fins são adequados, necessários e a concretização de direitos fundamentais compensa as restrições causadas em outros.

Outrossim a proporcionalidade pode ser vista a partir de um duplo ângulo de compreensão, em que há uma necessidade de se proteger direitos fundamentais tanto do excesso quanto por uma ausência de proteção. Dessa maneira, essa dupla face do princípio da proporcionalidade pode ser entendida como proibição de proteção deficiente e proibição de excesso, o que permite uma melhor apreensão do conteúdo normativo desse princípio, o qual é o tema do próximo capítulo.

## **2. A vedação de excesso e a proibição de proteção deficiente: o princípio da proporcionalidade em sua dupla face**

Para se compreender adequadamente a dupla face do princípio da proporcionalidade, é preciso retomar a ideia trazida no capítulo antecedente, de que os agentes estatais devem agir conforme à Constituição, e, para tanto, torna-se imperativo abordar as transformações no papel do Estado e do direito na modernidade, para que seja melhor compreendido o significado da dupla face nessa quadra da história.

Assim, as obrigações impostas ao Estado mutaram com a passagem dos séculos. Com efeito, o Estado Liberal, implementado na Europa no século XIX, emergiu como uma forma de proteger os direitos individuais dos cidadãos das interferências abusivas do próprio Estado

---

<sup>1059</sup> STRECK, Lenio Luiz. O sentido hermenêutico-constitucional da ação penal nos crimes sexuais: os influxos da Lei dos crimes hediondos e da Lei Maria da Penha. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 11.

<sup>1060</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 202.

em suas vidas, já que ele era visto como inimigo dos direitos fundamentais. Já no século XX, o liberalismo adentrou em crise, o que fez com que esse Estado absenteísta, devido ao seu papel de não interventor, fosse substituído pelo *Welfare State*, com obrigações sociais a serem desempenhadas. Com os eventos da 2ª Guerra Mundial, após o seu término, ao direito foi imputado uma nova dimensão transformadora, e, junto das transformações pelas quais o Estado passou, o Ente Estatal recebeu, a partir de então, a designação de Estado Democrático de Direito<sup>1061</sup>.

Nesse Estado, o qual é fundado por uma Constituição, imbuída de princípios e regras, os agentes estatais devem agir para concretizar a Lei Fundamental na realidade social, o que impõe obrigações a serem executadas pelos funcionários públicos. Desse modo, não há uma liberdade absoluta de agir dos agentes estatais, o que inclui os Poderes da República, inclusive o Legislativo, o qual não pode promulgar leis que violem os ditames constitucionais.

O primeiro aspecto dessa obrigação de agir conforme à Constituição é o garantismo negativo<sup>1062</sup>, que limita a liberdade de legislar pela ótica de impedir arbitrariedades na vida do indivíduo, isto é, leis que invadam direitos fundamentais individuais abusadamente, o que é vedado pelo princípio da proporcionalidade em sua face de proibição de excesso, e, em última análise, foi elaborado na época do Estado Liberal.

No outro sentido, tem-se o garantismo positivo, que se destina a assegurar que o Estado atue para efetivar direitos fundamentais, de modo a protegê-los, o que se traduz no princípio da proporcionalidade em sua face de proibição de proteção deficiente<sup>1063</sup> e de direitos fundamentais por parte do Estado.

Como um princípio constitucional, é imperativo a todos os ramos do direito brasileiro, e, portanto, as normas do processo civil também devem respeitá-lo. Nesse contexto, não se pode deixar que uma norma que envolve os direitos fundamentais,

---

<sup>1061</sup> STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 1, n° 53, p. 223-251, 2004a. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1279045814.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf). Acesso em: 14 fev. 2023. p. 239-241.

<sup>1062</sup> STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, p. 243-284, 2004b. p. 4. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rihj/index.php/rihj/article/view/383/37>. Acesso em: 14 fev. 2023.

<sup>1063</sup> STRECK, op. cit., p. 241-243.

conforme Sarlet, “se fique aquém de um mínimo em proteção constitucionalmente exigido.”<sup>1064</sup>.

Nesse contexto, os cidadãos brasileiros possuem um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, na medida em que a Constituição, em seu artigo 5º, XXXV, garantiu que lesões e ameaças a direitos serão apreciadas pelo Poder Judiciário, bem como não permitiu a autotutela, o que faz com que os indivíduos tenham um direito a ver seus direitos tutelados pelo Estado de maneira adequada e efetiva. Do contrário, esvazia-se tanto o direito material quanto o processual, pois se não concretizados na realidade, os direitos perdem em atuabilidade<sup>1065</sup>.

Logo esse direito fundamental, conforme Arenhart, Marinoni e Mitidiero, “obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material”<sup>1066</sup>. Isso faz com que o magistrado tenha o poder-dever de identificar a técnica processual mais adequada ao caso, para que a tutela do direito ocorra de forma efetiva, o que deve ocorrer, portanto, de uma interpretação da norma processual em concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva<sup>1067</sup>.

Dentro desse contexto, revela-se a importância do processo de execução, pois retirando os casos de sentenças declaratórias ou constitutivas, as quais por si só já fornecem a tutela do direito, as demais sentenças e títulos executivos dependem de um processo de execução para que a tutela jurisdicional do direito realmente se concretize. Para que isso aconteça, por sua vez, as normas do processo executivo precisam ser aptas a fornecer meios adequados e efetivos para que a tutela do direito material ocorra. É nesse cenário que se fala em um direito ao meio executivo adequado à tutela do direito<sup>1068</sup>.

A partir desse quadro, foram formuladas normas processuais que não contêm mais a tipicidade dos meios executivos, e que, conforme Arenhart, Marinoni e Mitidiero, “outorgam

---

<sup>1064</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, v. 4, n. 7, p. 160-209, 2006. p. 179. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 15 fev. 2023.

<sup>1065</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 11. Ed.. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620490/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\\_3-0.xhtml%5D!/4/12/8/1:31%5Bess%2Co%5E\)%5D](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620490/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml%5D!/4/12/8/1:31%5Bess%2Co%5E)%5D). Acesso em: 10 mar. 2023. P. 383.

<sup>1066</sup> ARENHART, S.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 129.

<sup>1067</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 129-130.

<sup>1068</sup> ARENHART, M.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume 2. 5 ed. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 779-782.

ao jurisdicionado o poder de utilizar a técnica processual conforme as necessidades do direito material e do caso concreto”<sup>1069</sup>, para que a tutela do direito do direito material seja vista na realidade, o que é, em última análise, o fim constitucional do processo.

Com efeito, quando se é instituído normas que permitem a atipicidade dos meios executivos, o fenômeno que se verifica é a efetivação dos direitos fundamentais via a legislação ordinária. Dessa maneira, se há um direito constitucional à tutela jurisdicional, a existência de uma regra que determina a utilização de meios executivos atípicos, nada mais é do que a consecução da aplicação da Constituição na via infraconstitucional.

Ainda, nesse sentido, Didier Jr.<sup>1070</sup> fala em um princípio da adequação, o qual em sua dimensão legislativa orienta a produção legiferante para que produza normas adequadas para a construção de um processo que possibilite à tutela jurisdicional efetivamente tutelar o direito material.

Ademais a atipicidade dos meios executivos é essencial para que a tutela do direito se concretize e, logo, sem ela, há uma violação da proteção dos direitos dos cidadãos. Assim, ela é necessária para que não se verifique uma proteção deficiente dos direitos fundamentais, o que violaria o princípio da proporcionalidade.

Para se explorar de forma mais profunda o que são essas medidas executivas atípicas, bem como os seus limites, diante do princípio da proporcionalidade, dedica-se o capítulo seguinte a essa temática.

### **3. As medidas executivas atípicas e o princípio da proporcionalidade**

Na esteira do Estado Liberal, o direito estabelecido se destinava a impedir o arbitrário estatal na vida dos cidadãos, o que foi retratado no capítulo anterior. Esse paradigma, conseqüentemente, guiava o processo de produção da legislação processual civil, o que inclui o processo de execução<sup>1071</sup>.

Com efeito, para evitar interferências abusivas e garantir segurança para o indivíduo, o Poder Judiciário era autorizado a somente utilizar meio executivos típicos, isto é, previstos expressamente nas normas processuais. Essa realidade limitava a capacidade de tutela dos

---

<sup>1069</sup> Ibid., p. 782.

<sup>1070</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 24 ed. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 164.

<sup>1071</sup> BRAGA, P. S. et al. *Curso de direito processual civil: execução*. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 101-102.

direitos dos órgãos judiciais, em razão da impossibilidade de se prever na lei todos os meios executivos adequados para cada caso concreto<sup>1072</sup>.

Contudo esse cenário foi se alterando ao longo das décadas, de modo a não permitir situações em que o jurisdicionado fique sem ver seu direito tutelado por causa da ausência de meios executivos aptos. Diante disso, alargou-se os poderes dos juízes, por meio da previsão legal das atipicidades dos meios executivos, ou seja, normas que autorizam o magistrado a se valer de medidas não expressas na legislação para garantir a tutela do direito<sup>1073</sup>.

Essa conjuntura pode ser visualizada no panorama jurídico brasileiro por meio do Código de Processo Civil de 1973 e do Código de Processo Civil de 2015. De fato, esse Código, em seu artigo 139, IV, ao tratar dos poderes do juiz, dispôs que cabe a ele determinar todas as medidas necessárias para que a decisão judicial seja cumprida. Assim, esse artigo previu a atipicidade dos meios executivos no processo civil brasileiro, ao contrário do Código de 73, que não tinha menção semelhante a esse dispositivo em seu artigo 125, que cuidava dos poderes dos magistrados. Ressalva-se, entretanto, que o CPC de 1973 já previa a possibilidade de medidas atípicas para executar obrigação de fazer e não fazer, no artigo 461, § 5º, o que foi estendido para todas as obrigações no novo CPC.

Logo, nesse novo panorama, o julgador tem um poder mais amplo, porém que não se torna discricionário, na medida em que é igualmente um dever determinar essas medidas<sup>1074</sup>. Com efeito, não é liberalidade do juiz adotar ou não a medida executiva, pois, sendo ela conforme os parâmetros constitucionais, é obrigatório a sua determinação, o que pode ser exigido pela parte<sup>1075</sup>.

Sucessivamente, o artigo 139, IV, do CPC menciona medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias, o que revela uma ausência de rigor técnico na redação do dispositivo, já que as decisões judiciais possuem um efeito mandamental típico, quando proferem uma determinação indutiva ou sub-rogoratória<sup>1076</sup>.

---

<sup>1072</sup> Ibid., p. 102.

<sup>1073</sup> Ibid., p. 102.

<sup>1074</sup> ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 131.

<sup>1075</sup> THEODORO Jr., Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642892/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1%5D!/4/2/2%4051:75>. Acesso em: 12 mar. 2023. p. 262.

<sup>1076</sup> ARENHART, S.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. *Novo código de processo civil comentado*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 284.

Assim, as medidas indutivas incluem as coercitivas, quando são negativas, por instituírem uma ameaça para o cumprimento da obrigação. Também pode ocorrer uma medida indutiva de caráter positivo, ao se propor uma vantagem como forma de incentivo ao cumprimento da decisão judicial<sup>1077</sup>.

Já as medidas sub-rogorárias são aquelas que o juiz determina sem a necessidade de colaboração do obrigado, pois trata-se justamente de medidas desenvolvidas pelo magistrado, auxiliares ou terceiros para realizar o que o obrigado deveria ter feito ou um resultado semelhante<sup>1078</sup>. Ressalta-se que, para Meireles, as quatro medidas não deveriam ser confundidas, pois a indutiva englobaria somente as medidas positivas, e a mandamental envolveria uma ordem emitida pelo juiz, cujo descumprimento implicaria no crime de desobediência<sup>1079</sup>.

De todo modo, o fato é que, conforme Freire et al, “O inc. IV do art. 139 estrutura uma cláusula geral de efetivação ou de atipicidade de medidas executivas”<sup>1080</sup>. Para Braga et al, cláusulas gerais possuem hipóteses fáticas vagas, cujas consequências jurídicas são indeterminadas<sup>1081</sup>.

Nesse sentido, no caso do artigo 139, IV, não há uma base fática com contornos claramente definidos da sua hipótese de incidência, já que o artigo trata do poder-dever do julgador de determinar medidas para que as suas decisões sejam cumpridas. Logo quais são as situações em que esse inciso incide? Sempre que uma decisão judicial precisar de medidas a serem expedidas pelo magistrado para garantir sua execução. Verificada essa circunstância,

---

<sup>1077</sup> Ibid., p. 284.

<sup>1078</sup> MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogorárias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 247, p. 231-246, set. 2015. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000186d8547c976cbaf5b7&docguid=I574ade706fe011e586fc010000000000&hitguid=I574ade706fe011e586fc010000000000&spos=6&epos=6&td=402&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 mar. 2023. p. 2.

<sup>1079</sup> Ibid., p. 4-5.

<sup>1080</sup> FREIRE, Alexandre et al. Art. 139. In: CUNHA, L.; NUNES, D.; STRECK, L (org). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547220471/pageid/4>. Acesso em: 12 mar. 2023. p. 223.

<sup>1081</sup> BRAGA, Paulo S. et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, v. 267, p. 227-272, maio 2017. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000186db3d9c0cdcd492c2&docguid=Ic773e5b020cf11e7b2cc010000000000&hitguid=Ic773e5b020cf11e7b2cc010000000000&spos=1&epos=1&td=1392&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 mar. 2023. p. 2-3.

quais são as consequências? A determinação de medidas que melhor assegurem o cumprimento da decisão.

Desse modo, a lei não prevê uma situação com contornos extensamente definidos e seus efeitos são fixados com base no concreto, sem uma fixação legal prévia. Eis, portanto, uma situação de cláusula geral, mais especificamente destinada à efetivação de medidas executivas.

Ademais as medidas executivas também podem ser classificadas em direta ou indireta. A direta nada mais é do que a sub-rogatória, que se utiliza de variadas técnicas, como o desapossamento (despejo, por exemplo), transformação (terceiro faz o que o obrigado veria ter feito) e expropriação (alienação judicial, por exemplo)<sup>1082</sup>. Por meio delas, a execução não depende da ação do obrigado nem de sua cooperação e, por isso, é direta.

A indireta, por sua vez, que envolve as medidas indutivas, se utiliza de técnicas patrimoniais e pessoais. Assim, ela pode incentivar de forma positiva ou impor temor, por meio da imposição, por exemplo, de multa coercitiva, prisão civil para o devedor de alimentos, isenção de custas no mandado monitório (art. 701, §1º, do CPC) ou redução de custas em execução de título extrajudicial por quantia certa (art. 827, §1º, do CPC)<sup>1083</sup>. Verifica-se, dessa maneira, que elas se destinam a forçar ou convencer o obrigado a cumprir a decisão judicial, pois o juízo não consegue executar a decisão sem a cooperação do obrigado, o que faz essa modalidade de execução ser indireta.

Diante desse quadro normativo, providências como suspensão da CHN, bloqueio de cartão de crédito, apreensão de passaporte, sequestro de verba pública, vedação de parcelamento de subsídio de funcionário público<sup>1084</sup> foram levantadas como passíveis de serem tomadas pelo julgador para garantir o pagamento de dívida. Igualmente, foram propostas a nomeação de interventor em empresa e até a prisão civil, não motivada por dívida, como medidas atípicas aptas a assegurar a execução<sup>1085</sup>.

Vê-se, por conseguinte, a importância de se investigar os limites das medidas executivas atípicas, pois o artigo 139, IV, do CPC não disse que, consoante Freire et al, “se alguém está devendo, o juiz pode tomar qualquer medida para que este pague.”<sup>1086</sup>.

---

<sup>1082</sup> BRAGA et al, 2017, p. 3.

<sup>1083</sup> Ibid., p. 3.

<sup>1084</sup> FREIRE et al, 2017, p. 223.

<sup>1085</sup> BRAGA et al, 2021, p. 122-140.

<sup>1086</sup> FREIRE et al, 2017, p. 223.

Acrescente-se que esse artigo também não autorizou que qualquer medida pudesse ser escolhida como meio legítimo para o cumprimento de todas as demais obrigações.

Assim, perante esse quadro teórico, é possível chegar a uma conclusão no próximo tópico, acerca da necessária observância do princípio da proporcionalidade na aplicação das medidas executivas atípicas.

### **Considerações finais**

Para uma ordem jurídica atender corretamente sua função, de regular as relações sociais e, uma vez violados os direitos das pessoas, restabelecê-los, é vital que essa mesma ordem disponha de mecanismos para assegurar a sua imperatividade. Isso significa prover o Poder Judiciário, responsável por garantir o império do direito na sociedade, com técnicas e métodos hábeis à consecução dessa tarefa.

Nesse sentido, o estabelecimento pela legislação de medidas executivas atípicas, dispostas como um poder-dever do magistrado de decretá-las, vai na esteira da necessidade de asseverar que os cidadãos terão seus direitos materiais efetivamente tutelados pelo ente estatal.

Por outro lado, as medidas atípicas, previstas no artigo 139, IV, do CPC não são uma ilha no ordenamento jurídico, isoladas da exigência de congruência e coerência com os demais princípios e regras do sistema. O princípio da proporcionalidade, como princípio constitucional, é um desses princípios que qualquer norma infraconstitucional deve atender, sob pena de ser inconstitucional.

A proporcionalidade precisa ser respeitada tanto no aspecto de proibição de excesso quanto de proibição de proteção deficiente. As medidas executivas atípicas, como instrumentos para adequada tutela do direito material, cumprem o encargo de não permitir que o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva fique sem uma proteção legislativa mínima.

Já em seu viés de proteção de excesso, a proporcionalidade impõe que não sejam determinadas medidas atípicas que invadem de maneira arbitrária ou abusiva a esfera dos direitos fundamentais dos cidadãos. Com efeito, há que se verificar uma proporcionalidade entre a obrigação devida e a medida atípica adotada, pois, do contrário, sob a justificativa de cumprir uma decisão judicial, qualquer medida poderia ser tomada, à revelia dos direitos fundamentais constitucionais.

Para verificar a proporcionalidade da medida, o magistrado tem o ônus argumentativo de demonstrar a sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o que é o conteúdo desse princípio. A ausência de um desses requisitos expõe a desproporcionalidade da medida e, conseqüentemente, a abusividade de sua adoção.

Todavia, ao se compreender uma medida como adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, ela se revela não só como constitucional, como é obrigação do juiz determiná-la. Por esse caminho, as medidas executivas atípicas são aplicadas em respeito à Constituição, mais especificamente ao princípio da proporcionalidade, o que proporciona que elas cumpram sua função com excelência.

### Referências Bibliográficas

ARENHART, S.; MARINONI, L.; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, volume 1. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. *Novo código de processo civil comentado*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, volume 2. 5 ed. ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555596700/epubcfi/6/6%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcatalografica.xhtml!%5D!/4/2/2/1:94%5Bia%20%2Caut%5D>. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRAGA, Paulo S. et al. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, CPC. *Revista de Processo*, v. 267, p. 227-272, maio 2017. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000186db3d9c0cdcd492c2&docguid=Ic773e5b020cf11e7b2cc010000000000&hitguid=Ic773e5b020cf11e7b2cc010000000000&spos=1&epos=1&td=1392&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 13 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil: execução*. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 17. ed.. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620506/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\\_3-0.xhtml!%5D!/4/12/8/1:0%5B%2CISB%5D](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620506/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml!%5D!/4/12/8/1:0%5B%2CISB%5D). Acesso em: 09 fev. 2023.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 24 ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREIRE, Alexandre et al. Art. 139. In: CUNHA, L.; NUNES, D.; STRECK, L (org). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547220471/pageid/4>. Acesso em: 12 mar. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 11. Ed.. São Paulo: SaraivaJur, 2022. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620490/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright\\_3-0.xhtml%5D!/4/12/8/1:31%5Bess%2Co%5E\)%5D](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553620490/epubcfi/6/4%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright_3-0.xhtml%5D!/4/12/8/1:31%5Bess%2Co%5E)%5D). Acesso em: 10 mar. 2023. P. 383.

MEIRELES, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 247, p. 231-246, set. 2015. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?t?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000186d8547c976cbaf5b7&docguid=I574ade706fe011e586fc01000000000&hitguid=I574ade706fe011e586fc01000000000&spos=6&epos=6&td=402&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*, v. 4, n. 7, p. 160-209, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 15 fev. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, v. 1, n° 53, p. 223-251, 2004a. Disponível em: [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1279045814.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf). Acesso em: 14 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. Da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, p. 243-284, 2004b. Disponível em: <http://ojs.editoraforum.com.br/rihj/index.php/rihj/article/view/383/37>. Acesso em: 14 fev. 2023.

\_\_\_\_\_. O sentido hermenêutico-constitucional da ação penal nos crimes sexuais: os influxos da Lei dos crimes hediondos e da Lei Maria da Penha. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Coord.). *Direitos fundamentais e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso*. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788547215644/pageid/81>. Acesso em: 13 fev. 2023.

STRECK, Maria Luiza Schafer. *O direito penal e o princípio da proibição de proteção deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2008. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2428>. Acesso em: 12 fev. 2023.

THEODORO Jr., Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559642892/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml1%5D!/4/2/2%4051:75>. Acesso em: 12 mar. 2023.

# OS DIREITOS ALIMENTARES COMO CLÁUSULA PÉTREA IMPLÍCITA: UM ENSAIO SOBRE A INSERÇÃO DOS DIREITOS A ALIMENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A EFICÁCIA NA ATUALIDADE

**Food rights as an ironclad clause: an essay on the insertion of food rights in the  
1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and its constitutional  
effectiveness today.**

Laís Helena Pacheco Silva  
Juliane dos Santos Ramos Souza

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Cláusulas pétreas na Constituição de 1988; 3. Segurança alimentar e cidadania; 4. Segurança alimentar e cidadania; 5. Cenário Brasileiro pós-Constituição de 1988; 5.1 A Emenda Constitucional nº 64 de 2010 e a constitucionalização dos direitos alimentares. 6. O direito constitucional à alimentação e o aumento dos famintos na atualidade; 7. Conclusão.

**Resumo:** Euclides da Cunha pontuou, em sua obra *Os Sertões*, a seguinte frase “estamos condenados à civilização. Ou progredimos ou desaparecemos”. O direito à alimentação, como mínimo existencial, tem sido pauta de debates internacionais desde 1908, entretanto, na seara interna, somente com a Emenda Constitucional nº 64, de 2010, o direito à alimentação foi incluído como direito social no artigo 6º da Constituição de 1988. A toda evidência, sem os direitos alimentares, os indivíduos estarão fadados a uma gama de problemas, dentre eles a miséria, a desnutrição, além da diminuição da expectativa de vida e da inexistência da qualidade de vida. É sabido que o acesso à alimentação é um direito que deve ser resguardado dentro o rol dos direitos fundamentais, por se situarem no âmago da dignidade humana. Assim, o instituto das cláusulas pétreas amolda-se como aparato indispensável para a proteção do direito à alimentação adequada. Em que pese, as políticas públicas aplicadas na contemporaneidade, há duras críticas sobre a eficácia destas, ao passo que, em 2020, o Brasil retornou para o Mapa da Fome. Desse modo, há de se pensar acerca da eficácia na aplicação das mesmas políticas realizadas no ano de 2014, de modo que seja assentada a constitucionalidade do direito à alimentação como cláusula pétrea pelo ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** direito social; direito alimentar; direitos humanos; cláusula pétrea.

## 1. Introdução

Não é de hoje que a problemática alimentar repercute no cenário global em caráter de urgência. A criação da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) sucedeu o término da Segunda Guerra Mundial, em 16 de outubro de 1945. Não é apenas uma consequência histórica, mas marcos de um período de guerras e fome extrema que assolou a Europa. Após sua criação, em 1946 a FAO realizou a Reunião Especial acerca dos problemas alimentares urgentes, a fim de compreender e reverter o quadro da fome que

se instaurou no pós-guerra. Com o objetivo de assegurar a alimentação e a segurança alimentar a todos, a FAO passou a publicar relatórios informando sobre o número de famintos e a situação real da desigualdade alimentar.

Na seara nacional a fome é discutida desde 1908, quando Eduardo Magalhães elaborou um estudo sobre “Higiene alimentar”, abordando a temática pretérita a criação das organizações internacionais destinadas a esse viés. O Brasil iniciou, assim, os debates acerca da alimentação em consonância ao trabalho, por meio do “Inquérito Sobre as Condições de Vida das Classes Operárias no Recife”, de Josué de Castro em 1932. Entretanto, o debate alimentar foi abandonado pelo constituinte originário na Carta Magna de 1988, deixando os avanços brasileiros adormecidos até promulgação da Emenda Constitucional nº 64 de 2010, que reacendeu a legitimidade e conferiu a importância adequada aos direitos alimentares, positivando-os a título de norma constitucional.

Nesse contexto, os direitos alimentares e o acesso a políticas públicas de salvaguarda a alimentação e nutrição adequadas tornaram-se fundamentais para a subsistência social. Sendo certo que, com a limitação da liberdade, bem como a crise na segurança e saúde pública, a alimentação mostrou-se dever primário do Estado Democrático de Direito, para possibilitar a condição mínima de vida e dignidade. Logo, é de reconhecimento jurisdicional que a alimentação como ferramenta de promoção da dignidade humana é uma normativa constitucional que não poderia ser excluída ou modificada drasticamente. Em se tratando de modificação, o constituinte originário aderiu a Carta Magna o rol de cláusulas pétreas, isto é, um rol de dispositivos que não poderiam ser drasticamente modificados ou excluídos.

Entende-se que esse rol não está disposto somente no artigo 5º, bem como também se encontra em todo o texto constitucional, a título de exemplo tem-se o artigo 225 da CRFB/88. Isso se explica uma vez que os direitos fundamentais não surgiram paralelamente, mas em épocas distintas, sendo divididos em gerações ou dimensões, a depender dos contextos socioculturais. Em um primeiro momento tem-se a primeira geração abordando à liberdade, posteriormente a segunda geração relativa à igualdade, e por fim, a terceira geração, no que diz respeito à fraternidade. Alguns teóricos afirmam a existência de uma quarta geração, contudo, não será analisada no presente trabalho.

Assim, os direitos alimentares são vislumbrados a partir da segunda geração como direitos que exigem uma atuação do Estado para sua promoção, por meio de políticas públicas de cunho assistencial. Nesse sentido, os direitos sociais, culturais e econômicos,

sendo de caráter coletivo são frutos da ideia de igualdade (BONAVIDES, 1993)<sup>1087</sup>. Por serem de segunda geração, os direitos alimentares são vislumbrados à luz das cláusulas pétreas, enfatizando a maximização desse rol.

No presente momento, com o aumento da fome e a necessidade de se discutir ações emergenciais para lidar com os percalços da Pandemia da Covid-19, bem como com a demanda constitucional de preservação da dignidade e do bem jurídico, vida, os direitos alimentares são vislumbrados como materialmente constitucionais? Isto é, o Estado brasileiro efetivamente institui políticas públicas para assegurar o direito à alimentação como direito fundamental? O presente trabalho almeja identificar por meio da análise bibliográfica e jurisprudencial a implementação da tese supramencionada no contexto atual, investigando as origens dos direitos alimentares e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

No primeiro tópico será abordado o contexto geral dos direitos humanos, a teorização das cláusulas pétreas e como se vinculam à soberania nacional em razão da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Por conseguinte, será abordada a questão da segurança alimentar e a cidadania, conceituando tais termos mediante o que se entende por contemporâneo na seara nacional. Em um terceiro momento será analisado o cenário brasileiro pré e pós Constituição de 1988. Dando continuação, será utilizada a Emenda Constitucional nº 64, de 2010 para aferir a constitucionalização do direito alimentar, e, por fim, será fundamentada a tese no tocante aos direitos alimentares como cláusula pétrea explícita, averiguando a sua efetividade na seara nacional mediante a atuação do Estado brasileiro.

## **2. Cláusulas pétreas na Constituição de 1988**

No decorrer da história do país, a República Federativa do Brasil dispendeu esforços para a elaboração de sete documentos constituintes para a organização e administração do Estado. Contudo, tais documentos não foram responsáveis somente pelo caráter organizacional do Estado, mas também pelo rol de direitos positivados, que deveriam ser assegurados aos indivíduos.

No seio das modificações socioeconômicas e culturais, as constituições foram sendo modificadas a partir das exigências e interesses do povo brasileiro, como também das estratégias políticas e econômicas dos governantes. Em meio a tantas modificações, alguns

---

<sup>1087</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993. p 517.

direitos, historicamente reconhecidos, passaram a dispor sobre relevante destaque na seara internacional, denominados agora de direitos humanos.

Tais direitos foram internalizados pela Constituição de 1988, por meio da ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, concebendo uma nova concepção interna, agora denominada de direitos fundamentais, previstos em grande parte no artigo 5º da Carta Magna, mas também localizados em outros dispositivos constitucionais, como o artigo 225. Essa nova concepção se deu pelas transformações ocorridas no século XX, cenário de duas guerras mundiais e sistemas ditatoriais, em especial na América Latina.

Exatamente pela maleabilidade da conjuntura interna e internacional, o constituinte originário previu a possibilidade de modificação da Lei Maior, sem que precise ser refeita novamente. Tal maleabilidade constitucional evita que o texto engesse o ordenamento jurídico conforme as transformações sociais, fazendo com que seu teor permaneça o mesmo, porém se adeque à nova realidade.

Nesse ponto, cabe destacar o caráter rígido da Constituição de 1988, isto é, a complexidade do processo de aprovação de emendas constitucionais, carecendo de um quórum qualificado para a proposição do documento, além da participação de ambas as Casas do Congresso Nacional na votação da proposta, combinado a restrição de legitimados que poderão suggestionar um documento para apreciação. Nota-se a complexidade do processo e a minuciosa análise dos membros do Congresso para a votação, aprovação ou rejeição de uma Emenda Constitucional. Logo, há limitações materiais ao poder de reforma, e tais limitações estão sujeitas a restrições mais estritas, sendo estas as cláusulas pétreas.

Dentre as correntes doutrinas há uma em especial que aborda a existência das cláusulas pétreas, com o fito de estabelecer limites materiais na busca pela estabilidade de certos dispositivos, para que o poder de revisão não atinja determinados direitos considerados fundamentais. Fundamentalmente, esse dispositivo apresenta caráter mantenedor dos valores adstritos em determinados dispositivos, sendo responsável por assegurar a preservação do projeto inicial do constituinte originário. Assim, de acordo com Gilmar Mendes, “eliminar a cláusula pétrea é enfraquecer os princípios básicos do projeto do constituinte originário garantido por ela”.

Há de se perceber que o intuito da cláusula pétrea não é somente tornar inalterada a disposição descrita na Carta Magna, mas sim inviabilizar a modificação do seu núcleo essencial à vista de modificações políticas. Tem-se em mente a perpetuação de princípios e valores essenciais à Constituição que o constituinte originário tratou de tornar intactos. Nesse

tocante, o artigo 60, parágrafo 4º tratou de abordar as disposições que não serão objeto de deliberação a proposta de Emenda Constitucional. O que isso quer dizer? É simples, os dispositivos presentes nos incisos dispostos nesse parágrafo não poderão ser modificados e muito menos poderá ser discutida uma possível proposta de Emenda Constitucional, qual seja para abolir a forma federativa de Estado; o voto direito, secreto, universal e periódico; a separação de poderes; e os direitos e garantias individuais.

### **3. Segurança alimentar e cidadania**

A segurança alimentar como substância contemporânea dos direitos alimentares previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ostentam uma extensa trajetória político-social de caráter internacional para sua efetiva aplicação no cenário nacional. É de se notar que a temática alimentar está presente nas pautas governamentais há décadas, isso porque, incorpora-se a essa questão interesses sociais, culturais, políticos e econômicos tanto brasileiros quanto mundiais.

Passou-se a discutir essa temática, em especial, no século XX, após a Primeira Guerra Mundial, atrelando-se a capacidade de cada Estado de produzir insumos para a sua própria subsistência, impedindo a dependência de outros países e a vulnerabilidade em meio à guerra. Ocorre que tal conceito se fortaleceu ao final da Segunda Guerra Mundial, isso se deu por conta da criação da Organização das Nações Unidas e de organismos internacionais com o objetivo de garantir a integridade dos indivíduos independentemente de raça, cor, religião e gênero.

Nesse sentido, é possível notar a preocupação dos órgãos internacionais na promoção dos direitos humanos. Isso fez com que a segurança alimentar se tornasse uma questão a ser tratada, nesse momento, como a insuficiência de alimentos (VALENTE, 2002), fato esse que levou a criação da Organização para Alimentação e Agricultura (FAO) em 1945, com o objetivo de combater a fome, por meio da mobilização internacional, com o intuito de garantir a todos os indivíduos alimentos necessários e em quantidade adequada para a subsistência saudável e adequada.

Por conseguinte, o direito à alimentação adequada de forma a preservar a dignidade humana passou a ser estabelecido no artigo 25, parágrafo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada em 1948. Esse compromisso foi reafirmado pela Carta da ONU em seu artigo 55, alínea “a”, estabelecendo o empenho dos Estados na elevação do nível de vida. No que diz respeito às condições de igualdade, a alínea “c” do mesmo

dispositivo institui o compromisso internacional para o respeito dos direitos e liberdades de todos os indivíduos independentemente de raça, sexo, língua ou religião.

A questão alimentar tornou-se tema da Declaração de Roma Sobre Segurança Alimentar de 1996, como também do Plano de Ação da Cúpula de Alimentação Mundial, criado em 1990 utilizando como fonte a Carta das Nações Unidas, bem como o direito internacional. Neste último documento fora transcrito a definição primária de segurança alimentar, sendo esta consagrada quando:

“As pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, a fim de levarem uma vida ativa e sã”.

Nota-se, pois, que ambos os documentos vão de encontro a um objetivo comum, assim dizendo, alcançar a segurança alimentar a todos os indivíduos realizando esforços para erradicar a fome nos países de modo global.

Há que se dizer que a democratização do espaço político contribui fervorosamente para a erradicação da pobreza alimentar, tal qual descreve a Declaração de Roma Sobre Segurança Alimentar ao afirmar que um ambiente social, político e econômico pacífico e estável facilitará a implementação de políticas de segurança alimentar, bem como de diminuição, e quiçá, erradicação da pobreza. De certo que a sociedade como um conglomerado de indivíduos dispostos a exercer seus direitos é fator fundamental para as modificações na questão alimentar, cabendo o exercício de sua cidadania como ferramenta de combate à pobreza.

Por cidadania, entende-se, conforme as lições de John Rawls, como a capacidade do indivíduo de ter sua própria concepção de bem e de justiça<sup>1088</sup>. Logo, em uma sociedade, os cidadãos são livres e iguais, independente da manifestação de pensamentos, permanecendo sujeitos de direitos e sujeitos políticos, formando sua identidade moral.

Tão logo, conforme a Declaração de Roma Sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cimeira Mundial da Alimentação, os direitos à alimentação, e, em especial, a segurança alimentar, como sendo o acesso a alimentos seguros e nutritivos, são de responsabilidade dos governantes. Para tanto, cabe a estes utilizarem de aparato próprio em

---

<sup>1088</sup> John Rawls, O Liberalismo Político, 2000, p. 72/73;

conjunto com a sociedade civil para a implementação de políticas públicas de acesso a alimentação nutritiva<sup>1089</sup>.

#### **4. Conceito de Segurança Alimentar.**

O conceito de Segurança Alimentar é visualizado como uma construção histórica que retoma a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), sendo utilizado como a capacidade de cada país de produzir sua própria alimentação, de forma a evitar a vulnerabilidade a embargos e boicotes. Entretanto, após a criação da Organização das Nações Unidas e a Organização para Alimentos e Agricultura (FAO), no período pós Segunda Guerra Mundial (1939-1945), a segurança alimentar passou a ser definida como o acesso aos alimentos de qualidade, passando a ser considerado como um direito humano pela FAO

A ideia de segurança alimentar passou a ser tratada como uma questão de insuficiência na disponibilidade de alimentos. Nesse cenário surgiu a Revolução Verde, movimento destinado a aumentar a produção de alimentos por meio do uso de uma variedade genética, usufruindo de dependentes químicos. Assim, surgiu o conceito de insegurança alimentar decorrida da escassez de alimentos nos países em desenvolvimento, o que culminou na Conferência mundial de Alimentação em 1974, identificando a necessidade de políticas de armazenamento estratégico e oferta de alimentos para a garantia da segurança alimentar. Nessas condições, a Revolução Verde tomou maiores proporções, em especial no Brasil, ao reverberar na produção indiscriminada da soja.

Sendo certo que a produção cresceu abundantemente, contudo, o número de famintos aumentou, já que a política de aumento da produção não respaldou a distribuição igualitária. A ausência de ações afirmativas de distribuição e ausência de garantia de acesso aos alimentos em decorrência da pobreza fez surgir uma nova concepção de segurança alimentar, sendo esta relacionada a segurança de acesso físico e econômico a quantidades de alimentos necessários para a subsistência. De imediato, entre a década de 80 e 90, a ideia de segurança alimentar passou a agregar também o que se entende como o acesso a alimentos seguros, sem contaminação química e de qualidade. Isso se deu por meio da Conferência Internacional de Nutrição de 1992, em uma parceria entre FAO e a Organização Mundial da Saúde (OMS), inserindo o caráter nutricional e sanitário à segurança alimentar.

No Brasil, a segurança alimentar é discutida há mais de 20 anos, possuindo o entendimento como sendo “a garantia, a todos, de condições de acesso a alimentos básicos

---

<sup>1089</sup> Declaração de Roma Sobre a Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cimeira Mundial da Alimentação, 1996, Itália.

de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades básicas, com base em práticas alimentares que possibilitem a saudável reprodução do organismo humano, contribuindo, assim, para uma existência digna” firmado na I Conferência Nacional de Alimentos e Nutrição no ano de 1986 e consolidado em 1994.

Desse modo, a segurança alimentar dispõe não somente de um caráter de acessibilidade aos alimentos necessários à subsistência, como também ao caráter nutricional desses alimentos, cabendo ao Estado a promoção de políticas públicas de manejo e redistribuição igualitária de alimentos com aspecto nutricional adequado, com o fim de erradicação da fome.

## **5. Cenário Brasileiro pós-Constituição de 1988.**

Em se tratando do cenário brasileiro, os direitos sociais foram positivados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente em seus artigos 6º ao 11, no Capítulo II, intitulado “Dos Direitos Sociais”. Essa internalização de direitos considerados coletivos pelo constituinte originário retoma a concepção de Dalmo de Abreu Dallari ao instituir a ideia de povo, advinda de uma vontade geral e de direitos sociais, que estão na base da organização de uma sociedade.

Tão logo, a noção de povo está diretamente ligada aos direitos sociais, tendo por base a cidadania como fundamento para tal. Isso porque, a propositura dos direitos de cunho social na Carta Magna de 1988 predispõe uma preocupação do legislador constituinte em positivar os direitos de cunho coletivo, com o fito que construir uma sociedade justa, livre e igualitária, como dispõe o art. 3º, inciso I do presente instrumento.

Ademais, no que tange à questão de segurança alimentar e a erradicação da pobreza, no contexto histórico brasileiro após a Constituição de 1988, o Estado internalizou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou seja, seus artigos passaram a vigorar no território brasileiro. Dentre eles, o artigo 11 deste dispositivo salienta o direito dos indivíduos à uma alimentação adequada cabendo aos Estados signatários o reconhecimento, bem como sua promoção, de forma igualitária.

No âmbito externo, em 1996 a comunidade internacional decidiu se reunir na Cúpula Mundial da Alimentação em Roma para realizar uma análise do progressivo aumento do número de famintos, parte pelas crises mundiais, parte por decisões políticas equivocadas. Logo, firmou-se um compromisso de diminuir pela metade a população de desnutridos até 2015.

Nesse ínterim, em 2003 o governo Lula, assim que eleito, tomou partido do acordo firmado em Roma, e com o objetivo de minimizar a fome e erradicar a pobreza, sendo esta última iniciativa prevista na Constituição, desenvolveu uma série de políticas governamentais alimentícias, sendo uma delas o Programa Fome Zero, criando o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Passou-se a vislumbrar a fome não mais como política de assistencialismo, mas como instrumento de desigualdade social.

#### 5.1 A Emenda Constitucional nº 64 de 2010 e a constitucionalização dos direitos alimentares.

As transformações ocorridas na sociedade brasileira ao longo das décadas tornaram imprescindíveis a atuação do Estado na adoção de políticas públicas, em especial no que diz respeito às condições de subsistência do indivíduo. Isso porque, o constituinte originário demonstrou sua preocupação com os direitos individuais e sociais ao positiva-los no texto da Constituição de 1988.

De certo que as discussões recorrentes acerca da individualização e da positivação de direitos como intrínsecos aos indivíduos percorreu a seara internacional muito antes de serem internalizadas. As diversas reuniões que deram origem aos tratados de direitos humanos emergiram em uma era de priorização da proteção do ser humano pelo Estado, cabendo a este o desenvolvimento de políticas que respeitassem a singularidade do ser.

Nesse ínterim, a constitucionalização das teorias repensadas no pós-guerra trouxe uma nova conjuntura de priorização do indivíduo como ser dotado de dignidade, cabendo a estes, condições básicas de subsistência em meio a sociedade. Dentre essas condições, a redação do artigo 6º da Carta Magna em sua forma original salientou a saúde, educação, o trabalho, a previdência social, a maternidade e infância, bem como a assistência aos desamparados como prerrogativas da vida em sociedade.

Entretanto, cabe ressaltar que os direitos alimentares foram desprezados pelo texto original do dispositivo supracitado, cabendo questionar se sua ausência foi mero esquecimento ou se o Estado Brasileiro não possuía condições de arcar com a alimentação adequada de seu povo. Não só o desarranjo com o contexto internacional se operou, bem como com o princípio da dignidade da pessoa humana, já constitucionalizado. Nessa perspectiva, Pontes de Miranda (1995, p. 217) salienta que alimento seria tudo aquilo que é necessário para o sustento, exatamente por isso caberia ao Estado promoção em sua integralidade, assegurando ao seu povo os subsídios necessários para a preservação da dignidade.

Tão logo, após as movimentações internacionais adentrar ao debate interno, notou-se a urgência em elevar a alimentação a direito constitucionalmente resguardado, estabelecendo-se a Emenda Constitucional 64 de 2010, incumbida de reescrever o texto do artigo 6º, há pouco, firmando a prestação de alimentos no rol de direitos individuais constitucionalizados.

## **6. O direito constitucional à alimentação e o aumento dos famintos na atualidade.**

A temática de direitos alimentares, apresenta não somente a questão nutricional em voga, mas também o direito básico à subsistência digna. Isso porque, a alimentação é o princípio básico de sobrevivência, uma vez que proporciona a existência do bem jurídico, vida. Contudo, mesmo diante da necessidade primária desse direito, a fome permanece como um problema mundial.

Jean Ziegler, afirma que “a destruição anual de dezenas de milhões de homens, mulheres e crianças pela fome constitui o escândalo do nosso século”<sup>1090</sup>, o que é reafirmado pela Organização das Nações Unidas ao instituir a “fome zero” como segundo objetivo da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável<sup>1091</sup>, bem como pela agenda Os Objetivos do Milênio.

Fato é que durante a Pandemia da Covid-19 percebeu-se que, mesmo com a temática da fome constantemente sendo pauta na seara nacional e internacional, houve um crescimento significativo no número de famintos no mundo. Cerca de 720 a 811 milhões de pessoas enfrentaram a fome no ano de 2020, 161 milhões a mais do que no ano de 2019<sup>1092</sup>, e quase 2,37 bilhões de pessoas não possuem acesso adequado à alimentação no mesmo ano.

Tal fato se deu pelo impacto devastador da Pandemia na economia, na saúde e nas relações interpessoais. Isso posto, os esforços governamentais foram concentrados na saúde e na segurança, além do desenvolvimento de vacinas, deixando de lado a alimentação e a nutrição adequada, o que culminou em 149 milhões de crianças em situação de desnutrição crônica, conforme o relatório da FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura) em 2021.

Em se tratando especificamente da América Latina e Caribe, a subalimentação atingiu a porcentagem de 9,1%<sup>1093</sup>, devido aos efeitos da Pandemia da Covid-19. Nos anos de 2019 a 2020 a Escala de Experiência de Insegurança Alimentar (FIES) informou que 40,9% da

---

<sup>1090</sup> Geopolítica da fome – Jean Ziegler, p. 11

<sup>1091</sup> Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável

<sup>1092</sup> The State of Food Security and Nutrition in the World, p. 6.

<sup>1093</sup> América Latina y el Caribe - Panorama regional de la seguridad alimentaria y nutricional 2021, p.12.

população desses territórios sofreram com a fome em estágio grave. No que diz respeito ao Brasil, o percentual de famintos permaneceu entre 20% a 30% no ano de 2020.

Nota-se que a questão alimentar brasileira não está entre as mais graves no continente, entretanto assola a população nacional. De acordo com pesquisa realizada pelo Datafolha, 1 a cada 4 brasileiros afirma não possuir alimentos suficientes para a alimentação familiar. Logo, a ausência de condições básicas de nutrição assola os mais pobres, uma vez que entre os brasileiros que possuem renda máxima de até dois salários mínimos, 38% afirmou não possuir alimentos suficientes.

A insegurança alimentar afeta ainda os indivíduos desempregados, abrangendo 42% do total de entrevistados. No que diz respeito ao contexto regional, a pesquisa supramencionada informou que as regiões Norte e Nordeste apresentam os maiores percentuais de insegurança alimentar. Esse fator demonstra que as questões econômicas influenciam diretamente estes índices, uma vez que os estados das regiões Norte e Nordeste estão nas últimas colocações do Ranking de Competitividade.<sup>1094</sup>

Em relatório disponibilizado pela PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional, por meio de pesquisas realizadas em setembro, outubro e novembro de 2020, 12% dos domicílios rurais sofrem com a fome, enquanto 8,5% dos domicílios urbanos enfrentam tal situação (GLOBO RURAL, 2021). Nesse ponto, compreende-se a retomada do Brasil ao Mapa da Fome no ano de 2020. Esses dados geram uma reflexão: se a segurança alimentar é a base para a preservação da dignidade humana, bem como para a sobrevivência, o que deve ser feito para que esses direitos possam ser resguardados a todos de forma contínua e segura? Todos esses questionamentos podem ser respondidos a partir da Teoria das Cláusulas Pétreas.

A Constituição Federal é a expressão máxima do interesse público positivado em leis presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, cabe aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário atenderem a sua normatividade, a fim de atingir sua eficácia e salvaguardar os direitos individuais, situados a título de cláusula pétrea. Todavia, o artigo 60 da CRFB/88 que institui esse rol, em seu parágrafo 4º, inciso IV salienta que não serão passíveis de modificação os direitos e garantias individuais.<sup>1095</sup>

---

<sup>1094</sup> Ranking de competitividade analisa a inovação, potencial de mercado, eficiência da máquina pública, capital humano, sustentabilidade, educação, solidez fiscal e sustentabilidade social. Disponível em <https://www.rankingdecompetitividade.org.br/estados>.

<sup>1095</sup> Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

IV - os direitos e garantias individuais.

Ainda assim, há uma nova classificação destinada às normas que não se encontram explícitas no rol taxativo do artigo 60, §4º da CRFB/88. Conforme a Teoria das Cláusulas Pétreas, os direitos assegurados por elas não podem ser objeto de alteração pelo conteúdo do qual dispõe”. (NOVELINO, 2007, p. 50). Tão logo, há dispositivos constitucionais que possuem como finalidade “garantir determinados valores fundamentais” (PEDRA, ADRIANO, p. 03), que não estão expressos nesse rol.

O constituinte originário enfatizou a necessidade de conservar o núcleo constitucional por meio da impossibilidade de reforma de algumas normas. Logo, ao fixar os direitos fundamentais como cláusula pétrea, o constituinte originário ampliou o rol de dispositivos que se encaixam no que se entende por fundamental<sup>1096</sup>. Ao considerar a alimentação como anseio primário para a sobrevivência de um povo, depreende-se que sem o direito a alimentar-se não há a existência de nenhum outro. Ao ser exposto em uma situação de ausência de alimento, um ser humano sobreviveria em média somente três semanas, conforme o organismo e as condições socioespaciais. É impossível que um indivíduo exerça sua liberdade, sua igualdade ou até mesmo adquira uma propriedade sem o elemento essencial, isto é, a vida.

De certo, que a privação alimentar, como já mencionado, é vislumbrada com maior grau de incidência nas populações com o índice de pobreza elevado. Isso justifica a observância dos demais direitos previstos no artigo 5º da Carta Magna como fundamentais, deixando de lado o direito a ser considerado o precursor da vida, o direito à alimentação básica e nutricional. Tão logo, os direitos alimentares ao serem vistos como direitos de segunda geração, como supramencionado, receberam do constituinte originário a proteção devida para a manutenção da vida.

## **7. Conclusão**

A presente pesquisa bibliográfica analisou o surgimento dos direitos alimentares na seara internacional, e a sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro por meio das Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969, e, por fim, a sua integração a Constituição de 1988 por meio da Emenda Constitucional 64 de 2010.

Por outro lado, buscou-se compreender a teoria das cláusulas pétreas de modo a analisar sua fundamentação e aplicabilidade levando em consideração o texto constitucional

---

<sup>1096</sup> Significação e alcance das cláusulas pétreas, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, p.6/8.

de 1988. Esse trabalho se deu com o intuito de agregar a esse rol os direitos alimentares, sendo estes a base da individualização do ser humano.

Assim, fez-se necessário a compreensão da motivação que respalda a imutabilidade abstrata das cláusulas pétreas. Essa singularidade instituída pelo constituinte originário apoiou-se na salvaguarda do núcleo intrínseco a Constituição de 1988, em outros termos, o constituinte almejou tutelar os preceitos primordiais para a organização política brasileira, tornando-os impassíveis de exclusão. Ao refletir sobre os direitos fundamentais, tem-se uma amplitude de direitos, não somente aqueles calcados pelo artigo 5º, caput da CRFB/88. Dentre essa gama, há que se mencionar os direitos à alimentação, justificados pela observância da seara nacional e internacional, tais como a criação da FAO em sede global, e do Programa Fome Zero, no âmbito das políticas públicas brasileiras.

Há que se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, de certo, já fixou tal entendimento, ao compreender que o Ministério Público, como ente público poderá ajuizar ação de alimentos em favor de menores sem a anuência dos genitores ou responsáveis<sup>1097</sup>. Além disso, nota-se que a pauta alimentar tomou grandes proporções a partir da Emenda Constitucional nº 64 de 2010, com o surgimento do PNSAN e SISAN, almejando a criação de um Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Entretanto, durante a Pandemia da Covid-19 o cenário de avanços foi retido pela proporção alcançada em relação ao número de famintos, demonstrando um aumento de forma imoderada, alcançando níveis excepcionais. Esse cenário reafirmou a indispensabilidade de políticas emergenciais que abarque não somente a segurança e a liberdade, mas sim ações assistencialistas que diminuam o número de famintos.

Nesse ponto, conclui-se que as políticas adotadas pelo Estado brasileiro demonstraram o alinhamento, mesmo que tardio, ao cenário de proteção alimentar internacional. Outrora, mesmo com a criação de leis e dispositivos que assegurem a alimentação como direito constitucionalmente protegido, há que se questionar a ausência de políticas públicas atuais para combater o número alarmante de famintos, e tão somente, erradicar a pobreza, sendo este último objetivo do Estado.

Desse modo, ao analisar as políticas adotadas em razão dos direitos alimentares e da diminuição de famintos, reverberando na ratificação de tratados sobre a mesma temática, identifica-se uma posição ativa no que tange a alimentação, porém passiva no que tange a diminuição dos índices de pobreza e famintos na atualidade. Por tudo isso, depreende-se que

---

<sup>1097</sup> Súmula nº 594 de 25 de outubro de 2017

os direitos alimentares, mesmo constitucionalmente assegurados, não são dotados da qualidade de subsídio primário à vida e a promoção da dignidade humana, desmontando a ineficácia governamental na sua salvaguarda.

### Referências bibliográficas:

Brasil. *Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome*, 3 volumes, Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/Fome%20Zero%20Vol1.pdf>. Acesso em: 3 maio 2022

BURITY, Valéria; FRANCESCHINI, Thaís; VALENTE, Flavio; RECINE, Elisabetta; LEÃO, Marília; CARVALHO, Maria de Fátima. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional*. Brasília: ABRANDH, 2010. 204 p. Disponível em: [https://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa\\_no\\_contexto\\_da\\_san.pdf](https://www.redsan-cplp.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf). Acesso em: 6 set. 2022.

BURITY, Valéria Torres Amaral; FILHO, Antonio Escrivão; MONTEIRO, Roberta Amanajás; JÚNIOR, José Geraldo de Sousa. *O direito humano à alimentação e à nutrição adequadas: enunciados jurídicos*. [S. l.]: FIAN BRASIL, 2021. 200 p. Disponível em: [https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Enunciados\\_Eletronico\\_.pdf](https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Enunciados_Eletronico_.pdf). Acesso em: 18 ago. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. [S. l.]: Saraiva, 2011.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. *Decreto-lei nº 2.478, de 3 de maio de 2022*. Cria o Serviço de Alimentação da Previdência Social (S.A.P.S.) no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. [S. l.], 3 maio 2022. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2478-5-agosto-1940-412428-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 3 maio 2022.

FAO, FIDA, OPS, WFP y UNICEF. 2021. *América Latina y el Caribe - Panorama regional de la seguridad alimentaria y nutricional 2021: estadísticas y tendencias*. Santiago de Chile, FAO. <https://doi.org/10.4060/cb7497es>. Acesso em: 6 set.2022.

GLOBO RURAL. *No celeiro do mundo, fome avança sobre a zona rural*. Globo Rural[06/04/2021]. Disponível em: <https://revistagloborural.globo.com>. Acesso em: 07/12/2022.

HALE, Katia et al. Jean Ziegler e a geopolítica da fome: Jean Ziegler and hunger geopolitics. *SciELO*, [s. l.], junho 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/RLLSkrtRFWx4mpMZBGP9WFL/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 1 ago. 2022.

MARCHETTO, Mateus. Quanto tempo é possível sobreviver sem comida?. *SOCIENTIFICA*, [s. l.], 26 jan. 2022. Disponível em: <https://socientifica.com.br/quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-sem-comida/#:~:text=Teoricamente%2C%20uma%20pessoa%20poderia%20sobreviver,humano%20depende%20de%20muitas%20vari%C3%A1veis>. Acesso em: 13 set. 2022.

NETO, Othoniel Pinheiro. *Os efeitos da Emenda Constitucional nº 64/2010 no Direito de Família*. Jus.com.br, [s. l.], 12 abr. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21495/os->

efeitos-da-emenda-constitucional-n-64-2010-no-direito-de-familia/2. Acesso em: 9 ago. 2022.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CASA CIVIL SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. *Decreto nº 591, de 3 de maio de 2022*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. [S. l.], 3 maio 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 3 maio 2022.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. Columbia University Press: Editora África, 1993. 215 p. v. 2. ISBN 85-08-07 39411. Disponível em: <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/o-liberalismo-polc3adtico.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. *Senado*, Brasília, p. 135-148, outubro 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93266/Pedra%20Adriano.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 ago. 2022.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 maio. 2022.

ZIEGLER, Jean. *Destruição Massiva: Geopolítica da fome*. São Paulo: Cortez, 2012. 252 p. Disponível em: <https://florestasdo futuro.files.wordpress.com/2013/06/geopolitica-da-fome.pdf>. Acesso em: 6 set. 2022.

# DUALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: CRIAÇÃO E PROPAGAÇÃO SOB A ÓTICA DA EUROPA E ESTADOS UNIDOS E A CONTRADIÇÃO EM RELAÇÃO AOS PAÍSES AFRICANOS NO TPI

Leonardo José de Araújo Prado Ribeiro<sup>1098</sup>

Eva Letícia Ricciardi de Paula<sup>1099</sup>

**Sumário:** Introdução. 1 Propagação dos direitos humanos sob a ótica da Europa e Estados Unidos. 2 Consequência em relação aos países africanos no TPI. Considerações Finais.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo questionar a dualidade ou contradição da aplicação dos direitos humanos em grupos específicos, em razão da sua criação e propagação sob a ótica da visão da Europa e Estados Unidos e a sua possível contribuição para domesticar as lutas e utopias desses grupos. Para a elaboração do presente artigo foi analisado o histórico relacionada à criação dos direitos humanos e uma possível influência de sua aplicação nos países africanos possivelmente pela criação e propagação pela ótica ocidental. O que se identificou, por meio da investigação, foi a presença de uma atitude neocolonialista e racista na aplicação dos direitos humanos em relação a um grupo específico – países africanos – em razão da sua criação sob a ótica da Europa e Estados Unidos, observando-se a postura deste grupo em relação ao Tribunal Penal Internacional, que surgiu a partir do repúdio aos atos cruéis cometidos durante a Primeira Guerra Mundial. Com efeito, por meio da análise da propagação da aplicação desses direitos nas antigas colônias, foram identificadas contradições em relação à aplicação dos direitos humanos e possíveis perseguições. Não por outra razão, diversos países africanos decidiram anunciar a sua saída do Tribunal Penal Internacional em razão de alegada perseguição política pelo órgão internacional e conduta racista.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Dominação; Colônias; Colonialidade; Tribunal Penal Internacional.

## Introdução

Sabe-se que a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) se deu em 1948. Ao pesquisar e analisar o contexto relacionado à criação dos direitos humanos, é comum que se encontre informações no sentido de que o projeto foi desenvolvido pelas potências econômicas ocidentais—grupo de países que, estando à frente de seu bloco (denominado Aliados), saíram vencedores da Segunda Grande Guerra (1939-1945), com

---

<sup>1098</sup> Doutorando (com bolsa CAPES/PROSUC) e Mestre em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie, Bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, membro do Grupo de Pesquisa Estado é Direito no Pensamento Social Brasileiro, [pradoribeiro.l@gmail.com](mailto:pradoribeiro.l@gmail.com).

<sup>1099</sup> Mestranda em Direito Político e Econômico na e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, membro do Grupo de Pesquisa Estado e Economia no Brasil, [eva\\_ricciardi@hotmail.com](mailto:eva_ricciardi@hotmail.com).

exclusão do que viria a ser a potência oriental no período pós-guerra denominado Guerra Fria, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Há aqueles que apontam a relação entre a criação oficial dos direitos humanos com as atrocidades verificadas na Segunda Guerra Mundial, que chocaram o mundo, como forma de garantir que os erros ali cometidos nunca mais ocorressem. Nas palavras de Paulo Renato Vitória:

...a construção do sistema internacional (e pretensamente universal) de direitos humanos pode ser considerada também como uma resposta ao Holocausto nazista e aos horrores da guerra, no sentido de construir um imaginário de não repetição, capaz de armazenar do Holocausto como um fenômeno contingente, atípico e irreparável...<sup>1100</sup>

Sem prejuízo, pode-se afirmar que os planos para a criação de um documento internacional voltado para a proteção dos direitos humanos foram desenvolvidos muito antes da Segunda Guerra Mundial. Verifica-se que em 1922, anos antes da efetiva criação da declaração universal, a Federação Internacional de Direitos Humanos fundada em Paris já estava prestes a redigir uma declaração internacional de direitos humanos.

O ex-presidente estadunidense, Franklin Delano Roosevelt, foi uma figura muito importante nesse contexto, uma vez que foi um dos defensores mais conhecidos dos direitos humanos internacionais.

Feita essa breve introdução, passa-se a analisar, de forma breve, a eventual presença de uma atitude neocolonialista e racista na aplicação dos direitos humanos em relação aos países africanos, pela sua criação e propagação sob a influência da Europa e dos Estados Unidos, observando-se especialmente o tema em relação ao Tribunal Penal Internacional.

## **1. Propagação dos direitos humanos sob a ótica da Europa e Estados Unidos**

A Europa e os Estados Unidos tiveram uma grande influência na criação e propagação dos direitos humanos. O que se identifica é que o sistema de direitos na ótica

---

<sup>1100</sup> VITÓRIA, Paulo Renato. A colonização das utopias: e outras consequências da assimilação acrítica dos principais discursos ocidentais sobre democracia e direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 23, n. 2, p. 198-236, mai./ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21298>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1298/550>. Acesso em: 15 mar. 2023, p. 203.

desses países implica em práticas de favoritismo, principalmente nos países semi-periféricos. Nas palavras de Paulo Renato Vitória, ao criticar a atitude dos países ricos:

...as políticas de desenvolvimento são a receita ‘universal’ que os países ricos impõem aos países pobres para chegar ao sucesso, à fatura e à felicidade. Porém, paradoxalmente, quanto mais os países pobres seguem tal receita, mais pobres, dependentes e subdesenvolvidos se tornam. (...) Se queremos um mundo onde caibam muitos mundos diferentes, devemos pensar em formas de combater – e não justificar – as desigualdades que condenam a imensa maioria da humanidade a uma vida miseráveis para garantir a fatura de uma minoria privilegiada.<sup>1101</sup>

Ainda, para Paulo Renato Vitória:

...a Europa assumiu-se como ‘centro’ não apenas das relações comerciais, econômicas e políticas (que permitiram a colonização do espaço), mas também da história (o que possibilitou a colonização do tempo) (...) Conforme assinala Lander (2000, p. 6, tradução mínima), “com o início do colonialismo na América, começa não apenas a organização colonial do mundo, senão também – e simultaneamente – a constituição colonial dos saberes, das linguagens, da memória e do imaginário”.<sup>1102</sup>

Sob esse prisma, deve-se analisar com cautela e ampliar a discussão sobre os direitos humanos propagados sob a ótica dos “países ricos”, principalmente em relação aos países com grupos em condições de vulnerabilidade. A própria nomenclatura centro-periferia denota a existência de uma hierarquia entre os grupos de países. Isto é, aqueles que dominam econômica e politicamente o mundo são países centrais (e o impacto de sua palavra e cultura é maior); os demais são dominados e, portanto, tornam-se periféricos à mercê do auxílio ou da autorização política e econômica dos ditos países centrais.

Isso permite, inclusive, que determinados países expandam seu poderio bélico por todo o mundo, podendo até mesmo violar a soberania de determinados países, enquanto condenam qualquer movimentação bélica de outros países—sejam invasões (como ocorre nos conflitos entre Rússia e Ucrânia desde 2014), sejam testes balísticos (como é recorrente para a Coreia do Norte). As razões internas de determinados países centrais tornam-se suficientes para violarem regras internacionais, quase sempre baseado em discursos de defesa da democracia e dos direitos humanos.

---

<sup>1101</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>1102</sup> *Ibidem*, p. 203-204.

Entretanto, a literatura internacional prima por um conceito (e uma origem) de direitos humanos que é também favorável à historiografia e a epistemologia determinadas pelos países ditos centrais. De acordo com Paulo Renato Vitória:

...a construção do sistema internacional (e pretensamente universal) de direitos humanos pode ser considerada também como uma resposta ao Holocausto nazista e aos horrores da guerra, no sentido de construir um imaginário de não repetição, capaz de armazenar do Holocausto como um fenômeno contingente, atípico e irreparável... (...) Tal estratégia, que individualiza as responsabilidades (Hitler e os alemães são os únicos culpados), termina absolvendo a modernidade/colonialidade como um todo, como se se tratasse de um desvio, e não de uma lógica assustadoramente típica da modernidade...<sup>1103</sup>

É possível, contudo, notar uma repetição histórica. Assim como após as revoluções liberais (revolução industrial, independência dos Estados Unidos da América e revolução francesa) não houve replicação institucionalizada dos mesmos ideais aos países ditos periféricos—houve, sim, disseminação de suas ideias através de parte das elites locais—, o que ocasionou a manutenção do escravismo e da escravização (levando o Haiti à própria revolução entre 1803 e 1803), não houve após a elaboração da DUDH o fim do colonialismo no continente africano. O continente africano continuou a ser geograficamente dividido pelas ditas potências que o fizeram desde o século XIX<sup>1104</sup>, com rearranjos em função de como ocorreu o fim da Segunda Guerra Mundial, sem qualquer respeito às relações tradicionais, étnicas ou tribais dos povos africanos—o que gera conflitos até hoje.

Outro exemplo da dualidade consiste no mesmo contexto histórico. Enquanto se possibilita a criação de um sistema internacional de direitos humanos para como uma resposta ao holocausto nazista (isto é, tentativa de genocídio do povo judeu em solo espanhol), não há punição nem condenação retórica à Bélgica pelo extermínio de um contingente populacional no Congo<sup>1105</sup> maior que o número de judeus exterminados no holocausto.

---

<sup>1103</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>1104</sup> CHAGASTELLES, Tania Maria Seggiaro. As sociedades africanas e o colonialismo. In MACEDO, JR. (Org.) **Desvendando a história da África**. Diversidades series [online]. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2008, p. 111-122. ISBN 978-85-386-0383-2. Obtido de: doi: 10.7476/9788538603832. em ePUB de: <http://books.scielo.org/id/yf4cf/epub/macedo-9788538603832.epub>. Acesso em: 3 abr. 2023.

<sup>1105</sup> HONORATO, Felipe Antonio; PAIVA JÚNIOR, Paulo César de Abreu. Rei branco, morte negra: um olhar sobre a trajetória psicopolítica de Leopoldo II da Bélgica. **Revista África[s]**. v. 7, n. 13, 2020, p. 244-258. Obtido de: <https://revistas.uneb.br/index.php/africanas/article/view/9416>. Acesso em: 3 abr. 2023.

Enquanto o povo judeu recebeu um território para si, o Estado belga (e não o congolês) pôde manter as riquezas fruto da espoliação colonialista. É nesse cenário global que o Tribunal Penal Internacional é criado e, também, no qual até hoje é feito seu *enforcement*.

## 2. Consequência em relação aos países africanos no TPI

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado no final da década de 1990 a partir dos atos cruéis cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. Por mais que a comunidade internacional considerasse, à época, que referida guerra colocaria fim aos conflitos, o que se identificou foi que a guerra resultou em uma catástrofe de grandes proporções, com mortes em números nunca antes vistos e uso de armamentos altamente destrutivos.

Em outubro de 2016, três países (África do Sul, Burundi e Gâmbia) avisaram que estavam deixando o TPI sob os motivos de racismo e incompatibilidade entre o sistema de justiça interno e o da corte internacional.

De acordo com o Ministro da Informação de Gâmbia à época, Sheriff Bojang, a corte internacional estava sendo utilizada para perseguição de líderes africanos. O Ministro afirmou à época que existem muitos países ocidentais, pelo menos 30, que cometeram crimes horrendos contra estados independentes e soberanos e, desde a criação do TPI, nenhum criminoso de guerra ocidental foi indiciado. Nessa época a Gâmbia buscava indiciar o ex-primeiro ministro Tony Blair por crimes no Iraque.

Em 2017, a União Africana, que reúne todos os países da África, aprovou uma resolução não vinculante sugerindo que as ações africanas abandonem o TPI. De acordo com alguns africanos, a corte internacional se especializou em perseguir e processar apenas cidadão do continente africano.

De acordo com Rui Garrido: “Os estados africanos acusam o TPI de ter, para com África, uma atitude neocolonialista e racista, que se traduz numa perseguição e humilhação de líderes africanos.”<sup>1106</sup>.

A título de exemplo, em 2017, dos dez casos que estavam sendo analisados pelo TPI, nove casos se referiam a Estados da África. Com efeito, pode-se dizer que a corte internacional de fato apresentou um viés racista e discriminatório em relação aos países

---

<sup>1106</sup> GARRIDO, RUI. Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos? **Relações Internacionais**, n. 54, Junho: 2017 (p. 055-071). Obtido de <https://doi.org/10.23906/ri2017.54a05>. Acesso em: 15 mar. 2023, p. 56.

africanos, possivelmente em razão da propagação dos direitos humanos sob a ótica dos países ricos. Ou seja, não significa que há uma intencionalidade no viés da corte, mas que há uma construção histórica e epistemológica específica não somente para os direitos humanos, mas para o direito internacional.

Nas palavras de Paulo Renato Vitória:

quando levantamos as bandeiras de democracia e direitos humanos sem questionar seus significados conotados e denotados, estamos naturalizando a ideia de que o capitalismo histórico – assim como toda as demais heterarquias imbricadas típicas da colonialidade – é compatível com a democracia e com os direitos humanos. (...) um dos maiores obstáculos à construção de um sistema fundado na soberania popular (em que as pessoas, e não o ‘mercado’, sejam responsáveis pelas decisões políticas) e no reconhecimento – para além das abstrações metafísicas – de todos os seres humanos como igualmente merecedores de uma vida digna, desde um ponto de vista material e objetivo.<sup>1107</sup>

Essa discussão não é, contudo, nova ou relativa apenas ao TPI. É possível verificar também um largo debate sobre o encontro da Justiça e do Direito<sup>1108</sup> colonial francês herdado pelos países africanos que eram, à época, ex-colônias. Deve-se compreender que a adoção das instituições jurídicas de uma cultura estrangeira implica na adoção (em determinado grau) da axiologia deste grupo estrangeiro. A profundidade do impacto que os debates, as formas e as decisões dessas instituições tem pode ocasionar, ainda, um enraizamento de uma cultura que não é somente completamente distinta daquela cultura local, mas também que representa a violência, opressão e exploração do colonialismo. Certo é que as instituições jurídicas necessitam ser designadas a partir da cultura e pelo povo ao qual elas se destinam.<sup>1109</sup>

### Considerações finais

É possível concluir que a relação de dominação colonial contribuiu para um padrão racista de poder, que transcende as relações políticas, econômicas e comerciais colonialistas.

---

<sup>1107</sup> VITÓRIA, *op. cit.*, p. 207.

<sup>1108</sup> A grafia, aqui, com as letras maiúsculas refere-se não a uma pretensa importância ou hierarquia, mas a instituições próprias. Isto é, não se trata de direitos que uma pessoa busca, ou da justiça como princípio, ideal ou categoria filosófica, mas do Direito que é aplicado pelo Estado francês (nesse caso) e, também, as instituições de Justiça (Judiciário) do Estado. Ainda, a grafia subsequente com iniciais minúsculas denotam os conceitos mais amplos—a ideia de justiça ou direito para um povo, os direitos que se buscam, o “fazer justiça”. (LE ROI, Étienne. **Les Africains et l’institution de la Justice : entre mimétismes et métissages**. Paris : Dalloz, 2004, p. VIII).

<sup>1109</sup> LE ROI, Étienne, *op. cit.*, p. IX-XI.

Tanto a Europa quando os Estado Unidos assumiram uma posição de centralização e propagação dos direitos humanos, que, sob a sua ótica, interferiram na efetiva aplicação nas colônias.

A título de exemplo, verificou-se uma questão relacionada à acusação feita por estados africanos ao Tribunal Penal Internacional (TPI) por adotarem uma atitude neocolonialista e racista para com a África, justificando inclusive a criação de um Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (TAJDH) para solucionar a questão. Assim, a tensão existente entre a União Africana e o TPI, criado no pós-Segunda Guerra Mundial, levou à proposta do TAJDH. O TAJDH não seria um tribunal nacional, mas sim um tribunal supranacional e complementar ao TPI.

Existe uma evidente priorização epistêmica, hermenêutica e política individual dos direitos humanos. Os mecanismos existentes de proteção dos direitos humanos e das democracias liberais podem contribuir com determinadas lutas e proteger certos grupos, em situação de vulnerabilidade e exclusão.

De acordo com o autor Paulo Renato Vitória:

Se queremos um mundo onde caibam muitos mundos diferentes, devemos pensar em formas de combater – e não justificar – as desigualdades que condenam a imensa maioria da humanidade a uma vida miseráveis para garantir a fatura de uma minoria privilegiada.<sup>1110</sup>

Para o mesmo autor:

a luta pelos direitos humanos não deve restringir-se à luta pela concretização dos direitos humanos realmente existentes, abstratos e despolitizados, mas na disputa pela sua resignificação, de modo que possam efetivamente transformar as relações sociais em favor das maiorias.<sup>1111</sup>

Com efeito, verifica-se que as contradições em relação à aplicação dos direitos humanos em determinados grupos geram uma perseguição à determinadas classes que deve ser combatida.

Da mesma forma que a justiça colonial (seja ela imposta ou herdada) não é adequada aos povos africanos, também o direito internacional—desde que confeccionado a partir da

---

<sup>1110</sup>VITÓRIA, *op. cit.*, p. 209.

<sup>1111</sup> *Ibidem*, p. 214.

epistemologia dos países centrais (Europa e Estados Unidos) e através das forças política e econômica desses países—gera uma incongruência em relação à sua aplicação aos países africanos. Deve-se pensar em um direito internacional que absorva ou se adeque a instituições africanas (isto é, não coloniais) de Justiça, para somente após isso pensar no *enforcement* das decisões deste direito internacional.

### Referências Bibliográficas

CHAGASTELLES, Tania Maria Seggiaro. As sociedades africanas e o colonialismo. In MACEDO, JR. (Org.) **Desvendando a história da África**. Diversidades series [online]. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2008, p. 111-122. ISBN 978-85-386-0383-2. Obtido de: doi: 10.7476/9788538603832. em ePUB de: <http://books.scielo.org/id/yf4cf/epub/macedo-9788538603832.epub>. Acesso em: 3 abr. 2023.

GARRIDO, RUI. Pode o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ser uma solução africana para problemas africanos? **Relações Internacionais**, n. 54, Junho: 2017 (p. 055-071). Obtido de <https://doi.org/10.23906/ri2017.54a05>. Acesso em: 15 mar. 2023.

HONORATO, Felipe Antonio; PAIVA JÚNIOR, Paulo César de Abreu. Rei branco, morte negra: um olhar sobre a trajetória psicopolítica de Leopoldo II da Bélgica. **Revista África[s]**. v. 7, n. 13, 2020, p. 244-258. Obtido de: <https://revistas.uneb.br/index.php/africas/article/view/9416>. Acesso em: 3 abr. 2023.

LE ROI, Étienne. **Les Africains et l'institution de la Justice : entre mimétismes et métissages**. Paris : Dalloz, 2004

MAIA, Catherine. África face à justiça internacional penal: relações sob o signo da ambivalência . **Revista Ibérica Do Direito**, 2(1), 73–90. Obtido de <https://revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/55>. Acesso em: 1 abril. 2023.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VITÓRIA, Paulo Renato. A colonização das utopias: e outras consequências da assimilação acrítica dos principais discursos ocidentais sobre democracia e direitos humanos. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 23, n. 2, p. 198-236, mai./ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i21298>. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1298/550>. Acesso em: 15 mar. 2023.

# UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS DE GESTÃO DE RISCOS PARA RECONHECIMENTO DE INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS

Lígia Loregian Penkal<sup>1112</sup>

Suzana Rososki de Oliveira<sup>1113</sup>

**Sumário:** Introdução. 1. Estrutura e Processo das Indicações Geográficas no Brasil. 2. Análise Preventiva de Riscos para Mitigação de Impactos ao projeto de obtenção de Indicações Geográficas. Considerações Finais. Referências

**Resumo:** Indicações geográficas são uma forma de fortalecer o desenvolvimento de determinado território, consistem em estratégia para valorar produtos ou serviços que sejam reconhecidos por suas características específicas na região. Além do benefício econômico, as indicações tendem a trazer reconhecimentos, valorizações históricas e culturais, assim como acarreta fortalecimento turístico na região. Objetivando o registro de produto ou serviço com potencial para indicação geográfica, o responsável deve atender condições dispostas na Lei de Propriedade Industrial e nas portarias do Instituto Nacional de Propriedade Industrial. Nessa linha, a justificativa para a referida pesquisa insere-se nas medidas preventivas de gestão de riscos necessárias para obter o reconhecimento e respaldo das indicações geográficas. Seguindo nesse diapasão, a problemática, portanto, está no questionamento a seguir: O uso de mecanismos de gestão de riscos pode auxiliar no registro e manutenção das indicações geográficas? A hipótese insere-se na contribuição positiva de mecanismos e metodologias de gestão de riscos para a obtenção de aprovação e perenidade das indicações. No campo das variáveis, a primeira delas consiste no aspecto positivo somente sob o paradigma da obtenção ou da manutenção das indicações. A segunda, reconhece a desnecessidade e, portanto, aspecto neutro do uso dos mecanismos de riscos. O objetivo geral do presente trabalho está em trazer alternativas que corroborem para a obtenção e permanência das indicações ao decorrer do tempo, de modo qual não haja investimentos para submissão a registro em vão ou, a perda do registro, acarretando danos a um mercado ou região. Os objetivos específicos são: levar conhecimento às pessoas que possuem produtos ou serviços que possuam potencial para registro, fomentar a pesquisa acadêmica sobre estes temas e auxiliar profissionais que trabalham com registros perante o INPI. A metodologia empregada, para tanto, é a hipotético-dedutiva, de viés social e jurídico, consistindo na leitura prévia de referencial teórico sobre o tema, na legislação e portarias associadas. O sumário da referida pesquisa divide-se em dois aspectos de análise. O primeiro capítulo está explanação dos princípios e metodologias associados à análise, identificação e gestão de riscos associados a negócios empresariais. O segundo consiste na análise da origem, a teoria associada e dos requisitos formais para obtenção do registro. Ao final da pesquisa, conclui-se pela viabilidade da utilização da metodologia e da análise baseada em riscos como uma forma de trazer o atendimento aos requisitos exigidos para obtenção do registro, isso

---

<sup>1112</sup> Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pesquisadora do NEADI (PUCPR) e GEDAI (Universidade Federal do Paraná - UFPR). Tecnóloga em Design Gráfico pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Bacharel em Direito pela PUCPR. E-mail: [ligia.penkal@gmail.com](mailto:ligia.penkal@gmail.com)

<sup>1113</sup> Mestranda em Direito pela PUCPR. Especialista em Compliance e Direito 4.0 pela Universidade Curitiba (UNICURITIBA). Tecnóloga em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela UNINTER. Advogada especialista em Compliance. E-mail: [suzanarososki@hotmail.com](mailto:suzanarososki@hotmail.com)

pois o produto ou serviço restará adequado e com seus riscos devidamente tratados podendo, inclusive, reduzir riscos associados a perda da indicação geográfica.

**Palavras-chave:** indicação geográfica; riscos; desenvolvimento; propriedade industrial

## Introdução

As Indicações Geográficas (IG's) são uma forma de propriedade intelectual que consiste em um sinal distintivo do comércio, um importante instrumento de valorização de um produto ou serviço oriundo de uma determinada região ou localidade. Com o registro de uma IG, o uso do seu nome passa a ser exclusivo dos produtores e prestadores de serviço da localidade geográfica objeto de proteção.

Além do benefício econômico, as IG's tendem a trazer reconhecimentos, valorizações históricas e culturais, assim como acarreta fortalecimento turístico na região. Objetivando o registro de produto ou serviço com potencial para indicação geográfica, o responsável deve atender condições dispostas na Lei de Propriedade Industrial (LPI) e nas portarias do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI).

Nessa linha, a justificativa para a referida pesquisa insere-se nas medidas preventivas de gestão de riscos necessárias para obter o reconhecimento e respaldo das indicações geográficas. Seguindo nesse diapasão, a problemática, portanto, está no questionamento a seguir: O uso de mecanismos de gestão de riscos pode auxiliar no registro e manutenção das indicações geográficas?

A hipótese insere-se na contribuição positiva de mecanismos e metodologias de gestão de riscos para a obtenção de aprovação e perenidade das indicações, entende-se pela viabilidade da utilização da metodologia e da análise baseada em riscos como uma forma de trazer o atendimento aos requisitos exigidos para obtenção do registro, isso pois o produto ou serviço restará adequado e com seus riscos devidamente tratados podendo, inclusive, reduzir riscos associados a perda da indicação geográfica.

No campo das variáveis, a primeira delas consiste no aspecto positivo somente sob o paradigma da obtenção ou da manutenção das indicações. A segunda, reconhece a desnecessidade e, portanto, aspecto neutro do uso dos mecanismos de riscos.

O objetivo geral do presente trabalho está em trazer alternativas que corroborem para a obtenção e permanência das indicações ao decorrer do tempo, de modo qual não haja investimentos para submissão a registro em vão ou, a perda do registro, acarretando danos a um mercado ou região.

Os objetivos específicos são: levar conhecimento às pessoas que possuem produtos ou serviços que possuam potencial para registro, fomentar a pesquisa acadêmica sobre estes temas e auxiliar profissionais que trabalham com registros perante o INPI. A metodologia empregada, para tanto, é a hipotético-dedutiva, de viés social e jurídico, consistindo na leitura prévia de referencial teórico sobre o tema, na legislação e portarias associadas.

## 1. Estrutura e processo das Indicações Geográficas no Brasil

A origem das IG's remete à Antiguidade<sup>1114</sup>, quando ao se remeter a um produto, se referenciava o seu local de origem como forma de distinção, principalmente na designação de vinhos. Nesse sentido, segundo a autora: “o Imperador César recebia vinhos com a indicação de procedência e produção controlada (...) existem relatos referentes ao século IV a.C., na Grécia antiga, com os vinhos de Coríntio, de Ícaro e de Rodhes, bem como em Roma, com o mármore de Carrara e com os vinhos de Falerne”. Assim, a IG é o instituto da propriedade intelectual mais antigo e também o menos utilizado, quando comparado com marcas e patentes.

O marco legal das indicações geográficas (IG's) no Brasil se dá com a ratificação do Acordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* - TRIPS, ou ADPIC - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), importante acordo internacional que aborda questões relativas às indicações geográficas aplicadas ao comércio, no âmbito da Organização Mundial do Comércio<sup>1115</sup>.

O acordo TRIPS determinou critérios mínimos de proteção à bens intelectuais, por parte de cada país signatário, e definiu internacionalmente a expressão “indicação geográfica”<sup>1116</sup>, no seu artigo 22.1:

“Indicações Geográficas são, para os efeitos deste Acordo, indicações que identifiquem um bem como originário do território de um Membro, ou

---

<sup>1114</sup> KAKUTA, Susana, **Indicações geográficas**: guia de respostas. Porto Alegre: SEBRAE/RS, 2006. Páginas 07 - 33.

<sup>1115</sup> BALESTRO, Moisés e SANTOS, Wellington Gomes dos. **Estado e mecanismos de imputação de valor na construção de mercados de qualidade**. Anais do 46º Encontro anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Unicamp, 2022. Disponível em: <[https://www.encontro2022.anpocs.com/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcy17czoZnjoYToxOntzOjE5OiJJRF9BVEIWSURBREUiO3M6MzoiMTI1IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjUxZjM1ZTgxZjc5ZTA0N2I4N2FkNmU5NDA3MDZiMjA2Ij9&ID\\_ATIVIDADE=125](https://www.encontro2022.anpocs.com/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcy17czoZnjoYToxOntzOjE5OiJJRF9BVEIWSURBREUiO3M6MzoiMTI1IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjUxZjM1ZTgxZjc5ZTA0N2I4N2FkNmU5NDA3MDZiMjA2Ij9&ID_ATIVIDADE=125)> Acesso em: 30 abr. 2023.

<sup>1116</sup> BRASIL. Presidência da República. Decreto nº. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. **Promulga a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do Gatt**. Diário Oficial da União. Brasília, 31-12-1994.

região ou localidade deste território, quando determinada qualidade, reputação ou outra característica do bem seja essencialmente atribuída à sua origem geográfica.”

O INPI conceitua<sup>1117</sup> IG's como sinais distintivos do comércio, que identificam a origem geográfica de determinado produto ou serviço, que passa a ter o reconhecimento de que este provém de uma determinada região geográfica.

Juridicamente, o instituto das IGs “visa assegurar a efetividade da proteção contra fraudes, usurpações e outros modos de concorrência desleal. Além de fornecer resguardo aos consumidores, acerca da procedência coerente de um dado produto ou serviço”<sup>1118</sup>

No Brasil, as indicações geográficas estão previstas na Lei n°. 9.279, de 14 de maio de 1996<sup>1119</sup>, que confere natureza declaratória à indicação geográfica, ou seja, o direito é preexistente à concessão do registro. No entanto, ainda é necessário solicitar o reconhecimento do nome geográfico, associado a determinado produto ou serviço, e que se formalize o registro com o reconhecimento pelo INPI.

Na LPI, há duas espécies de IG's<sup>1120</sup>: a indicação de procedência, uma designação de que o produto ou serviço é de uma determinada localidade, com a comprovação de que tal região é conhecida como referência, notoriedade, pólo de extração, produção, fabricação do produto ou prestação do serviço; e a outra espécie é a denominação de origem, pela relação entre as características distintivas do produto ou serviço e a região geográfica, devido aos fatores ambientais e socioculturais – incluindo naturais e humanos - que influenciam nas suas características e na sua qualidade final.

O registro perante o INPI pode ser solicitado por sindicatos, associações, institutos ou pessoa jurídica de representatividade coletiva com legítimo interesse e estabelecida no respectivo território, mediante formulário próprio e após a obtenção do registro, este

---

<sup>1117</sup> INPI. **Indicações geográficas:** Módulo 5, 2021. Disponível em: <[http://epesquisa.inpi.gov.br/upload/surveys/368929/files/Indicacoes\\_geograficas\\_e\\_Marcas\\_Coletivas.pdf](http://epesquisa.inpi.gov.br/upload/surveys/368929/files/Indicacoes_geograficas_e_Marcas_Coletivas.pdf)> Acesso em: 15 abr. 2023.

<sup>1118</sup> BALESTRO, Moisés e SANTOS, Wellington Gomes dos. **Estado e mecanismos de imputação de valor na construção de mercados de qualidade.** Anais do 46º Encontro anual da ANPOCS. Unicamp, 2022. Disponível em: <[https://www.encontro2022.anpocs.com/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmF0cyI7czozNjoiYToxOntzOjE6ImkiO3M6MzI6IjUxZjM1ZTgxZjc5ZTA0N2I4N2FkNmU5NDA3MDZiMjA2Ij9&ID\\_ATIVIDADE=125](https://www.encontro2022.anpocs.com/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmF0cyI7czozNjoiYToxOntzOjE6ImkiO3M6MzI6IjUxZjM1ZTgxZjc5ZTA0N2I4N2FkNmU5NDA3MDZiMjA2Ij9&ID_ATIVIDADE=125)> Acesso em: 10 abr. 2023. Página 02.

<sup>1119</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n°. 9.279 de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.** Diário Oficial da União. Brasília, 15-05-1996.

<sup>1120</sup> Ibid.

permanece em vigor enquanto o produto ou serviço apresentar suas características específicas<sup>1121</sup>.

## 2. Análise e Gestão Preventiva De Riscos Para Mitigação De Impactos Ao Projeto De Obtenção De Indicações Geográficas

O significado terminológico de Risco<sup>1122</sup> no ambiente empresarial, pode ser entendido como resultado de um evento incerto, positivo ou negativo, que possa prejudicar suas atividades e perenidade, sendo expresso, muitas vezes, pela combinação entre consequência e probabilidade.

Para além do impacto negativo ao cenário empresarial, tem-se a possibilidade de afetar grupos sociais, econômicos e o meio ambiente.

Seguindo a temática de risco e associando o estudo ao defendido por Ulrich Beck<sup>1123</sup>, se reconhece que os riscos são desenvolvidos em um estágio avançado de forças produtivas e que estas desencadeiam problemas previamente definidos, mas que, por muitas vezes são irreversíveis, sendo estas objeto de interpretações de causa, tornando-se importantes para a análise social e política.

Nessa linha, um processo de gestão de riscos é estruturado em dados históricos e pontos de preocupação atuais, como novas tendências de mercado. Passa-se a fazer parte dos processos corporativos e das tomadas de decisões, considerando fatores humanos e culturais, possibilitando melhoria contínua das ferramentas de controle, aperfeiçoando os padrões de gestão e reagindo a mudanças de cenários com maior segurança.

Pela ISO mencionada, o processo de Gestão de Riscos passa pela análise de cenários em uma empresa, identificação, avaliação e tratamento dos riscos, registro e relato. Nesta linha, conectando a temática ao cenário de Indicações Geográficas, pode-se dizer que o estudo se encontra na análise de possíveis impactos quando ao processo de estruturação de competência para se solicitar o reconhecimento da Indicação Geográfica e, também, no processo de reconhecimento quando da sua formalização. De modo que a empresa esteja

---

<sup>1121</sup> Ibid.

<sup>1122</sup>“Sendo o risco inerente a qualquer atividade – e impossível de eliminar –, a sua administração é um elemento-chave para a sobrevivência das companhias e demais entidades. É dessa forma que as atividades de gerenciamento de riscos corporativos devem ser encaradas. Elas precisam contribuir para a longevidade da organização e para a consecução de seus objetivos estatutários e estratégicos.” INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia**. São Paulo, SP: IBGC, 2017. p. 11.

<sup>1123</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Traduzida por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2010. Página. 27.

ciente de quais problemas pode enfrentar no processo de estruturação e que possam impactar no atendimento de requisitos no processo de avaliação de reconhecimento da indicação geográfica.

Da mesma forma, caso a empresa se veja na condição de atendimento aos requisitos necessários para reconhecimento da indicação geográfica, pode enfrentar impactos negativos no processo de solicitação, verificação e deliberação da indicação, como por exemplo na falha quanto ao atendimento da norma, elaboração e apresentação documental ou, ainda, em problemas enfrentados quanto a preparação de pessoal e processos internos quando de análise sobre possível reconhecimento.

Para tanto, a comunicação exerce papel fundamental nesse processo, haja vista a necessidade premente de conscientização de todos os envolvidos acerca dos riscos a que a organização está sujeita. Por fim, o monitoramento periódico do processo de maturidade para atendimento de requisitos necessários e a análise crítica de eventuais ocorrências visam identificar *gaps* no processo de análise e gestão de riscos.

Para fins do presente estudo, importa salientar desde logo, classificar-se-ão os riscos, de acordo com a sua natureza seguindo sugestão proposta pelo IBGC<sup>1124</sup> e Deloitte<sup>1125</sup>.

Para tanto, os Riscos Estratégicos são aqueles relacionados à tomada de decisões da alta direção em uma empresa, que afetam seus objetivos a curto, médio e longo prazo.

Os riscos normativos consubstanciam-se naqueles ligados ao não atendimento às exigências ou requisitos dispostos em normas em que a empresa está ou queira estar sujeita, como no caso de normas para reconhecimento de indicações geográficas.

Os Riscos Operacionais estão associados a deficiências ou inadequação de processos próprios, pessoas e sistemas ou relacionados a terceiros, como desastres naturais, fraudes, etc.

Nessa linha, abordando sob o aspecto de um processo de reconhecimento de uma indicação geográfica, dever-se-á tomar em conta possíveis fraudes documentais para comprovar atendimento à requisitos ou, ainda, processos em desacordo com as normas e que poderão ser levados em consideração em uma análise sobre a aplicabilidade do reconhecimento de uma indicação geográfica.

---

<sup>1124</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Guia de orientação para o gerenciamento de riscos corporativos**. Coordenação: Eduarda La Rocque. São Paulo, SP: IBGC, 2007. p. 18-19.

<sup>1125</sup> DELOITTE. **Os Cinco Pilares dos Riscos Empresariais** Como gerenciá-los em um cenário econômico e de negócios desafiador Pesquisa realizada em 2017. Página 30.

Nesse sentido, coloca-se a título de exemplo o caso de vinícola que pretende ser reconhecida em determinada região, atende os requisitos documentais, mas, em visita à indústria, se verifica colaboradores trabalhando em condições irregulares ou produtos que não atendem normas de embalagem ou demais normas sanitárias aplicáveis.

Por fim, os Riscos Financeiros, dizem respeito às operações financeiras, ou seja, estão associados a administração dos fluxos de caixa, captação e aplicação de recursos. E, nessa linha, se vê como importante a empresa estar em condições de segurança financeira, para que o processo de solicitação de reconhecimento de indicação geográfica não impacte as operações essenciais.

No mesmo sentido, existindo o fator risco na sociedade, cumpre analisar as situações de ameaça, as quais corroboram para o aumento das desigualdades, diante da imprevisibilidade dos diversos níveis de danos, cumulados aos grandes negócios<sup>1126</sup> envolvidos na modernização dos riscos. Sendo assim, na sociedade moderna observa-se que a cultura se volta a prevenção de riscos, demandando análises específicas para cada eixo de atuação.

Passando a análise para a aplicação prática<sup>1127</sup>, imperiosa a elaboração de estudos prévios sobre a instituição objeto de análise, com a realização de entrevistas, questionários e o mapeamento dos principais riscos. Em se tratando do reconhecimento de indicações geográficas, é importante avaliar junto com as áreas estratégicas para a solicitação do reconhecimento.

Nesse ponto, a divisão dos riscos em maior grau ao menos grau e seu tratamento dependerá da decisão da alta administração. Sobre riscos envolvendo reconhecimento das indicações, vê-se como recomendado o estudo dos riscos por equipe multidisciplinar capacitada e estratégica para a demanda. Após a elaboração do mapeamento, deve-se observar o modelo de matriz de riscos adequado, a comumente utilizada consiste na matriz de probabilidade *versus* impacto.

### **Figura 3 – Matriz de probabilidade X impacto**

---

<sup>1126</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade.** Traduzida por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2010. Página 27

<sup>1127</sup> Neste sentido, há explanação por parte dos autores do presente artigo, em se tratando de recomendações obtidas com a atuação profissional no gerenciamento dos riscos, posto que até o presente momento inexistente guia restrito sobre modalidades de gerenciamento de risco, de forma taxativa.

Probabilidade/ Impacto	Sem Impacto	Baixo	Médio	Grave	Extrema Gravidade
Alto grau de certeza					
Alta					
Média					
Baixa					
Extremamente baixo					

Após a elaboração do mapeamento e matriz de riscos, deve-se alinhar com a alta administração sobre quais riscos serão tratados, os quais serão analisados, grosso modo, sobre os cerne econômico, normativos, operacionais (para atender eventual demanda após o reconhecimento da indicação geográfica) e reputacionais (sobre a reação da população da região e aos próprios concorrentes, fornecedores e clientes envolvidos neste contexto econômico).

Para que se possa compreender a sistemática do tratamento e mitigação de riscos, apresentam-se contextos de tratamento a um ponto de risco identificado:

- (i) Reduzir o risco, adotando mecanismos que diminuam a probabilidade e impacto de sua ocorrência;
- (ii) Evitar o risco, a depender da maturidade da empresa o tratamento do risco torna-se oneroso se comparada a atividade da empresa. Desta forma, o corte total da probabilidade do risco é medida mais efetiva de tratamento;
- (iii) Compartilhamento do risco, geralmente quando o risco for passível de transferência, ocasião na qual a empresa exime-se da ocorrência. Tal qual a realização de seguro para danos aos sistemas da entidade.
- (iv) Aceitar o risco, consiste na aceitação do risco, geralmente ocorre quando o tratamento do risco é mais oneroso que as consequências de sua ocorrência.

Ao contexto de uma avaliação para concessão de uma indicação geográfica, é necessário que as partes envolvidas na análise, estudo de viabilidade e tomada de decisão tenham ciência e verifiquem se a concessão trará reais benefícios à empresa, atendendo ao objetivo do lucro além da valorização da própria empresa ao mercado. Porque, nada seria interessante iniciar toda uma estrutura de análise, investimento para adequação e atendimento aos requisitos e entrada do processo de reconhecimento de indicação geográfica se, ao final

de todo o processo, a empresa não venha a ter melhorias, seja no aspecto de lucro, aumento de vendas ou, ainda, de valorização do seu ramo de atuação no mercado.

Para isso, a racionalidade dos tomadores de decisão e administradores de uma empresa devem estar atreladas à vontade que eles possuam de enfrentar o processo de adequação e de submissão ao processo e até qual ponto a empresa enfrentará ou não a todo o processo, chamado tecnicamente como *apetite a riscos*<sup>1128</sup> (elemento subjetivo) e a *tolerância*<sup>1129</sup> (elemento objetivo) aos riscos, de cada organização, são bastante particulares, estando diretamente ligados à sua cultura, processos corporativos e capacidade econômico-financeira, de modo que é fundamental que todos os stakeholders entendam quais são as ameaças inerentes às atividades desempenhadas, quais são os controles existentes para mitigá-las, quais são os impactos no caso de eventual ocorrência e, principalmente, que definam, objetiva e qualitativamente, qual o grau de exposição a estes riscos será considerado tolerável.

Na perspectiva de uma empresa com um produto característico, cuja região reconhece determinado produto à empresa ou a própria região, o apetite deve alinhar-se com a missão, visão, os valores do ambiente organizacional, aos costumes e cultura da entidade, de modo que os objetivos empresariais estejam em consonância com os riscos enfrentados para que não haja impacto ao prestígio e valor socialmente tido.

Ou seja, não se define apetite ao risco tão somente com a análise de dados do presente ou passado, mas sim em consonância com o planejamento estratégico da empresa para a perenidade e valor futuros.

Acerca da tolerância aos riscos, os responsáveis pela gestão devem observar os aspectos operacionais, transacionais, fatores humanos, de confidencialidade, a tecnologia envolvida e, principalmente o panorama financeiro, além de observar as normas e regulamentações existentes para a concessão de reconhecimentos almejados pela empresa.

---

<sup>1128</sup>“O apetite ao risco está associado ao nível de risco que a organização está disposta a aceitar na busca e na realização de sua missão. Ele deve ser estabelecido pelo conselho de administração (CA) (ou pelos sócios, caso a organização não possua conselho), levando em conta o melhor interesse da organização, e serve como ponto de referência para a fixação de estratégias e para a escolha dos objetivos relacionados a essas estratégias.” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia**. São Paulo, SP: IBGC, 2017. p. 15).

<sup>1129</sup>“A tolerância ao risco pode ser vista como a variação aceitável em torno dos limites estabelecidos. Dentro dos riscos e exposições aceitáveis, os limites de tolerância são ‘gatilhos’ para atuação do conselho de administração. Indicadores de riscos e indicadores da efetividade dos hedges devem ser acompanhados pelo conselho de administração” (ROSS, et al. **Administração Financeira**. Porto Alegre: Grupo AMGH, 2015. p. 924).

Importante considerar que só se fala em um grau de maturidade de gestão de riscos alto quando a alta administração baseia suas decisões em aspectos chave de sua operação e considerando sua capacidade econômico-financeira, determinando critérios objetivos para identificar qual é a sua tolerância ao risco. Se isso não ocorre, uma gestão de riscos genérica pode engessar ou mesmo atropelar o processo de identificação, análise, classificação e mitigação dos riscos.

Posto isso, o gerenciamento de riscos dentro da organização empresarial deve observar a maturidade empresarial, as estratégias de gestão, além de possuir e aplicar aspectos de governança corporativa específicos para a atividade empresarial. Não há falar em gestão de riscos sem se falar em governança ou sem adotar procedimentos de análise periódica dos riscos por meio de indicadores de gestão envolvendo a alta direção, de modo a atingir os objetivos e metas, mas também visando lucros e manutenção de empregos.

Em síntese ao caso em comento, a importância de se ter um processo de análise, identificação e gestão de riscos se vê como importante – dentro dos cenários supracitados – se encaixa sob o viés de a empresa (através das pessoas em que nela estão) veja que está apta ao quesito de maturidade para se submeter ao processo de verificação para concessão de indicação geográfica e, ainda, estruturar seus processos, capacidade e pessoal, para que o processo de avaliação não seja impactado em suas fases finais de submissão, formalização ou até mesmo nos procedimentos necessários após a concessão (p.ex. adequação de embalagens).

### **Considerações Finais**

As IG's são uma forma de proteção da propriedade intelectual estratégica para fortalecer o desenvolvimento de determinado território, por agregar valor a produtos ou serviços reconhecidos por suas características específicas na região.

O registro de uma IG precisa ser solicitado perante o INPI, por sindicatos, associações, institutos ou pessoa jurídica de representatividade coletiva com legítimo interesse e estabelecida no respectivo território, mediante formulário próprio.

A natureza da concessão do registro é declaratória, pois o direito à proteção da propriedade intelectual é preexistente à concessão do registro. Com o reconhecimento pelo INPI e a obtenção do registro, este permanece em vigor enquanto o produto ou serviço apresentar suas características específicas.

Há duas modalidades de IG's a primeira é a indicação de procedência, que necessita da comprovação de que a região geográfica é notoriamente conhecida como referência do produto ou serviço; e o segundo tipo de IG é a denominação de origem, em que é necessário comprovar a relação entre os fatores ambientais e socioculturais da região determinam as características distintivas do produto ou serviço e na sua qualidade final.

Ao analisar os requisitos, benefícios e procedimentos necessários para que haja o reconhecimento de uma indicação geográfica, pode-se utilizar os mecanismos de gestão de riscos para auxiliar no processo de registro e manutenção das IG's como uma forma de trazer o atendimento aos requisitos exigidos para obtenção do registro, pois o produto ou serviço restará adequado e com seus riscos devidamente tratados podendo, inclusive, reduzir riscos associados a perda da indicação geográfica, auxiliando na sua perenidade.

Nesse sentido, o processo de gestão de riscos precisa ser estruturado em dados históricos e pontos de preocupação atuais, como novas tendências de mercado, fazendo-se importante a elaboração de estudos prévios sobre a instituição objeto de análise, com a realização de entrevistas, questionários e o mapeamento dos principais riscos. Em se tratando do reconhecimento de indicações geográficas, é importante avaliar junto com as áreas estratégicas para a solicitação do reconhecimento.

Dentre os possíveis riscos a serem analisados estão: os riscos estratégicos, relacionados à tomada de decisões da alta direção em uma empresa, que afetam seus objetivos a curto, médio e longo prazo; os riscos normativos ligados ao não atendimento às exigências ou requisitos dispostos em normas em que a empresa está ou queira estar sujeita; os riscos operacionais, associados a deficiências ou inadequação de processos próprios, pessoas e sistemas ou relacionados a terceiros, como desastres naturais, fraudes, etc. e os riscos financeiros, que estão associados à administração dos fluxos de caixa, captação e aplicação de recursos.

É fundamental que a empresa elabore uma matriz de riscos para estar ciente de quais problemas e riscos pode enfrentar no processo de estruturação e que possam impactar no atendimento de requisitos no processo de avaliação de reconhecimento da indicação geográfica, por exemplo: na falha quanto ao atendimento da norma, elaboração e apresentação documental; problemas enfrentados quanto a preparação de pessoal e processos internos quando de análise sobre possível reconhecimento.

Após a elaboração do mapeamento e matriz de riscos, deve-se escolher quais riscos serão tratados, os quais serão analisados, sobre os cernes econômicos, normativos,

operacionais (para atender eventual demanda após o reconhecimento da indicação geográfica) e reputacionais (sobre a reação da população da região e aos próprios concorrentes, fornecedores e clientes envolvidos neste contexto econômico).

O tratamento ou mitigação a um ponto de risco identificado pode: reduzir o risco, adotando mecanismos que diminuam a probabilidade e impacto de sua ocorrência; evitar o risco, a depender da maturidade da empresa o tratamento do risco torna-se oneroso se comparada a atividade da empresa; compartilhar o risco, quando o risco for passível de transferência, ocasião na qual a empresa exime-se da ocorrência, por exemplo com contratação de seguro; e aceitar o risco, ocorre quando o tratamento do risco é mais oneroso que as consequências de sua ocorrência.

Portanto, é possível adotar os mecanismos de gestão de riscos para auxiliar no processo de registro e manutenção das IG's e a escolha de quais riscos serão tratados e a demanda análises específicas para cada eixo de atuação, que deve estar alinhada com a missão, visão, os valores do ambiente organizacional, aos costumes e cultura da entidade, de modo que os objetivos empresariais estejam em consonância com os riscos enfrentados para que não haja impacto ao prestígio e valor tanto da empresa envolvida quanto do produto ou serviço em questão.

## Referências

BALESTRO, Moisés e SANTOS, Wellington Gomes dos. **Estado e mecanismos de imputação de valor na construção de mercados de qualidade**. Anais do 46º Encontro anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). Unicamp, 2022. Disponível em: <[https://www.encontro2022.anpocs.com/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoNjoiYToxOntzOjEyOiJJRF9BVEIWSURBREUiO3M6MzoiMTI1Ijt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjUxZjM1ZTgxZjc5ZTA0N2I4N2FkNmU5NDA3MDZiMjA2Ijt9&ID\\_ATIVIDADE=125](https://www.encontro2022.anpocs.com/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czoNjoiYToxOntzOjEyOiJJRF9BVEIWSURBREUiO3M6MzoiMTI1Ijt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjUxZjM1ZTgxZjc5ZTA0N2I4N2FkNmU5NDA3MDZiMjA2Ijt9&ID_ATIVIDADE=125)> Acesso em: 30 abr. 2023.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade**. Traduzida por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2010.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. **Promulga a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de negociações comerciais multilaterais do Gatt**. Diário Oficial da União. Brasília, 31-12-1994.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 9.279 de 14 de maio de 1996. **Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial**. Diário Oficial da União. Brasília, 15-05-1996.

DELOITTE. **Os Cinco Pilares dos Riscos Empresariais** Como gerenciá-los em um cenário econômico e de negócios desafiador Pesquisa realizada em 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Gerenciamento de riscos corporativos: evolução em governança e estratégia**. São Paulo, SP: IBGC, 2017.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. **Indicações geográficas: Módulo 5**, 2021. Disponível em: <[http://epesquisa.inpi.gov.br/upload/surveys/368929/files/Indicacoes\\_geograficas\\_e\\_Marcas\\_Coletivas.pdf](http://epesquisa.inpi.gov.br/upload/surveys/368929/files/Indicacoes_geograficas_e_Marcas_Coletivas.pdf)> Acesso em: 15 abr. 2023.

ROSS, et al. **Administração Financeira**. Porto Alegre: Grupo AMGH, 2015.

KAKUTA, Susana, **Indicações geográficas: guia de respostas**. Porto Alegre: SEBRAE/RS, 2006.

# O DIÁLOGO SOCIAL COMO PONTO DE PARTIDA PARA APLICAÇÃO DE UMA JUSTA REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO OU TRABALHO HÍBRIDO NO PÓS-PANDEMIA

**Social dialogue as a starting point for the application of fair regulation of telework or hybrid work in the post-pandemic**

Luciana Faria de Carvalho<sup>1130</sup>

**Sumário:** 1. O diálogo social na Europa; 2. O teletrabalho e o trabalho híbrido no pós-pandemia; 3. O diálogo social para uma justa regulamentação do teletrabalho no Brasil; Considerações Finais.

**Resumo:** o teletrabalho, durante a pandemia de Covid-19 se consolidou como medida para o desenvolvimento das atividades dos órgãos públicos e privados, sem que houvesse interrupção do fluxo de trabalho. Após a crise pandêmica vários países tem buscado implantar regulamentações para ajustamento do teletrabalho e do trabalho híbrido, em face do impulso dado pela tecnologia e pela necessidade de redução de emissões de carbono na atmosfera. Dessa forma, o presente estudo tem o objetivo de discutir as novas propostas a regulamentarem o teletrabalho, tendo o diálogo social como ponto de partida para uma justa regulamentação do teletrabalho, considerando as modificações trazidas pela sua inserção no cotidiano dos trabalhadores remotos, que reabilitaram seu modo laboral focados na flexibilidade que o teletrabalho oferece, somando, ainda, ao equilíbrio entre vida profissional e pessoal, com a redução de custos para o trabalhador, que atualmente tem optado pelo desempenho laboral em *home office*. Para tanto, empregou-se o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica. Após as apreciações, verificou-se que a necessidade do diálogo social entre as partes é fundamental para uma justa regulamentação do teletrabalho no Brasil. Dessa forma, é possível, buscar uma solução que atenda a todos os envolvidos no teletrabalho.

**Palavras-chave:** Diálogo social; Teletrabalho; Brasil; justa regulamentação.

**Abstract:** teleworking, during the Covid-19 pandemic, was consolidated as a measure for the development of activities by public and private bodies, without interrupting the workflow. After the pandemic crisis, several countries have sought to implement regulations to adjust telework and hybrid work, given the impetus given by technology and the need to reduce carbon emissions into the atmosphere. Thus, the present study aims to discuss the new proposals to regulate telework, having social dialogue as a starting point for a fair regulation of telework, considering the changes brought about by its insertion in the daily lives of remote workers, who have rehabilitated their work mode focused on the flexibility that telecommuting offers, adding to the balance between professional and personal life, with the reduction of costs for the worker, who currently has opted for work performance at home office. For that, the deductive method was used, with bibliographical research. After the assessments, it was verified that the need for social dialogue between the parties is fundamental for a fair regulation of telework in Brazil. In this way, it is possible to seek a solution that meets everyone involved in telecommuting.

**Keywords:** Social dialogue; Telework; Brazil; fair regulation;

---

<sup>1130</sup> 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](mailto:luciana.carvalho@tjmt.jus).  <https://orcid.org/0000-0002-0934-4710>.

## 1. O diálogo social na Europa

O diálogo social é um importante instrumento europeu que permite aos parceiros sociais que representam tanto o patronato, quanto os trabalhadores, prestar uma contribuição ativa por meio de acordos, para fins de concepções de política social e de emprego, tendo suas bases traçadas pelos artigos 151º e 156º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)<sup>1131</sup>.

O mencionado artigo 151º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) prevê a possibilidade do diálogo entre os parceiros sociais, sendo sua promoção reconhecida como objetivo comum da UE e dos Estados-Membros, com o objetivo de melhoria da governança europeia, já que leva em conta a participação dos parceiros sociais na tomada de decisões e na execução.

No mesmo sentido, o Tratado de Roma de 1957 prevê que a promoção de uma colaboração entre Estados-membros em matéria de direito sindical e a existência de negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores é uma das tarefas da Comissão, disposição, porém, que veio a ser aplicada passados muitos anos de sua constituição.

Com o Ato Único Europeu (AUE), criado em 1986, e que passou a vigorar em 1987, em Bruxelas, foi orquestrado o arcabouço jurídico para que fosse desenvolvido o diálogo social na comunidade europeia, criando-se o respectivo Comitê de Diálogo Social (CDS), que possui reuniões no período de três a quatro vezes ao ano. Nessa toada, foram introduzidas as alterações nos Tratados que instituem a Comunidade Europeia, firmando a cooperação política na região.<sup>1132</sup>

Por meio da adoção dos acordos-quadro, muitos assuntos trabalhistas foram incorporados à Política Social da União Europeia, o que foi possível a partir de 1997 com o Tratado de Amsterdã, e nesse aspecto, a autonomia e a diversidade do diálogo foram realçadas pela atuação dos parceiros sociais que estão descritos no artigo 152º do TFUE<sup>1133</sup> conforme se depreende do Tratado de Lisboa (2009).

Em março de 2015 há uma nova abertura para o diálogo social, com a Comissão Juncker, firmando um acordo assinado em 2016 pelos parceiros sociais, bem como pela

---

<sup>1131</sup> EUROPEIA, União. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). Jornal Oficial da União Europeia, v. 7, 2016.

<sup>1132</sup> EUROPEIA, União. Ato Único Europeu. 1986. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/files/in-the-past/ep-and-treaties/single-european-act/pt-resolution-on-the-single-european-act-19861211.pdf>. Acesso em 04.abr.2023.

<sup>1133</sup> EUROPEIA, União. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). Jornal Oficial da União Europeia, v. 7, 2016

Comissão e Presidência do Conselho da União Europeia, acordo que reafirmou a importância do diálogo social europeu, dando mais autonomia aos parceiros sociais, que havia sido enfraquecida pela crise econômica e financeira de 2008.

Sendo assim, a autonomia dos parceiros sociais e o direito de ação coletiva foram reforçados pelo Pilar Europeu dos direitos sociais (PEDS) que reconhece o direito dos parceiros laborais de se envolverem na concepção e aplicação de políticas sociais e de emprego por meio das convenções coletivas. A Comissão Von Der Leyen publicou um relatório em 2021, que trouxe contribuições para a aplicação do Pilar Europeu dos Direitos Sociais, com apresentação de projeto e realização de consulta pública.<sup>1134</sup>

Muitos feitos foram alcançados por meio do diálogo social europeu, como a obrigatoriedade de consulta aos parceiros sociais pela Comissão antes de realizar ações no domínio da política social, negociando um acordo entre si, para depois haver a conclusão do acordo e a solicitação à Comissão para propor a adoção pelo Conselho de uma decisão de execução. Ressalte-se, ainda, a possibilidade de concluir e aplicar o acordo, bem como a possibilidade de não haver acordo algum em relação à proposta, ou ainda, é possível um novo exame da questão pela referida Comissão.

Dentre os diversos ajustes em matéria trabalhista, o acordo sobre Teletrabalho foi o primeiro a ser aplicado como autônomo em 2002, que teve o objetivo de dar mais segurança aos milhões de teletrabalhadores da época na União Européia, com a preservação da flexibilidade das empresas. Segundo opinião da Comissária responsável pelo Emprego e Assuntos Sociais, Anna Diamantopoulou, tal acordo é visto como um acontecimento histórico, por ser o primeiro a ser finalizado pelos próprios parceiros sociais, marcando a chegada da era do diálogo social europeu<sup>1135</sup>.

## **2. O teletrabalho e o trabalho híbrido no pós-pandemia**

Sabemos da importância que teve o teletrabalho, durante o período pandêmico, como medida para o desenvolvimento das atividades dos órgãos públicos e privados, sem que houvesse a interrupção de serviços. No pós-pandemia o teletrabalho vem se mantendo com doses fortes de trabalho híbrido, num regime misto de prestação laboral.

---

<sup>1134</sup> KENEDY, Aoife; DANESI, Sara. Diálogo Social. Fichas Temáticas sobre a União Europeia. 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/58/dialogo-social>. Acesso em 04.abr.2023.

<sup>1135</sup> EUROPA. EU. Comissão Europeia. Teletrabalho: no entender da Comissão, o novo acordo constitui uma boa notícia para os trabalhadores e para as empresas. 2002. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP\\_02\\_1057](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_02_1057). Acesso em 05. abr. 2023.

No entanto, o arcabouço jurídico de muitos países ainda não é suficiente para corresponder às necessidades dos teletrabalhadores que após a pandemia de Covid-19 foram inseridos num novo ambiente de trabalho, expostos a uma realidade não tão convencional em que se tentou buscar o equilíbrio para a sobrevivência em meio aos diversos desafios surgidos.

No Brasil, a regulamentação do teletrabalho no setor privado ainda carece de um modelo mais robusto, sendo mantida pela normatização da Consolidação das Leis Trabalhistas brasileiras (CLT), tendo a mais recente reforma se dado por meio da Lei nº 13.467/2017 (artigo 75-A a 75-D da CLT). Muitos decretos emergenciais também foram utilizados no período pandêmico para fortalecer o aparato jurídico, no entanto a regulação se limitou apenas àquele momento crítico.

Na atual realidade há um projeto de Lei nº 3.512/2020, em tramitação no Senado Federal, que revoga o artigo 62, inciso III, e altera o artigo 75-D da CLT, acrescentando o artigo 75-F com a finalidade de trazer detalhes sobre as obrigações do empregador na realização do teletrabalho, no intuito que este possa fornecer e manter os equipamentos e a infraestrutura necessária para a prestação do teletrabalho e, ainda, reembolsar o empregado pelas despesas decorrentes da prestação de serviço no lar, como energia elétrica, telefonia e internet.

É certo que o deslocamento do trabalho para o lar não poderá deslocar também a responsabilidade dos custos do trabalho ao teletrabalhador, considerando que este é a parte hipossuficiente na maioria das relações de trabalho<sup>1136</sup>. Porém, há outros desafios que o teletrabalho precisa superar no Brasil para que sua legislação possa atender às expectativas dos teletrabalhadores e de todos os órgãos envolvidos nesse processo.

Não apenas o setor privado, mas também o setor público brasileiro, cuja regulamentação se dá por resoluções, necessita de instrumentos regulatórios que correspondam às necessidades atuais acerca do teletrabalho, principalmente em virtude do interesse das empresas e órgãos em melhorar a capacidade dos seus trabalhadores, que tem optado pelo regime de trabalho híbrido, em razão do aumento do custo de vida gerado pela Pandemia<sup>1137</sup>.

---

<sup>1136</sup> CARVALHO, Luciana Faria de. O Teletrabalho/home office no Poder Judiciário brasileiro: desafios econômicos, regulatórios e socioambientais. São Paulo: Editora Dialética, 2022, p. 54.

<sup>1137</sup> ITInsight. “As tendências que vão moldar o trabalho em 2023”. 2022. Disponível em: <https://www.itinsight.pt/news/mobilidade/as-tendencias-que-vaio-moldar-o-trabalho-em-2023>. Acesso em: 28.fev. 2023

Dessa maneira, diversos países estão buscando regulamentações para que se ajuste a forma de desempenho do teletrabalho no pós-pandemia, imbuídos da necessidade de redução de emissões de carbono na atmosfera. Muitos deles estão experimentando as modificações à forma de trabalho presencial, a partir do momento em que os escritórios e outros locais de trabalho públicos ou privados estão sendo vistos sob um novo enfoque, direcionado ao trabalho em equipe e que necessita da colaboração de todos, ficando o teletrabalho reservado para o labor mais independente. É possível perceber ainda em muitos países a inserção da semana de quatro dias, com a diminuição de um dia de trabalho, tendo início na terça-feira, com resultados satisfatórios, trazendo equilíbrio entre trabalho e vida social.

Na Europa, a tendência é também a continuação do teletrabalho após a Pandemia, com a marca de mais de trinta por cento dos europeus a optarem pelo teletrabalho, devido à flexibilidade laboral e segundo estudos atuais do *Economic Bulletin* -ECB<sup>1138</sup>, os europeus perseguem mais trabalho remoto do que a empresa pode oferecer.

Nos Estados Unidos também se revelam estudos acerca da redução de custos alcançada por trabalhadores em razão da prática do teletrabalho, que tem gerado consequências nas cidades, como o esvaziamento dos grandes centros. Washington tem sido a cidade mais afetada pelo *home office*, com a ausência do funcionalismo federal, causando o fechamento de restaurantes próximos aos locais de trabalho, considerando o aumento naquele país de 12% de trabalhadores em home office e 28,2% em trabalho híbrido<sup>1139</sup>.

Tais acontecimentos tem levado os empresários e representantes dos municípios a se preocuparem com as modificações advindas nas regiões centrais em razão dos comércios fechados, suscitando a necessidade de trazerem opções de lazer nas zonas urbanas mais afetadas com a prática do teletrabalho. Dessa maneira, o teletrabalho tem ocasionado consequências urbanas tanto sociais, quanto econômicas com a ascensão, por exemplo, de uma economia antes voltada para as atividades empresariais, para uma economia possivelmente voltada para o lazer, a fim de superar o vazio que passa a existir nas regiões

---

<sup>1138</sup> SILVA, Antônio Dias; GEORGARAKOS Dimitris; WEIBLER, Marco. *How eople want to work – preferences for remot work after the pandemic*. 2023. ECB Economic Bullerin. Disponível em: [https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2023/html/ecb.ebbox202301\\_04~1b73ef4872.pt.html](https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2023/html/ecb.ebbox202301_04~1b73ef4872.pt.html). Acesso em 27. fev. 2023.

<sup>1139</sup> AMÂNCIO, Tiago. Home office faz trabalhador nos EUA economizar R\$ 24 mil ao ano e preocupa cidades. Folha de São Paulo. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/02/home-office-faz-trabalhador-nos-eua-economizar-r-24-mil-ao-ano-e-preocupa-cidades.shtml>

urbanas centrais, o que para alguns estudiosos poderia gerar até mesmo a morte de algumas cidades, com o afastamento dos trabalhadores para o lar.

Enfim, são muitas as consequências geradas pelo teletrabalho no pós-pandemia que necessitam ser examinadas caso a caso, de acordo com as peculiaridades de cada país. Porém, um importante instrumento para avaliar esse novo cenário e trazer soluções para uma boa regulamentação é o diálogo social entre os envolvidos (trabalhadores, empregadores, órgãos públicos ou privados e demais interessados), para a construção de uma legislação que atenda a essa nova realidade.

### **3. O diálogo social para uma justa regulamentação do teletrabalho no Brasil**

Não obstante existirem dados concretos na Europa e nos Estados Unidos acerca do número de teletrabalhadores na atualidade, no Brasil a realidade é diversa. Ainda não há informações sólidas sobre a quantidade de pessoas em teletrabalho no pós-pandemia, porém, o IPEA levantou dados acerca da expectativa de atividades que poderiam ser desempenhadas por teletrabalhadores, apontando que um em cada quatro brasileiros estaria apto para estar em teletrabalho, o que equivale a cerca de 20,4 milhões de pessoas, sendo a maioria mulheres (58,3%), de cor branca (60%), com nível superior completo (62,6%), na faixa etária de 20 a 49 anos<sup>1140</sup>.

No setor público é possível fazer esse levantamento por meio de consulta aos sites dos diversos órgãos públicos, como por exemplo, os Tribunais de Justiça, para se averiguar a quantidade de teletrabalhadores que atualmente, segundo recomendação do seu órgão fiscalizador, o CNJ(Conselho Nacional de Justiça) limita-se a 30% de sua lotação, após a modificação da Resolução nº 227/2016 (que regulamenta o Teletrabalho no Poder Judiciário), pela Resolução nº 481 de novembro de 2022 que, além da mencionada limitação, trouxe a obrigatoriedade do retorno à realização de audiências presenciais pelos magistrados, nos termos do artigo 3º da Resolução nº 354/2020 do CNJ, já que até então tais atos processuais eram conduzidos no formato telepresencial.

A exceção à regra do limite de 30% de teletrabalhadores se refere aos servidores da área de TIC (Tecnologia da informação e comunicação), desde que haja servidores suficientes

---

<sup>1140</sup> GÓES, Geraldo Sandoval; DOS SANTOS MARTINS, Felipe; DE OLIVEIRA ALVES, Vinícius. O teletrabalho potencial no brasil e sua distribuição urbana, rural e regional. p. 107, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2022. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526\\_nota\\_20\\_teletrabalho\\_no\\_brasil\\_final.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526_nota_20_teletrabalho_no_brasil_final.pdf). Acesso em 02.mar.2023.

para os atendimentos técnicos presenciais, conforme julgamento da Consulta 0007756-21.2022.2.00.0000 formulada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG).<sup>1141</sup>

Sabe-se que a limitação de 30% de servidores em teletrabalho, no âmbito administrativo, está adstrita à comprovação da necessidade ou interesse da administração, pautada no Princípio da Supremacia do Interesse Público. No entanto, questiona-se se tal postulado estaria em consonância com o Princípio da Eficiência, já que o teletrabalho trouxe a possibilidade de atingimento de altos índices de produtividade nos tribunais.

Nesse compasso, percebe-se a ausência do diálogo social em relação à Resolução nº 481/2022 do CNJ, que trouxe consequências aos direitos laborais de servidores e magistrados em teletrabalho que foram obrigados a suportar uma tomada de decisão sem a participação da categoria. É o caso de servidores em trabalho híbrido surpreendidos pelo aumento de dias trabalhados de forma presencial ou, ainda, servidores que mudaram de comarca, durante a pandemia, tendo prejuízos financeiros, não obstante cumprirem uma agenda de plano detalhado de teletrabalho<sup>1142</sup>.

Muitas vezes a tomada de decisão é carregada de ruídos podendo ser chamada de decisão ruidosa e tal acontecimento pôde ser observado durante a pandemia, em que percebemos que cada país tomou decisões diversas, sendo essa variação evidência clara do ruído na tomada de decisão, que pode ser definido como uma variabilidade indesejada nos julgamentos sobre um mesmo problema. Assim, uma das soluções para resolver as tensões na tomada de decisão é o foco no processo e não no resultado de um caso isolado<sup>1143</sup>.

Segundo estudos do Sobratt, o teletrabalho deveria crescer 30% após a pandemia, no entanto, a Resolução nº 481/2022, limitou seu crescimento, por motivos que, para os seus defensores, não condizem com a sua realidade prática<sup>1144</sup> já que o teletrabalho traduz produtividade. Nesse sentido, verifica-se a necessidade de consenso e alterações entre as partes interessadas acerca de uma regulamentação que atenda ao interesse da maioria.

---

<sup>1141</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Teletrabalho: CNJ aceita exceção para trabalhadores em tecnologia de informação. 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/teletrabalho-cnj-aceita-excecao-para-trabalhadores-em-tecnologia-de-informacao/>. Acesso em 04. fev. 2023.

<sup>1142</sup> SINJUS. Servidores ocupam hall do TJMG em defesa do Teletrabalho. 2023. Disponível em <https://www.sinjus.org.br/servidores-ocupam-hall-do-tjmg-em-defesa-do-teletrabalho/>. Acesso em 02.abr.2023.

<sup>1143</sup> KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R.. Ruído. Uma falha no julgamento humano. Objetiva. 2021, p. 46,48.

<sup>1144</sup> KERVALT, Marcelo. Home office deve crescer 30% após pandemia, aponta estudo. SOBRATT. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.sobratt.org.br/12042020-home-office-devecrescer-30-apos-pandemia-aponta-estudo/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

O órgão responsável, nos tribunais, pelo prévio debate entre os parceiros sociais é a Comissão de Gestão do Teletrabalho. No entanto, não foi promovido o diálogo pela referida comissão entre servidores e representantes sindicais acerca das suas novas realidades de vida. Sobretudo, houve tribunais como o TJ/MG que ainda estabeleceram decisões mais danosas aos direitos de servidores em trabalho híbrido do grupo prioritário (deficientes, gestantes e lactantes), com o aumento do número de dias de trabalho híbrido, somando três vezes por semana<sup>1145</sup>.

Assim, o retorno obrigatório presencial contraria o Princípio da Eficiência, se considerada a elevação dos índices de metas de produtividade com o teletrabalho *home office*.

Não obstante a disposição contida no artigo 4º da Resolução nº 227/2016 do CNJ de que o teletrabalho é facultativo, não configurando direito do servidor, ficando a critério dos órgãos do Poder Judiciário e dos gestores das unidades a análise de sua concessão, seria necessário considerar as consequências havidas pelo novo hábito de trabalho na vida de tais teletrabalhadores, desde a Pandemia até o início de 2023, com as novas regras da Resolução nº 481/2022 do CNJ.

Não se questiona no presente estudo o caráter normativo da resolução, que detém a mesma força normativa das leis, por tratar-se de ato normativo primário, segundo entendimento da Corte Suprema, já que extrai seu fundamento da própria Constituição Federal. Entretanto, observa-se que ela trouxe regras mais rígidas do que as vigentes antes do período pandêmico, sem a oitiva dos interessados. Dessa maneira, órgãos sindicais do Poder Judiciário ressaltam a falta de abertura para o diálogo e a inflexibilidade do CNJ ao darem apenas sessenta dias para a readaptação ao novo regime de trabalho presencial, com requerimento de suspensão da resolução do CNJ<sup>1146</sup>.

Em sentido diverso, o Colégio de Presidentes da OAB manifesta apoio à Resolução nº 481/2022 do CNJ, considerando que a presença física do juiz prevista na lei Orgânica da Magistratura é imprescindível para a prática de audiências presenciais, assim como é imperioso o comparecimento de servidores nas respectivas comarcas. Já a opção pela audiência virtual, trata-se de direito das partes, com a participação obrigatória do advogado,

---

<sup>1145</sup> SINJUS. Servidores ocupam hall do TJMG em defesa do Teletrabalho. 2023. Disponível em <https://www.sinjus.org.br/servidores-ocupam-hall-do-tjmg-em-defesa-do-teletrabalho/>. Acesso em 02.abr.2023

<sup>1146</sup> FENAJUFE. Decisões de quintos e teletrabalho revelam “injustiça em números” de tribunais superiores. 2023. Disponível em: <https://www.fenajufe.org.br/noticias/agencia-de-noticias/sindicatos/9740-decisoes-sobre-quintos-e-teletrabalho-revelam-injustica-em-numeros-de-tribunais-superiores>. Acesso em 02.abr. 2023

sob pena de se tornar obstáculo para acesso à justiça em relação àqueles que não possuem recursos tecnológicos ou, até mesmo, os considerados analfabetos digitais<sup>1147</sup>.

Sustenta-se que a falta de contato entre advogados, partes, servidores e magistrados, principalmente no que se refere às audiências e ao atendimento ao público, dificulta a prática do ofício da advocacia.

De outra forma, também se ressalta que a possibilidade de atuação em todo território nacional incrementou e facilitou o exercício da profissão, proporcionando uma advocacia mais dinâmica. Além disso, é reconhecido que o modelo de justiça digital democratizou o Poder Judiciário, tornando a justiça mais acessível, aproximando-se de toda população com acesso a internet<sup>1148</sup>.

Em meio ao cabo de guerra sustentado pelos magistrados, servidores da Justiça, CNJ e advogados, emerge a necessidade de regulamentação do teletrabalho, com diretrizes claras, de forma a coibir o que é considerado pelos advogados a resistência de alguns juízes para o retorno às atividades presenciais, bem como sobre a necessidade de definição dos atos processuais que podem ser realizados de maneira remota e quais se realizam de maneira presencial. Deve haver o ponto de equilíbrio, não sendo necessário o retorno de 100% dos juízes ao trabalho presencial, sendo possível o comparecimento em trabalho híbrido por três dias e chegar a um patamar maior de teletrabalhadores.

Não obstante a OAB estar em acordo com a decisão do CNJ em relação ao limite de 30% de servidores em teletrabalho a maioria dos representantes da classe sindical dos servidores considera um retrocesso a decisão do CNJ e considera não ter argumentos para justificarem o limite de 30% em *home office*, em razão da produtividade e diminuição de custos advinda ao Poder Judiciário com o teletrabalho/home office.<sup>1149</sup>

### **Considerações Finais**

Diante do estudo apresentado, percebe-se que o diálogo social já é um importante instrumento europeu utilizado para fomentar o debate entre parceiros sociais na matéria

---

<sup>1147</sup> OAB. Colégio de Presidentes manifesta apoio à decisão do CNJ que determinou retorno dos atos judiciais presenciais. 2023, Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/60840/colégio-de-presidentes-manifesta-apoio-a-decisao-do-cnj-que-determinou-retorno-dos-atos-judiciais-presenciais>. Acesso em 05.abr. 2023.

<sup>1148</sup> PAIVA, Fernando. Retorno ao trabalho presencial dos tribunais e o impacto na advocacia. Consultor Jurídico. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-08/fernando-paiva-retorno-trabalho-presencial-tribunais>. Acesso em 06.abr. 2023.

<sup>1149</sup> SINTRAEMG. CNJ não tem justificativas para resolução 481/2022, sustenta palestrante, em Uberlândia. 2023. Disponível em: <http://www.sitraemg.org.br/cnj-nao-tem-justificativas-para-resolucao-4812022-sustenta-palestrante-em-uberlandia/>. Acesso em 04. Abr. 2023.

sobre o teletrabalho. Foi possível também perceber o quanto o teletrabalho tem ganhado seguidores na Europa e em outros países, considerando suas vantagens para o trabalhador e a economia de custos.

É certo que no Brasil, no setor público, ainda se tem limitado o teletrabalho por meio de regulamentações que reduzem sua prática, não obstante ter sido comprovado o aumento da produtividade durante e após a pandemia.

Nesse sentido, torna-se essencial a utilização do diálogo social com a participação dos parceiros sociais na tomada de decisão, antes de realização de ações no domínio da política social, para que se tenha uma justa regulamentação do teletrabalho no Brasil.

### **Referências Bibliográfias:**

AMÂNCIO, Tiago. Home office faz trabalhador nos EUA economizar R\$ 24 mil ao ano e preocupa cidades. Folha de São Paulo. 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2023/02/home-office-faz-trabalhador-nos-eua-economizar-r-24-mil-ao-ano-e-preocupa-cidades.shtml>. Acesso em 24.abr.2023

CARVALHO, Luciana Faria de. O Teletrabalho/home office no Poder Judiciário brasileiro: desafios econômicos, regulatórios e socioambientais. São Paulo: Editora Dialética, 2022, p. 54.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Teletrabalho: CNJ aceita exceção para trabalhadores em tecnologia de informação. 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/teletrabalho-cnj-aceita-excecao-para-trabalhadores-em-tecnologia-de-informacao/>. Acesso em 04. fev. 2023.

EUROPEIA, União. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). Jornal Oficial da União Europeia, v. 7, 2016.

EUROPÉIA, União. Ato Único Europeu. 1986. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/files/in-the-past/ep-and-treaties/single-european-act/pt-resolution-on-the-single-european-act-19861211.pdf> Acesso em 04.abr.2023.

EUROPA. EU. Comissão Europeia. Teletrabalho: no entender da Comissão, o novo acordo constitui uma boa notícia para os trabalhadores e para as empresas. 2002. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP\\_02\\_1057](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_02_1057). Acesso em 05. abr. 2023.

FENAJUFE. Decisões de quintos e teletrabalho revelam “injustiça em números” de tribunais superiores. 2023. Disponível em: <https://www.fenajufe.org.br/noticias/agencia-de-noticias/sindicatos/9740-decisoes-sobre-quintos-e-teletrabalho-revelam-injustica-em-numeros-de-tribunais-superiores>. Acesso em 02.abr. 2023.

GÓES, Geraldo Sandoval; DOS SANTOS MARTINS, Felipe; DE OLIVEIRA ALVES, Vinícius. O teletrabalho potencial no Brasil e sua distribuição urbana, rural e regional. p. 107, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2022. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526\\_notas\\_20\\_teletrabalho\\_no\\_brasil\\_final.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/220526_notas_20_teletrabalho_no_brasil_final.pdf). Acesso em 02.mar.2023.

ITInsight. “As tendências que vão moldar o trabalho em 2023”. 2022. Disponível em: <https://www.itinsight.pt/news/mobilidade/as-tendencias-que-vaio-moldar-o-trabalho-em-2023>. Acesso em: 28.fev. 2023.

KAHNEMAN, Daniel; SIBONY, Olivier; SUNSTEIN, Cass R.. Ruído. Uma falha no julgamento humano. *Objetiva*. 2021, p. 46,48.

KENEDY, Aoife; DANESI, Sara. Diálogo Social. Fichas Temáticas sobre a União Europeia. 2022. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/58/dialogo-social>. Acesso em 04.abr.2023

KERVALT, Marcelo. Home office deve crescer 30% após pandemia, aponta estudo. SOBRATT. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.sobratt.org.br/12042020-home-office-devecrescer-30-apos-pandemia-aponta-estudo/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

SILVA, Antônio Dias; GEORGARAKOS Dimitris; WEIBLER, Marco. *How eople want to work – preferences for remot work after the pandemic*. 2023. ECB Economic Bullerin. Disponível em: [https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2023/html/ecb.ebbox202301\\_04~1b73ef4872.pt.html](https://www.ecb.europa.eu/pub/economic-bulletin/focus/2023/html/ecb.ebbox202301_04~1b73ef4872.pt.html). Acesso em 27. fev. 2023.

# AFFECTIO SOCIETATIS FOR BRAZILIAN AND FRENCH COMPANIES

Maria Carolina Assi Alencar<sup>1150</sup>

**Summary:** 1. Meaning of Affectio Societatis by Brazilian Law and by French Law; 2. Exclusion of a Partner Founded by Breach of Affectio Societatis in Brazil and France; 3. The Application of the Concept of Affectio Societatis by the Cour de Cassation to identify fictitious companies; 4. The Application of the Concept of Affectio Societatis cases of *sociétés créée de fait* and *sociedades em comum*.

**Abstract:** The present work aims to present initial reflections on the decisions of the Superior Court of Justice in Brazil and the decisions of the Chambre de Commerce of the Cour de Cassation in France on issues involving the concept of affectio societatis, a special criterion for the constitution of a partnership agreement in both jurisdictions. Thus, this paper is characterized as a doctrinal and jurisprudential study of the concept of affectio societatis in the Brazilian and French legal systems. After the analysis, it is clear the affectio societatis has a relatively similar meaning for magistrates in Brazil and France. It has been applied to solve similar problems. Both Brazilian and French judges face litigation related to the dissolution of a partnership due to breach of affectio societatis. However, French judges additionally deal with problems involving fictitious partnerships and consequences of the arguments founded by the theory of appearance, normally alleged by supposed partners and third parties in cases of sociétés créées de fait. By comparing the different decisions of these two courts, one is able to understand how the jurisprudence affects business organization.

**Keywords:** Affectio societatis; Superior Court of Justice; Cour de Cassation; partnership.

## 1. Meaning of Affectio Societatis by Brazilian Law and by French Law

It is important to understand the origins of the concept of affectio societatis and, subsequently the concept of this institute defined by legal writers and judges from each country. Ultimately, this paper will present how it is applied in Brazil and in France, considering the most relevant subjects.

Analyzing the origins of the expression "affectio societatis", it is noted that it was borrowed from a fragment of Ulpian's text (ADAMEK & FRANÇA, 2009; COELHO, 2010; GUYON & MAIROT, 2023; LEITE JÚNIOR, 2006; LUCENA, 2012; REQUIÃO, 1959), which presented the distinction between "company" and the notion of "indivision". In essence, according to this text, in a "company", an express consent between the parties was crucial for one of them to act in favor of the partner, otherwise it would only be the management of an indivisible good and it would be an "indivision" (Ulpianus, Libro 2 Ad edictum<sup>1151</sup>; SIMON, 2016).

---

<sup>1150</sup> Master's student in Corporate Law at Sorbonne University (Université Panthéon Assas – Paris 2), Paris. E-mail : mcarolassialencar@outlook.com

<sup>1151</sup> The expression affectio societatis is mentioned at Digesto, Book 31 by Ulpian (Roman jurist).

In this case, it is concluded that the *affectio societatis* has probably its origins in Roman Law, in a way that it differentiated ordinary co-ownership<sup>1152</sup>, resulting from a start of a succession, from social co-ownership, resulting from a contract between "partners" (GUYON & MAIROT, 2023; P. & Ph. DIDIER, 2011). However, this term seems to disappear for medieval jurists, who actually decided to replace the term "affectio" with "animus" (DE ROSATE, 2009).

Jean-Marie Pardessus was one of the authors of the 19th century who returned with the expression *affectio societatis*, dedicating his research to the intention of the partners, however, he was unable to define it concretely. On the other hand, Robert-Joseph Pothier discreetly explores this concept, with a greater focus on defining the nature of society as a "quasi-contract":<sup>1153</sup> *“Partnership and community are not the same thing. Partnership is the contract by which two or more people agree to put something in common. When, in execution of this contract, they have effectively pooled what they had agreed to put in, a community is formed between them. This species of community is also called partnership, because it is formed in execution of a partnership agreement. There is also a community which is formed between several people, without any agreement having been entered into between them, nor consequently any partnership agreement, such as when an estate has fallen to several heirs, or when a bequest has been made jointly to several legatees. (...) This community is not a contract, but it is a quasi-contract.”*

Gradually, French jurisprudence appropriated the concept of *affectio societatis*. Initially, this intention to be a partner was seen as one of the general conditions of the articles of association<sup>1154</sup> (Cass., ch. req., 8 January 1872): *“the partnership agreement requires, as essential conditions of its formation, the intention of the parties to associate, a common thing, and participation in the profits and losses of the company”*.

In the last fifty years, in French law, the majority doctrine returns with the idea that the *affectio societatis* is a special condition of the partnership contract, precisely because it

---

<sup>1152</sup> Free translation. Original version: contrato de compropriedade.

<sup>1153</sup> Free translation. Original version : « La société et la communauté ne sont pas même chose. La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution de ce contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étoient convenues d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entre elles. Cette espèce de communauté s'appelle aussi société, parce qu'elle est formée en exécution d'un contrat de société. Il y a aussi une communauté qui se forme entre plusieurs personnes, sans qu'il soit intervenu entre elles aucune convention, ni par conséquent aucun contrat de société, comme lorsqu'une succession est échue à plusieurs héritiers, ou qu'un legs a été fait conjointement à plusieurs légataires. (...) Cette communauté n'est pas un contrat, mais c'est un quasi-contrat. »

<sup>1154</sup> Free translation. Original version : « le contrat de société exige, comme conditions essentielles de sa formation, l'intention des parties de s'associer, une chose mise en commun, et la participation aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise. »

distinguishes partnership agreements from other contracts. This was the understanding of the Cour de Cassation when: it referred to *affectio societatis* as the intention to collaborate with equality for the realization of a common project<sup>1155</sup> (Cass., ch. com., 23 June 2004; LUCAS, 2005), clarifying that this concept translates into the existence of a true bond between partners<sup>1156</sup> (Cass., ch. civ. 3, 8 January 1975; Cass., ch. com., 22 June 1999; BALENSI, 1976; MESTRE, J., PANCRAZI, M.-È, VIGNAL, N., GROSSI, I., MERLAND, L. & MESTRE-CHAMI, A. S., 2021).

Other decisions of the Cour de Cassation define *affectio societatis* with similar words. Its main elements are: (i) a willingness to collaborate in (ii) an egalitarian way (iii) from the perspective of a common interest. This last element was already represented by a willingness to administrate a patrimony (Cass., ch. com., 15 May 1974)<sup>1157</sup>, to collaborate effectively with the equal exploitation of a fund (Cass., ch. com., 3 June 1986<sup>1158</sup>; Cass., ch. civ. 1, 1st October 1996<sup>1159</sup>) and to unite and converge interests (Cass., ch. com., 27 February 1996; BARBIÈRI, 1996).

Presently, French doctrine and jurisprudence list several functions of *affectio societatis*: (a) to distinguish the articles of association from other agreements (CA Paris, 15 November 2002, 2001/18596; Cass., ch. com., 18 November 1997; Cass., ch. com., 25 July 1949)<sup>1160</sup>; (b) to use in cases of litigation between partners of a *société créée de fait* (Cass., ch. com., 9 November 1981; Cass., ch. com., 2 February 1988)<sup>1161</sup>; (c) a cause of nullity of a

---

<sup>1155</sup> Free translation. Original version : « intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun ».

<sup>1156</sup> Free translation. Original version : « Mais attendu, d'abord, que la Cour d'Appel retient a bon droit que la nullité d'une société pour défaut d'*affectio societatis* entraîne l'inexistence de tout lien véritable d'association entre les pseudo-associés et exclut notamment que les apports de ceux-ci soient entres dans un patrimoine commun ».

<sup>1157</sup> Free translation. Original version: « Ils ont manifesté leur volonté de se grouper pour mettre en valeur et gérer une partie de leur patrimoine. »

<sup>1158</sup> Free translation. Original version : « Attendu qu'en statuant de la sorte, la Cour d'appel, qui n'a pas recherché si en " s'intéressant " à la gestion du fonds M. Y... avait collaboré de façon effective à l'exploitation de ce fonds dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité avec son associé aux bénéfices tout en participant dans le même esprit aux pertes, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

<sup>1159</sup> Free translation. Original version : « Et attendu, enfin, qu'ayant souverainement relevé que MM. Y... et B... ont volontairement, activement et de manière intéressée et égalitaire collaboré au sein de la clinique dans l'exercice de l'art médical, qu'ils ont adopté un comportement d'associé et ont exprimé une volonté d'union ainsi qu'une convergence d'intérêts, la cour d'appel a par là-même caractérisé "l'*affectio societatis*" ayant existé entre eux. »

<sup>1160</sup> The *affectio societatis* is a means of distinguishing between the partnership contract and neighboring contracts or other similar legal situations. French judges confirm the difference between (i) the partnership contract and the suretyship (in French: *cautionnement*); (ii) and joint ownership (in French: *indivision*); (iii) and cohabitation (in French: *concubinage*).

<sup>1161</sup> Some examples on this topic are presented in cases where French jurisprudence determines that operating a company with a spouse does not mean an intention to become a partner.

company (Cass., ch. com., 3 March 2021)<sup>1162</sup>; it is discussed in cases (d) of exclusion of partners (Cass., ch. com., 12 March 1996)<sup>1163</sup> and (e) dissolution by court decision when it is absent (Cass., ch. civ. 3, 16 March 2011)<sup>1164</sup>.

It is important to point out that French Corporate Law has a lot of similarities with Brazilian Corporate Law even today. Definitions about the partnership agreement (a) and its termination (c, d and e) are the main examples of this, although this influence does not mean a complete similarity.

Starting by analyzing its meaning, legal authors in Brazil define *affectio societatis* as a "societal affection" (a subjective element of the partnership) to achieve common ends, which are, certainly, a business convention (MAMEDE, 2022; SACRAMONE, 2022). In more concrete terms, Professor Carvalho de Mendonça (1954) explains that *affectio societatis* in Brazil translates into four essential components: (i) active, (ii) consistent and (iii) egalitarian collaboration of contractors for (iv) realization of a profit to be shared.

Modesto Carvalhosa and Fernando Kuyem (2016) conceptualize this institute focusing on two main elements: consent and willingness to belong to a legal entity. In this respect, the authors posit an analogy with marriage, whereby vows are renewed day after day. The same reasoning is applied by Costa (2015), who clarifies that the spirit of incorporating a company does not end with the conclusion of the contract, but that it must persist while it is in force.

Nevertheless, there is still a minority of Brazilian doctrine that rejects French legal thinking that *affectio societatis* is crucial for the continuity of the company. The main argument of scholars such as Santos (2017) is that this meaning of the expression obliges the partners to cooperate, a condition apparently prohibited by the Brazilian Federal Constitution in article 5º, XX. In this discussion, other authors interpret that, as a matter of fact, the application of this article is restricted to non-profit associations (GONÇALVES NETO, 2007).

---

<sup>1162</sup> This is a case in which the Court of Cassation validated the arguments of the Court of Appeal of Lyon to declare the nullity of a company: "In the state of these findings and assessments, showing that the parties do not had not agreed on the purpose of the companies they planned to set up, that the assets to be acquired were to be used to achieve, from which it was able to deduce the absence of *affectio societatis* and, consequently, the nullity of the companies' promise, the Court of Appeal legally justified its decision." (Free translation).

<sup>1163</sup> The Cour de Cassation established the principle that a partner cannot be excluded from a company, as a rule; except, if provided for in the statutes or the law.

<sup>1164</sup> In this topic, the most important issue deals with the interpretation of the Cour de Cassation in the sense that the lack of *affectio societatis* alone cannot be grounds for determining the dissolution of a company, unless accompanied by the paralysis of its operation.

In Brazil, the Articles of Association is formed by general and specifics conditions. The first ones, provided by Article 104 of Brazilian Civil Code, are: capable agent; licit, possible, determined or determinable purpose, and form provided or not prohibited by law. These conditions also are used to verify if other juristic acts are valid or not, according to Brazilian law. Despite that, the indicated Code establish in its Article 981 the special conditions: plurality of partners, formation of share capital and share of profit and loss.

In France, the Articles of Association is also formed by general and specifics conditions. The general conditions, provided by articles 1128 and 1162 of the French Civil Code<sup>1165</sup>, are: a capable agent, who is conscient about his obligations; licit and certain object; and, the French Articles of Association cannot derogate from public order by its purpose. The other special conditions are provided in the Article 1832<sup>1166</sup>: plurality of partners, existence of a contribution, the exercise of a licit activity, defined in the statutes and participation in the results.

Far beyond the origins, concept and importance of *affectio societatis* in the notion of a partnership agreement, there remains the jurisprudential analysis of other issues that directly interfere with the organization of companies in Brazil and France, which will be addressed in the following paragraphs.

## **2. Exclusion of a partner founded by breach of *affectio societatis* in France and in Brazil**

In both jurisdictions, there are several discussions involving the exclusion of partners and the *affectio societatis*. In this paper, the main focus will be on hypotheses involving the exclusion by court decision of a partner who has committed a serious misconduct in the exercise of his obligations.

First, it is evident that the *affectio societatis* is an implicit foundation that sustains the rights and obligations of the partners. In French law, judges consider two primary obligations of partners, which they cannot violate: to accept the majority decision and not to become a conscientious member of the society of which one is a part (Cass. com., 6 May 1991; VIANDIER, 1991; GUYON, 1991; GOUTAY & DANOS, 1997; HONORAT, 1999).

---

<sup>1165</sup> Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, these Articles predict : «

<sup>1166</sup> Modifié par Loi n°85-697 du 11 juillet 1985 - art. 1 ¶ JORF 12 juillet 1985 rectificatif JORF 13 juillet 1985

The primary discussion in French law consists of the jurisprudential controversy, involving the possible change of the sanction of dissolution of the partnership justified by the lack of *affectio societatis* for the simple exclusion of the partner who alleges the absence (GIBIRILA, 2017). The fact that the *affectio societatis* is considered a special condition of a partnership agreement could be used as a basis for demanding the dissolution of a partnership in the face of its absence. However, the major impasse is that French corporate law does not have any general norm that allows this exclusion. (BOUGNOUX & CASTAGNÉ, 2021).

The majority of French jurisprudence ended up rejecting the thesis that the society deserved dissolution due to the mere lack of *affectio societatis*. Far from being the end of this discussion, one of the greatest moments it was when the Cour de Cassation refused the dissolution of the company due to an alleged serious disagreement and opted for the exclusion of the problematic partner (DAIGRE, 1996; Cass. com., 12 mars 1996).

Brazilian judiciary faces a similar debate. In the case of limited liability companies, the most well-known litigation deals with requests for the exclusion of partners based on the loss of *affectio societatis*. Similar to France, Brazil also chooses to privilege the principle of preservation of the company: the loss of *affectio societatis* cannot be the only argument for a request for the exclusion of a partner. Demonstration of just case is also required (AREsp 1294318 ; TP 4267).

The perception is that most monocratic decision of the Superior Court of Justice In Brazil result from the judges not acknowledging the mere loss of *affectio societatis* as a basis for requesting the exclusion of the partner. These judges find that it is necessary to demonstrate “a risk to the continuity of the company” (REsp 1.129.222/PR ; AgInt no REsp 1913037 / PE ; AgInt no REsp 1479860 / RJ; AgInt no AREsp 557192 / MS).

Regarding the issue of exclusion of partners based on breach of *affectio societatis*, two articles of the Brazilian Civil Code accompany this evolution of jurisprudence. In the case of limited liability companies, the generic and abstract concept of “loss of *affectio societatis*” was modified by the expression “serious misconduct capable of compromising or putting social activities at risk” in the Article 2.002. In the same sense, Article 1.030 does not admit the exclusion of a partner for no reason and considers the shallow justification of “lack of *affectio societatis*” as such, opposing the previous Brazilian legislation: the Beviláqua Code (AREsp 1294318).

Brazilian judges clarify that disagreements between partners do not necessarily result in serious misconduct and do not pose a risk to the continuity of activities (AREsp 1294318). In this way, the similarity with France is remarkable since the Cour de Cassation has already decided that affectio societatis alone is not a reason for dissolution of a society (Cass., ch. civ. 3, 16 March 2011).

### **3. The application of the concept of affectio societatis by the Cour de Cassation to identify fictitious companies**

According to Martin-Serf (2019), French law defines a fictitious company as a legal entity without the main condition of the Articles of Association, which is the affectio societatis. In her words<sup>1167</sup>: *“Some companies, such as sociétés en participation, actually exist without appearing in broad daylight, while fictitious companies, also called front companies, have an appearance dissociated from reality. These sorts of legal phantoms are not in accordance with the fundamental definition of article 1832 of the Civil Code, which supposes that two or more people agree to put something in common in order to share the profit or take advantage of the economy which may result. The affectio societatis understood as the will to unite and the acceptance of common hazards is lacking, even if in the eyes of the public society has all the appearances of a company in good and due form: the incorporation formalities, including those of publicity, have been completed; a denomination and a seat have been chosen and organs have been appointed.”*

French jurisprudence has at various times decided that affectio societatis is a criterion for the existence of a company, in addition to being a condition for its validity. For example, the Cour de Cassation has already determined that, despite the financial contribution through investments, the pseudo-partners did not form a common asset and did not have a genuine will to associate (Cass. 3e civ., 8 January 1975)<sup>1168</sup>. On another occasion, the same Cour

---

<sup>1167</sup> Original version : Certaines sociétés en effet, comme les sociétés en participation, existent réellement sans apparaître au grand jour, alors que les sociétés fictives, encore appelées sociétés de façade, ont une apparence dissociée de la réalité. Ces sortes de fantômes juridiques ne répondent pas à la définition fondamentale de l'article 1832 du Code civil qui suppose que deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. L'affectio societatis entendu comme la volonté d'union et l'acceptation d'aléas communs fait défaut, même si aux yeux du public la société a toutes les apparences d'une société en bonne et due forme : les formalités de constitution, y compris celles de publicité, ont été accomplies ; une dénomination et un siège ont été choisis et des organes ont été désignés.

<sup>1168</sup> La Cour d'Appel retient a bon droit que la nullité d'une société pour défaut d'affectio societatis entraîne l'inexistence de tout lien véritable d'association entre les pseudo-associés et exclu notamment que les apports de ceux-ci soient entres dans un patrimoine commun.

reinforced the recognition of the parties themselves regarding the significant lack of affectio societatis at the time of incorporation of the company (Cass. 3e civ., 22 June 1976)<sup>1169</sup>.

In order to understand the evolution of French law, it is important to remember that between the years 1920 and 1995, the predominant theory for the application of sanctions by the Cour de Cassation in cases of fictitious companies was called the "theory of non-existence" (Cass. 3e civ., 8 January 1975; Cass. com., 19 déc. 1983; CA Paris, 16 November 1993: JurisData n° 1993-600043). In this hypothesis, the judges did not proclaim the nullity of a company that appeared to be fictitious in view of the evidence presented by a third party or a former partner. Instead, they proclaimed the company's non-existence.

However, the motivations of the Cour de Cassation evolved and this old theory was dispelled. Currently, non-existence is no longer pronounced as a sanction. The case that changed this perspective in France is called *Arrêt Lumale* (Cass., com., 16 June 1992), which dates from 16 June 1992. In this case, the Cour de Cassation rejected the argument that a non-existent company should not pay taxes. From then on, French judges began to proclaim the nullity of fictitious societies as a sanction (Cass., com., 22 June 1999).

In this sense, French law classifies fictitious societies as those that have a complete lack of affectio societatis and contributions, existence of friendship or kinship ties and do not perform any activity (LECOURT, 2022).

Several cases in Brazilian jurisprudence mention indications that identify shell companies: (i) confusion of assets (RMS 54177 / RJ); (ii) suspicious financial movements (RHC 151515 / PE); (iii) false documentation and simulation of operations (HC 715307 / PB); (iv) constitution of credit on behalf of third parties (AgRg no RHC 156183 / RS). All these indications assume the absence of affectio societatis, since a process is subject to disregard of the legal personality by the judge to verify the facts in a process, in the face of deviation of purpose and confusion of assets (article 50 of the Brazilian Civil Code).

In Brazilian law, despite the principle of continuity of the company having always had a certain privilege in the motivation of judges of corporate law, the content of Judgment Special Appeal n. 582421/MS (REsp 582421 / MS), reported by Minister Humberto Gomes de Barros, consolidated the understanding that companies with the use of a fictitious person generate the total dissolution of the company.

---

<sup>1169</sup> que dame Y..., Alphazan, Morgat et Megge ont reconnu ne pas avoir eu à l'origine l'affectio societatis nécessaire à la constitution d'une société

Nullity and dissolution are different solutions, but the fact is that both jurisdictions use the concept of *affectio societatis* to detect, based on its absence, the so-called "statutory societies".

#### **4. The application of the concept of *affectio societatis* in cases of *sociétés créée de fait* and *sociedades em comum***

Before explaining the application of the *affectio societatis* for the judges of the Court of Cassation, it is necessary to define the company created in fact, a specificity of French company law. This type of company has all the elements of a partnership contract, according to article 1832 of the Civil Code. On the other hand, in this case, the economic partners have not officially constituted the company, even if they behave like real partners, who are not aware of this possibility (COZIAN, VIANDIER & DEBOISSY, 2022).

As a result, the question is whether these companies exist or not. For this reason, the French legislator has established that this proof to be made by all means (Articles 1871 and 1873 of the French Civil Code).

In this sense, the main form of *société créée de fait* occurs between two concubines, so that the Cour de Cassation has already decided that, in the face of the exploitation of a goodwill, help and assistance are a mere part of common life and do not involve *affectio societatis* and thus, the ex-concubine is not entitled to half of the profits acquired from this exploitation after the separation (Cass. civ. 1, 23 June 1987).

Another important decision was in the case where the Cour de Cassation recognized the existence of a *société créée de fait* in a context where two spouses financed a house to serve as their main residence. In this case, the *affectio societatis* was recognized and, in case of divorce, the ex-husband is entitled to half of the amount dispensed (Cass. civ. 1, 11 February 1997).

Finally, it is urgent to comment on the decision of the Cour de Cassation in order to determine that third parties can make use of the theory of appearance to appeal to the court and demonstrate the existence of a *société créée de fait* (showing, for example, that the *affectio societatis* is apparent only and the other elements of the articles of incorporation globally), but the former partner must show each element of the articles of association individually, according to article 1832 of the Civil Code (Cass. Com., 8 July 2003).

In Brazil, the *sociedade em comum*, governed by articles 986 to 990 of the Civil Code, has the following characteristics: (i) it is a partnership without legal personality (without

registration), established by simple agreement between the partners; (ii) given this lack of personality, the partners have a special "patrimony" composed of credits and debits that may arise before the company's registration; (iii) the partners have joint and unlimited obligations (MAMEDE, 2022; SACRAMONE, 2022; COELHO, 2021).

All these mentioned characteristics are also seen in the *sociétés crée de fait* in French law. However, three interesting points deserve to be highlighted: (i) in Brazil and France, former partners and third parties go to court to ask for recognition of the existence of this company; (ii) the partners' liability regime vis-à-vis third parties differs; (iii) the application of *affectio societatis*.

In France, the theory of appearance is applied when the author of the *société créée de fait* recognition action is a third party, that is, that third party must prove global elements that he was contracting a company and not an individual. In Brazil, article 12 of the Code of Civil Procedure combined with article 987 of the Civil Code clarify that, in this case, evidence is accepted by any means.

On the other hand, in cases of lawsuits between partners (or former partners) or against a third party, it is up to the plaintiff to prove the existence of the *sociedade em comum* in Brazil through a written document (article 987 of the Civil Code). In a similar situation involving *sociétés crée de fait*, French judges require that the evidence brought by the former partner demonstrate all the elements of the articles of association, defined in article 1832 of the Civil Code (Cass. Com., 8 juill. 2003).

As for the liability of partners vis-à-vis third parties, in French law the *société créée de fait* has the same regime as the *société en participation* (Code Civil, articles 1872-1 and 1873), that is, the partners can respond jointly if the company has object commercial. However, in Brazil, the obligations are joint and several and unlimited, so that the liability applied to the partners is of a subsidiary and unlimited personal nature of all, recognizing the benefit of the order (Civil Code, articles 988-990).

As for the application of *affectio societatis* in French law in cases of *sociétés créées de fait*, the concept is mostly used in cases of recognition of partnership between ex-spouses. In France, judges analyze each situation to see which acts demonstrate "a life in common between two spouses" and which represent "genuine social activities carried out by a spouse who is not recognized as a partner". However, in Brazil, judges require a written document proving the existence of a *sociedade em comum* between spouses. Otherwise, the company

is not recognized in court (REsp 1706812 / DF; AREsp 1523570; REsp 1787324 ; REsp 1706812).

## Bibliographical Sources

ADAMEK, Marcelo Vieira von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. “*Affectio societatis*”: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social, in Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, v. 149/150, p. 108-130, 2009.

BALENSI, I. Notes sur Cour de Cassation, chambre civile 3, 8 January 1975, 73-13.635. Revue des sociétés, Dalloz, 1976, p. 301.

BARBIÈRI, Jean-François. Notes sur Cour de Cassation, chambre commerciale, 27 February 1996. Revue des sociétés, Dalloz, 1996, p. 550.

BOUGNOUX, Anne. CASTAGNÉ, Suzel. *Dissolution des sociétés - Causes de dissolution communes à tous les types de sociétés*. JurisClasseur Sociétés Traité. Lexis 360 Intelligence. 2021.

BRAZIL. Lei n.º.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial N.º 1294318 (AREsp 1294318) - SP (2018/0115345-0). Relator: Ministro Raul Araújo. DJe 28/02/2023.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial N.º 1523570 - RN (2019/0171772-2). Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado em 06/08/2020.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 2014/0189582-3 (AgInt no AREsp 557192 / MS). Relator: Ministro Marco Buzzi, quarta turma, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 2020/0340668-9 (AgInt no REsp 1913037 / PE). Relator : Ministro Raul Araújo, quarta turma, julgado em 12/12/2022, DJe 14/12/2022.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial 2014/0066204-5 (AgInt no REsp 1479860 / RJ). Relator: Ministro Lázaro Guimarães, quarta turma, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2021/0345961-0 (AgRg no RHC 156183 / RS). Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Sexta turma. Julgado em 07/12/2021. DJe 17/12/2021.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 2021/0407444-8 (HC 715307 / PB). Relator: Ministra Laurita Vaz. Sexta turma. Julgado em 15/02/2022. DJe 25/02/2022.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Tutela Provisória N.º 4267 (TP 4267) - RS (2022/0384159-0). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJe 09/12/2022.

BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp 1.129.222/PR) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR). Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe de 1º/08/2011.

- BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp 1706812) Nº 1.706.812 - DF (2017/0281834-5). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicado em 06/09/2018.
- BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp 1706812) Nº 1.706.812 - DF (2017/0281834-5). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Publicado em 06/09/2018.
- BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp 1787324) Nº 1.787.324 - MG (2018/0334745-9). Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Publicado em 07/03/2019.
- BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 2003/0134236-7 (REsp 582421 / MS). Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Terceira turma. Julgado em 12/04/2005. DJ 09/05/2005 p. 394. RSTJ vol. 199 p. 359.
- BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 2021/0249008-8 (RHC 151515 / PE). Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Sexta turma. Julgado em 22/02/2022. DJe 25/02/2022.
- BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança Nº 2017/0123489-7 (RMS 54177 / RJ). Relator: Ministro Olindo Menezes. Sexta turma. Julgado em 08/02/2022. DJe 15/02/2022. RSTJ vol. 265 p. 1063.
- CARVALHO DE MENDONÇA. *Tratado de Direito Comercial BRASILEIRO*. 5. ed. atualizada por Achilles Bevilacqua e Roberto Carvalho de Mendonça. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.
- CARVALHOSA, Modesto; KUYEM, Fernando. “*Sociedades Anônimas*” in *Tratado de Direito Empresarial*, Vol. III, Modesto Carvalhosa, coordenador, 2ª Ed. revista, atualizada e ampliada, Ed, Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 23. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. ISBN: 9786559919062.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial: v. 2: direito de empresa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, Gabriel José Bernardi. A “*affectio societatis*” no Direito Romano. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 170, p. 140-150, 2015.
- COZIAN, Maurice; DEBOISSY, Florence; VIANDIER, Alain. *Droit des Sociétés*. Éditeur: LexisNexis. Collection: Manuels, 35e édition. Parution : 11/08/2022. EAN : 9782711037049.
- DAIGRE, Jean-Jacques. *De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution*. Issu de Bulletin Joly Sociétés - n°7-8 - page 576. ID: JBS-1996-204. 01/07/1996. Available in: <https://www.labase-lextenso.fr/bulletin-joly-societes/JBS-1996-204>. Access on 25/04/2023.
- DE ROSATE, Albericus. *Dictionarium iuris: tam civilis, quam canonici*. Volume 100 de Ius commune. Volume 1 de Ius commune: Dictionarium et repertorium. Vico-Verlag, 2009. ISBN: 3936840180, 9783936840186.
- DIDIER, P. et Ph., *Droit commercial, T. II, Les sociétés commerciales* : Economica, 2011, note 1.
- FRANCE. Code Civil des français. Promulgué le 21 mars 1804.

FRANCE. Cour d'Appel de Paris, 25ème chambre, section A, 15 November 2002, 2001/18596. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006939611>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour d'Appel Paris, 3ème chambre, section A, 16 November 1993, n. 93-006469. Available in Lexbase premium (<https://www.lexbase-fr.docelec-u-paris2.idm.oclc.org/jurisprudence/2246986-ca-paris-3e-a-16111993-n-93006469>). Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre civile 1, 11 February 1997, 95-13.029. Publication au bulletin. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007037637>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre civile 1, 1st October 1996, 94-19.530. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007299438>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre civile 1, 23 June 1987, 85-18.308. Available in Lexbase premium (<https://www.lexbase-fr.docelec-u-paris2.idm.oclc.org/jurisprudence/1022592-cass-civ-1-23061987-n-8518308-cassation>). Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre civile 3, 16 March 2011, 10-15.459. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023742742?isSuggest=true>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre civile 3, 16 March 2011, 10-15.459. Available in: [https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023742742?page=1&pageSize=10&query=16+mars+2011+affectio+societatis&searchField=ALL&searchType=ALL&tab\\_selection=all&typePagination=DEFAULT](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023742742?page=1&pageSize=10&query=16+mars+2011+affectio+societatis&searchField=ALL&searchType=ALL&tab_selection=all&typePagination=DEFAULT). Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre civile 3, 22 June 1976, 74-10.119. Publication au bulletin. Available in: [https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007072844?page=1&pageSize=10&query=22+juin+1976+chambre+civile+3+affectio+societatis&searchField=ALL&searchType=ALL&tab\\_selection=all&typePagination=DEFAULT](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007072844?page=1&pageSize=10&query=22+juin+1976+chambre+civile+3+affectio+societatis&searchField=ALL&searchType=ALL&tab_selection=all&typePagination=DEFAULT). Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre civile 3, 8 January 1975, 73-13.635. Publication: Bulletin ARRETS Cour de Cassation Chambre civile 3 N. 2 P. 2. Available in: [https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006993619?fonds=JURI&page=1&pageSize=10&query=8+janvier+1975&searchField=ALL&searchType=ALL&tab\\_selection=all&typePagination=DEFAULT](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006993619?fonds=JURI&page=1&pageSize=10&query=8+janvier+1975&searchField=ALL&searchType=ALL&tab_selection=all&typePagination=DEFAULT). Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 12 March 1996, 93-17.813. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007034723?isSuggest=true>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 15 May 1974, 72-12.797. Publication : Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 159 P. 127. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006992016>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 16 June 1992, 90-17.237. Publication au bulletin. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007029193/>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 18 November 1997, 96-10.999. Available in: <https://www.labase-lextenso.fr/jurisprudence/JURITEXT000007361422>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 19 December 1983, 82-12179. Publication au bulletin. Available in Lexbase premium (<https://www.lexbase-fr.docolec-udparis2.idm.oclc.org/jurisprudence/1015183-cass-com-19121983-n-8212179-publie-au-bulletin-rejet>). Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 2 February 1988, 86-15.226. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007082371?isSuggest=true>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 22 June 1999, 98-13.611. Publication : Bulletin 1999 IV N° 136 p. 113. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007042644>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 22 June 1999, 98-13.611. Publication au bulletin. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007042644>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 23 June 2004, 01-14.275. Publication : Bulletin 2004 IV N° 135 p. 149. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007046971>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 25 July 1949, 49-39.306. Publication : Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 307 p. 784. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006953346>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 27 February 1996, 94-14.568. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007301191>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 3 March 2021, 19-10.693. Available in: [https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043253209?init=true&page=1&query=3+mars+2021+affectio+societatis&searchField=ALL&tab\\_selection=all](https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043253209?init=true&page=1&query=3+mars+2021+affectio+societatis&searchField=ALL&tab_selection=all). Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 3rd June 1986, 85-12.118. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007017532/>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 6 May 1991, 89-13.780. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007026331>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 8 July 2003, 99-19.821. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007462940?isSuggest=true>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre commerciale, 9 November 1981, 80-12.477. Publication : Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre commerciale N. 385. Available in: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007008448>. Access on 25/04/2023.

FRANCE. Cour de Cassation, chambre des requêtes, 8 January 1872. In: Journal des Tribunaux de Commerce, 1872, Vol. 21: Renfermant l'Exposé Complet de la Jurisprudence Et de la Doctrine des Auteurs en Matière Commerciale; 21e Année, pages 291-292.

GIBIRILA, Deen. *Société - Dispositions générales - Constitution de la société: contrat de société*. JurisClasseur Civil Code. Lexis 360 Intelligence. 2017.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOUTAY, Ph. & DANOS, F. *De l'abus de la notion d'intérêt social : D. affaires*. 1997.

GUYON, Yves. *Affectio Societatis*. JurisClasseur Sociétés Traité. Lexis 360 Intelligence. Actualisé par Adrien Mairot. Date de la dernière mise à jour: 7 mars 2023.

GUYON, Yves. *Revue sociétés 1991 - Cass. com.*, 26 nov. 1996 : Bull. civ. IV, n° 284.

HONORAT, J. *Qu'est-ce qu'un actionnaire ? La situation des actions de sociétés anonymes dans le cadre des régimes matrimoniaux* : Revue sociétés, 1999.

LECOURT, Benoit. *La lutte contre les sociétés fictives: le regard du commercialiste*. La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 49, 08 décembre 2022, 1397. Lexis 360 Intelligence. 2022.

LEITE JÚNIOR, Carlos Antônio Goulart. *Affectio societatis: na sociedade civil e na sociedade simples*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LUCAS, François-Xavier. *Conditions d'existence des sociétés dites « créées de fait » entre concubins : la mise au point de la Cour de Cassation*. Note sous Cour de Cassation (1er ch. civ.) 12 May 2004 and Cour de Cassation (ch. com.) 23 June 2004. Revue des sociétés, 2005, Dalloz. Available in:

[https://www-dalloz-fr.docelec-utp.paris2.idm.oclc.org/documentation/Document?ctxt=0\\_YSR0MD1mcmFuw6dvaXMgbHVjYXMgbm90ZSBzdXIgbGEgY291ciBkZSBjYXNzYXRpb24gYWZmZWNoaW8gc29jaWV0YXRpc8KneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhcmNo&ctxtl=0\\_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYIBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNlwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNlwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNlwqdzJGJxPcKncyRzZWZyY2hMYWJlbD3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9wqdzJHo9REFURS8yMDA1&id=REVSOC%2FCHRON%2F2005%2F0022](https://www-dalloz-fr.docelec-utp.paris2.idm.oclc.org/documentation/Document?ctxt=0_YSR0MD1mcmFuw6dvaXMgbHVjYXMgbm90ZSBzdXIgbGEgY291ciBkZSBjYXNzYXRpb24gYWZmZWNoaW8gc29jaWV0YXRpc8KneCRzZj1zaW1wbGUtc2VhcmNo&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYIBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNlwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNlwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNlwqdzJGJxPcKncyRzZWZyY2hMYWJlbD3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9wqdzJHo9REFURS8yMDA1&id=REVSOC%2FCHRON%2F2005%2F0022). Access on 25/04/2023.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas: comentários à lei: v. 3: arts. 189 a 300*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012..

MAMEDE, Gladston. *Manual de direito empresarial*. Barueri, SP : Atlas, 2022. 16. ed. ISBN 97865-59-77198-1.

MARTIN-SERF, Arlette. *Consentement des Parties - Sociétés fictives et frauduleuses*. JurisClasseur Sociétés Traité. Date du fascicule: 18 Décembre 2019. Lexis 360 Intelligence.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial BRAZILeiro*, vol. III, Livro II, Parte III, Das Sociedades Comerciais, 5ª edição posta em dia por Achilles Bevilacqua Roberto de Carvalho Mendonça, Ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro/São Paulo, 1954.

MESTRE, J., PANCRAZI, M.-È, VIGNAL, N., GROSSI, I., MERLAND, L., MESTRE-CHAMI, A. S. *Droit Commercial*, tome 1, *Activité commerciale structures d'entreprise (commerçants, sociétés et autres groupements)*. Lextenso, 9782275099743, september, 2021, 31st Edition.

PARDESSUS, J.-M. *Cours de droit commercial*, Garnery, 1815, t. III, p. 14 et s.

POTHIER, R.-J. *Traité du contrat de société*, in *Œuvres de Pothier*, Beaucé, 1819, n° 2.

REQUIÃO, Rubens. *A Preservação da Sociedade Comercial pela Exclusão do Sócio*. Tese (Cátedra de Direito Comercial), Faculdade Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1959. Disponível em: <[https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf;jsessionid=AB65E525056A95A764871F8A061532CD?sequence=1](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf;jsessionid=AB65E525056A95A764871F8A061532CD?sequence=1)>. Acesso em: 27 março de 2023.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Manual de Direito Empresarial. São Paulo, SP: SaraivaJur, 2022. 3. ed. ISBN: 978-65-5362-241- (e-book).

SANTOS, Paulo Penalva. *Título IX: Dissolução, Liquidação e Extinção*. In LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Coord.). Direito das Companhias. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SIMON, Victor. Maître de conférences à l'université de Reims Champagne-Ardenne. *L'affectio societatis : Étude historique sur l'élément intentionnel du contrat de société*. Revue des Contrats 2 - Juin 2016.

SOLER, Jonathas Lima. *A quebra da affectio societatis na exclusão de sócios e dissolução parcial de sociedades*. Revista dos Tribunais, v. 957, p.177-198, jul. 2015, item 3.1.

VIANDIER, Alain. *L'associé intéressé à l'obligation de s'abstenir de tout acte de concurrence à l'égard de la société*. Recueil Dalloz 1991. Disponível em: <<https://www.dalloz.fr/lien?ed=dalloz&famille=revues&doctype=RECUEIL%2FNOTE%2F1991%2F0239>>. Acesso em 27 de março de 2023.

# AS EXPERIÊNCIAS NORTE-AMERICANA, BRASILEIRA E PORTUGUESA NO PROCESSO DE REVITALIZAÇÃO E REJUVENESCIMENTO DE SUAS CONSTITUIÇÕES ATRAVÉS DAS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS

**The north-american, brazilian and portuguese experiences in process of  
revitalization and rejuvenation their constitutions through constitutional mutations**

Maria Fernanda Leite de Freitas Silva<sup>1170</sup>

**Sumário:** Introdução. 1. O conceito de mutação constitucional. 2. Características da mutação constitucional. 3. Mutações Inconstitucionais. 4. A mutação constitucional por meio da interpretação constitucional judicial. Considerações finais. Referências bibliográficas.

**Resumo:** A modernidade líquida, fruto do capitalismo globalizado e pautada pela fragilidade, não durabilidade e transformação das relações sociais, econômicas, políticas, filosóficas e históricas, têm propiciado para a implementação do processo informal de alteração hermenêutica das Constituições, comumente denominado de mutações constitucionais. O processo formal de modificação das Constituições, realizado por meio de emendas e revisões constitucionais, já não se torna um meio eficaz para corresponder de imediato aos anseios sociais, nomeadamente no que se refere às Constituições rígidas, como é o caso da CRFB/1988, eis que demandam de um procedimento complexo para a alteração dos seus textos. Assim, se torna imprescindível o estudo detalhado das mutações constitucionais, cuja compreensão perfaz não só a sua gênese, bem como as suas características e os seus limites. Com a mutação constitucional, há o rejuvenescimento das Constituições, imprimindo-lhes maior vitalidade e contemporaneidade, porquanto há uma modificação de ordem interpretativa, o que permite que os seus dispositivos passem a refletir o momento atual da sociedade, com a preservação da integridade dos seus textos. À vista disso, no presente artigo, destaca-se o papel do Poder Judiciário para a sua realização, através das experiências norte-americana, brasileira e portuguesa.

**Palavras-Chave:** Mutação Constitucional; Mutação Inconstitucional; Interpretação constitucional Judicial.

**Abstract:** Liquid Modernity, the result of globalized capitalism and guided by fragility, non-durability and transformation of social, economic, political, philosophical and historical relations, has led to implementation of the informal process of hermeneutic alteration of Constitutions, commonly called Constitutional Mutations. The formal process of modifying the Constitutions, carried out through constitutional amendments and revisions, no longer becomes a means capable of immediately responding to social aspirations, namely with regard to rigid Constitutions, as is the case of the CRFB/1988, behold, they demand a

---

<sup>1170</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra-Portugal. Autora de livro jurídico e artigos jurídicos. Advogada. Membro da Comissão de Intolerância Religiosa da OAB-RJ, da Diversidade Religiosa da OAB-Barra da Tijuca e da Comissão de Direito Militar da OAB-Barra da Tijuca. Pós-graduada em Direito Tributário pela FGV DIREITO-RJ e em Direito Civil-Constitucional pela UERJ. Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro-UNIRIO. Ex-assessora jurídica do MPRJ. E-mail: mfldfs18@yahoo.com.br.

complex procedure for the alteration of their texts. Thus, the detailed study of constitutional mutations becomes essential, whose understanding encompasses not only their genesis, but also their characteristics and limits. With the Constitutional Mutations, the Constitutions are rejuvenated, giving them greater vitality and contemporaneity, as there is no interpretative modification, which allows their provisions to reflect the current moment of society, with the preservation of the integrity of their texts. In view of this, in this article, the role of the Judicial Power for their realization is highlighted, through the north american, brazilian and portuguese experiences.

**Keywords:** Constitutional Mutation; Inconstitutional Mutation; Judicial Constitutional Interpretation.

## Introdução

Apesar do fenômeno da mutação constitucional ser um tema não inovador e bastante explorado pelos constitucionalistas, ele ainda possui uma grande relevância na dinâmica da Lei Maior. As vertiginosas transformações das realidades, nos seus mais diversos segmentos, têm levado a doutrina constitucionalista a refletir cada vez mais sobre os processos informais de mudança das Constituições.

Decerto, a vitalidade da Constituição se torna um elemento essencial para que a ocorrência de tal fenômeno seja perceptível. Assim, ela não deve ser considerada meramente uma “folha de papel” e sim o somatório dos fatores reais de poder, tal qual dispõe Ferdinand Lassalle, quando trata da concepção sociológica da Constituição. Decerto, esta deve ser dotada de força normativa e ser atemporal, não se resumindo apenas ao momento histórico, em que foi elaborada.

O presente artigo tem o escopo de ressaltar a importância de tão caro tema na contemporaneidade, bem como desenvolver o seu estudo dogmático e para este desiderato, abordaremos o conceito de mutação constitucional, que apesar de ser cediço por muitos, revela-se imprescindível na contemporaneidade. Para este mister, apresentaremos as suas características, entre as quais enfatizaremos os seus limites.

Em seguida, analisaremos as mutações inconstitucionais, que infelizmente, ainda não se mostram à margem da realidade de inúmeras Constituições.

Após, elencaremos a importância da interpretação constitucional, na modalidade judicial, na qual traremos as contribuições norte-americana, brasileira e portuguesa.

### 1. Conceito de mutação constitucional

O conceito de mutação constitucional (*Verfassungswandlungen*) foi desenvolvido pela doutrina publicista alemã no final do século XIX e início do século XX, ao se deparar com a

ausência de relação entre a realidade constitucional e a constituição formal. A rigidez constitucional mostrava-se como um meio ineficaz de prevenção da modificação informal<sup>1171</sup>.

Nesta perspectiva, os juristas da Escola Alemã de Direito Público, fundada por Gerber e Gierke, foram os pioneiros a tratar de forma direta sobre o fenômeno da mutação constitucional, dentro da qual se destacavam Paul Laband e Georg Jellinek<sup>1172</sup>.

O termo apareceu pela primeira vez na obra de Paul Laband “*Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung*”, publicada em 1895. Na referida obra, o jurista alemão descreveu como a Constituição do Reich foi transformada, sem que se acionassem mecanismos de reforma constitucional. Para este desiderato, partia da ideia de Constituição como ente normativo<sup>1173</sup>.

*A posteriori*, Gerorg Jellinek publicou o livro “Reforma e Mutação da Constituição” (“*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*”), em junho de 1906, fruto de sua participação na Conferência da Academia Jurídica de Viena, em 28 de março de 1906<sup>1174</sup>. No supracitado livro, Jellinek utilizou o critério da intencionalidade da modificação para fazer a distinção entre mutação constitucional e reforma. Assim, para ele, a reforma constitucional era considerada uma modificação do texto constitucional, produzida mediante atos voluntários, ao passo que a mutação era entendida como uma mudança, que mantinha a Constituição inalterada formalmente, e que se produzia por atos destituídos de intenção ou consciência<sup>1175</sup>.

Pelos idos de 1932, Hsü Dau-Lin, autor chinês, discípulo de Rudolf Smend<sup>1176</sup>, escreveu sobre o tema na sua tese de doutoramento “*Die Verfassungswandlung*”, na Alemanha,

---

<sup>1171</sup> Cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, *Mutación Constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*, in Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 58, año 20, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 134.

<sup>1172</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>1173</sup> Laband avultou que muito embora as Constituições fossem consideradas normas jurídicas em sentido estrito, a ação do Estado podia transformá-las, sem que houvesse a necessidade de suas modificações formais. *Ibidem*, p. 108.

<sup>1174</sup> Nota-se que para a realização da referida Conferência, o jurista alemão, reuniu vastos materiais sobre o assunto, que posteriormente, sofreram uma reelaboração e complementação, com o fito de expor sua opinião sobre as transformações do parlamentarismo moderno. Cfr. JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*, Tradução: Christian Förster, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. LXVI.

<sup>1175</sup> JELLINEK ainda expôs que as mutações constitucionais se produziam por intermédio da legislação, das práticas parlamentárias, administrativas-governamentais, judiciais e pela necessidade, que não se operava somente nos momentos cruciais da história estatal, mas também durante o seu curso normal. *Ibidem*, pp. LXIX-LXXI.

<sup>1176</sup> Cfr. MORAIS, Carlos Blanco de *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 247. Em linhas gerais, Rudolf Smend propugnou que as mutações constitucionais eram consideradas como elementos centrais do seu conceito de Constituição. “A Constituição, neste contexto, é concebida como movimento, e a esse movimento, visto como processo de integração, é inerente a mutação como rótulo que descreve de forma global a transformação informal da Constituição”. Destarte, as mutações constitucionais não são vislumbradas como um problema, mas como um elemento, ou pelo menos uma consequência da Constituição (cfr. SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, *Op. Cit.*, p. 134).

pautando-se nas obras de Laband e Jellinek. Para o referido autor, a mutação constitucional decorria da separação entre o preceito da Constituição e a realidade, sendo esta considerada mais ampla do que a normatividade constitucional. Em outras palavras, a Constituição não podia permanecer numa posição estática perante um Estado e uma sociedade em progressão e o fundamento das mutações radicava na necessidade política e na vitalidade de um Estado em evolução. Ainda aduzia que as normas constitucionais eram modificadas lentamente, sem interferência do poder de reforma<sup>1177</sup>.

Friedrich Müller conceitua mutação constitucional como uma modificação produzida no âmbito normativo (*Normbereich*) da norma constitucional, mas será o programa normativo (*Normprogramm*), que contém o texto da norma, que determinará quais fatos da realidade estarão compreendidos no âmbito normativo, capazes de provocar uma interferência na substância da norma constitucional<sup>1178</sup>.

Segundo Karl Lowenstein, a mutação constitucional produz uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que a referida transformação fique atualizada no texto constitucional, isto quer dizer, o texto da Constituição permanece intacto e inalterado. O autor alemão ainda acrescenta que este tipo de mutação constitucional, se verifica em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita, e é mais frequente do que as reformas constitucionais formais<sup>1179</sup>.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz a expressão mutação constitucional é reservada para todo e qualquer processo que altere o sentido, o significado, o conteúdo e o alcance do texto constitucional, sem a violação de sua forma<sup>1180</sup>.

De acordo com Uadi Lammêgo Bulos, a mutação constitucional consiste “no processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos

---

<sup>1177</sup> Cfr. PEDRA, Adriano Sant’Ana, *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 93, MORAIS, Carlos Blanco de, Op. Cit., p. 247 e DAU-LIN, Hsü, *Die Verfassungswandlung*, Berlin, 1932, p. 29, apud, BULOS, Uadi Lammêgo, *Mutação Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 55.

<sup>1178</sup> Neste contexto, convém trazer à colação a metódica estruturante de Friedrich Müller, que é composta por três elementos, quais sejam: o programa normativo (*Normprogramm*), o âmbito normativo (*Normbereich*) e a norma de decisão. O primeiro consiste no resultado da interpretação do texto normativo, ou seja, o que é expresso pelo teor literal e por todos os recursos interpretativos auxiliares. O segundo consiste no setor da realidade social onde deve ser aplicado o programa normativo (elemento empírico). O terceiro constitui o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela. Cfr. MÜLLER, Friedrich, *Teoria Estruturante do Direito*, Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT, 2008, p. 148 e p. 202, apud, PEDRA, Adriano Sant’Ana, Op. Cit., p. 54 e ss e MÜLLER, Friedrich, *na Introdução aos Escritos de derecho constitucional*, cit., de Konrad Hesse, p. XXVIII, apud BULOS, Uadi Lammêgo, Op. Cit., pp. 56-57.

<sup>1179</sup> Cfr. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1976, p. 165.

<sup>1180</sup> Trata-se de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que indireta ou implicitamente é acolhida por ela. Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*, 2ª ed., Osasco: Edifício, 2015, pp. 9-10.

sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais”<sup>1181</sup>.

Dirley da Cunha Júnior aduz que a mutação constitucional é um fenômeno que vem se mostrando necessário e adequado para a respiração das Constituições, cujos enunciados, por vezes, ficam à espera de revisões formais, que nunca vêm ou que vindo, não atendem suficientemente as demandas do texto e dos fatos. Nesta perspectiva, o autor define mutação constitucional ou interpretação constitucional evolutiva como “um processo de alteração de sentidos, significados e alcance dos enunciados normativos contidos no texto constitucional através de uma interpretação constitucional que se destina a adaptar, atualizar e manter a Constituição em contínua interação com a sua realidade social”<sup>1182</sup>.

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, revela que ocorre mutação constitucional quando “em virtude de uma evolução na situação do fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma”<sup>1183</sup>.

Neste mesmo sentido, o também ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, afirma que a mutação constitucional é a alteração informal da Constituição, que permite a transformação de seu sentido e do alcance de suas normas, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. O referido jurista diz que a mutação está associada à plasticidade de que são dotadas as diversas normas constitucionais<sup>1184</sup>.

Manuel Afonso Vaz assevera que a mutação constitucional consiste na revisão informal do conteúdo do compromisso político formal, plasmado na Constituição escrita, sem a alteração do texto constitucional<sup>1185</sup>.

---

<sup>1181</sup> Cfr. BULOS, Uadi Lammêgo, Op. Cit., p. 57.

<sup>1182</sup> Cfr. CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 225.

<sup>1183</sup> O referido ministro ainda assevera que a nova interpretação deverá encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte originário e não deverá violar os princípios estruturantes da Lei Suprema. Cfr. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151.

<sup>1184</sup> Cfr. BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 146.

<sup>1185</sup> Cfr. VAZ, Manuel Afonso, *Teoria da Constituição: O que é a Constituição, hoje?* 2ª ed., Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2015, p. 105.

## 2. Características da mutação constitucional

As mutações constitucionais carecem de um marco cronológico, nascem de maneira silenciosa, quase despercebida, espontânea e sem previsibilidade. Assim, somente se tornam percebidas quando já estão com plena eficácia, o que faz com que não se operem rupturas ou tensões no ordenamento constitucional<sup>1186</sup>.

É importante destacar que as mutações constitucionais se realizam fora das modalidades organizadas de exercício do poder constituinte instituído ou derivado. Elas são, em realidade, obra ou manifestação de uma espécie inorganizada do Poder Constituinte, o denominado poder constituinte difuso<sup>1187</sup>.

Outra característica de bastante relevo das mutações constitucionais é que elas são realizadas por uma multiplicidade de agentes. Conforme se analisará mais adiante, há vários mecanismos aptos para a sua concretização. Seja por meio da atuação do legislador, que pode alterar o sentido, o significado ou o alcance de disposições constitucionais por intermédio de leis ordinárias, sem, contudo, violar sua forma; quer pelos tribunais, que pela via da interpretação constitucional judicial, podem dar uma nova roupagem ao conteúdo das normas constitucionais, preservando sua letra e espírito, seja pelas autoridades administrativas, que no âmbito de discricionariedade conferida pela lei em *stricto sensu*, podem atuar com fito de promover novas interpretações no texto constitucional e também por meio de juristas e determinados grupos sociais<sup>1188</sup>.

As mutações constitucionais são dotadas de informalidade, eis que para a sua realização, não são observados os requisitos formais e específicos presentes nas revisões constitucionais ou nas emendas.

---

<sup>1186</sup> Segundo BULOS, as mutações constitucionais podem se dar tanto em períodos separados no tempo, quanto em momentos próximos. Com efeito, a determinação do lapso temporal não pode ser exatificada, eis que a norma constitucional pode sofrer mutação enquanto perdurar a Constituição, sem que se possa vaticinar quando isto irá ocorrer. Cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 104 e BULOS, Uadi Lammêgo, Op. Cit., p. 61.

<sup>1187</sup> A função constituinte difusa é destinada a completar a Constituição, a preencher vazios constitucionais, a continuar a obra do poder constituinte originário. Decorre diretamente da Constituição, ou seja, o seu fundamento está pautado na Lei fundamental, ainda que de forma implícita, de modo difuso e inorganizado. Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p.10.

<sup>1188</sup> Cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., 114.

Tanto as Constituições rígidas quanto as flexíveis estão sujeitas à mutação constitucional<sup>1189</sup>.

O fenômeno das mutações constitucionais ocorre com maior frequência na categoria dos princípios constitucionais, visto que possuem um elevado teor de abstração, permitindo que o seu alcance seja interpretado de maneira restritiva ou extensiva, a depender dos fatores sociais vigentes. Todavia, deve-se salientar que tal fenômeno também é aplicável às regras, porém, com um alcance diminuto, pois possuem um espaço hermenêutico bastante reduzido devido à precisão de seus conteúdos<sup>1190</sup>.

As mutações constitucionais estão vinculadas à uma Constituição dinâmica, eis que a concretização normativa ocorre a partir de um processo entre a realidade e a Constituição, ou seja, esta deve estar em consonância com o progresso social<sup>1191</sup>.

Neste contexto, relevante se faz frisar que para que as mutações constitucionais sejam legítimas, não se pode prescindir que estas contenham um lastro democrático, ou seja, que correspondam a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, respaldada pela soberania popular<sup>1192</sup>.

---

<sup>1189</sup> As Constituições rígidas apresentam como característica principal a presença de um processo mais agravado, complexo e peculiar para a modificação de suas normas, distinto daquele seguido pelas leis ordinárias, ou seja, regulam e prevêm sua revisão, bem como designam órgãos para realizá-la e aperfeiçoá-la para o exercício do poder constituinte moderador. Por outro lado, nas Constituições flexíveis o processo legislativo e o processo de revisão constitucional são idênticos, o que acarreta na utilização da mesma forma para a lei ordinária e para a lei de revisão constitucional (cfr. PEDRA Adriano Sant´Ana, Op. Cit., p. 76, MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional: Constituição*, Tomo II, 7ª ed., [S.L.]: Coimbra Editora, 2013, p. 185 e MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional*, 4ª Edición, [S.L.]: Tecnos, 2017, p. 216). Os Estados Unidos, por exemplo, possuem uma Constituição rígida e escrita, porém, tal rigidez não impediu que certas disposições, sobretudo, aquelas referentes à distribuição de competências entre o Estado central e os Estados-membros, sofressem alterações informais através da interpretação judicial, com o fito de se adaptarem à realidade social cambiante. Na Constituição inglesa, considerada como flexível, igualmente podemos observar a presença das mutações constitucionais. Para facilitar a compreensão da referida Constituição, a doutrina inglesa a divide didaticamente em duas partes: a escrita e a não escrita. A primeira é composta pelos atos ou tratados da União, das leis expressas do Parlamento (*Statutes Law*) e das Cartas – acordos solenes ou pactos (*Bill of Rights*). A segunda é constituída pela jurisprudência (*Case Law*) e pelas Convenções Constitucionais (*Constitutions Conventions*), que se apresentam como preceitos de natureza costumeira. Nas referidas Convenções opera-se o fenômeno mutação constitucional, dado que são adaptadas à realidade circundante (cfr. BULOS, Uadi Lammêgo, *Da Reforma à Mutação Constitucional*. Revista de Informação Legislativa, n. 33. 129 jan./mar. 1996, pp. 39-40).

<sup>1190</sup> Cfr. PEDRA, Adriano Sant´Ana, Op. Cit., p. 47.

<sup>1191</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>1192</sup> Cfr. BARROSO, Luís Roberto, Op. Cit., p. 149.

Por fim, as mutações constitucionais estão submetidas aos limites<sup>1193</sup>, que não se resumem àqueles conferidos ao poder constituinte derivado reformador<sup>1194</sup>.

O primeiro deles é a supremacia normativa da Constituição, que indica que esta é a norma maior do ordenamento jurídico e que acima dela nenhuma norma de existência concreta existe<sup>1195</sup>. Neste sentido, o reconhecimento das mutações constitucionais não pode colocar em dúvida a característica da *Lex superior* da Constituição<sup>1196</sup>.

O segundo é o próprio texto da Constituição. Apesar de o texto constitucional possuir uma elasticidade de interpretação, isto não quer dizer, que seus enunciados não possam constituir legítimas barreiras interpretativas para o operador do Direito<sup>1197</sup>. Desta feita, os processos informais de mudança da Constituição devem obedecer o seu texto.

O terceiro é a aceitação pela sociedade. A mutação constitucional deve ser legitimamente aceita pela comunidade, tanto a jurídica, quanto a não-jurídica e deve ser capaz de refletir na atualização de seus valores<sup>1198</sup>.

Ainda é possível reconhecer limites extrajurídicos às mutações constitucionais, a saber: limites ideológicos, institucionais e substanciais<sup>1199</sup>.

As limitações ideológicas são aquelas exteriorizadas por meio de crenças, da experiência de valores, da influência dos grupos de pressão, das exigências do bem comum e da opinião pública<sup>1200</sup>.

As limitações institucionais fornecem ideias reguladoras de sistemas sociais como a família, a propriedade, etc, responsáveis pelo bem-estar da sociedade<sup>1201</sup>.

Por último, temos as limitações substanciais, que são divididas em três espécies: limites transcendentais, que são aqueles que provêm de imperativos do direito natural, de

---

<sup>1193</sup> Neste contexto, importante salientar que não existe um tratamento sistemático na doutrina constitucionalista no tocante aos limites jurídicos para as mutações constitucionais, e sequer a estipulação de critérios exatos para os seus delineamentos. Apesar disso, não se pode tolerar a ausência de limites, quer positivos ou negativos em um Estado Democrático de Direito (Cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 150). Neste sentido, somos partidários da imposição de limitações aos processos informais de mudança da Constituição, e os elencamos, de maneira não taxativa.

<sup>1194</sup> Cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 149 e p. 151.

<sup>1195</sup> Cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 151 e MORAIS, Carlos Blanco de, Op. Cit., p. 262.

<sup>1196</sup> Cfr. VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*: Madrid: Tecnos, 1999, pp. 214-215, apud, PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 151.

<sup>1197</sup> Cfr. TAVARES, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 219, apud, PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 155.

<sup>1198</sup> Cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 205.

<sup>1199</sup> *Ibidem*, p. 197.

<sup>1200</sup> *Idem*.

<sup>1201</sup> *Idem*.

valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva, como os que se relacionam com direitos fundamentais conexos com a dignidade da pessoa humana; os limites iminentes, que estão vinculados à própria identidade do Estado que cada Constituição representa num dado momento histórico e os limites heterônomos, que se referem às regras de direito internacional que resultem obrigações para determinado Estado ou das regras de direito interno quando o Estado é composto ou complexo e da mesma maneira tenha que ser o seu ordenamento jurídico<sup>1202</sup>.

### 3. Mutações Inconstitucionais

As mutações inconstitucionais<sup>1203</sup> não estão alheias às realidades vivenciadas nas diversas Constituições. Ao contrário das mutações constitucionais, aquelas violam as disposições da Lei Suprema, desbordando o próprio controle de constitucionalidade das leis, bem como ultrapassando os limites acima estudados<sup>1204</sup>.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, as mutações inconstitucionais ocorrem quando se legitimam alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma realidade constitucional inconstitucional, quer isto dizer, modificações manifestamente incompatíveis com o programa da norma constitucional<sup>1205</sup>.

B. O. Bryde reconhece que entre uma mutação constitucional realizada pela via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional, há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, mormente quando se leva em consideração o primado do legislador para a evolução constitucional e a impossibilidade de, por intermédio de qualquer teoria, captar as tensões entre a Constituição e a realidade constitucional<sup>1206</sup>.

---

<sup>1202</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>1203</sup> Muitos autores utilizam as expressões “falseamentos ou quebrantamentos da Constituição” para designar qualquer alteração das Constituições rígidas, por qualquer meio que não seja o expressamente previsto por elas. (cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 244). Na presente exposição, utilizaremos a denominação “mutação inconstitucional” para nos referirmos às alterações informais da Constituição, que importem na sua violação.

<sup>1204</sup> Cfr. BULOS, Uadi Lammêgo, Op. Cit., p. 71.

<sup>1205</sup> Nas palavras de J.J. GOMES CANOTILHO, tais modificações contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da Constituição (cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 1229).

<sup>1206</sup> Cfr. B. O. BRYDE, *Verfassungsentwicklung*, p. 452, apud, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Op. Cit., p. 1230.

As mutações inconstitucionais podem ser ocasionadas por uma prática constitucional viciosa, sem o respaldo da opinião pública, por leis ordinárias, com fins escusos ou até mesmo por uma omissão<sup>1207</sup>.

Com efeito, nas tais mutações inconstitucionais, o controle de constitucionalidade se apresenta de modo ineficaz, incapaz de colher as falhas destes fenômenos e de impedir as suas sobrevivências viciadas<sup>1208</sup>.

Os efeitos provocados pelas mutações inconstitucionais variam em grau e profundidade, na medida em que produzem deformações e até mesmo destroem a vida das normas constitucionais. Neste diapasão, podem provocar mudanças temporárias ou permanentes e até suspender os efeitos das normas constitucionais, em flagrante mácula à Constituição<sup>1209</sup>.

Assim, resta-nos mencionar algumas soluções apresentadas pela doutrina constitucional, de maneira a coibir essas mutações, quais sejam: o fortalecimento do controle jurisprudencial, a adequação e efetivação do controle político-parlamentar, a criação de novos instrumentos de controle popular e a maior participação do povo no processo político, mediante o aperfeiçoamento dos sistemas eleitorais e do sistema de partidos<sup>1210</sup>.

#### **4. A mutação constitucional por meio da interpretação constitucional judicial**

Inicialmente, nota-se que a interpretação constitucional judicial, considerada como a espécie de maior relevância entre as modalidades de interpretação constitucional orgânica<sup>1211</sup>, é aquela desenvolvida pelo Poder Judiciário<sup>1212</sup>, visando atribuir a norma

---

<sup>1207</sup> Tal omissão pode ser verificada quando o legislador, não elabora lei imprescindível para dar ampla eficácia a determinada norma constitucional, com fito de torná-la plenamente aplicável. Cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 236 e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 250.

<sup>1208</sup> Sob este aspecto, deveras importante esclarecer que o controle de constitucionalidade incide nas mutações constitucionais, da mesma maneira que nos demais preceitos normativos. Cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 237 e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 245.

<sup>1209</sup> Cfr. PEDRA, Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 236.

<sup>1210</sup> Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 251.

<sup>1211</sup> Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 102 e BULOS, Uadi Lammêgo, Op. Cit., p. 133.

<sup>1212</sup> Observa-se que esta modalidade de interpretação é exercida indistintamente por juízes, tribunais inferiores ou comuns, por órgãos jurisdicionais especiais e pelos tribunais constitucionais, órgãos de cúpula do Poder Judiciário. Neste contexto, ainda é relevante mencionar algumas de suas características peculiares: é obrigatória, no sentido de que desde que o poder judiciário seja competente para decidir controvérsias constitucionais, este deve fazê-lo, salvo se tal competência não lhe for atribuída, implícita ou expressamente pela Constituição; é primária, porquanto possui fundamento direto na Constituição e dela depende; é provocada, eis que o Poder Judiciário só atua mediante provocação, ou seja, quando há processo judicial; é em via de regra definitiva, sendo o caráter de definitividade notadamente vislumbrado nos ordenamentos que admitem o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo e do Executivo, seja por via prejudicial quer de ação, e sobretudo se a interpretação e aplicação da Constituição são atribuídas, em última instância, a uma Corte

constitucional, sentido diverso daquele que foi previsto anteriormente, seja pela mudança social, quer por uma nova percepção do Direito<sup>1213</sup>.

A interpretação constitucional judicial é manifestada nas decisões (v.g; sentenças, arestos, acórdãos) que aplicam a Constituição ao caso concreto, mediante duas maneiras: aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide ou por meio do controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos<sup>1214</sup>.

Percebe-se que quanto mais concisa, genérica e sintética for uma Constituição, mais ampla, profunda e extensa, será a interpretação judicial, especialmente onde existe a possibilidade de contrastar, em juízo, leis e atos de aplicação constitucional frente à mesma<sup>1215</sup>.

Além disso, há uma maior frequência de incidência da atividade interpretativa judicial nas Constituições que impõem muitas limitações aos poderes constituídos, em particular, ao Poder Legislativo<sup>1216</sup>.

Deve-se salientar que a atuação judicial na tarefa de interpretar a Constituição é limitada, devendo se adstrir às próprias disposições constitucionais. Todavia, onde o poder judiciário decide em última instância sobre a eficácia das leis e dita a interpretação constitucional final, não há controle político que o controle<sup>1217</sup>.

---

Suprema, com a função de dirimir, com autoridade final, controvérsias constitucionais; é mutável, pois pode ser regularmente alterada pela própria Corte constitucional ou por intermédio de emenda formal à Constituição, pela reforma da lei tida por inconstitucional ou por manifestação popular e é vinculante, visto que vincula os demais poderes do Estado. Nesta última característica, deve-se destacar que o efeito vinculante da jurisprudência dos juízes e dos tribunais só é admitido se for expresso por algum dispositivo legal ou outro mecanismo. Caso contrário, poderá haver revisão de entendimento anterior pelos juízes e Tribunais e nem os cidadãos e tampouco os poderes públicos estarão obrigados a adotar determinada interpretação judicial da Constituição, salvo no caso concreto, pois nele o juiz não exerce função legislativa. Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 104 e p. 116 e ss, PEDRA Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 127 e BULOS, Uadi Lammêgo, Op. Cit., p. 133.

<sup>1213</sup> Cfr. PEDRA Adriano Sant'Ana, Op. Cit., p. 127.

<sup>1214</sup> Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 104.

<sup>1215</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>1216</sup> Tal fato ocorre no Brasil, relativamente à disciplina do Poder Constituinte Decorrente dos Estados-Membros, que mesmo diante de tantas limitações que lhes são impostas, sua atuação se submete ao crivo do poder judiciário. Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 106.

<sup>1217</sup> Neste sentido, coloca-se a questão de saber “quem controla o controlador?” (*quis custodiet custodes?*). Há, decerto, o perigo da existência de arbítrios por parte dos tribunais constitucionais, que não pode ser negado com base no simples pressuposto de que eles estão submetidos à Constituição. Assim, estamos diante de um conhecido e paradoxal círculo vicioso: os órgãos que estão sujeitos às regras, são também os seus únicos intérpretes (no sentido prevacente e vinculante), de maneira que, somente por este motivo, não parecem estar efetivamente sujeitos às mesmas. Cfr. CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 27 e FERRAZ Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 111.

Sobre este aspecto, insta dizer que se faz necessário coibir práticas ativistas que ponham em risco o sistema de tripartição de poderes, criado por Montesquieu, no momento em que o Judiciário se impõe sobre os demais, usurpando suas funções.

A interpretação constitucional judicial é considerada um instrumento para a mutação constitucional, porquanto através da atividade interpretativa desenvolvida pelos Tribunais, modifica-se o significado e alcance da Constituição, evolui o sentido de suas normas, adaptando-as à realidade social existente, sem a necessidade do recurso formal da revisão ou das emendas constitucionais<sup>1218</sup>.

A mutação constitucional por via de interpretação judicial apresenta diferentes modalidades. A primeira delas, é a interpretação evolutiva ou adaptadora e adequadora, que é verificada quando se procura, por meio da interpretação judicial, adaptar ou adequar o conteúdo, alcance ou significado da Constituição. A segunda, é a construção judicial, que ocorre quando se cogita aplicar a norma constitucional a situações não previstas expressamente no texto constitucional, mas que dele decorrem, seja por imperativos lógicos, quer pelo próprio sistema constituional. Ainda se fala em interpretação criativa e analógica, quando a atividade jurisprudencial preenche as lacunas ou corrige omissões das disposições constitucionais, previstas ou não pelo poder constituinte<sup>1219</sup>.

Importante exemplo de mutação constitucional pela via da interpretação judicial, em virtude de alterações históricas havidas no âmbito normativo ocorreu nos Estados Unidos da América, em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*, no qual a Supreme Court entendeu que a Lei do Estado da Lousiana que determinava vagões específicos para negros não contrariava as Emendas XII (abolição da escravidão) e XIV (nenhum Estado pode negar igual proteção a qualquer pessoa sob a sua jurisdição), eis que se tratava de uma separação igualitária. Desta

---

<sup>1218</sup> Alguns autores chegam a afirmar que esta modalidade de interpretação enquanto processo informal de mudança da Constituição, é acentuada nos Estados onde existem Cortes Constitucionais com a missão de guarda da Constituição, como ocorre na Itália e menos significativa nos Estados onde as Constituições se alteram formalmente, tal como acontece na América Latina. Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 126.

<sup>1219</sup> Deve-se deixar registrado que talvez nenhuma outra modalidade de mutação constitucional por via de interpretação judicial, seja tão significativa quanto a denominada *constitutional construction*, desenvolvida originariamente pela *Supreme Court* e depois assimilada por vários sistemas constitucionais. Neste sentido, BULOS expõe em suas lições que o Supremo Tribunal Federal adota o construcionismo judiciário em suas decisões, o que acarreta na possibilidade de amplos debates sobre os problemas constitucionais e no desapego ao rígido formalismo legal. Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 129 e p. 134, BULOS, Uadi Lammêgo, Op. Cit., p. 141 e p. 152 e PEDRA Adriano Sant'Ana, Op. Cit., pp. 127-128.

feita, estabeleceu-se no seio norte-americano, a doutrina “separate but equal”, que veio a fomentar a segregação racial praticada em diversos Estados norte-americanos<sup>1220</sup>.

Entretanto, este cenário passou a ser modificado em 1954, com o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual a Supreme Court decidiu que a segregação racial nas escolas dos Estados Unidos da América era inconstitucional, o que acarretou no fim da doutrina “separate but equal”, tornando-se um marco na política de integração racial<sup>1221</sup>.

No Direito brasileiro também se observam relevantes mutações constitucionais por essa via, entre as quais convêm destacar a interpretação que o Supremo Tribunal Federal confere à infidelidade partidária. O entendimento anterior do referido Tribunal Constitucional proferido nos mandados de segurança MS 20.916 e MS 20.927 era no sentido de que não havia imposição de infidelidade partidária para os detentores de cargos eletivos. Com o tempo, tal entendimento foi modificado, passando a considerar constitucional a perda de mandato em decorrência da infidelidade partidária, o que se pode verificar nas decisões proferidas nos mandados de segurança MS 26.602, MS 26.603 e MS 26.604. Contudo, deveras importante salientar que de acordo com este novo posicionamento, admitem-se hipóteses excludentes de infidelidade partidária, v.g, mudança de orientação programática dentro do partido e perseguição política<sup>1222</sup>.

Igualmente, a revogação da Súmula Vinculante n.º 5, que mencionava acerca da possibilidade de o Presidente da República sancionar projetos de lei eivados de vício de iniciativa, pode ser vislumbrada como um outro exemplo de mutação constitucional. Tal prática passou a não ser mais aceita tendo em vista dentre outros elementos, o avanço do controle de constitucionalidade<sup>1223</sup>.

Imperioso também destacar a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que se refere ao inciso XLVI do artigo 5º da Constituição de 1988, passando a acatar a inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime nos crimes hediondos, o que culminou na edição da Súmula Vinculante n.º 26<sup>1224</sup>.

---

<sup>1220</sup> Cfr. PEDRA Adriano Sant’Ana, Op. Cit., p. 70.

<sup>1221</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>1222</sup> É bem de se notar que a mutação constitucional é um fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência, que pode se dar por mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal. Cfr. BARROSO, Luís Roberto, Op. Cit., p. 153 e PEDRA Adriano Sant’Ana, Op. Cit., p. 72.

<sup>1223</sup> Cfr. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, Op. Cit., p. 119 e PEDRA Adriano Sant’Ana, Op. Cit., p. 108.

<sup>1224</sup> Cfr. MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 161.

Consoante Gilmar Ferreira Mendes, em seu artigo “O Papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”<sup>1225</sup>, um outro exemplo clássico de mutação constitucional é a do artigo 52, X, da Constituição de 1988. Para o jurista, a decisão do Senado Federal em suspender a execução, no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional pela decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental de constitucionalidade, não terá mais o papel de conferir eficácia geral ao julgamento do Supremo, mas sim, de lhe conceder publicidade. Dito de outro modo, caso o Supremo Tribunal Federal decida, de forma definitiva, que uma determinada lei é inconstitucional, decisão essa com efeitos gerais, deverá comunicar o Senado Federal, tendo este o dever de publicar a sobredita decisão no diário do Congresso.

Por oportuno, ainda resta mencionar um caso emblemático de mutação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal, através da decisão conjunta da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, que estendeu o alcance do artigo 226.º, §3º da CRFB/88 para também abarcar a hipótese de união estável entre pessoas do mesmo sexo, sem, contudo, promover alteração na sua redação<sup>1226</sup>.

Com o fito de finalizar o presente tópico, mister se faz trazer à colação a presença do referido fenômeno no Direito Português. O Tribunal Constitucional Português no Acórdão 121/2010, entendeu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo é compatível com o conceito de casamento, presente no artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, realizando uma legítima alteração de seu sentido, porém, com a preservação de sua letra e espírito.

### **Considerações Finais**

As Constituições não podem ser eternizadas a ponto de não refletirem nas mudanças circundantes da realidade. O simples fato de se presumirem estáveis, não quer dizer que não possam corresponder aos anseios sociais de uma nova época.

---

<sup>1225</sup> Para maiores informações acessar: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176518/000694300.pdf?sequence=3&isAllowed=y>> Acesso: 09-02-2022.

<sup>1226</sup> Neste sentido, assim dispõe o artigo 226.º, §3º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Os processos informais de mudança da Constituição devem caminhar em conjunto com os formais, para que as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais possam estar presentes nas Constituições.

Entretanto, em alguns casos, as revisões ou emendas constitucionais não se revelam meios eficazes para responderem de imediato as demandas sociais, uma vez que nas Constituições rígidas, a alteração do texto constitucional passa por procedimento mais complexo e dificultoso. Nestes tais casos, lança-se mão dos processos formais de mudança da Constituição em prol das mutações constitucionais.

Em síntese, as mutações constitucionais são conceituadas como alterações informais que se operam na substância da Constituição, ou seja, que lhe atribuem um novo sentido, conteúdo e alcance, com a permanência de sua letra e espírito.

As mutações constitucionais estão submetidas aos limites, que não se encontram expressamente previstos na Lei Maior, quais sejam: a supremacia normativa da Constituição, o próprio texto constitucional, a aceitação pela sociedade, e entre outros.

O desrespeito desses limites acarreta no fenômeno inverso, conhecido como “mutações inconstitucionais”, que violam de maneira flagrante a Constituição.

A interpretação constitucional judicial é um meio para a mutação, haja vista que os tribunais podem modificar o conteúdo da Constituição, com a permanência de sua redação. Isto pode ser exemplificado no Direito Norte-americano, em que a *Supreme Court* determinou o fim da teoria “*separate but-equal*”, no Direito brasileiro, pela alteração no conteúdo do artigo 226, §3º da CRFB/1988, para também contemplar a união estável entre pessoas do mesmo sexo, e no Direito português, pela extensão do alcance da Constituição, para abarcar o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

### Referências Bibliográficas

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176518/000694300.pdf?sequenc e=3&isAllowed=y>> Acesso: 09-02-2022.

BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo, Mutações Constitucionais, São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. Da Reforma à Mutações Constitucionais. Revista de Informação Legislativa, n. 33. 129 jan./mar. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2016.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais*, 2ª ed., Osasco: Edifício, 2015.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y Mutación de la Constitución*, Tradução: Christian Förster, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1976.
- MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional: Constituição*, Tomo II, 7ª ed., [S.L.]: Coimbra Editora, 2013.
- MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional*, 4ª Edición, [S.L.]: Tecnos, 2017.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana, *Mutação Constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- SÁNCHEZ URRUTIA, Ana Victoria, *Mutación Constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 58, año 20, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- VAZ, Manuel Afonso, *Teoria da Constituição: O que é a Constituição, hoje?*, 2ª ed., Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2015.

# O SENTIDO ORIGINAL DE PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: AS POSSIBILIDADES DE APROFUNDAMENTO DA DEMOCRACIA ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO

Maria Heloísa Castelo Branco Barros Coelho<sup>1227</sup>

**Sumário:** 1. Introdução, 2. Fundamentação teórica, 2.1. Contabilização do interesse atual, 2.2. Democracia participativa e democracia deliberativa, 2.3. Democracia deliberativa: os limites críticos de um novo paradigma teórico, 2.4. Evelina Dagnino e o sentido original de participação no processo democrático, 2.5. As transformações atuais da representação política no olhar de Adrián Lavalle, Conclusão.

**Resumo:** A partir de um estudo do contexto histórico que impulsionou a elaboração da Constituição de 1988, surgem teorias que propõem aprofundar a democracia no Brasil através da participação. Neste sentido, a pesquisa apresenta os principais aspectos da teoria democrática contemporânea à luz dos pensamentos de Evelina Dagnino e Adrián Lavalle, que destacam as possibilidades abertas pela corrente para a ampliação da democracia. A metodologia utilizada foi um estudo bibliográfico com revisão narrativa. Os resultados mostram que a participação se encontra na conscientização de que o processo participativo é interminável e multidisciplinar, o que sugere a importância do diálogo entre diferentes campos de saber que elaboram a teoria democrática, como a teoria da deliberação e a teoria participativa, a fim de ampliar o horizonte normativo do diálogo em torno dos sentidos da democracia. Conclui-se, portanto, que a participação pode ser uma importante ferramenta para aprofundar a democracia, mas é necessário um diálogo interdisciplinar que leve em conta as várias teorias democráticas existentes.

**Palavras-chave:** Democracia, Processo Participativo, Teoria Democrática, Evelina Dagnino, Adrián Lavalle.

**Abstract:** From a study of the historical context that boosted the elaboration of the 1988 Constitution, theories emerge that propose to deepen democracy in Brazil through participation. In this sense, the research presents the main aspects of contemporary democratic theory in the light of the thoughts of Evelina Dagnino and Adrián Lavalle, who highlight the possibilities opened by the current for the expansion of democracy. The methodology used was a bibliographic study with narrative review. The results show that participation is found in the awareness that the participatory process is endless and multidisciplinary, which suggests the importance of dialogue between different fields of knowledge that elaborate democratic theory, such as the theory of deliberation and participatory theory, in order to broaden the normative horizon of dialogue around the meanings of democracy. It is concluded, therefore, that participation can be an important tool to deepen democracy, but an interdisciplinary dialogue is necessary that takes into account the various existing democratic theories.

**Key-words:** Democracy; Participatory Process; Democratic Theory; Evelina Dagnino; Adrián Lavalle.

---

<sup>1227</sup> Formada em direito pelo Instituto Camillo Filho, mestranda em direito constitucional pelo IDP (Instituto Brasiliense de Direito Público), Pós-graduada em Direito Constitucional e Administrativo pela UNINOVAFAP, Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pela UNINOVAFAP. E-mail: mheloisacoelho@gmail.com.

## 1 Introdução

O ponto fulcral do presente trabalho consiste em apresentar brevemente os principais aspectos da teoria democrática contemporânea, à luz de autores que tratam das possibilidades abertas por essa corrente para ampliação da democracia. Mais especificamente, procura-se ampliar a compreensão da relação entre democracia e cidadania, processos estreitamente interligados.

Embora a imposição gradual da democracia, entendida de maneira abrangente como um método de processo decisório coletivo e fundamentado na igualdade dos participantes (CHRISTIANO *et al.*, 2022), como meio de legitimação do poder político tenha se generalizado no Ocidente a partir do século XIX<sup>1228</sup> (BOÁS FILHO, 2013, p. 652), foi somente nas últimas duas décadas que a democracia alcançou a um patamar de amplo reconhecimento e aderência, inclusive com muitas organizações, tanto governamentais quanto não governamentais, trabalhando para promovê-la (CHRISTIANO *et al.*, 2022).

Não é exagero algum, portanto, afirmar que a democracia se tornou um tema central na ciência política, do que resultou, naturalmente, um ressurgimento sem precedentes da teoria democrática. Na teoria política, o termo "democracia" é frequentemente modificado por adjetivos como cosmopolita, agonista, republicano e monitorial (MOUFFE, 2005, p. 19). No entanto, a forma mais bem sucedida de democracia nos últimos anos tem sido a democracia deliberativa e/ou participativa. Essa forma de democracia é um modelo mais recente de democracia que enfatiza a importância da participação ativa dos cidadãos na tomada de decisões. Nessa abordagem, o foco não está apenas na escolha de representantes, mas também na participação direta dos cidadãos em processos de deliberação, discussão e tomada de decisão sobre questões políticas relevantes para suas comunidades. Nesse modelo, a ideia é que a participação

---

<sup>1228</sup> Notadamente, os regimes políticos que se caracterizam atualmente como democráticos têm suas origens, de forma direta ou indireta, nas revoluções políticas ocorridas no final do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa e a Revolução Americana. Todavia, é oportuno destacar que o termo "democracia" era escassamente empregado no período dessas revoluções, sendo por vezes rejeitado em favor do termo "república", o qual desfrutava de maior prestígio naquele contexto histórico. Considerando-se a importância atribuída à Revolução Francesa no imaginário democrático dos séculos XIX e XX, é surpreendente a raridade com que o termo "democracia" emerge nos debates constitucionais ocorridos na França entre os anos de 1789 e 1793. Para saber mais, veja: BÓAS FILHO, O. V. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 108, p. 651-696, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67999>. Acesso em: 12 fev. 2023.

dos cidadãos ajuda a promover uma discussão mais ampla e profunda sobre as questões, levando a decisões mais informadas e democráticas.

O potencial inclusivo e democrático dos direitos não pode ser determinado *a priori*, mas é o resultado de um complexo conjunto de fatores, incluindo a correlação de forças políticas e a confluência de projetos políticos comprometidos com a construção democrática presentes tanto no âmbito da sociedade civil como do Estado. A noção de projeto político é entendida aqui como um “conjunto de crenças, interesses, concepções de mundo, representações do que deve ser a vida em sociedade, que orientam a ação política dos diferentes sujeitos” (DAGNINO *et al.*, 2006, p. 38).

Na América Latina, a questão da participação no processo democrático obteve respaldo a partir da década de 1970, período em que aconteciam as lutas pela democratização dos regimes autoritários em diversos países. Assim, a cidadania tornou-se uma importante ferramenta contra a exclusão social e econômica, bem como na ampliação das concepções dominantes de política, incluindo novos sujeitos, temas, espaços e instituições. A cidadania passou a ser tomada como uma linguagem comum de maneira que diversos movimentos sociais pudessem expressar suas reivindicações no espaço público, evitando a desintegração e o isolamento destes sujeitos.

A cidadania, afinal, constitui-se dos próprios princípios democráticos, não sendo apenas uma condição outorgada pelo Estado, mas, antes, a consolidação social e política de direitos e deveres pelo e para o cidadão (CHAUÍ, 1984). Destarte, o cidadão só é cidadão na medida em que porta direitos e deveres fixados por uma determinada estrutura legal que lhe confere um dado estatuto jurídico, como, por exemplo, nacionalidade, liberdade, igualdade, pelo que, em regimes democráticos, são os cidadãos os participantes e signatários do pacto fundante da nação e da ordem jurídica. (BENEVIDES, 1994, p. 7)

Diante desse contexto, a presente pesquisa visou apresentar brevemente os principais aspectos da teoria democrática contemporânea, à luz de autores que tratam das possibilidades abertas por essa corrente para ampliação da democracia (LAVALLE *et al.*, 2006). Para a elaboração desse estudo, partiu-se do seguinte problema: Qual a visão dos referidos autores em relação às teorias dominantes e responsáveis por explicar e justificar a democracia? Partindo da hipótese de que a democracia e a cidadania não puderam ser devidamente compreendidas a partir da visão mais tradicional da ciência política, buscou-se apresentar brevemente os principais aspectos da teoria democrática

contemporânea, à luz de autores que tratam das possibilidades abertas por essa corrente para ampliação da democracia.

O método adotado neste estudo foi a revisão narrativa, com pesquisa documental e bibliográfica. Foi realizado um criterioso levantamento bibliográfico na literatura científica, por onde foram compilados trabalhos publicados em periódicos, livros e monografias disponíveis em bases de dados. Também foram examinados documentos que pudessem ter relevância para a compreensão do objeto de estudo, com um tratamento analítico baseado tanto em uma literatura já existente quanto em reflexões originais.

## **2 Fundamentação teórica**

### **2.1 Contabilização do interesse atual**

O interesse atual em processos deliberativos e inclusivos pode ser atribuído a uma série de fatores. Um deles é a crescente compreensão do pluralismo sociocultural e da diversidade de estilos de vida e valores dos cidadãos. A sociedade contemporânea é cada vez mais diversificada e plural, com diferentes grupos sociais, culturais e étnicos coexistindo e interagindo. Nesse contexto, há uma necessidade crescente de processos que permitam a inclusão e a participação de todos os grupos na tomada de decisões que afetam suas vidas.

Além disso, a complexidade crescente da sociedade e dos problemas que enfrentamos também tem levado à necessidade de processos deliberativos que possam envolver diversos pontos de vista e soluções (BOBBIO, 2015). Esses processos podem ajudar a descobrir valores ocultos e a promover a inovação, a criatividade e o pensamento crítico. Em parte, essa consciência surge da consciência de uma política baseada na classe, e sua substituição por uma política ligada à gênero, etnia e etc (ARAÚJO, 2015).

Por fim, o aumento da desconfiança em fontes estabelecidas de autoridade, bem como a percepção de que as instituições políticas tradicionais não são capazes de resolver os desafios da sociedade contemporânea, tem levado a um interesse crescente em processos deliberativos e inclusivos que possam envolver a sociedade civil e as comunidades locais na tomada de decisões. Trata-se de uma verdadeira redução do senso de identidade pessoal ou da "segurança ontológica" (BOBBIO, 2015). Esses processos podem ajudar a construir pontes entre diferentes grupos e a aumentar a confiança na capacidade da sociedade de resolver seus próprios problemas.

A globalização tem impactado a vida das pessoas de diversas maneiras, incluindo a forma como elas percebem sua identidade e segurança. Com o aumento da conectividade e

a influência das redes sociais, muitos indivíduos se veem expostos a ideias e valores diferentes, o que pode ser desafiador para suas identidades e crenças. Além disso, a desestabilização de instituições e fontes tradicionais de autoridade, como governos e líderes religiosos, tem deixado muitos indivíduos sem uma referência clara para orientar suas decisões e escolhas. Isso, como vimos, tem levado a uma perda de confiança nas fontes estabelecidas de autoridade e à busca por novas formas de participação e influência na sociedade. Os processos deliberativos e inclusivos podem ser uma forma de dar voz a essas ansiedades e preocupações pessoais, permitindo que as pessoas tenham mais controle sobre sua vida e o mundo à sua volta.

Os processos deliberativos e inclusivos podem fornecer uma oportunidade para diferentes grupos comunicarem suas ansiedades e criarem redes de interesses locais capazes de mediar os efeitos competitivos da transformação global. Ao permitir que os participantes expressem suas preocupações e ideias, esses processos podem ajudar a construir políticas mais inclusivas e sensíveis às necessidades locais. No entanto, a falta de evidência empírica significa que não há uma resposta clara sobre como esses processos podem funcionar na prática.

A questão da escala geográfica é fundamental, pois as vozes presentes em uma escala podem estar ausentes em outra. Mesmo que as mesmas vozes estejam presentes em várias escalas, seu comportamento será influenciado pelo poder que acreditam ter em cada escala. Além disso, sabemos pouco sobre como as escalas territoriais de políticas e redes civis funcionam e se interconectam. Portanto, é importante considerar cuidadosamente a escala em que esses processos são implementados para garantir que sejam eficazes e inclusivos.

## **2.2 Democracia participativa e Democracia deliberativa**

Um processo deliberativo democrático consiste em um conjunto de procedimentos e práticas que têm como objetivo envolver os cidadãos no processo decisório e fomentar a participação cidadã. Fundamentado na discussão pública e no discurso mútuo, um processo deliberativo democrático tem a capacidade de gerar consenso, soluções compartilhadas e decisões mais aprimoradas. No entanto, é possível restringir a deliberação às razões subjacentes de uma divergência ou conflito, com o intuito de torná-los mais produtivos, identificando áreas potenciais de equilíbrio ou comprometimento. Esse é o ponto crucial no qual o campo teórico da democracia deliberativa vem se diferenciando e evoluindo. Compreender a relação entre a deliberação e a democracia, e aprimorar as práticas

deliberativas em diversos contextos e níveis de governança, é um desafio cada vez mais relevante para a teoria e prática da democracia.

Inspirado por este modelo normativo, isto é, pela definição de um procedimento deliberativo ideal, uma vasta gama de modelos participativos (ou mesmo apenas métodos deliberativos e técnicas) foram elaborados e propostos com o intuito de fomentar a participação democrática e aprimorar os processos decisórios. Assim, as formas e tipos de participação política podem ser interpretadas sob uma perspectiva deliberativa, na qual uma dimensão ou qualidade mais ou menos deliberativa pode estar operando. Entretanto, é importante salientar que nem todas as formas de participação podem ser consideradas deliberativas e nem todas as formas de deliberação são participativas (URBINATI, 2006)

Nesse sentido, há uma diversidade de métodos e modelos de deliberação que são aplicados em diferentes contextos, variando em relação ao grau de participação dos cidadãos e à natureza da deliberação. Algumas práticas podem ser mais abertas e participativas, com maior espaço para o debate público e a troca de argumentos, enquanto outras podem ser mais restritivas e guiadas por especialistas. Além disso, a natureza do tema a ser deliberado também pode influenciar na forma como a deliberação é conduzida, podendo ser mais técnica ou valorativa.

Assim, a teoria da democracia deliberativa tem sido um importante campo de investigação para entender as diferentes dimensões e desafios relacionados à participação democrática e à deliberação pública. A partir desse arcabouço teórico, é possível avaliar criticamente as práticas de participação existentes e identificar formas de aprimorar os processos deliberativos, visando alcançar uma democracia mais justa e igualitária.

A expressão "Democracia Participativa" apresenta uma história peculiar e algo mais abstrata, abarcando diversas estruturas e modelos normativos com naturezas diversas. Caso se deseje perscrutar suas raízes, seria necessário retroceder temporalmente ao contexto dos Estados Unidos na década de 1960 e 1970, quando surgiu a concepção de Democracia Participativa a partir dos movimentos juvenis da época (ARAÚJO, 2015). Entre as peculiaridades que distinguem esse modelo teórico, encontra-se a completa repulsa à ideia de representação, ou pelo menos uma nítida contraposição entre participação e representação (não obstante alguns autores proporem que coexistam, ainda que não de maneira integrada).

O enfoque da democracia participativa repousava primordialmente nos efeitos adversos da representação política, os quais incluíam a subtração da capacidade política dos indivíduos, fomentando a inércia e a passividade. A solução para este quadro problemático

residia na promoção de uma cidadania ativa, que poderia e deveria ser fomentada por meio de formas diretas de empoderamento, conferindo ao cidadão um exercício, ainda que parcial, de responsabilidade direta, autonomia, autogoverno e autodeterminação. Como afirma Carvalho (2016), tal cultura política não apenas influenciou os movimentos sociais das décadas de 1960 e 1970, mas também tentativas subsequentes de transpor tais princípios para o âmbito institucional, mediante um processo de democratização de todas as esferas da vida social, desde a família até a escolarização e ambiente de trabalho. Embora muitos desses projetos tenham falhado ou sido derrotados, deixaram marcas profundas na cultura geral e comportamentos, especialmente nas teorias feministas sobre a estrutura autoritária da família, e legaram uma herança de ideias e valores que funcionaram "por trás das cenas" e continuaram a influenciar o pensamento democrático contemporâneo. Contudo, esta abordagem política e teórica perdeu destaque no decorrer da década de 1970, sendo eclipsada pelo avanço da revolução conservadora na década de 1980.

É sabido que o conceito de "Democracia participativa" ressurgiu com grande vigor nos movimentos globais da década de 90 e início dos anos 2000, graças ao reconhecimento de experiências inovadoras. Esse renascimento se deu na esteira dos novos movimentos de crítica à globalização, mas também propôs aspectos da concepção original. De acordo com Bôas Filho (2013, p. 653):

A democracia participativa corresponderia, assim, a uma demanda social que expressaria a tendência crescente dos cidadãos de não se contentarem mais em simplesmente eleger seus representantes assinando-lhes um "cheque em branco". Aliás, prossegue Rosanvallon, o projeto de uma "democracia deliberativa", que começa a se impor a partir dos anos 1990, visaria, implicitamente, superar os limites da democracia participativa, a partir de uma abordagem que poderia ser qualificada de mais "qualitativa" em virtude de sua especial atenção à discussão racional e aos processos argumentativos.

Ora, o termo "participação" abrange, certamente, uma ampla gama de fenômenos, que podem ser distinguidos de acordo com a esfera em que se expressam, seja ela política, social, econômica, entre outras, ou de acordo com as formas que podem assumir. Idealmente, essas formas podem ser colocadas ao longo de um *continuum*, que se estende desde as práticas sociais conflituosas e antagônicas até as formas de cooperação social e auto-organização da sociedade civil, através das quais os indivíduos governam suas vidas juntos e lidam com problemas comuns de maneira fraterna e comunitária (HABERMAS, 2007).

Há um conjunto ricamente variado de tipos possíveis de participação entre esses dois extremos, incluindo protestos, reivindicações, advocacia e outras formas de expressão. É

claro que também pode haver, em graus variados, vários híbridos e sobreposições entre elas. Dentro dessas formas e expressões, pode haver, em graus variados, uma dimensão deliberativa. Conforme Christiano (2007), a "Democracia participativa" também é caracterizada por uma rejeição radical da representação, ou pelo menos uma contraposição firme entre participação e representação.

Os discursos acerca da democracia participativa não se referem somente às várias formas de participação cidadã, mas também a uma dimensão política e decisória que possibilita a moldagem e a prática de uma forma específica de tomada de decisão política. Neste sentido, há diferenças substanciais entre as perspectivas teóricas sobre a democracia deliberativa e a participativa, sendo que tais termos não podem ser equiparados (FARIA, 2000).

A democracia participativa é estabelecida a partir da ação direta de cidadãos que possuem algum poder e decidem questões que afetam suas vidas. Em contrapartida, a democracia deliberativa é fundamentada nas trocas argumentativas, no raciocínio recíproco e no debate público que antecedem as decisões. A deliberação é vista como uma etapa ou fase de um diálogo e processo discursivo para a tomada de decisões, as quais legitimam as instituições democráticas e que estas devem e podem tomar (LUCHMANN, 2002).

Embora seja possível que qualquer associação "privada" ou grupo de indivíduos tome decisões através de procedimentos deliberativos, quando se adentra a esfera das decisões políticas, tais procedimentos podem ser apenas uma fase ou elemento dentro de um processo que se legitima somente com base em procedimentos democráticos institucionais.

### **2.3 Democracia deliberativa: os limites críticos de um novo paradigma teórico**

A teoria da democracia deliberativa parte do pressuposto de que a deliberação e o diálogo são fundamentais para a tomada de decisões políticas justas e legítimas. (MOUFFE, 2005, p. 19). A ideia é que a discussão pública e o debate racional entre os cidadãos podem levar a decisões melhores e mais justas do que aquelas tomadas exclusivamente pelos representantes eleitos. Dessa forma, a deliberação se torna um processo essencial para a democracia, que permite a inclusão de diferentes perspectivas e interesses no processo de tomada de decisão. Neste sentido, falando de Habermas e de Cohen, Mouffe (2005, p.13), afirma:

Outro ponto de convergência entre as duas versões de democracia deliberativa é a sua insistência comum na possibilidade de fundar autoridade e legitimidade em algumas formas de razão pública e sua crença compartilhada em uma forma de

racionalidade que é não apenas instrumental, mas tem uma dimensão normativa: o “razoável” para Rawls, a “racionalidade comunicativa” para Habermas. Em ambos os casos uma forte separação é estabelecida entre “mero acordo” e “consenso racional”, ao passo que o campo próprio da política é identificado com a troca de argumentos entre pessoas razoáveis guiadas pelo princípio da imparcialidade.

Nessa perspectiva, a democracia deliberativa enfatiza a importância do papel do cidadão como agente ativo no processo democrático. Ao invés de ser apenas um eleitor passivo, o cidadão é visto como alguém que tem a responsabilidade e o dever de participar ativamente da discussão pública e do debate político. Esse processo de deliberação deve ser inclusivo e deve levar em conta as diferenças culturais, sociais e políticas existentes na sociedade.

Além disso, a teoria da democracia deliberativa busca promover a igualdade de participação no processo político (BENHABIB, 1996, p. 70). Isso significa que as vozes e perspectivas de todos os cidadãos devem ser ouvidas e levadas em consideração, independentemente de sua posição social, econômica ou política. A deliberação, portanto, é uma ferramenta que pode contribuir para a ampliação da participação política e para a redução das desigualdades na sociedade.

No entanto, é importante destacar que a democracia deliberativa não defende a ideia de que a deliberação é a única forma de tomada de decisão política (FARIA, 2000, p. 64). Ela não é uma teoria que se opõe à democracia representativa, mas sim uma teoria que busca complementá-la, trazendo elementos que possam aprimorar o processo democrático. A ideia é que a deliberação possa ser incorporada ao processo de representação, de forma que os representantes eleitos possam estar mais abertos ao diálogo com os cidadãos e possam tomar decisões mais bem fundamentadas e justas.

No entanto, a teoria da democracia deliberativa não é livre de críticas e limitações. Em nosso entendimento, uma das principais críticas que podem ser feitas contra essa forma de democracia é que a deliberação pode ser manipulada por grupos de interesse, especialmente aqueles com mais recursos financeiros ou poder político<sup>1229</sup>. Além disso, a deliberação pode ser lenta e difícil de ser alcançada, o que pode levar a decisões políticas ineficazes ou mesmo a paralisia política.

---

<sup>1229</sup> Destaque-se, por exemplo, o fenômeno da captura das agências reguladoras, vide CAMPILONGO, Fernandes. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. Diss. Universidade de São Paulo SÃO PAULO, 2010.

Outra crítica é que a teoria da democracia deliberativa pode ser excessivamente idealizada e negligenciar questões de poder e desigualdade. A deliberação pode favorecer os grupos mais educados, com maior acesso a informações e com habilidades retóricas mais desenvolvidas, em detrimento de grupos mais vulneráveis e marginalizados.

Apesar dessas limitações, a teoria da democracia deliberativa tem sido uma importante contribuição para o debate sobre a natureza da democracia e como ela pode ser mais efetiva e legítima. A incorporação de práticas deliberativas nas instituições democráticas pode ajudar a ampliar a participação cidadã e a tornar o processo decisório mais inclusivo e reflexivo. No entanto, é importante reconhecer as limitações e trabalhar para mitigá-las, a fim de garantir que a deliberação seja efetiva e justa para todos os cidadãos.

Aqui se nos apresenta a possibilidade de inferir algumas conclusões preliminares: discursos sobre uma "teoria" ou "Concepção deliberativa" da democracia começaram a circular no início dos anos 80, em um debate sobre os fundamentos da democracia brasileira que envolveu principalmente estudiosos da história do país e do pensamento constitucional. No final dos anos 80, o processo de construção do novo marco teórico alcançou um primeiro resultado fundamental: o ensaio de Joshua Cohen, intitulado "Deliberação e Legitimidade Democrática" (1989), pode certamente ser considerado o texto que sinaliza, com grande impacto, a entrada da democracia deliberativa no debate teórico contemporâneo (PRZEWORSKI, 2007). Neste sentido, para Benhabib (1996, p. 69)

“according to the deliberative model of democracy, it is a necessary condition for attaining legitimacy and rationality with regard to collective decision making processes in a polity, that the institutions of this polity are so arranged that what is considered in the common interest of all results from processes of collective deliberation conducted rationally and fairly among free and equal individuals. The more collective decision-making processes approximate this model the more increases the presumption of their legitimacy and rationality.”

Cohen (2007) traçou as coordenadas em que seu texto foi localizado e indicou as três "fontes" que o levaram a elaborar a ideia de uma democracia deliberativa. A primeira foi destacada em discussões recentes sobre o papel da concepção republicana de autogoverno na formação da tradição constitucional americana e do direito público contemporâneo. A segunda fonte foi adequada a algumas críticas democráticas e socialistas radicais da política do desenvolvimento de sociedades industriais. Em uma nota de rodapé, Cohen (2007) destacou algumas conexões com certas características da democracia participativa do período anterior: "Tenho em mente, em particular, críticas que se concentram nas formas como as

desigualdades materiais e os partidos políticos frágeis restringem a democracia, restringindo o debate político público ou minando a igualdade dos participantes desse debate".

A terceira "fonte" foi fundamental para o trabalho de Cohen: John Rawls. Algumas das características centrais da ideia de democracia deliberativa, escreve Cohen, "são destacadas na explicação de Rawls sobre a política democrática em uma sociedade justa, particularmente nas partes de sua conta que buscam incorporar a 'liberdade dos antigos' e responder aos democratas radicais e socialistas que argumentam que as 'liberdades básicas podem se mostrar meramente formais'".

#### **2.4 Evelina Dagnino e o sentido original de participação no processo democrático**

Uma das questões fundamentais abordadas pela pesquisa proposta por Dagnino consiste em sua compreensão da democracia e da cidadania. Segundo a autora, esses dois processos têm estado intrinsecamente ligados de uma forma que nunca pôde ser adequadamente compreendida a partir da visão tradicional da ciência política. Ao elaborar sua crítica, que ela chama de "confluência perversa" dos projetos políticos em disputa - o neoliberalismo de um lado e o democrático-participativo do outro - que influenciou profundamente a agenda de pesquisa sobre a luta pela construção da democracia no Brasil e em vários países da América Latina, Dagnino apresenta uma visão mais ampla em relação à democracia e à cidadania.

Como pesquisadora que sempre se manteve conectada aos diálogos políticos, Dagnino (2006) adota uma postura que acredita no potencial transformador da ação humana, sem ignorar os constrangimentos estruturais que condicionam essa ação. A cidadania atual exige a constituição de sujeitos sociais ativos, definindo o que eles consideram ser seus direitos e lutando pelo seu reconhecimento. Dessa forma, é estabelecido um quadro de referência complexo e aberto que aborda a diversidade de questões emergentes nas sociedades latino-americanas.

O potencial inclusivo e democrático dos direitos não pode ser determinado a priori, mas é o resultado de um complexo conjunto de fatores, como a correlação de forças políticas e a confluência de projetos políticos comprometidos com a construção democrática, presentes tanto no âmbito da sociedade civil como do Estado. Aqui, a noção de projeto político é entendida como um "conjunto de crenças, interesses, concepções de mundo, representações do que deve ser a vida em sociedade, que orientam a ação política dos diferentes sujeitos" (Dagnino *et al.*, 2006, p. 38).

Na América Latina, a questão da participação no processo democrático obteve respaldo a partir da década de 1970, período em que ocorreram as lutas pela democratização dos regimes autoritários em vários países. Assim, a cidadania tornou-se uma importante ferramenta contra a exclusão social e econômica, bem como na ampliação das concepções dominantes de política, incluindo novos sujeitos, temas, espaços e instituições. A cidadania passou a ser considerada uma linguagem comum para que vários movimentos sociais pudessem expressar suas reivindicações no espaço público, evitando a desintegração e o isolamento desses sujeitos.

## **2.5 As transformações atuais da representação política no olhar de Adrián Lavalle**

As transformações no desenvolvimento democrático ao longo das últimas décadas podem ser observadas em pelo menos três níveis. Primeiramente, o mundo das ideias políticas tem sido palco de um renovado interesse na deliberação, tanto no campo da teoria política quanto no mais restrito campo da análise de políticas públicas. Esse interesse está sujeito a revisão e tem levado à distinção entre diversas concepções de democracia. Essas reflexões, situadas na encruzilhada entre as perspectivas normativa e empírica, buscam dar conta das evoluções teóricas e propor novos caminhos para a democratização das escolhas políticas.

Em segundo nível, a participação dos cidadãos é geralmente um dos temas dominantes. Os conceitos de envolvimento dos cidadãos, debate público, política democrática e consulta são agora apresentados como elementos-chave do processo político. Esses discursos parecem particularmente ambiciosos, haja vista que geralmente propõem modificar profundamente as práticas e mecanismos existentes.

Adrián Lavalle oferece uma releitura das literaturas que tratam das transformações atuais da representação política. Ele observa as limitações no sentido de trazer à luz orientações para uma reforma da democracia. Lavalle (2006) explica que a existência de processos de pluralização do lugar da representação e de diversificação dos sujeitos com posse para exercê-la tem ampliado as práticas até então inéditas de representação política no âmbito da sociedade civil. Do ponto de vista de seus eventuais efeitos negativos ou positivos, compreende-se que a qualidade da democracia exige uma revisão e resignificação das estimativas que sustentam nossa compreensão da representação política.

A participação de grupos e cidadãos na elaboração de políticas públicas por meio de maior abertura do processo político está se tornando um requisito cada vez mais importante

para os governos que buscam nova legitimidade. A falta de mecanismos tradicionais da democracia representativa, o aumento geral do nível de educação e mudança de valores e as recentes transformações dos aparatos estatais ocidentais são todas as razões para o surgimento de novas formas de democracia.

Esse conjunto de mudanças reflete, em grande medida, as pressões exercidas sobre as instituições representativas há quase duas décadas. A "crise da representação política", como é comumente chamada, seria profunda na medida em que afeta todas as dimensões do processo político. Pesquisas de opinião mostram, a esse respeito, um declínio significativo da confiança na maioria das democracias avançadas, tanto em relação a instituições e partidos quanto às elites políticas (LAVALLE, 2006).

Essa crise teria se tornado um lugar comum, no sentido de que todos os interessados compartilhassem substancialmente o mesmo sentimento subjetivo sobre a inadequação das "formas tradicionais de representação política". Numa perspectiva mais ampla, as pressões sobre a representação refletiriam uma lacuna entre o que as instituições democráticas são capazes de oferecer e as aspirações dos cidadãos.

## **Conclusão**

Ao término deste estudo, é possível recapitular a delicada situação dos sistemas democráticos ocidentais, que se deparam com a crescente desconfiança, polarização extrema, abstenção eleitoral e o populismo. Essas constatações reforçam a convicção de que é imperativa uma mudança na maneira como concebemos a política. Concomitantemente, observa-se em diversos países a demanda por democracia deliberativa e a aspiração de envolver mais cidadãos nas decisões políticas de seus países, a fim de recuperar a legitimidade perdida ou danificada. Tais iniciativas, algumas delas trazidas pela sociedade civil, denotam que as saídas para o atual cenário são reais e constituem caminhos a serem percorridos com coragem e determinação. Em meio à encruzilhada entre o imobilismo e a revolução, o estadista e o cidadão comum são instigados a refletir sobre mudanças, sendo que a verdadeira coragem implica em resistir às tentações maniqueístas. Nesse sentido, é crucial confiar na capacidade dos cidadãos em se engajarem na política, o que demanda que sejam assegurados meios concretos para tanto. A razão, ao transitar da teoria para a prática, favorece o pragmatismo em detrimento da utopia.

Com isso, é possível identificar que, embora a teoria da democracia deliberativa tenha sido elogiada por sua ênfase na participação cidadã e no diálogo, ela também pode ser alvo

de justas críticas devido a limitações. Uma das principais críticas é que a democracia deliberativa pode ser elitista, favorecendo aqueles que têm mais recursos e tempo para se engajar na política. Além disso, a democracia deliberativa pode ser limitada pela polarização e pelo conflito, que podem impedir a tomada de decisões eficazes. Outra crítica é que a democracia deliberativa pode ser incapaz de lidar com questões urgentes e complexas que exigem ação rápida, como crises de saúde pública ou desastres naturais. Por fim, a democracia deliberativa pode ser vista como uma abordagem utópica e irrealista, que não leva em conta as realidades políticas e econômicas dos diferentes contextos em que é aplicada.

Nada obstante, a teoria da democracia deliberativa pode ser aplicada em diferentes contextos políticos, tanto em níveis locais quanto nacionais e internacionais. Em nível local, pode ser implementada por meio de iniciativas como os orçamentos participativos, que permitem aos cidadãos participar ativamente da definição de prioridades e da alocação de recursos em suas comunidades. Em nível nacional, pode ser aplicada por meio de processos como as assembleias cidadãs, que reúnem representantes da sociedade civil para discutir questões de interesse público e propor soluções. Já em nível internacional, a democracia deliberativa pode ser aplicada por meio de processos de tomada de decisão que envolvem a participação de múltiplos atores, como organizações da sociedade civil e governos de diferentes países, para abordar questões globais como a mudança climática e a desigualdade econômica.

Vimos, ao longo do trabalho, perspectiva de Dagnino sobre a relação entre democracia e cidadania, destacando a crítica da autora em relação à visão tradicional da ciência política. Dagnino acredita no potencial transformador da ação humana e defende a constituição de sujeitos sociais ativos na luta pelos direitos e pelo reconhecimento. Ela enfatiza a importância dos projetos políticos comprometidos com a construção democrática, tanto na sociedade civil como no Estado, para garantir a participação no processo democrático e a ampliação das concepções dominantes de política. A cidadania é vista como uma linguagem comum para que vários movimentos sociais possam expressar suas reivindicações no espaço público, evitando a desintegração e o isolamento desses sujeitos.

Lavalle argumenta que as transformações no desenvolvimento democrático podem ser observadas em três níveis: renovado interesse na deliberação, participação dos cidadãos e limitações na representação política. A crise da representação política tem afetado todas as dimensões do processo político, resultando em um declínio significativo da confiança nas instituições, partidos e elites políticas em democracias avançadas. A participação dos cidadãos

na elaboração de políticas públicas é um requisito importante para os governos que buscam nova legitimidade. A crise da representação reflete uma lacuna entre o que as instituições democráticas são capazes de oferecer e as aspirações dos cidadãos.

Tanto Lavallo quanto Dagnino concordam que a crise da representação política afeta todas as dimensões do processo político, refletindo uma lacuna entre o que as instituições democráticas são capazes de oferecer e as aspirações dos cidadãos. Além disso, ambos reconhecem a importância da participação dos cidadãos na elaboração de políticas públicas para a legitimação dos governos. No entanto, enquanto Lavallo enfatiza a necessidade de reformas da democracia que ressignifiquem as estimativas sobre a representação política e considerem as novas formas de democracia, Dagnino destaca a importância da construção de novas formas de participação cidadã que superem os limites da democracia representativa. Assim, pode-se concluir que, embora com enfoques diferentes, ambos os autores concordam que a democracia precisa ser repensada e reformulada para se adequar às novas demandas e aspirações dos cidadãos.

## Referências Bibliográficas

- ARAÚJO, Roberta Corrêa de. **Legitimidade do Poder Político na Democracia Contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2015.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania e democracia. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, p. 5-16, 1994.
- BENHABIB, Seyla. Toward a deliberative model of democratic legitimacy. **Democracy and difference: contesting the boundaries of the political**. New Jersey: Princeton University Press, 1996.
- BÔAS FILHO, O. V. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 108, p. 651-696, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67999>. Acesso em: 12 fev. 2023.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 13ª ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Paz e terra, 2015.
- CAMPILONGO, Fernandes. **O problema da captura das agências reguladoras independentes**. Diss. Universidade de São Paulo SÃO PAULO, 2010.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: um longo caminho**. 21ª ed. Riode Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. São Paulo, Editora Moderna, 1984.
- CHRISTIANO, Thomas. 2007. **A Importância da Deliberação Pública**. In D. Werle e R. Melo (Org.). Democracia Deliberativa. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, p. 81-111.
- CHRISTIANO, Tom; SAMEER, Bajaj, "Democracy", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2022 Edition)**, Edward N. Zalta (ed.). Disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/democracy/>. Acesso em 10 de janeiro de 2023.
- COHEN, Joshua. 2007. **Procedimento e substância na democracia deliberativa**. In: D. Werle e D. Melo (orgs). Democracia deliberativa. São Paulo: Esfera Pública, p 115-144.
- DAGNINO, Evelina (2007), **Cidadania: uma confluência perversa**. Desenvolvimento na prática. Vol. 17, N ° 4-5, págs. 549-556.
- DAGNINO, Evelina. **Os movimentos sociais e a emergência de uma nova cidadania**. In: Dagnino (org.) Anos 90: política e sociedade no Brasil. São Paulo: Editora Brasiliense, 1994.
- DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J. e PANFICHI, Aldo (2006), **Para uma outra leitura da disputa pela construção democrática na América Latina**. In: *A disputa pela construção democrática na América Latina*. Editado por DAGNINO, Evelina; OLVERA, Alberto J. e PANFICHI, Aldo. São Paulo: Editora Paz e Terra / Unicamp. pp. 13-91.
- HABERMAS, J. Popular Sovereignty as Procedure. 1997. In: **Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics**, eds. J. Bohman e W. Rehg, Cambridge, Massachussets, MIT Press, p. 35-65.

- KÖCHE, José Carlos. **Fundamentos de metodologia científica**: Teoria da ciência e iniciação à pesquisa. 20. ed. atualizada. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.
- LAVALLE, A. G.; HOUTZAGER, P.; CASTELLO, G. **Representação política e organizações civis**. Novas instâncias de mediação e os desafios da legitimidade. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 21, n. 60, p. 115-168, 2006b.
- LUCHMANN, Ligia. 2002. **A democracia deliberativa: sociedade civil, esfera pública e institucionalidade**. Cadernos de Pesquisa, PPGSP/UFSC, n.32.
- MOUFFE, Chantal. **Por um modelo agonístico de democracia**. Revista de sociologia e política, p. 11-23, 2005.
- PRZEWORSKI, Adam. 2007. **Deliberação e dominação ideológica**. In D. Werle e R. Melo (Org). Democracia Deliberativa. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, p. 277-295.
- URBINATI, Nadia. 2006. **O que torna a representação democrática**. Lua Nova, São Paulo, n°67, 191-228.
- VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. **Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional**: cidadania e pós-modernidade. Belo Horizonte: Editora D'placido, 2014.
- YOUNG, Iris Marion. 2006. **Representação Política, Identidade e Minorias**. Lua Nova, São Paulo, n°67, 139-190.

# O DESMEMBRAMENTO DO CONSTITUCIONALISMO CLIMÁTICO: UMA ANÁLISE DO FENÔMENO INCIPIENTE DO CONSTITUCIONALISMO CLIMÁTICO NO BRASIL

## The Breakdown of Climate Constitutionalism: An analysis of the incipient phenomenon of Climate Constitutionalism in Brazil

Maria Laura Maciel Fernandez<sup>1230</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Do Constitucionalismo Ambiental ao Constitucionalismo Climático: uma diferenciação necessária; 3. O desmembramento do Constitucionalismo Climático: regime climático nacional e litigância climática; 3.1. O Constitucionalismo Climático; 3.2. O regime climático nacional; 3.3. A litigância climática; 3.3.1. O caso paradigmático Leghari v. Paquistão; 4. O desmembramento do Constitucionalismo Climático Brasileiro; 4.1. O Constitucionalismo Climático no Brasil; 4.2. O regime climático nacional brasileiro; 4.3. A litigância climática brasileira; 5. Considerações Finais.

**Resumo:** O presente artigo tem o objetivo desmembrar o incipiente fenômeno do Constitucionalismo Climático, uma evolução de seu predecessor, o ambiental. Além disso, busca analisar o incipiente fenômeno no Brasil. O artigo se divide em três itens. O primeiro pretende demonstrar a separação entre o Constitucionalismo Climático, de seu predecessor, o ambiental. Após, desmembra-se o Constitucionalismo Climático com sua definição e duas de suas nuances: o regime climático nacional e a litigância climática. Por fim, desmembra-se o Constitucionalismo Climático no Brasil, tendo em vista que, brevemente, o texto constitucional poderá prever o direito fundamental à estabilidade climática, bem como o esboço do regime climático nacional e o incipiente surgimento da litigância climática no país. Para isso, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, como forma de, partindo de análises gerais acerca do Constitucionalismo Climático, analisar o fenômeno no Brasil. Foi utilizado como procedimento a pesquisa bibliográfica, com o estudo de artigos e publicações científicas sobre o tema. O Brasil caminha em direção ao constitucionalismo climático, tendo em vista a pretensa inserção, no texto constitucional, do direito fundamental à estabilidade climática e mitigação das mudanças climáticas. Ademais, em 2009, inovou com a Lei n.º 12.187, com previsões infraconstitucionais acerca das mudanças climáticas. Por fim, ambos os casos legislativos servirão de base para futuros casos de litigância climáticas nacionais, que conforme foi demonstrado, estão começando a surgir no país.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo Climático; Litigância Climática; Mudanças climáticas.

**Abstract:** This article aims to dismember the incipient phenomenon of Climate Constitutionalism, an evolution of its predecessor, the environmental one. In addition, it seeks to analyze the incipient phenomenon in Brazil. The article is divided into three items. The first intends to demonstrate the separation between Climate Constitutionalism, from its

---

<sup>1230</sup> Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (Proex) – CAPES. Pós-graduanda em Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Advogada. E-mail: maria-laura-95@hotmail.com.

predecessor, the environmental one. Afterwards, Climate Constitutionalism is dismembered with its definition and two of its nuances: the national climate regime and climate litigation. Finally, the Climate Constitutionalism in Brazil is dismembered, considering that, shortly, the constitutional text may provide for the fundamental right to climate stability, as well as the outline of the national climate regime and the incipient emergence of climate litigation in the country. For this, the deductive method of approach was used, as a way of, starting from general analyzes about Climate Constitutionalism, to analyze the phenomenon in Brazil. Bibliographical research was used as a procedure, with the study of articles and scientific publications on the subject. Brazil is moving towards climate constitutionalism, in view of the alleged insertion, in the constitutional text, of the fundamental right to climate stability and mitigation of climate change. Furthermore, in 2009, it innovated with Law no. 12,187, with infraconstitutional predictions about climate change. Ultimately, both legislative cases will serve as the basis for future national climate litigation cases, which, as demonstrated, are beginning to emerge in the country.

**Keywords:** Climate Constitutionalism; Climate Litigation; Climate changes.

## 1. Introdução

Hoje, os efeitos nocivos da ação humana sobre o meio ambiente já são sentidos pela sociedade. Com a intensificação dos eventos climáticos extremos, o Direito precisou se reestruturar para fazer frente às novas demandas ambientais. Nesse contexto, surge, incipientemente, o denominado Constitucionalismo Climático, como uma evolução de seu predecessor, o ambiental.

Tendo em vista esse fenômeno que surge, o presente artigo tem como objetivo desmembrar o denominado Constitucionalismo Climático, explicando suas nuances, bem como analisar o fenômeno no Brasil. Para isso, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, como forma de, partindo de análises gerais acerca do Constitucionalismo Climático, analisar o fenômeno no contexto brasileiro. Foi utilizado como procedimento a pesquisa bibliográfica, com o estudo de artigos e publicações científicas sobre o tema.

O artigo se estrutura em três itens. No primeiro item, busca-se demonstrar a separação do Constitucionalismo Climático, de seu predecessor, o ambiental, com a demonstração de suas diferenças.

Após, passa-se ao desmembramento do Constitucionalismo Climático, com sua definição, bem como com o esboço de duas de suas nuances: o regime climático nacional e a litigância climática.

Por fim, pretende-se analisar o fenômeno do Constitucionalismo Climático no Brasil, tendo em vista que as mudanças climáticas podem ser, brevemente, inseridas no texto constitucional, bem como analisar o regime climático nacional e a incipiente formação de uma litigância climática no país.

Outrossim, após o exame de todos esses itens, busca-se verificar que a formação de uma estrutura do Constitucionalismo Climático já é uma realidade mundial, inclusive, no Brasil.

## **2. Do Constitucionalismo Ambiental ao Constitucionalismo Climático: uma diferenciação necessária**

O Direito Constitucional sofreu várias transformações após a Segunda Guerra Mundial, com a incorporação ao constitucionalismo da realização da pessoa humana e a preservação do meio ambiente. Desse modo, ao lado de outras transformações, esses dois elementos deram origem ao constitucionalismo ambiental e, assim, a uma nova forma de entender a Constituição e o Estado, sendo que a existência de um constitucionalismo ambiental parte da adoção de alguns indispensáveis pressupostos teóricos, cujo fim, por um lado, é conciliar a tradição constitucional com a proteção jurídica do meio ambiente, um problema político e moral e, em razão disso, constitucionalmente relevante, e justificar, por outro lado, a incorporação do elemento ambiental ao núcleo das discussões constitucionais do presente tempo (ALMEIDA FILHO, 2016).

Em Estocolmo, na Suécia, em 1972, foi realizada a primeira conferência internacional voltada a tratar especificamente sobre o desenvolvimento e as influências humanas sobre o meio ambiente. Foram reunidos 113 países na “Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano”, que discutiram novas formas de desenvolvimento, em um contexto marcado pelos efeitos nocivos da ação humana sobre o meio ambiente que já eram sentidos. Portanto, foi a primeira de várias conferências voltadas a discutir a ação humana e seus efeitos sobre o meio ambiente (MARIN; MASCARENHAS, 2020).

Inclusive, há vantagens da proteção constitucional do ambiente em detrimento de sua previsão apenas em normas infraconstitucionais: (I) superioridade normativa e maior durabilidade das normas constitucionais em relação àquelas de natureza diversa; (II) dada essa superioridade, a previsão constitucional guia o próprio discurso e comportamento público; (III) aumento da probabilidade de obediência, em face de previsões constitucionais; (IV) quando comparadas com leis ambientais ordinárias, estas cobrem questões mais específicas: as disposições constitucionais ambientais protegem direitos substantivos ambientais amplos, não apenas inerentes a matérias específicas ou isoladas e, por fim, (V) o constitucionalismo ambiental fornece uma rede de segurança para proteger o meio ambiente quando regras internacionais ou outras leis domésticas não se mostram suficientemente fortes para sua imposição judicial (DALY; MAY, 2015).

Entretanto, a temperatura média do planeta aumentou 0,74% desde o final de 1800. Mais, nos 382 meses que antecederam o ano de 2016, a temperatura foi mais alta que a média do século XX, sendo que 2016 foi o ano mais quente desde 1880, superando, inclusive, os anos de 2021 e 2022. Segundo as previsões científicas, até o ano de 2100, o aumento da temperatura vai variar entre 1,8°C e 4°C e, ainda que as temperaturas aumentem apenas 1,8°C, essa elevação será superior a qualquer variação positiva de temperatura nos últimos 10 mil anos. Além disso, o nível médio do mar subiu de 10 a 20 centímetros durante o século XX, e um aumento adicional de 18 a 59 centímetros deve ocorrer até o ano de 2100, uma vez que, com temperaturas elevadas, as calotas de gelo derretem, causando a expansão do volume do oceano e aumentando o nível do mar (MIRANDA, 2023).

As atividades humanas são as principais fontes das alterações do clima, como, por exemplo: fontes de energia baseadas nos combustíveis fósseis, desmatamento e processos produtivos insustentáveis na agricultura (monocultura). Tendo em vista essas atividades, surgiram impactos negativos aos seres humanos como: aumento da frequência e da intensidade do calor, causador de mortes e doenças; secas e riscos de incêndios; intensificação da poluição do ar; aumento das extremas precipitações associadas às enchentes, que podem levar a danos humanos; elevação do nível do mar e da intensidade das inundações costeiras geradoras de vítimas e de prejuízos milionários, sendo que, o meio ambiente natural e cultural está igualmente vulnerável e sofrendo os efeitos negativos das alterações climáticas (WEDY, 2018).

A água, um dos principais bens para a sobrevivência do ser humano no planeta, também sofre com as mudanças climáticas, principalmente no que tange ao seu suprimento, pois, com o aumento das temperaturas globais os reservatórios estão diminuindo, o que afeta os ecossistemas e a subsistência humana em muitas regiões do mundo. O consumo excessivo causado pelo aumento da demanda, pois uma vez que sendo escassa, a água é disputada pelas pessoas para o consumo, está fazendo com que as águas na superfície e subterrâneas sofram, incluindo a diminuição do escoamento e de recarga natural. Ademais, algumas regiões dependem do gelo dos picos das montanhas para armazenamento e estoque de água, entretanto, durante o passar dos anos e com o verão cada vez mais severo, devido ao aquecimento das temperaturas, esse gelo tem diminuído (WEDY, 2018).

Por fim, Wedy (2018), expõe mais alguns exemplos de resultados negativos do aquecimento das temperaturas globais:

Ecossistemas estão sendo diretamente afetados pelas mudanças climáticas, inclusive mudanças na biodiversidade e na localização das espécies que se

deslocam em busca de temperaturas mais amenas. A capacidade dos ecossistemas para moderar as consequências de secas, enchentes e tempestades tem diminuído. O aquecimento dos oceanos e a sua acidificação estão modificando e danificando a vida no mar. Peixes e outros seres vivos marinhos móveis e também imóveis, como os corais, estão sofrendo essas perigosas consequências decorrentes da alteração do seu habitat. Consequências do aquecimento global somam-se à pesca descontrolada e à poluição das zonas costeiras, que afetam negativamente a atividade pesqueira para consumo humano e as comunidades que dela dependem (WEDY, 2018, p. 355).

Portanto, a aceitação da realidade das mudanças climáticas e dos perigos que ela representa para a humanidade se tornou uma imposição do exercício consciente da cidadania global, bem como do constitucionalismo. Com a intensificação dos eventos climáticos extremos, o constitucionalismo é demandado por respostas à mitigação, à adaptação e às perdas e danos relacionadas às mudanças climáticas, com a necessidade de se delinear as bases estruturantes deste ramo. Assim, tendo em vista a demanda por uma teoria constitucional compatível e apta a guiar os Estados no enfrentamento das mudanças climáticas, bem como por uma justiça climática, formou-se um Constitucionalismo Climático, uma evolução de seu predecessor, o ambiental.

### **3. O desmembramento do Constitucionalismo Climático: regime climático nacional e litigância climática**

#### **3.1. O Constitucionalismo Climático**

A Era das mudanças climáticas é o tempo do Constitucionalismo Climático. A mudança climática consiste na alteração do clima através do aquecimento, exemplificado pela mudança muito frequente do clima em uma região. Com isso, o Constitucionalismo Climático conquista, aos poucos, autonomia frente ao Constitucionalismo Ambiental, uma vez que é deletéria para os seres humanos as mudanças climáticas, sendo urgente uma resposta mais efusiva por partes dos países (MANIATIS, 2020).

Assim, as mudanças climáticas demandam por um novo tipo de constitucionalismo apto a fornecer as bases para uma nova onda de conflituosidade jurídica, dentre a qual se destaca a climática. Portanto, para lidar com esse cenário que se desenha, há a necessidade de integração entre governança climática e o constitucionalismo, naquilo que vem sendo descrito como Constitucionalismo Climático (CARVALHO, 2021).

Há uma necessidade de adaptar o direito constitucional aos desafios derivados da mudança climática. O direito constitucional do século XXI deve atualizar suas categorias metodológicas para fazer frente aos desafios derivados da mudança climática, que não existiam quando surgiu o constitucionalismo como doutrina política no século XVIII. Nesse

sentido, deve ser adotado um novo constitucionalismo que assuma a necessidade de articular respostas jurídicas estruturais aos desafios climáticos (ORTIZ et al., 2022).

Os efeitos irreversíveis produzidos pela mudança climática pelo nível sem precedentes de degradação ambiental, mostra o fracasso do direito estatal ambiental tradicional. Ou seja, a imposição de novos problemas ambientais desencadeia a necessidade de uma transição constitucional, apta a lidar com tais desafios, uma vez que ante a ausência de coercitividade do Direito Internacional, é preciso conceber um corpo coerente para lidar com os desafios impostos pela justiça climática (CCAMA, 2021).

O constitucionalismo climático oferece dois principais caminhos para o avanço da justiça climática: (I) a incorporação expressa das mudanças climáticas no texto constitucional e (II) a inferência de que outros direitos constitucionais expressos (vida, dignidade, devido processo e meio ambiente equilibrado), incorporam implicitamente obrigações que exigem respostas às mudanças climáticas. Assim, uma vez que a Constituição e o seu texto desfrutam de uma perenidade e legitimidade perante as cortes, bem como por se tratar de norma frequentemente aceita como de status superior e direcionada a uma determinada comunidade nacional ou subnacional, dá ensejo ao tratamento do conteúdo climático pela teoria constitucional, uma vez que essa tem como efeito fornecer a capacidade de seu tratamento ser mais acessível judicialmente, de ter maior capacidade de operacionalidade e maior aplicação prática local (CARVALHO, 2021).

Segundo Carvalho (2021), o papel primordial do constitucionalismo climático é induzir o enfrentamento do fenômeno global das mudanças climáticas por meio de soluções (constitucionais) mais localizadas. Com a forte adesão das cortes judiciais e o status destacado do texto constitucional nos sistemas jurídicos nacionais, demonstra-se o potencial significativo que o constitucionalismo climático detém para desenhar respostas à justiça climática, a partir do desenho institucional do Estado de Direito, especialmente a partir do nível doméstico. Ademais, a maior contribuição do constitucionalismo climático é o de servir de fundamento e sustentação para decisões em nível territorial nacional, direcionadas a solucionar conflitos climáticos referentes às circunstâncias particulares de cada país.

Por fim, junto com o constitucionalismo climático (mudança climática com previsão expressa nos textos constitucionais), os países tem adotado, também, um regime climático nacional (mudança climática com previsão expressa nos textos infraconstitucionais), ambos como forma de fazer frente a novos litígios que tem surgido no cenário nacional: a litigância climática.

### 3.2. O regime climático nacional

No que tange à luta contra o aquecimento, pode-se dizer que há uma governança climática multinível, que funciona em diferentes escalas de governo, através de relações horizontais, verticais e diagonais entre instituições, planos de conexões e respectivas regiões geográficas. Assim, a governança climática multinível tem por finalidade explorar o conteúdo das relações que podem existir entre diferentes e específicos níveis de governança, construindo conexões com iniciativas internacionais, transnacionais, nacionais e subnacionais, e respeitando o quadro de atuação estabelecido pela estrutura do sistema climático global, para garantir a consecução de um objetivo comum que é o de controlar a atual crise climática (CONTIPELLI, 2019).

Portanto, a lógica que hoje sustenta o modelo de governança climática é a de que há a presença geral de políticas nacionais e de diferentes níveis de poder como fatores impulsionadores das ações climáticas, as quais permitem que os próprios países estabeleçam suas próprias metas para minimizar as emissões de gases do efeito estufa em nível nacional, uma vez que são fracassados os esforços para realização de um acordo global sobre reduções obrigatórias de emissões.

Ademais, as condicionantes sociais e econômicas de cada país refletem as dificuldades enfrentadas para alcançar metas consistentes de mitigação, de modo que a perspectiva policêntrica de governança contribui para o ajuste e a contextualização de políticas dentro da capacidade de uma nação para lidar com a questão climática e, simultaneamente, dar prosseguimento ao seu respectivo processo de desenvolvimento (CONTIPELLI, 2019, p. 328).

Desse modo, a governança climática conta com a participação de diferentes níveis de poder, especialmente no âmbito nacional, com envolvimento ativo na produção de estratégias minimizadoras e adaptativas. Com o crescente reconhecimento da função crucial das iniciativas nacionais em lidar com as questões climáticas, já é, hoje, uma realidade e constitui uma parte da dinâmica e da lógica presentes no sistema de governança climática, o qual busca o constante equilíbrio entre metas globais e expectativas internas de ação, como o modelo teórico proposto pelo constitucionalismo climático (CONTIPELLI, 2018).

Portanto, como bem preceitua Carvalho (2021), as respostas jurídicas às mudanças climáticas, em nível de direito doméstico, não ficam restritas apenas aos textos constitucionais, mas também às normas infraconstitucionais. Em outras palavras, as mudanças climáticas devem ser pensadas e negociadas globalmente, mas as ações mitigadoras, adaptativas e de perdas e danos devem ser executadas localmente. Importante destacar que qualquer medida para combate nacional às mudanças climáticas

necessariamente terá que se valer de certas estratégias, como: regulação jurídica convencional, taxação das emissões ou mercado de quotas de emissões.

Para tanto, os países passam a desenvolver seu Direito das Mudanças Climáticas em nível interno, (i) ratificando tratados climáticos de direito internacional; (ii) promulgando normativas acerca da matéria climática, tais como previsões constitucionais, processos legislativos nacionais, subnacionais e municipais, e atos normativos infralegais; (iii) por meio do desenvolvimento de planos executivos de mitigação e adaptação climática (CARVALHO, 2021, p. 89).

Por fim, um importante fator impulsionador e definidor da regulação climática é exercido pelas cortes jurisdicionais nacionais, naquilo que é denominado litigância climática.

### 3.3.A litigância climática

Ingressa-se, portanto, no tema da litigância climática, a qual consiste em um elemento essencial para dinâmica funcional do constitucionalismo climático, na medida em que possibilita o estabelecimento de conexões entre o regime jurídico climático nacional e o alcance de respostas concretas no âmbito de proteção dos direitos de grupos e pessoas vulneráveis afetados pelos efeitos adversos da degradação ambiental (CONTIPELLI, 2020).

A litigância climática, segundo Wedy (2018), está vinculada à justiça climática, ou seja, à finalidade de eliminação das situações de injustiça que vitimam os mais frágeis e vulneráveis a sofrer os impactos climáticos, levando em consideração que são sempre os países mais pobres que sofrem com os mesmos. Aliás, dentro das nações, são as camadas mais pobres da população que sofrem com a poluição e, especialmente, com os efeitos das mudanças climáticas causados por fatores antrópicos.

Está demonstrado que, quando os seres humanos ultrapassam esses limites, a pressão sobre o meio ambiente torna-se maior do que podem suportar os sistemas naturais, resultando em uma grande mudança nos ecossistemas da Terra. Ultrapassar tais limites coloca em risco todos os seres vivos, entre eles os seres humanos. Entre os seres humanos, os mais afetados são os que habitam os países mais pobres. Nações pobres possuem menos infraestrutura para enfrentar os impactos ambientais causadores igualmente de imensos prejuízos econômicos. No aspecto interno dos países, por sua vez, são os pobres quem mais sofrem com a violação desses limites (WEDY, 2018, p. 139).

O termo “litigância climática” se refere a quaisquer reclamações relacionadas ao clima e registradas perante instâncias julgadoras, administrativas ou jurisdicionais, consistindo em um significativo instrumento de proteção aos interesses coletivos, sobretudo, relacionados com os direitos humanos que se encontram ameaçados pelas mudanças climáticas. Como objetivos, pode-se mencionar que consiste na atribuição de responsabilidade a pessoas ou entidades que contribuam significativamente para as mudanças climáticas. Já, como requisitos para o exercício da litigância climática é necessário que o requerente esclareça seus argumentos, como em qualquer outra ação, e que o réu configure como uma parte apropriada

para a busca da reparação do dano climático e, por fim, que a ação seja apresentada perante uma instância julgadora competente, para que sejam obedecidas as condições técnicas dispostas nas leis processuais de cada jurisdição provocada (CONTIPELLI, 2020).

Portando, a litigância vem se mostrando uma estratégia positiva de governança climática pela judicialização dos compromissos e metas assumidas em nível doméstico. Porém, não se trata de uma novidade o fato deste fenômeno consistir em um processo dinâmico e inovador que faz uso de instrumentos judiciais com o objetivo de cobrar medidas necessárias para a mitigação, adaptação ou perdas e danos climáticos, a serem adotados pelos governos ou atores privados, uma vez que as iniciativas ocorridas em cada país dialogam influenciando transnacionalmente umas às outras, despertando reflexões acerca da viabilidade e aderência destas estratégias em nível doméstico (CARVALHO, 2021).

### 3.3.1 O caso paradigmático Leghari v. Paquistão

O caso Leghari v. Paquistão demonstra exatamente os desafios da justiça climática, em que há uma importante transição da noção de justiça ambiental em direção a sua dimensão climática. No caso, um agricultor paquistanês, Ashgar Leghari, entrou com uma ação argumentando que o governo do Paquistão estava violando seus direitos constitucionais fundamentais ao falhar em enfrentar os desafios e lidar com as vulnerabilidades relacionadas às mudanças climáticas (FAGUNDEZ; ALBUQUERQUE; FILPI, 2020).

Resumidamente, Ashgar Leghari, um agricultor paquistanês, ajuizou uma ação contra o Governo Federal do Paquistão para cobrar a execução, pelo governo paquistanês, de sua Política Nacional de Mudança Climática do país, de 2012, assim como o respectivo Plano para sua implementação. A Corte de Apelação de Lahore constatou que nenhuma implementação havia sido executada até o momento do ajuizamento da ação pelo paquistanês. Em suas razões, Ashgar confrontou a gravidade das mudanças climáticas e as vulnerabilidades locais, como inundações extremas e secas frequentes, com a ausência de quaisquer estratégias governamentais para conservar a água ou movimento na direção de sementes resistentes ao calor, temendo, Ashgar, não ter condições de manter o seu sustento pela produção agrícola. Em decisão final, ocorrida no dia 25 de janeiro de 2018, a Corte julgou procedente a demanda de interesse público, determinando que a ausência da implementação das políticas nacionais de mudança climática violava os direitos fundamentais dos cidadãos paquistaneses (CARVALHO, 2021).

Portanto, no caso Leghari contra a Federação do Paquistão, houve o reconhecimento expresso de que omissões e negligências do Estado paquistanês em sua agenda para lidar

com os efeitos da mudança climática repercutiam em violações de direitos humanos, sobretudo no âmbito das medidas de adaptação. Ou seja, o caso em questão representa um resultado inovador nos litígios sobre mudanças climáticas em países em desenvolvimento. A maioria das pessoas nesses países vive na periferia do poder econômico e político e, em virtude de sua pobreza e impotência, é a menos responsável pelas mudanças climáticas, mas a mais insegura quanto aos seus efeitos (FAGUNDEZ; ALBUQUERQUE; FILPI, 2020).

#### **4. O desmembramento do Constitucionalismo Climático Brasileiro**

##### **4.1. O Constitucionalismo Climático no Brasil**

No Brasil, há a Proposta de Emenda à Constituição PEC n°. 233 de 2019 da Estabilidade Climática, a qual visa incluir entre os princípios da ordem econômica a manutenção da estabilidade climática e determina que o poder público deverá adotar ações de mitigação da mudança do clima e adaptação aos seus efeitos adversos, por meio do acréscimo do inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao parágrafo 1º do art. 225, ambos da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

X – manutenção da estabilidade climática, adotando ações de mitigação da mudança do clima e adaptação aos seus efeitos adversos.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

VIII – adotar ações de mitigação da mudança do clima e adaptação aos seus efeitos adversos (BRASIL, 2019).

A Comissão de Meio Ambiente do Senado Federal dedicou-se, no ano de 2019, à avaliação da Política Nacional de Mudança do Clima. Tornou-se, ao longo dos trabalhos, patente a urgência e a importância da incorporação do enfrentamento à mudança do clima como política permanente do Estado brasileiro. Assim, não sendo apenas uma política de governo eleito ou uma política ambiental, mas um elemento fundamental e perene na estratégia nacional de desenvolvimento (BRASIL, 2019).

Como justificção para a PEC, demonstrou-se que em todo o mundo, cresce o sentimento de urgência e importância atribuídas às ações necessárias para enfrentar o problema da mudança do clima, sendo que o tema já extrapolou as fronteiras da política ambiental e, trata-se agora, de um tema econômico, cujos contornos hão de definir os modelos de desenvolvimento que serão adotados pelos países. Como exemplo, deu-se a

reunião do Foro Econômico Mundial de 2019, em que os principais líderes empresariais e políticos do mundo, assim como intelectuais e jornalistas selecionados, se reuniram para discutir as questões mais urgentes enfrentadas no mundo. No evento, os tradicionais debates econômicos dividiram espaço com preocupações e cenários que apontavam os crescentes riscos potenciais para o Planeta decorrente da mudança do clima: eventos climáticos extremos, desastres naturais, perda irreversível de biodiversidade, colapso de ecossistemas, desastres ambientais, entre outros (BRASIL, 2019).

Segundo a Comissão de Meio Ambiente, os custos da inação serão superiores aos custos das medidas que poderão ser tomadas para enfrentar o problema, motivo pelo qual, o problema é relevante o suficiente para alcançar o status de dispositivo constitucional, uma vez que as futuras gerações serão confrontadas com o crescente e severo impacto da mudança do clima (BRASIL, 2019).

Ademais, a proposta visa agregar a preocupação com o clima a dois importantes dispositivos constitucionais: o que trata da ordem econômica e o que trata do meio ambiente. Com efeito, a Constituição Federal já prevê, entre os princípios da ordem econômica, a defesa do meio ambiente e essa previsão, que foi uma bem-vinda inovação introduzida em 1988, hoje, já não é suficiente para sinalizar a importância que a mudança do clima tem para o Brasil, não apenas sob a ótica ambiental, mas também sob as perspectivas econômica e social. Assim, o enfrentamento dos problemas associados à mudança do clima é hoje uma questão central para o desenvolvimento nacional e inserir essa dimensão do desenvolvimento como princípio constitucional da ordem econômica há de reforçar as ações e iniciativas nacionais no rumo de uma economia menos intensiva em carbono, que deixam de ser uma opção ou alternativa, mas um imperativo imposto pela Carta Magna. Da mesma forma, no Capítulo que trata do meio ambiente, mister se faz assegurar, entre as incumbências do poder público para assegurar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o de adotar e promover ações de mitigação da mudança do clima e adaptação aos seus efeitos adversos (BRASIL, 2019).

A PEC nº. 233 foi proposta no dia 18 de dezembro de 2019 no Senado Federal. No momento, aguarda designação de relator, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) (BRASIL, 2019).

#### 4.2. O regime climático nacional brasileiro

O regime jurídico climático brasileiro é estruturado sobre as bases da Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC, instituída pela Lei nº. 12.187, de 29 de

dezembro de 2009. Além de a instituir, estabelece seus princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos (Art. 1º) e é considerada um marco no combate às mudanças climáticas e ao aquecimento global no país (BRASIL, 2009).

A lei torna legais conceitos técnicos importantes que fazem parte do direito das mudanças climáticas, com a definição, principalmente, de mudança do clima como mudança que possa ser direta ou indiretamente atribuída à atividade humana que altere a composição da atmosfera mundial e que se some àquela provocada pela variabilidade climática natural observada ao longo de períodos comparáveis (Art. 2º, inciso VIII) e efeitos adversos da mudança do clima, como mudanças no meio físico ou biota resultantes da mudança do clima que tenham efeitos deletérios significativos sobre a composição, resiliência ou produtividade de ecossistemas naturais e manejados, sobre o funcionamento de sistemas socioeconômicos ou sobre a saúde e o bem-estar humanos (Art. 2º, inciso II) (BRASIL, 2009).

Essas definições técnicas precisam estar traduzidas de modo claro para o Direito, visto que devem ser empregadas na formulação e na execução das políticas públicas, nas decisões judiciais e administrativas, com a maior segurança e precisão possíveis (WEDY, 2018, p. 370).

Segundo o Art. 3º, a lei preceitua que todos têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático (inciso I), bem como as medidas tomadas devem levar em consideração os diferentes contextos socioeconômicos de sua aplicação, distribuir os ônus e encargos decorrentes entre os setores econômicos e as populações e comunidades interessadas de modo equitativo e equilibrado e sopesar as responsabilidades individuais quanto à origem das fontes emissoras e dos efeitos ocasionados sobre o clima (inciso III) (BRASIL 2009).

A lei estabelece, ainda, que são diretrizes da PNMC os compromissos assumidos pelo Brasil na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, no Protocolo de Quioto e nos demais documentos sobre mudança do clima dos quais vier a ser signatário (Art. 5º, inciso I), como, por exemplo, a COP21 (BRASIL, 2009).

É importante que o Brasil, logo que aprovados novos documentos internacionais sobre mudanças no clima, imediatamente os adote como diretriz, a fim de não necessitar esperar todo o lento processo de internalização desses diplomas previstos na Constituição. Evidentemente que, mesmo enquanto não internalizados, os Tratados ou as Convenções para que tenham valor legislativo interno, podem ser adotados na condição de diretrizes das políticas públicas internas brasileiras de combate às mudanças do clima e para a adoção de medidas de resiliência (WEDY, 2018, p. 370).

Por fim, embora com imperfeições e abstrações, a Lei n.º. 12.187 é um considerável avanço e nitidamente absorveu conceitos dos diplomas internacionais de tutela ambiental, fato extremamente positivo.

A PNMC brasileira, sem dúvida alguma, é um avanço. Possui, outrossim, omissões e imprecisões. É um diploma legal que serve, em que pese as críticas aqui expostas, como diretriz para o setor público e privado para um início de regulação eficiente sobre as emissões de gases de efeito estufa e, em especial, para a concretização do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável compatível com a adoção de medidas de resiliência e de adaptação, em benefícios das presentes e das futuras gerações (WEDY, 2018, p. 377).

#### 4.3. A litigância climática brasileira

No cenário brasileiro, uma manifestação da litigância climática é a ação civil pública climática do IEA (Instituto de Estudos Amazônicos), ajuizada perante a Justiça Federal do Paraná, em outubro de 2020, cujo conteúdo postula a defesa de um direito fundamental à estabilidade climática, assim como o cumprimento, pelo governo federal, da meta climática de combate ao desmatamento na Amazônia prevista no Plano de Prevenção e Combate ao Desmatamento na Amazônia Legal – PPCDAM, como plano setorial de mitigação climática, vinculado à PNMC (CARVALHO, 2021).

O autor sustenta que a intervenção humana na natureza estaria comprometendo o clima, acarretando graves riscos. Ainda, que a mudança de uso da terra teria sido o principal fator no aumento do desmatamento da Amazônia e que a destinação do solo ao uso agrícola estaria estimulando o desmatamento e comprometendo o equilíbrio ambiental na região, sendo que o Brasil teria atingido a condição de 7º maior emissor de gases de efeito estufa do mundo (TRF4, 2020).

Pede-se que seja observado o índice máximo de desmatamento ilegal na Amazônia, que não pode ultrapassar a taxa de 3.925,00 Km<sup>2</sup> e que a União realize a restauração florestal de toda a área desmatada em excesso ao limite legal anual, entre outras medidas. A União, segundo o peticionante, não estaria agindo no sentido de cumprir a obrigação, sendo que no ano de 2019, a estimativa foi de aproximadamente 10.100,00 Km<sup>2</sup> de desmatamentos na Amazônia. Até o presente momento, a ação civil pública não foi julgada (TRF4, 2020).

Outro litígio climático foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º. 708, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) e pela Rede Sustentabilidade. Em julgamento realizado em sessão virtual, o plenário do Supremo Tribunal Federal proibiu o contingenciamento dos recursos do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo

Clima), bem como determinou ao governo federal que assegure o pleno funcionamento do fundo (STF, 2022).

A ADPF foi ajuizada ante a omissão deliberada do Executivo Federal, durante o ano de 2019 e parte de 2020, de alocação de recursos para o Fundo Clima. Segundo o relator, ministro Luís Roberto Barroso, a vedação ao contingenciamento se justifica em razão do grave contexto ambiental brasileiro, tendo em vista que em 2021, o desmatamento aumentou mais de 22% e alcançou uma área de 13.235,00 Km<sup>2</sup>, tendo o país, dado indícios de caminhar no sentido contrário aos compromissos internacionais assumidos e à mitigação das mudanças climáticas, colocando em risco a vida, a saúde e a segurança alimentar de sua população, assim como a economia no futuro (STF, 2022).

Os dois exemplos acima, demonstram que o tema das mudanças climáticas, assim como os litígios climáticos estão começando a surgir no país. Provavelmente, a justiça brasileira, com o passar dos anos, irá se confrontar com o aumento gradual desse tipo de demanda, considerando que o governo federal vem se omitindo no cumprimento dos compromissos assumidos para manter a estabilidade do clima.

## **5. Considerações Finais**

O presente artigo buscou desmembrar o incipiente ramo do constitucionalismo, denominado constitucionalismo climático, bem como apresentar suas nuances no Brasil. Demonstrou-se que o Constitucionalismo Climático emerge do constitucionalismo ambiental e do Direito das Mudanças Climáticas, com a formação de um corpo coerente e sistemático de estruturas constitucionais e infraconstitucionais para assegurar uma atenção judicial cuidadosa às violações a direitos fundamentais ocasionadas por omissões ou atividades vinculadas às mudanças climáticas.

Com a definição de constitucionalismo climático esboçada, constatou-se que uma de suas formas de seu uso é a inserção da matéria climática no texto constitucional, caminho este, adotado por um grupo de países precursores ao redor do mundo, bem como sua inserção nas legislações infraconstitucionais, sendo que, em ambos os casos, as cortes jurisdicionais terão a função de participar da governança climática, provocadas pela litigância climática, sob a orientação das premissas climáticas, agora, constitucionais e infraconstitucionais.

O Brasil caminha em direção ao constitucionalismo climático, tendo em vista a pretensa inserção, no texto constitucional, do direito fundamental à estabilidade climática e

mitigação das mudanças climáticas. Ademais, em 2009, inovou com a Lei nº. 12.187, com previsões infraconstitucionais acerca das mudanças climáticas. Por fim, ambos os casos legislativos servirão de base para futuros casos de litigância climáticas nacionais, que conforme foi demonstrado, estão começando a surgir no país.

## Referências Bibliográficas

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Pressupostos do constitucionalismo ambiental. *Revista de Informação Legislativa*. v. 53, n. 211, p. 105-121, setembro 2016.

BRASIL. *Lei nº. 12.187, de 29 de dezembro de 2009*. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm). Acesso em: 19 jan 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição nº. 233, de 2019*. Acrescenta o inciso X ao art. 170 e o inciso VIII ao parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2019.

CARVALHO, Délton Winter de. Constitucionalismo Climático: a tridimensionalidade do direito das mudanças climáticas. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. nº. 17. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021. p. 85-106.

CCAMA, Juan Casazola. El desarrollo de los derechos de la naturaleza en el derecho ambiental. *Revista de Derecho*, v. 6, n. 2, p. 154-183, 2021.

CONTIPELLI, Ernani. Constitucionalismo climático global. *Justiça do Direito*. v. 32, n. 2, p. 278-300, maio 2018.

CONTIPELLI, Ernani. Constitucionalismo Global, Direitos Humanos e Litigância Climática. *Revista Jurídica Unicuritiba*. v. 03, n. 60, p. 605-633, 21 janeiro 2020.

CONTIPELLI, Ernani. Policentrismo, governança climática e constitucionalismo global. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1º quadrimestre de 2019. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).

FAGUNDEZ, Gabrielle Tabares; ALBUQUERQUE, Letícia; FILPI, Humberto Francisco Ferreira Campos Morato. Violação de direitos humanos e esforços de adaptação e mitigação: uma análise sob a perspectiva da justiça climática. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*. v. 8, n. 1, p. 227-240, junho 2020.

GARCÍA ORTIZ, Adrián et al. La Transición Verde en la docencia del Derecho constitucional y de la Unión Europea: hacia un constitucionalismo verde, crítico y comprometido. In: CUERDA, Rosana Satorre (Org.). *El profesorado, eje fundamental de la transformación de la docencia universitaria*. Barcelona: Ediciones Octaedro, 2022, p. 367-377.

JF recebe Ação Civil Pública sobre mudanças climáticas. *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível em:

[https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=19639](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=19639). Acesso em: 19 jan 2023.

MANIATIS, Antonios. El derecho ambiental y el constitucionalismo europeo. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, v. 24, p. 83-97, 2021.

MARIN, Eriberto Francisco Bevilaqua; DE ARAÚJO MASCARENHAS, Giovanni Martins. Direito ao meio ambiente e mudanças climáticas: o constitucionalismo brasileiro e o acordo de Paris. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 11, n. 2, p. 254-287, 2020.

MAY, James; DALY, Erin. Global Climate Constitutionalism and Justice in the Courts. In: JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÁS, Susana (Eds.). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019. p. 235-245.

MIRANDA, Giuliana. Últimos 8 anos foram os mais quentes já registrados. *Folha de S. Paulo*, 2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2023/01/ultimos-8-anos-foram-os-mais-quentes-ja-registrados.shtml#:~:text=At%C3%A9%20agora%2C%20o%20ranking%20%C3%A9,acima%20do%20n%C3%ADvel%20pr%C3%A9%2Dindustrial>. Acesso em: 19 jan 2023.

STF proíbe contingenciamento dos recursos do Fundo Clima. *Supremo Tribunal Federal*, 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=489997&ori=1>. Acesso em: 19 jan 2023.

WEDY, Gabriel. *Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

# O DIREITO DIGITAL: SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOB A ÓTICA DAS ORGANIZAÇÕES

## Digital Law: Information Security and Personal Data Protection from the Perspective of Organizations

Mariana Espíndola de Souza<sup>1231</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Conceitos da segurança da informação; 3. ABNT NBR ISO/IEC 27000; 4. A proteção dos dados pessoais; 5. O direito a informação e a proteção da informação no ordenamento jurídico brasileiro; 6. Da importância da segurança da informação e da privacidade nas organizações; 7. Levantamento do TCU da segurança da informação na administração pública; 8. A segurança da informação como ASG e *compliance*; 9. Considerações finais; Referências.

**Resumo:** A proteção da privacidade e dos dados pessoais e a minimização dos riscos de incidentes informacionais direcionam o presente estudo, no que tange a segurança da informação e os riscos de incidentes. Conceitua-se alguns termos referenciais sobre a segurança da informação, que passam das normas técnicas para as legislações nacionais e interacionais, como a GDPR e a LGPD, bem como fundamentos constitucionais como a privacidade e o *habeas data*. A segurança da informação surge como necessidade das organizações, de modo a prevenir ataques cibernéticos que se elevam pelo maior volume de dados pessoais armazenados e o valor econômico que estas informações representam.

**Palavras-chave:** Direito Digital. NBR/ISO 27000. Privacidade. Proteção de Dados. Direito e Economia.

**Abstract:** The protection of privacy and personal data and the minimization of the risks of informational incidents guide the present study, with regard to information security and the risks of incidents. Some reference terms on information security are conceptualized, which move from technical standards to national and international legislation, such as GDPR and LGPD, as well as constitutional foundations such as privacy and *habeas data*. Information security emerges as a need for organizations, in order to prevent cyber attacks that arise due to the greater volume of personal data stored and the economic value that this information represents.

**Keyword:** Digital Law. NBR/ISO 27000. Privacy. Data Protection. Law and Economics

---

<sup>1231</sup> Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Meio Ambiente Urbano e Industrial, Engenheira Ambiental e Advogada pela Universidade Federal do Paraná. Empregada da Gerência de Governança Riscos e *Compliance* da Companhia de Saneamento do Paraná. E-mail: mes.ambiental@gmail.com

## 2. Introdução

Na sociedade contemporânea globalizada onde os dados e as informações pessoais e institucionais são ativos e possuem valor econômico e financeiro, em especial aquelas que são armazenadas ou transitam no meio digital, faz-se necessária a proteção das informações.

A mudança do suporte analógico para o digital produz um aumento do volume de tráfego de dados nas redes internas e externas das organizações, o dificulta a manutenção e proteção das informações armazenadas. Deste modo, empresas vem desenvolvendo e centrando esforços no aperfeiçoamento da segurança para tornar o “digital” seguro para os usuários e para a própria organização, com o objetivo de evitar incidentes de segurança da informação em meios cibernéticos.

Os dados das pessoas possuem valor econômico, pois quando coletados, tratados e organizados permitem identificar e traçar um perfil dos proprietários (titulares), e podem ser utilizados para diversas finalidades. A informação gerada por meio da aplicação de ferramentas de análise, permite fornecer perfis dos titulares, interesses de consumo e informações sensíveis, como sexo, gênero, etnia, de saúde, opção sexual, religião, opção ou afinidade política e tantos outros.

Assim, os locais onde são armazenados os dados pessoais como base de dados do governo, lojas de varejo, instituições filantrópicas e de saúde, entre outros, podem ser alvo de ataques cibernéticos com finalidades criminosas. Deste modo, a proteção de seus sistemas de informação é uma necessidade das organizações, que deve estar calcada em controles de processo, análise de riscos e planejamento estratégico, econômico e financeiro.

Uma contribuição na definição de prioridades das organizações pode surgir com a análise de riscos, que por meio de instrumentos quali-quantitativos de administração e gestão auxiliam na eleição e tomada de decisão sobre qual risco deve ser eleito prioritário ou não, em decorrência das probabilidades de ocorrência e dos custos em técnicas e meios de evitá-lo, além daqueles inerentes ao incidente causado, como reputação, marca, valor de mercado, considerando não somente aspectos econômicos como legais.

A tomada de decisão de acordo com o tipo e porte da organização pode indicar se é vantagem ou não o investimento em segurança da informação, considerando eventuais impactos do incidente e o dano jurídico-econômico. Nesta linha, este estudo tem como objetivo analisar a segurança da informação e os riscos de incidentes nas organizações a partir da ótica da análise do direito digital.

Primeiramente apresentam-se alguns conceitos sobre a temática segurança de informação, que futuramente embasaram as análises e considerações, na sequência indica-se os encaminhamentos metodológicos adotados. As análises iniciam-se por alguns relatos de incidentes de segurança da informação ocorridos no Brasil nos anos de 2021 e 2022, após contribuições da análise econômica do direito, e à guisa de conclusão, algumas considerações.

### **3. Conceitos da segurança da informação**

Desde desenvolvimento das diversas formas de escrita, as informações e comunicações entre feudos, reinos, Estados e assemelhados eram transportadas e eventualmente violadas, por fins políticos, territoriais, de grupos, ou por pessoas com má índole que viam na informação e na capacidade de descodificá-la uma possibilidade de vantagem.

Com o desenvolvimento da internet e aumento do uso desta para as atividades cotidianas, de modo global o uso da tecnologia da informação para o desenvolvimento de atividades relacionadas ao ambiente antrópico, como por exemplo, as atividades empresariais, as jurídicas, as comerciais e as pessoais. Neste sentido com a finalidade de proteger a informação de modo que teoricamente apenas o destinatário pudesse descodificá-la, era o modo de garantir a integridade, a disponibilidade e a autenticidade da informação e do destinatário.

Com a transição da maior parte das informações e das comunicações migrarem do meio suporte físico, papel, para o meio suporte físico, digital, as tentativas de violações continuam a existir, adicionando-se um novo meio ou formato, que é o meio suporte físico, digital. As motivações para a realização de tal prática variam entre o extremo da preocupação de informar aos cidadãos sobre o uso de algo e suas consequências à prática delituosa de sequestros, extorsões, estelionatos e outros tipos penais para o angariamento de recursos financeiros a fim de bancar o crime organizado e organizações assemelhadas.

A segurança da informação possui diversas diretrizes algumas de aspecto técnico como a ditadas pelas entidades *International Organization of Standardization* (ISO) em conjunto com a *International Electrotechnical Commission* (IEC), como as de cunho legal como as regulamentadas em âmbitos nacionais ou dentro de blocos econômicos como a *General Data Protection Regulation* (GDPR) na União Europeia ou o Marco Civil Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil.

Tais normativas desenvolvidas pelas entidades estatais visam além de reger diretrizes de implantação da segurança da informação, promover a proteção da privacidade das pessoas, em consequência buscam a garantia do correto uso dos dados pessoais pelas empresas fornecedoras de produtos e serviços.

Assim, temos como exemplo o conjunto de normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) por meio da Norma Brasileira (NBR) ABNT NBR ISO/IEC 27000 estabelecem critérios e metodologias para a obtenção de certificações relativas à segurança da informação e proteção de dados para as organizações e órgãos públicos.

#### **4. ABNT NBR ISO/IEC 27000**

A ABNT NBR ISO/IEC 27000 estabelece medidas de controle e adequação para a criação de um Sistema de Gestão de Segurança da Informação (SGSI), para todos os tamanhos de organizações.

A ISO 27001<sup>1232</sup>, em especial, apresenta os requisitos mínimos para a implantação de um SGSI, controles para a segurança física e digital dos ambientes corporativos, além de princípios norteadores de segurança da informação<sup>1233</sup>, dentre eles citam-se a:

- I. Confidencialidade<sup>1234 1235</sup>: também conhecida como exclusividade, faz referência aos limites, em termos de quem pode obter qual tipo de informação. Ela assegura que o nível necessário de sigilo e acesso seja aplicada a cada elemento de processamento de dados e impede a divulgação não autorizada, abrangendo todos os atores e elementos do processamento, desde o humano até a utilização de criptografia.
- II. Integridade<sup>1236 1237</sup>: em segurança da informação a integridade possui relação com a exatidão da informação, no sentido de ser e estar correta, completa, perfeita e intacta, um exemplo de violação de integridade seria a alteração não autorizada de dados, intencional ou acidental.

---

<sup>1232</sup> ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR ISO/IEC 27001 – Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Sistemas de Gestão de Segurança da Informação – Requisitos.

<sup>1233</sup> HINTZBERGEN, Kees; SMULDERS, André; BAARS, Hans. Fundamentos de segurança da informação: com base na ISO 27001 e na ISO 27002. Tradução Alan de Sá. [livro eletrônico] Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

<sup>1234</sup> GALVÃO, M. da C. Fundamentos em segurança da informação. Organizadora. Coleção Bibliografia Universitária Pearson. [livro eletrônico] São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

<sup>1235</sup> Idem item 4.

<sup>1236</sup> Idem item 4.

<sup>1237</sup> Idem item 5.

- III. Disponibilidade<sup>1238 1239</sup>: composta por características, tais como: oportunidade, a informação estar disponível quando necessário ou solicitado; continuidade, em caso de falha a equipe consegue continuar trabalhando, não paralisando o trabalho; e robusta, capacidade de permitir ou suportar que todos os usuários trabalhem no sistema.
- IV. Autenticidade<sup>1240 1241</sup>: verificação de usuário habilitado e autêntico, de modo a se verificar se o usuário que solicita acesso a tal informação é autêntico e habilitado para tal.

## 5. A proteção dos dados pessoais

A preocupação com a proteção de dados pessoais, iniciou na década de 70, na Alemanha, que aprovou em 30/09/1970 a primeira legislação sobre a temática, em decorrência das discussões da Alemanha, houve uma preocupação com a elaboração de regulamentos, como a da Suécia de 1973, da Dinamarca, Noruega e França de 1978 (TEIXEIRA E ARMELIN, 2019, p.5).

Com as inserções sobre o tema nos ordenamentos jurídicos destes países, foram realizados debates inclusive com a Organização do Comércio e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para a proteção da privacidade e a organização dos fluxos transfronteiriços de dados pessoais<sup>1242</sup>, da década de 1980 iniciava a discussão sobre dados pessoais, em cenário global pouco conectado digitalmente e com ainda informações por meio de rádio, telefonia e modos de transmissão como o telex, fax ou por meio físico, predominantemente em papel ou meio magnético, com a diretriz elaborada em 1986 (TEIXEIRA E MAGRO, 2020; HINTZBERGEN, SMULDERS & BAARS, 2018; GALVÃO, 2015; CAPRINO, 2015).

Como essa discussão ocorria principalmente na Europa, que já vinha tecendo considerações e regulando o assunto desde a década de 70 e posteriormente com as diretrizes da OCDE. Em 1981 foi assinada a Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares, conhecida como “Convenção 108”, referente ao Tratamento

---

<sup>1238</sup> Idem item 4.

<sup>1239</sup> Idem item5.

<sup>1240</sup> HINTZBERGEN, Kees; SMULDERS, André; BAARS, Hans. Fundamentos de segurança da informação: com base na ISO 27001 e na ISO 27002. Tradução Alan de Sá. [livro eletrônico] Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

<sup>1241</sup> GALVÃO, M. da C. Fundamentos em segurança da informação. Organizadora. Coleção Bibliografia Universitária Pearson. [livro eletrônico] São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

<sup>1242</sup> OCDE: Diretrizes para a proteção da privacidade e a organização de fluxos transfronteiriços de dados pessoais.

Automatizado de Dados Pessoais, dentro deste contexto Europeu, a discussão sobre o tratamento de dados pessoais se solidificou, tanto nos ordenamentos jurídicos quanto nas decisões dos tribunais em decorrência do ajuizamento de ações sobre o tema. Consequentemente a comunidade europeia, com base nas diretrizes da OCDE e na convenção 108, supracitada, elaborou o GDPR.

De acordo com o exposto e em decorrência da evolução tecnológica, do uso comercial da informação na internet – que gerou benefícios, aumentaram as preocupações com a privacidade – e posteriormente a monetização dos dados pessoais, foi discutida, elaborada e aprovada a GDPR, 2016/679, com vigência a partir de 25/05/2018, nos países pertencentes a comunidade europeia (LENARD, 2010; TEIXEIRA E ARMELIN, 2019, TEIXEIRA E MAGRO, 2020).

## **6. O direito a informação e a proteção da informação no ordenamento jurídico brasileiro**

No Brasil o tema dados pessoais e proteção de dados pessoais é disciplinado de modo esparso. Dentre eles pode-se citar a Constituição Brasileira, de 1988, que previu direitos fundamentais aos cidadãos, dentre eles pode-se citar o constante no inciso X, que estabelece como inviolável a intimidade, a privacidade, e a imagem das pessoas, no inciso LXXII, que estabelece o *habeas data* tanto no tocante as informações relativas à pessoa do impetrante e constantes nos bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público quanto na retificação de dados, quando o impetrante não preferir fazer por meio administrativo.

Em 10 de fevereiro de 2022, foi promulgada a Emenda Constitucional 115<sup>1243</sup>, que incluiu a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais, art. 5º, LXXIX, além de fixar competência privativa da União para legislar sobre o tema. Com a inserção da emenda, adicionando direito fundamental expresso e específico sobre a proteção de dados, o direito à privacidade e intimidade não deixou de existir ou ficou menor, mas foi complementado com outro direito fundamental. A importância disso para o país é a inserção expressa, regulada pelo legislador brasileiro, não ficando a cargo do judiciário ou de questionamentos relativos à equiparação por este poder, ou mudanças de entendimento da corte, trazendo, segurança jurídica tanto a LGPD quanto aos titulares de dados pessoais.

---

<sup>1243</sup> EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 115, DE 10 DE FEVEREIRO DE 2022. Altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

O Política Nacional de Informática<sup>1244</sup> previa tanto o estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas (art. 2º VIII) quanto o estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas (art. 2º, IX). Deste modo, por mais que anterior a CF/88, em um contexto ditatorial, houve a previsão legal de proteção do titular, pelo legislador, nos meios de cadastros informáticos.

O Código de Defesa do Consumidor<sup>1245</sup> (CDC), em especial nos arts. 43 e 44, com destaque no art. 43 que contém a previsão do consumidor no acesso as informações constantes nos cadastros e assemelhados, bem como arquivo, sobre o titular.com inseriu a proteção de dados no sentido de consumo, em especial o consumo de crédito, a correção de informações cadastrais incompletas ou inexatas.

Posteriormente, com o Código Civil de 2002<sup>1246</sup> e a inserção dos direitos da personalidade previstos nos artigos 11 e seguintes estabelecendo que os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, a possibilidade de reclamações de perdas e danos no que tange a ameaça ou a lesão relativa aos direitos da personalidade.

Neste sentido, mais de 23 anos depois da Constituição, foi elaborada, discutida e promulgada a Lei de Acesso à Informação e Transparência (LAI)<sup>1247</sup>, que juntamente com o decreto regulamentador da União, dos estados, do distrito federal e dos municípios, instrumentaliza o direito de acesso à informação na administração pública direta e indireta. Quando da elaboração e aprovação da LAI, no ordenamento jurídico brasileiro ainda não havia previsão acerca da titularidade dos dados pessoais integrantes ao arquivo da Administração Pública, no entanto o *habeas data* e a LAI, permitia a informação do interessado mediante requerimento próprio, com a correção cadastral quando indicado por este. O contexto principal da LAI foi a transparência ao cidadão e organizações da sociedade civil para fiscalizar o poder público, por meio da prestação de contas.

---

<sup>1244</sup> Lei 7.232/1984 – Dispõe sobre a Política Nacional de Informática, e dá outras providências.

<sup>1245</sup> Lei 8.078/1990 – Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

<sup>1246</sup> Lei 10.946/2001– Institui o Código Civil.

<sup>1247</sup> Lei 12.527/2011 – Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

Com o evoluir e a maior quantidade de acessos habilitados na internet, surgiram novos delitos, não abrangidos pelos tipos penais existentes, em ambientes cibernéticos ou digitais, no sentido de delitos informáticos, foi verificada a necessidade de regulação, inicialmente com a Lei Carolina Dickmann<sup>1248 1249</sup> e posteriormente como o Marco Civil da Internet<sup>1250</sup>.

Assim a invasão de dispositivos informáticos foi tipificada, bem como novas modalidades, ou variantes de tipos penais como por exemplo, a extorsão e o estelionato, agravando ou qualificando quando tal tipo ocorre por meio eletrônico (MATTOS, 2020).

Neste cenário local, as discussões em âmbito pessoal, especialmente na Europa se dava com empresas de tecnologia Globais, como por exemplo o Google, Microsoft e o Facebook, sobre a titularidade dos dados pessoais presentes nas contas de e-mail, de redes sociais, a monetização destes e utilização de inteligência artificial para o direcionamento de produtos e serviços e o cerne da questão era a titularidade dos dados pessoais e o direito ao esquecimento. O direito de ter seus dados realmente excluídos da base de dados destas organizações e o questionamento quanto a titularidade dos dados, se estes pertenciam as organizações ou a pessoa que usufruía do serviço oferecido (LENARD, 2010; ANDERSON, 2001).

De acordo com Purtova (2014) a proposta para o GDPR continha de modo claro, como núcleo normativo do direito europeu a autodeterminação informacional, com o objetivo de haver equilíbrio de forças entre o titular de dados pessoais e o controlador, em especial no caso do processamento legítimo. No entanto, com o decorrer das discussões sobre a temática, pode-se perceber que o consentimento teve a importância reduzida, uma vez que, em decorrência do risco de revogação deste os controladores optam, sempre que possível, pelo processamento lícito – demais hipóteses de tratamento (PURTOVA, 2014).

## **7. Da importância da segurança da informação e da privacidade nas organizações**

De acordo com o relatório de Gestão de Riscos Cibernéticos e Segurança da informação na América Latina e Caribe, de 2019 da Deloitte, foram avaliadas 150 organizações de 12 países pertencentes a 7 setores econômicos/industriais. Destas, o perfil

---

<sup>1248</sup> MATTOS, M. S. de. Núcleo de Combate aos cibercrimes. [livro eletrônico] Curitiba: Contentus, 2020.

<sup>1249</sup> Lei 12.737/2012 – Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências:

<sup>1250</sup> Lei 12.965/2014 – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

dos entrevistados era composto por: 42% diretor de segurança da informação, 23% responsável pela gestão de segurança da informação, 23% executivo responsável pela gestão da tecnologia da informação, 11% Administração e operações e 1% Auditoria.

O questionário aplicado continha 41 perguntas e foi dirigido ao público-alvo de diretor de segurança da informação ou responsável nas organizações. Os resultados foram que 40% das organizações tiveram incidente de segurança da informação, modalidade cibernética, nos últimos 24 meses. As organizações estão destinando maior quantia orçamentária para a segurança da informação e gestão de riscos cibernéticos. Quase 1/3 possuem medidas de inteligência para identificar riscos e ameaças, ao passo que mais de 2/3 implantaram programas de conscientização para os colaboradores sobre o tema<sup>1251</sup>.

De modo geral, na pesquisa realizada a Deloitte (2019) identificou que nas áreas relativas à gestão de riscos cibernéticos e segurança da informação as instituições estão evoluindo para: Governança: estratégia e estrutura de gestão; Segurança: proteção da informação; Vigilância: monitoramento proativo de ameaças e eventos; e Resiliência: resposta rápida e eficaz.

A PWC (2021<sup>1252</sup>) realizou pesquisa global na área de segurança da informação, distribuída entre os continentes, Europa Ocidental, América do Norte, Ásia-Pacífico, América Latina, Europa Oriental, Oriente Médio e África, nos setores de tecnologia, mídia e telecomunicações, varejo e mercados de consumo, serviços financeiros, produção industrial, saúde, energia, serviços públicos e recursos naturais. Os resultados da pesquisa apontaram para o acréscimo de orçamento no tocante a segurança da informação digital, o aumento com dispêndio de pessoal, o incremento da integração da segurança da informação e privacidade em todos os planos ou decisões do negócio, tanto no Brasil quanto no mundo.

Em 2022<sup>1253</sup> a PWC elaborou o relatório denominado “Simplificando a segurança cibernética”, onde cita que apenas 1/3 das organizações no mundo, possuem práticas avançadas de confiança de dados, além disso para aproximadamente 77% dos dirigentes brasileiros, as organizações se tornaram complexas demais para serem protegidas, o que pode resultar em aumento dos custos de transação em virtude dos processos organizacionais envolvidos, conforme defendido por Coase<sup>1254</sup> e a escola de Chicago. Neste sentido o

---

<sup>1251</sup> Deloitte – Cyber Survey 2019 – Tendências em gestão de riscos cibernéticos e segurança da informação na América Latina e Caribe

<sup>1252</sup> PriceWaterHouseCompany – PWC The Global Digital Trust Insights Survey 2021.

<sup>1253</sup> PriceWaterHouseCompany – PWC Simplificando a Segurança Cibernética, 2022.

<sup>1254</sup> COASE, R. H. The Problem of Social Cost. The Journal of Law & Economics, vol. 3, 1960, pp. 1–44.

relatório apresenta de forma simplificada uma análise de até onde compensa terceirizar os serviços relacionados à segurança da informação e privacidade, orientando os gestores, conforme transcrito abaixo:

“Os líderes precisam de modelos eficientes para avaliar a complexidade dos acordos de negócios, das operações e da TI de suas organizações. Um modelo conceitual para pensar sobre a complexidade e o risco cibernético é o Teorema de Coase, formulado pelo economista Ronald Coase, ganhador do Prêmio Nobel. Ele postulou que as empresas deveriam usar fornecedores externos de bens e serviços até que os custos de transação ou complexidade associados a esses contratos excedam os custos de coordenação de fazer o trabalho internamente. Uma dinâmica semelhante pode ser adotada para avaliar o risco cibernético. Seja gerado por um relacionamento com o fornecedor ou com o cliente ou ainda por acordos internos, o risco cibernético é uma espécie de custo externo, que aumenta à medida que as ameaças avançam e conseguem afetar a segurança e perenidade dos negócios. Ao mesmo tempo, os custos de transação dentro da empresa para estabelecer vários canais de parcerias (onde os riscos ficam escondidos) realmente estão diminuindo, graças à onipresença e ao menor custo das interações digitais. Resultado: criou-se um ambiente no qual os custos de falhas de segurança aumentaram de forma acentuada, enquanto os custos de criar complexidade diminuíram.”

(PwC, 2022<sup>1255</sup>)

Uma particularidade apontada neste relatório é a quantidade de ataques cibernéticos, em especial com a utilização de *ransomware*, de acordo com a pesquisa em 2020 foram 1.389 ataques, ao passo que de janeiro a agosto de 2021 foram 1.190 ataques. Cabe destacar que a utilização de *ransomware* para a realização de ataques cibernéticos possui potencial grande de danos as organizações, tanto públicas quanto privadas, uma vez que as pessoas por trás destes ataques, normalmente visam ganhos financeiros da vítima.<sup>1256</sup>

As organizações brasileiras preveem aumento em segurança da informação digital em 83% para o ano de 2022 quando comprado com o ano anterior, já em termos mundiais este aumento é provisionado em 69%.<sup>1257</sup>

## **8. Levantamento do tcu da segurança da informação na administração pública**

O Tribunal de Contas da União, (TCU) realizou uma auditoria preliminar<sup>1258</sup> em 382 organizações sob sua fiscalização, por meio de questionário encaminhado por meio de link e chave de acesso, contendo 60 questões, sobre o tema segurança da informação, privacidade

---

<sup>1255</sup> Idem item 24.

<sup>1256</sup> PriceWaterHouseCompany – PWC Simplificando a Segurança Cibernética, 2022.

<sup>1257</sup> Idem item 27.

<sup>1258</sup> Tribunal de Contas da União – TCU Verifica Risco alto à Privacidade de dados pessoais coletados pelo governo. Processo TC 039.606/2020-1.

e LGPD. As respostas obtidas foram consolidadas com o objetivo de elaborar o diagnóstico na administração pública.

No tocante as iniciativas relacionadas a identificação e planejamento para a adequação necessária à LGPD, a pesquisa indicou que 45% (172) das organizações concluíram integralmente, 45% (172) concluíram parcialmente e que 10% (38) não concluíram ou não iniciaram as medidas. Com relação a avaliação de riscos dos processos de tratamento de dados pessoais, 33% (75) das organizações avaliaram, ao passo que 67% (153) não o fizeram (TCU, 2022).

Quanto a segurança da informação foi identificada que 24% (91) das organizações não possuem Política de Segurança da Informação (PSI) ou instrumento assemelhado, de acordo com o relatório o resultado é preocupante uma vez que a primeira versão da ABNT NBR ISO/IEC 27002 foi elaborada em 2005. Outrossim foi verificado que 35% (134) das organizações possuem política ou documento interno assemelhado para a classificação de documentos, instrumento relevante para auxiliar tanto na segurança da informação quanto na privacidade, uma vez que orienta os tipos de informação. Das organizações que possuem tal política ou documento interno assemelhado, 57% (76) abrange diretrizes para dados pessoais, ao passo que 43% não (TCU, 2022).

O questionário do TCU (2022) também buscou avaliar se as instituições possuíam Política de Proteção de Dados Pessoais e Privacidade (PPDPP) ou documento assemelhado, o resultado obtido foi que 18% (68) das organizações possuíam tal documento, ao passo que 314 (82%) não. Tal política é importante para demonstrar a sociedade, fornecedores e parceiros de negócios o comprometimento da organização no que diz respeito ao cumprimento de regulamentos relativos à proteção de dados pessoais, tal documento pode ser independente ou integrante da Política de Segurança da Informação. Relacionado a dados pessoais e privacidade, o levantamento apontou que 69% (264) possuíam encarregado de dados pessoais ao passo que 118 (31%) organizações, não. Cumpre destacar que de acordo com a LGPD a nomeação precisa ser publicada, neste caso, no Diário Oficial da União (DPU), contendo informações de contato como *e-mail* e telefone do encarregado, na página da organização, seja na principal ou na página, *link* sobre os assuntos privacidade ou segurança da informação e privacidade. Neste sentido das organizações com encarregado,  $\frac{3}{4}$  (89) destas publicaram no DOU, e  $\frac{2}{3}$  (59) providenciaram a divulgação do nome e contato deste.

A capacitação dos colaboradores necessita evoluir, de acordo com o diagnóstico, pois, na época do levantamento 29% (111) das organizações possuíam planos de capacitação que abrangiam a proteção de dados pessoais. A dificuldade na identificação das categorias de dados pessoais, coletados e presentes nos bancos de dados bem como o compartilhamento destes dados com processadores são fatores de risco, uma vez que 14% (53) das organizações avaliadas conseguiram identificar todos os dados pessoais compartilhados com terceiros<sup>1259</sup>.

O controle de acessos, que abrange a segurança da informação como um todo e a LGPD foi implantado em 16% (61) das organizações, o que demonstra preocupação em relação ao acesso aos sistemas que realizam tratamento de dados pessoais, indicando a probabilidade de acesso indevido, alteração ou exclusão indevida, podendo resultar em um incidente de segurança da informação e quando relacionado a dados pessoais, um incidente de dados pessoais<sup>1260</sup>.

O diagnóstico elaborado pelo TCU (2022<sup>1261</sup>) aponta a situação atual das organizações consultadas e participantes e reflete de forma geral a situação na administração pública brasileira, onde por requisitos legais, faz-se necessário investir em segurança da informação e privacidade, atualizar servidores, ambientes de produção e principalmente fomentar por meio de treinamentos e capacitação a cultura em segurança da informação e privacidade, que vai além da proteção de dados em meio digital, inicia com o controle de acessos, ao ingressar na instituição. Os apontamentos deste diagnóstico resultaram na elaboração de lista de alto risco da administração pública federal pelo TCU<sup>1262</sup>.

A LGPD, assim como a diretriz orientativa da OCDE e posteriormente a GDPR apresentam de forma condensada princípios e diretrizes relativas ao direito do titular e formas abstratas de como executar. No entanto, cumpre destacar que além da nomeação do encarregado frisa-se a necessidade de equipe e profissionais de segurança da informação e privacidade, além daqueles presentes nas áreas jurídica e de tecnologia da informação.

## **9. A segurança da informação como ASG e Compliance**

De acordo com Nogueira (2022) as empresas de setores da economia consideradas perigosas, como por exemplo, as do setor de óleo e gás, passaram a reconhecer que possuem

---

<sup>1259</sup> Tribunal de Contas da União – TCU Verifica Risco alto à Privacidade de dados pessoais coletados pelo governo. Processo TC 039.606/2020-1.

<sup>1260</sup> Idem item 30.

<sup>1261</sup> Idem item 30.

<sup>1262</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Lista de Alto Risco da Administração Pública Federal 2022: Segurança da Informação e Segurança Cibernética.

deveres proporcionais aos perigos e riscos que suas atividades podem ocasionar, resultando em impactos na segurança pública, meio ambiente e na sociedade, neste sentido estas organizações inseriram em normativas internas conceitos Ambiental, Social e Governança (ASG).

Se utilizarmos do conceito que a segurança da informação se relaciona com a governança corporativas e a sociedade, podendo dependendo de o setor impactar a área ambiental, pode-se dizer que o impacto da segurança da informação, nos diversos setores econômicos, equipara-se aos impactos de empresas de setores da econômica consideradas perigosas (NOGUEIRA, 2022).

As políticas empresariais, em especial as relacionadas a carreira, remuneração e benefício devem considerar os incentivos relacionados aos princípios de ASG em especial ao *compliance* e ao desenvolvimento de cultura organizacional de estar em *compliance*, em todos os aspectos da palavra e de modo objetivo à política de segurança da informação. Deste modo evita-se possíveis conflitos da busca da maximização dos resultados (lucros) e dos custos com a realização efetiva da missão e valores organizacionais (NOGUEIRA, 2022).

A partir desta conceituação preliminar entra-se no relacionamento da análise econômica do direito com a temática deste estudo, a segurança da informação e os riscos inerentes aos incidentes da perda informacional, em especial aos que podem ocorrer no meio digital.

## **10. Considerações Finais**

A evolução da forma de comunicação, com a troca de dados e informações de modo extensivo requereu a avaliação se os mecanismos de proteção de dados eram de fato suficiente e quem era o proprietário dos dados, a pessoa titular dos dados o proprietário do banco de dados.

O presente trabalho abordou de modo sucinto a segurança da informação em termos global, as discussões sobre a temática e a evolução com a proteção de dados e privacidade. O amadurecimento necessário para a inserção nos ordenamentos jurídicos do tema e do reflexo que a proteção de dados e privacidade requer das organizações (empresariais, governamentais e outras) no que tange a segurança da informação, que se faz necessária para o cumprimento da primeira.

O Brasil, em consonância com os demais países, inseriu a proteção de dados por meio de normas e regulamentos e posteriormente no ordenamento jurídico propriamente

dito, uma vez que as normas ABNT NBR ISO/IEC da série 27000 foram traduzidas e inseridas como norma brasileira desde a versão de 2005.

Pode-se entender que assim como nos Estados Unidos, a legislação brasileira sobre segurança da informação (mesmo que indireta) e privacidade esta não está consolidada em um único diploma legal, o que dificulta a compreensão e interpretação sobre a temática.

Neste sentido pode-se entender que a segurança da informação e a proteção de dados pessoais fazem parte do arcabouço de normas e legislações abrangidas pela cultura de *compliance*, presente tanto no setor privado quanto no setor público. Neste sentido pode-se entender que a LGPD, por possuir caráter normativo com a previsão de sanções administrativas, civil e penal, acaba por fomentar a segurança da informação, mesmo que por coerção, sendo instrumento para a consolidação do Direito Digital.

Em suma, com a realização deste trabalho, pode-se observar que sobre segurança da informação e proteção de dados pessoais e privacidade, cabe a realização sob a ótica tanto econômica quanto jurídica do tema.

### **Referências Bibliográficas**

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR ISO/IEC 27001 – Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Sistemas de Gestão de Segurança da Informação – Requisitos. ABNT, 2013.

ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas. ABNT NBR ISO/IEC 27002 – Tecnologia da informação — Técnicas de segurança — Código de prática para controles de segurança da informação. ABNT, 2013.

ANDERSON, R. Why Information Security is Hard – An Economic Perspective. *Seventeenth Annual Computer Security Applications Conference*. Disponível em: <https://ieeexplore.ieee.org/xpl/conhome/7785/proceeding> Acesso em: 09 jul. 2022.

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

BRASIL, Lei 10.946/2001, de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)

BRASIL, Lei 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011 – Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)

BRASIL, Lei 12.737/2012, de 30 de novembro de 2012 – Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm)

BRASIL, Lei 12.965/2014, de 23 de abril de 2014 – Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)

BRASIL, Lei 13.709/2018, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm)

BRASIL, Lei 8.078/1990, de 11 de setembro de 1990 – Dispõe sobre a proteção do consumidor e das outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)

CAPRINO, C. C. W. *Trilhas em Segurança da Informação: Caminhos e Ideias Para a Proteção de Dados*. Organizador. [livro eletrônico] Rio de Janeiro: Brasport, 2015.

CITRON, D. K. & HENRY, L. M. Visionary pragmatism and the value of privacy in the twenty-first century. *Michigan Law Review*, Vol. 108. P. 1107-1126. Disponível em: [https://scholarship.law.bu.edu/faculty\\_scholarship/638/](https://scholarship.law.bu.edu/faculty_scholarship/638/). Acesso em: 19 jul. 2022.

COASE, R. H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1–44. Acesso em: 19 mai. 2022.

Deloitte – Cyber Survey 2019 – Tendências em gestão de riscos cibernéticos e segurança da informação na América Latina e Caribe <https://www2.deloitte.com/br/pt/pages/risk/articles/cyber-survey.html>. Acesso em: 19 jun. 2022.

GALVÃO, M. da C. *Fundamentos em Segurança da Informação*. Organizadora. Coleção Bibliografia Universitária Pearson. [livro eletrônico] São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

HINTZBERGEN, Kees; SMULDERS, André; BAARS, Hans. *Fundamentos de segurança da informação: com base na ISO 27001 e na ISO 27002*. Tradução Alan de Sá. [livro eletrônico] Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

LENARD, T. M. & RUBIN, P.H. In Defense of Data: Information and the costs of Privacy. *Policy & Internet*. V. 2, n° 1, art.7, 2010. Disponível em: <http://www.psocommons.org/policyandinternet/vol2/iss1/art7> Acesso em: 30 jun. 2022.

MATTOS, M. S. de. Núcleo de Combate aos crimes cibernéticos. [livro eletrônico] Curitiba: Contentus, 2020.

NOGUEIRA, E. P. Análise econômica do direito e eficiente ambiental, social e de governança (ESG) nas empresas. *Revista de Análise Econômica do Direito*, Vol. 3, p., 2022. Revista dos tribunais online Acesso em: 08 jul. 2022.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE: Diretrizes para a proteção da privacidade e a organização de fluxos transfronteiriços de dados pessoais. Disponível em: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf> Acesso em: 08 jul. 2022.

PriceWaterHouseCompany – PWC Pesquisa Global de Segurança da informação 2016 <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/giss-pesquisa-global-seguranca-informacao-2016.html> Acesso em: 19 jun. 2022.

PriceWaterHouseCompany – PWC Pesquisa Global de Segurança da informação 2013  
<https://www.pwc.com.br/pt/estudos-pesquisas/assets/pesquisa-seguranca-informacao-13e.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2022.

PriceWaterHouseCompany – PWC Simplificando a Segurança Cibernética  
<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/consultoria-negocios/2022/simplificando-a-seguranca-cibernetica.html> página específica  
[https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/consultoria-negocios/2022/TL\\_Simplificando\\_Cyber\\_VF.pdf](https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/consultoria-negocios/2022/TL_Simplificando_Cyber_VF.pdf) Acesso em: 19 jun. 2022.

PriceWaterHouseCompany – PWC The Global Digital Trust Insights Survey 2021  
<https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/consultoria-negocios/2020/global-digital-trust-insights.html> Acesso em: 19 jun. 2022.

PriceWaterHouseCompany – PWC The Global State of information Security Survey 2018  
<https://www.pwc.com.br/pt/global-state-of-information-security-survey-2018.html>  
Acesso em: 19 jun. 2022.

PriceWaterHouseCompany – PWC The Global State of information Security Survey 2018 – Fortalecendo a sociedade digital contra o caos cibernético  
[https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/assets/2017/fortalecimento\\_sociedade\\_digital\\_17\\_gsiss.pdf](https://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/assets/2017/fortalecimento_sociedade_digital_17_gsiss.pdf) Acesso em: 19 jun. 2022.

PURTOVA, N. Default entitlements in personal data in the proposed Regulation: Informational self-determination off the table ... and back on again? *Computer Law & Security Review*, vol. 30. P. 6-24, 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2013.12.006> Acesso em: 09 jul. 2022.

TEIXEIRA, T., ARMELIN, R. M. G. da F. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: Comentado artigo por artigo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

TEIXEIRA, T., MAGRO A. R. *Proteção de dados: fundamentos jurídicos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Lista de Alto Risco da Administração Pública Federal 2022: Segurança da Informação e Segurança Cibernética. Disponível em: [https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/seguranca\\_da\\_informacao\\_e\\_seguranca\\_cibernetica.html](https://sites.tcu.gov.br/listadealtorisco/seguranca_da_informacao_e_seguranca_cibernetica.html). Acesso em: 20 jul. 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Verifica Risco alto à Privacidade de dados pessoais coletados pelo governo. Processo TC 039.606/2020-1, publicado em 21/06/2022. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-verifica-risco-alto-a-privacidade-de-dados-pessoais-coletados-pelo-governo.htm>. Acesso em: 20 jul. 2022.

# O APOIO À PRÁTICA DE ATIVIDADES FÍSICAS E ESPORTIVAS NO ÂMBITO LABORAL: POLÍTICA PÚBLICA PARA PROMOÇÃO DA SAÚDE E AGENDA ESG DAS EMPRESAS.

Promoting physical and sporting activities in the workplace: public policy for health  
promotion and companies' ESG agenda

Meire Kelly Scalia Barros<sup>1263</sup>

Mery Elen da Silva Scalia Carvalho<sup>1264</sup>

**Sumário:** Introdução; 1. Políticas públicas para promoção da saúde e o direito ao acesso à prática de atividades físicas e esportivas; 2. O incentivo à adoção de hábitos de vida saudáveis pelas pessoas trabalhadoras como ação de ESG das empresas; 3. Notas acerca do *Plan Integral Para La Actividad Física Y El Deporte* da Espanha; 4. A atividade física e esportiva no âmbito laboral no Brasil: cenários e propostas; 5. Considerações Finais; Referências.

**Resumo:** A presente pesquisa tem como objetivo apresentar reflexões acerca da importância do incentivo à prática de atividades físicas e esportivas no âmbito laboral para a promoção da saúde dos trabalhadores e das trabalhadoras. Primeiramente, será analisado o embasamento fático e normativo que justifica a formulação de políticas públicas nesta área. Após, será destacado que o incentivo patronal à adoção de hábitos de vida saudáveis por seus empregados trata-se de uma ação de ESG (*Environmental, Social and Governance*) que proporciona inúmeros benefícios individuais e institucionais, ampliando o valor da empresa perante os *stakeholders*. Será estudado como a Espanha, por meio do *Plan Integral Para La Actividad Física Y El Deporte 2010-2020*, buscou fomentar as atividades físicas e esportivas no âmbito laboral e, a partir de um estudo comparado, será averiguada a possibilidade de execução de um plano similar pelo Estado Brasileiro. Trata-se de uma pesquisa aplicada, qualitativa, com a finalidade explicativa e exploratória. A coleta de dados foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados indicam que, no Brasil, o incentivo à prática de atividades físicas e esportivas direcionadas às pessoas trabalhadoras ainda precisa ser consolidada como política pública para promoção da saúde da pessoa trabalhadora e como ação de ESG dos empregadores. Mostra-se viável uma ação conjunta das esferas públicas e privadas para o alcance de melhores resultados.

**Palavras-Chaves:** Atividade Física e Esportiva; Promoção da Saúde; ESG; Política Pública.

**Abstract:** This research aims to present reflections on the importance of encouraging the practice of physical and sports activities in the workplace to promote the health of male and female workers. First, the factual and normative basis that justifies the formulation of public policies in this area will be analyzed. Afterwards, it will be highlighted that the employer's incentive to adopt healthy lifestyle habits by its employees is an ESG (*Environmental, Social*

---

<sup>1263</sup> Fisioterapeuta da Prefeitura de Santos. Mestre em Ciências do Movimento Humano e Reabilitação pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Graduada em Educação Física pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Graduada em Fisioterapia pela Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO).

<sup>1264</sup> Analista de Apoio Jurídico do Ministério Público do Trabalho. Mestranda em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Graduada em Administração pela Universidade de Pernambuco (UPE).

and Governance) action that provides numerous individual and institutional benefits, expanding the company's value to stakeholders. It will be studied how Spain, through the Plan Integral Para La Actividad Física Y El Deporte 2010-2020, sought to promote physical and sports activities in the workplace and, based on a comparative study, the possibility of implementing a plan will be investigated. similar by the Brazilian State. This is an applied, qualitative research with explanatory and exploratory purposes. Data collection was carried out through bibliographical and documentary research. The results indicate that, in Brazil, encouraging the practice of physical and sports activities aimed at working people still needs to be consolidated as a public policy to promote the health of working people and as an ESG action by employers. A joint action by the public and private spheres to achieve better results is feasible.

**Keywords:** Physical and Sports Activity; Health promotion; ESG; Public policy.

## INTRODUÇÃO

A saúde, conforme prestigiado conceito da Organização Mundial da Saúde (OMS), representa um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não se limitando à ausência de doenças. A Carta de Otawa destaca que saúde é construída e vivida pelas pessoas em seu dia a dia, pelo cuidado de cada um consigo mesmo e com os outros<sup>1265</sup>.

Assim, é imprescindível que toda a população tenha acesso às condições que permitam a obtenção da saúde, sendo um dever do Estado atuar diante dos fatores políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais, comportamentais e biológicos determinantes. Dentre tais fatores, a prática de atividades físicas e esportivas mostra-se de suma relevância para a promoção da saúde individual e coletiva, reduzindo os malefícios decorrentes do sedentarismo, tais quais o sobrepeso e o desenvolvimento de doenças crônicas não transmissíveis. Ademais, possibilita uma maior coesão social.

O Brasil se comprometeu a atingir as metas da OMS referentes à limitação da quantidade de tempo em comportamento sedentário da população, mas enfrenta grandes obstáculos. Depreende-se que as despesas públicas com saúde ainda são prioritariamente direcionadas à medicina curativa, de urgência e de emergência. Ademais, as ações de promoção da saúde destinam-se, notadamente, às crianças e às pessoas idosas, a despeito de a população de jovens e adultos ser em quantitativo expressivamente superior.

Assim, mostra-se pertinente a formulação de políticas públicas relacionadas à prática de atividades físicas e esportivas pela população economicamente ativa (PEA). Ademais, seria vantajosa a atuação das empresas privadas com este mesmo objetivo, na execução de uma agenda ESG (*Environmental, Social and Governance*).

---

<sup>1265</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *As Cartas da Promoção da Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002, p. 25.

Como parâmetro, tem-se que a Espanha elaborou o *Plan Integral Para La Actividad Física Y El Deporte 2010-2020*<sup>1266</sup> a fim de impulsionar o acesso universal a uma prática esportiva de qualidade à população. E dentre os eixos de atuação encontrava-se, justamente, o incentivo aos empregadores para que favorecessem a seus empregados que se exercitassem.

A partir do planejamento elaborado pelo Estado Espanhol, o presente estudo analisará como o Brasil poderá coordenar sua atuação junto ao setor privado a fim de incentivar a adoção de hábitos de vida mais ativos pelos trabalhadores e trabalhadoras, favorecendo a promoção da saúde individual e coletiva.

## **1. Políticas públicas para promoção da saúde e o direito ao acesso à prática de atividades físicas e esportivas.**

No Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser um direito de todos e um dever do Estado, o qual deve prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. A Lei n.º 8.080/90, ao destacar a existência de determinantes e condicionantes sociais da saúde, evidenciou a necessidade de políticas públicas que visem à garantia da melhoria da qualidade de vida da população e à redução de riscos de doenças.

Especificamente quanto à promoção da saúde, em breve histórico, uma das primeiras menções ao termo foi realizada pelo médico canadense Henry Ernest Sigerist, no ano de 1946, ao definir que as quatro tarefas essenciais da medicina seriam a promoção da saúde, a prevenção das doenças, a recuperação dos enfermos e a reabilitação<sup>1267</sup>. Promover a saúde envolveria garantir condições decentes de vida, trabalho, educação, cultura física e descanso, não se limitando à busca pela prevenção de uma doença específica.

Assim, medidas de promoção devem adotar o modelo do *campo da saúde*, reconhecendo “*um espaço quadripolar onde interagem fatores genético-hereditários, fatores ambientais, comportamentais (estilos de vida) e fatores relacionados com o acesso a serviços de saúde*”<sup>1268</sup>, preterindo a visão ecológica do processo saúde-doença, focada apenas no agente, no hospedeiro e no ambiente.

Neste trilhar, é um consenso que a prática regular de atividades físicas e esportivas é fundamental para se alcançar o estado de mais completo bem-estar físico, mental e social. De

---

<sup>1266</sup> Tradução nossa: Plano Integral para a Atividade Física e o Esporte.

<sup>1267</sup> BUSS, Paulo Marchiori. Uma introdução ao conceito de promoção da saúde. In: CZERESNIA, Dina (Org.). *Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. p. 19.

<sup>1268</sup> TEIXEIRA, Carmen Fontes. Glossário: termos e expressões mais comuns em política, planejamento, gestão e avaliação de sistemas e serviços de saúde. In: TEIXEIRA, Carmen Fontes (Org.). *Planejamento em saúde: conceitos, métodos e experiências*. Salvador: EDUFBA, 2010, p. 130.

fato, a adoção de um estilo de vida menos sedentário e mais ativo garante muitos benefícios, reverberando diretamente na capacidade física (como aptidão respiratória, força, flexibilidade e equilíbrio) e na saúde mental, prevenindo o declínio cognitivo e amenizando os sintomas da depressão e da ansiedade. Ademais, auxilia no controle do sobrepeso e de doenças crônicas não transmissíveis, tais como as cardiopatias, hipertensão, diabetes, hipercolesterolemia, dentre outras<sup>1269</sup>. A prática de atividades físicas e esportivas também favorece a sociabilidade, a equidade de gênero e a coesão social, revelando-se como “*instância geradora de sentido para a vida humana*”<sup>1270</sup>. Ainda quanto ao viés coletivo, auxilia na inclusão social e no enraizamento cultural<sup>1271</sup>.

Não por acaso, no Brasil, o profissional de educação física é reconhecido como profissional da saúde desde a edição da Resolução nº 218/1997, pelo Conselho Nacional de Saúde<sup>1272</sup>. Na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) do Ministério do Trabalho e Previdência, há previsão específica da atuação do profissional de Educação Física como responsável por estruturar e realizar ações de promoção da saúde mediante práticas corporais, atividades físicas e de lazer na prevenção primária, secundária e terciária no SUS e no setor privado (CBO 2241-40)<sup>1273</sup>.

Todavia, ainda é necessário arraigar tal compreensão, de forma que a população não considere apenas as finalidades recreativas, estéticas ou de alta performance das atividades físicas e esportivas, reconhecendo a sua imprescindibilidade na construção de hábitos de vida saudáveis que previnam agravos e interfiram positivamente na relação saúde/doença.

Tal conscientização mostra-se urgente, tendo em vista que, de acordo com Diagnóstico Nacional do Esporte, 45,9% da população brasileira afirmou ser sedentária; apenas da população 28,5% afirmou praticar atividades físicas e 25,5% afirmou ser praticante de esportes<sup>1274</sup>. A falta de tempo ou a existência de outras prioridades foi apontado como

---

<sup>1269</sup> OMS - Organização Mundial Da Saúde. *Diretrizes Da OMS Para Atividade Física E Comportamento sedentário*. Genebra: OMS, 2020, p. 4. Disponível em:

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/337001/9789240014886-por.pdf>. Acesso em 13 jan. 2023.

<sup>1270</sup> PNUD - Programa Das Nações Unidas Para O Desenvolvimento. *Relatório de Desenvolvimento Humano Nacional – Movimento é Vida: atividades físicas e esportivas para todas as pessoas*. Brasília: PNUD, 2017, p.32.

<sup>1271</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Guia de Atividade Física Para a População Brasileira*. Brasília: Ministério da Saúde, 2021, p.23.

<sup>1272</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução nº. 218, de 06 de março de 1997*. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1997/res0218\\_06\\_03\\_1997.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1997/res0218_06_03_1997.html). Acesso em: 20 jan. 2023.

<sup>1273</sup> PROFISSIONAL de Educação Física na Saúde está na CBO. *Revista Educação Física*, ano XVII, n.º 74, 2020, p. 8.

<sup>1274</sup> BRASIL. Ministério do Esporte. *Diesporte: diagnóstico nacional do esporte*. Brasília: Ministério do Esporte, 2016, p. 27. Disponível em: <http://cev.org.br/arquivo/biblioteca/4033637.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2023.

principal motivo para o abandono da prática de esportes e/ou atividades físicas<sup>1275</sup>. O fim do período escolar e a entrada no mundo do trabalho marcam a fase da vida em que os entrevistados apontaram maior abandono das práticas de atividades físicas e esportivas<sup>1276</sup>.

Ademais, o exercício profissional da população vem sendo afetado pelas mudanças no cenário macroeconômico. Dejour há tempos destacava que “*reputadas como isentas de exigências físicas graves, as tarefas de escritório tornam-se cada vez mais numerosas, na medida do desenvolvimento do setor terciário*”<sup>1277</sup>. Depreende-se a prevalência atual de empresas que atuam no setor terciário (comércio e prestação de serviço) em detrimento do setor primário (agricultura e pecuária) e secundário (indústria), o que influencia diretamente na carga física exigida das pessoas trabalhadoras. E mesmo quanto as demais atividades cotidianas, as oportunidades de realização de esforços físicos são cada vez mais reduzidas, diante, notadamente, das comodidades proporcionadas por inovações tecnológicas (controle remoto, celular, eletrodomésticos, automóveis, elevador, entre outros).

Visando reverter esta tendência global, a OMS elaborou o *Plano De Ação Global Para A Atividade Física 2018-2030*, estabelecendo a meta de reduzir a prevalência do sedentarismo entre adolescentes e adultos em 10% até 2025 e em 15% até 2030 em todo o mundo. Também destacou a necessidade de criar uma sociedade ativa, ambientes ativo, pessoas ativas e sistemas ativos<sup>1278</sup>. Baseada em evidências científicas, a OMS recomenda, no documento intitulado *As Diretrizes da OMS Para Atividade Física e Comportamento Sedentário*, que as pessoas maiores de 18 anos realizem, por semana, de 150 a 300 minutos de atividade física de moderada intensidade, ou atividade física vigorosa equivalente, que podem ser realizadas em diversos contextos<sup>1279</sup>.

Todavia, o Brasil ainda não possui uma política pública de abrangência nacional visando a redução do sedentarismo<sup>1280</sup>, sendo possível identificar, tão somente, esparsas medidas estaduais e municipais a respeito. Um ponto de partida teórico para ações mais

---

<sup>1275</sup> Id, p. 47.

<sup>1276</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>1277</sup> DEJOURS, Christophe. *A loucura do Trabalho: estudo da psicopatologia do trabalho*. 5ª ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992, p. 23.

<sup>1278</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Plano de Ação Global Para a Atividade Física 2018-2030 - Versão Síntese*. Genebra: OMS, 2018, p. 2/3. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272721/WHO-NMH-PND-18.5-por.pdf>. Acesso em 13 jan. 2023.

<sup>1279</sup>. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Diretrizes da OMS para Atividade Física e Comportamento Sedentário*. Genebra: OMS, 2020, p. 1. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/337001/9789240014886-por.pdf>. Acesso em 13 jan. 2023.

<sup>1280</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Políticas Públicas de Atividade Física Análise de Documentos Governamentais em Âmbito Mundial*. Brasília: Ministério da Saúde, 2022, p. 9.

efetivas nesta seara pode ser o *Guia de Atividades Físicas Para a População Brasileira*, elaborado pelo Ministério da Saúde, pelo qual são apresentadas recomendações e informações visando incentivar que a população adote um estilo de vida mais ativo. O documento conceitua atividade física como “*um comportamento que envolve os movimentos voluntários do corpo, com gasto de energia acima do nível de repouso, promovendo interações sociais e com o ambiente*”<sup>1281</sup>. Também conceitua exercício físico como a realização de atividades físicas de forma planejada, estruturada e repetitiva para fins de melhorar ou manter as capacidades físicas e o peso adequado<sup>1282</sup>.

Assim, considerando que o direito à saúde abarca o direito aos determinantes básicos da saúde, tais como as condições de trabalho adequadas e o ambiente social saudável, cabe ao Poder Público intervir para modificar este cenário de predomínio do sedentarismo. Para tanto, será necessário enfrentar os fatores individuais, sociais, ambientais, culturais, econômicos e políticos que obstam o gozo de uma vida mais ativa pelos cidadãos, considerando as particularidades de cada público-alvo e de cada contexto.

## **2. O incentivo à adoção de hábitos de vida saudáveis pelas pessoas trabalhadoras como ação de ESG das empresas.**

A concepção ampliada de saúde, vista como o estado de mais completo bem-estar, também reverbera na busca da qualidade de vida no trabalho. O estudo da Saúde do Trabalhador vem substituindo o tradicional estudo da Medicina do Trabalho, buscando não apenas prevenir acidentes ou recompor danos já consumados, mas, sobretudo, melhorar a qualidade de vida laboral, reconhecendo-a como parte integrante da realidade social da pessoa trabalhadora<sup>1283</sup>.

Conforme indicadores do mercado de trabalho divulgados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a proporção de pessoas de 14 anos ou mais inseridas na força de trabalho como ocupadas (com algum tipo de trabalho) ou desempregadas (à procura de vagas) é de 62,7% da população brasileira. Ademais, a proporção de ocupados em relação à população em idade ativa era de 57,3%<sup>1284</sup>. Evidente, portanto, que qualquer medida de

---

<sup>1281</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Guia de Atividade Física Para a População Brasileira*. Brasília: Ministério da Saúde, 2021, p. 7.

<sup>1282</sup> Id, p. 9.

<sup>1283</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 72.

<sup>1284</sup> HECKSHER, Marcos; LAMEIRAS, Maria Andreia Parente. *Indicadores mensais do mercado de trabalho - agosto de 2022*. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2022/10/221010\\_cc\\_57\\_nota\\_2\\_indicadores\\_mensais\\_de\\_mercado\\_de\\_trabalho\\_ago22.pdf](https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2022/10/221010_cc_57_nota_2_indicadores_mensais_de_mercado_de_trabalho_ago22.pdf). Acesso em: 28 jan. 2022

promoção da saúde que abarque este público-alvo atingirá uma parcela significativa da população brasileira. Sebastião Gerado do Oliveira destaca que:

O homem passa a maior parte da sua vida útil no trabalho, exatamente no período da plenitude de suas forças físicas e mentais, daí porque o trabalho, frequentemente, determina o seu estilo de vida, influência nas condições de saúde, interfere na aparência e apresentação pessoal e até determina, muitas vezes, a forma da morte<sup>1285</sup>.

Neste contexto, o incentivo à realização de atividades físicas e esportivas pelo empregador pode lograr resultados positivos, considerando que a população economicamente ativa permanece grande parte de seu dia no local de trabalho.

As Diretrizes de Atividade Física da União Europeia<sup>1286</sup> indicam que o modo de trabalho contemporâneo reduziu a necessidade do esforço físico mais intenso, de modo que grande parte das profissões atuais não demandam quantidade suficiente de gastos energéticos dos empregados. Por outro lado, há tarefas e profissões específicas cujas atividades expõem os empregados a riscos de problemas musculoesqueléticos. Assim, a introdução de atividades físicas e esportivas no ambiente laboral colabora tanto para suprir a ausência de movimentos decorrente de atividades monótonas quanto para melhorar a forma aeróbica dos trabalhadores que necessitam de um bom condicionamento físico para o seu labor.

Há inúmeros estudos científicos correlacionando uma rotina de atividades físicas à melhoria no desempenho profissional dos praticantes, notadamente quanto ao aumento da disposição e da capacidade cognitiva, bem como redução do estresse e absenteísmo<sup>1287</sup>. Há também pesquisas transversais nas quais foi possível associar uma rotina fisicamente ativa ao aumento de produtividade<sup>1288</sup>.

No Brasil, atualmente, não há normas que estabeleçam deveres específicos às empresas empregadoras no tocante à oferta e ao incentivo de atividades físicas e esportivas aos empregados. Nem ao menos a ginástica laboral é obrigatória.

---

<sup>1285</sup> OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Op. Cit, p. 142.

<sup>1286</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Orientações da UE para a promoção da atividade física*. Bruxelas, União Europeia, 2008, p. 33. Disponível em: [https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/policy\\_documents/eu-physical-activity-guidelines-2008\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/policy_documents/eu-physical-activity-guidelines-2008_pt.pdf). Acesso em 15 jan. 2023.

<sup>1287</sup> ESPANHA. Instituto Nacional De Seguridad, Salud Y Bienestar En El Trabajo. *Beneficios del fomento de la actividad física y la práctica deportiva*. Madrid: INSSBT, 2017, p. 22. Disponível em: <https://www.insst.es/documents/94886/188493/Beneficios+fomento+actividad+fisica.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

<sup>1288</sup> HIPÓLITO, Maiza Claudia Vilela et al. *Qualidade de vida no trabalho: avaliação de estudos de intervenção*. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 70, n. 1, 2017, p. 192. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/BxsFxTtvZdJjMtv4hdXC5Yx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 30 jan 2023.

De toda sorte, as estratégias empresariais contemporâneas de gestão de pessoas se norteiam para um caminho de sustentabilidade. A promoção do bem-estar de seus trabalhadores e trabalhadoras demonstra como a empresa interage com a sociedade e como aborda questões relevantes. Incluir tal prioridade em um plano de ação de ESG demonstra compromisso com a boa governança ambiental, social e corporativa e pode garantir vantagens competitivas diante de seus *stakeholders*<sup>1289</sup>.

Para o sucesso de tal política de promoção da saúde, é imprescindível que o empregador defina de maneira clara os objetivos, o público-alvo, os recursos disponíveis e as metas, ampliando a interação entre colegas e fortalecendo a conexão com o local de trabalho. De acordo com Almeida, Gutierrez e Marques:

é preciso que a prática esportiva valorize a cooperação e a convivência amistosa entre os funcionários da empresa, de forma a incentivar sentimentos de integração, coleguismo e unidade como grupo, melhorando o bem-estar do indivíduo e incentivando a melhora de relacionamento e motivação entre colegas de trabalho<sup>1290</sup>.

Deve-se ter cautela para não reforçar aspectos negativos como a competição exacerbada, a segregação e a comparação entre os funcionários<sup>1291</sup>.

O Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano do Brasil do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (202), destaca que, no contexto ocupacional, a promoção de atividades físicas e esportivas pode se dar por meio da ginástica laboral, do incentivo a formas ativas de deslocamento e do lazer ativo<sup>1292</sup>. O relatório salienta que tal processo deve ser interativo, acessível e sustentável, considerando o protagonismo dos trabalhadores em seu planejamento e em sua implementação. Ademais, indica que a promoção de ambientes e processos de trabalho saudáveis podem subsidiar condutas terapêuticas preventivas, de proteção e recuperação da saúde, sendo viável sua integração aos programas públicos de promoção de modos saudáveis de vida<sup>1293</sup>.

---

<sup>1289</sup> TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Direito Ambiental Empresarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 161. E-book.

<sup>1290</sup> ALMEIDA, Marco Antônio Bettine de; GUTIERREZ, Gustavo Luís; MARQUES, Renato Francisco Rodrigues. Esporte na empresa: a complexidade da integração interpessoal. *Revista Brasileira de Educação Física e Esporte*, v. 20, n. 1, 2006, p. 34. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rbefe/article/view/16611>. Acesso em: 19 jan. 2023.

<sup>1291</sup> Id, p. 33

<sup>1292</sup> PNUD - Programa Das Nações Unidas Para O Desenvolvimento. Op. Cit., p. 202.

<sup>1293</sup> Id, p. 203.

Assim, inicialmente, o empregador pode facilitar o próprio deslocamento ativo do trabalhador ao local de serviço, disponibilizando bicicletários e vestiários para banho e trocas de roupas. O deslocamento ativo também pode ser estimulado nas dependências da empresa, com o incentivo ao uso das escadas, impressoras centralizadas e fixação do relógio de ponto em local que possibilite uma maior locomoção.

As empresas de maior porte podem oferecer instalações em seu ambiente para a prática de exercícios físicos e ergonômicos, disponibilizando um profissional de educação física (empregado próprio, terceirizado ou autônomo) para as orientações individualizadas, considerando a rotina e a carga de trabalho de cada empregado. Também é possível firmar contratos com associações esportivas, notadamente àquelas sem fins lucrativos e as integrantes do *Sistema S*, e academias de ginástica para acesso a uma estrutura maior de atividades e modalidades esportivas.

A participação ativa em campanhas de conscientização é outra providência que as empresas podem aderir, inclusive com a realização de palestras e a divulgação interna de material informativo sobre os benefícios de uma rotina não sedentária. Destaque-se, também, o apoio a gincanas entre setores da empresa e até mesmo competições interempresariais, ampliando o engajamento do empregado e a coesão do grupo.

Enfim, o incentivo à prática de atividade física e esportiva no contexto laboral traz inúmeros benefícios à pessoa trabalhadora e ao empregador. Há uma miríade de opções de ações neste sentido. Em que pese não exista ainda nenhuma obrigação legal, cada empresa pode colaborar, de acordo com seu porte, sua atividade econômica e suas prioridades.

### **3. Notas acerca do *Plan Integral Para La Actividad Física Y El Deporte da Espanha*.**

A Constituição da Espanha, editada em 1978, expressamente reconhece que a educação física e o esporte devem ser fomentados pelo Poder Público a fim de proteger a saúde da população<sup>1294</sup>.

Assim, visando alcançar a mesma taxa de prática esportiva dos demais países desenvolvidos, o Conselho Superior de Esportes da Espanha editou o *Plan Integral Para La*

---

<sup>1294</sup> O artigo 43 da Constituição Espanhola dispõe: «Artículo 43: 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

*Actividad Física Y El Deporte*, referente ao decênio de 2010-2020. Este instrumento, embasado nas Diretrizes de Atividade Física da União Europeia de 2008, apresenta 8 áreas de trabalho classificadas em 3 níveis: básico, coletivo específico e transversal. Dentro do nível coletivo específico, previu a necessidade de fomento do esporte no âmbito laboral, de modo a atribuir ao empregador a responsabilidade de favorecer e facilitar direta ou indiretamente que seus empregados possam praticar atividades físicas e esportivas em seus postos de trabalho<sup>1295</sup>.

O plano destaca a existência de estudos empíricos que demonstram os benefícios da prática de atividades físicas regularmente pelos trabalhadores, aumentando a produtividade e reduzindo o absentéismo, além de reduzir os custos sanitários do empregador<sup>1296</sup>.

Também destacou que a atividade física do âmbito laboral traz benefícios individuais aos empregados e benefícios coletivos à organização e ao Poder Público. Para os empregados, além da melhoria de sua qualidade de vida, garante bem-estar e aumenta sua satisfação no trabalho, possibilitando maior interação e socialização. No que toca ao empregador, tais atividades melhoram o clima organizacional, a saúde ocupacional, aumentam a produtividade, além de constituir ferramenta para política de responsabilidade social empresarial. Para o Poder Público, a finalidade do plano é ampliar o índice de práticas esportivas na população, inclusive facilitando o acesso aos mais vulneráveis, impulsionando a igualdade de oportunidades. Por fim, a finalidade transversal da atividade física do âmbito laboral é a conciliação entre a vida pessoal e a vida laboral<sup>1297</sup>.

Também foi editado um documento complementar, intitulado *Plan Integral Para La Actividad Física Y El Deporte: Deporte en el Ámbito Laboral*, apresentando a descrição e diagnóstico da situação atual, potenciais e limitações, a visão de futuro, as principais ações estratégicas, os agentes envolvidos, lista priorizada de medidas, os projetos e ações a realizar e, por fim, a descrição dos indicadores a atingir.

O documento estabeleceu os seguintes eixos de atuação estratégica: a conscientização acerca dos benefícios de uma prática de atividades físicas e esportivas regulares pelos empregados; a realização de estudos que constatem os benefícios da prática esportiva no âmbito laboral; os estudos sobre os diferentes incentivos para entidades e organizações empresariais; a colaboração na formação de agentes promotores e formadores do esporte

---

<sup>1295</sup> ESPANHA. Conselho Superior De Deportes. *Plan Integral para la Actividad Física y el Deporte (Plan A+D)*. Versión 1. Madrid; Consejo Superior de Deportes, 2009, p. 78. Disponível em: <http://femede.es/documentos/PlanIntegralv1.pdf>. Acesso em 14 jan. 2023.

<sup>1296</sup> Id, p. 79.

<sup>1297</sup> Ibidem, p. 82/83.

no âmbito laboral; e o desenvolvimento de um marco legal da matéria<sup>1298</sup>. Foi prevista, inclusive, a possibilidade de criar o selo de qualidade 'Empresa Saudável' a ser concedido às empresas que executem, em favor de seus empregados, políticas de promoção e facilitação das atividades físicas e do esporte<sup>1299</sup>.

Muito embora o período de validade do plano tenha se expirado e não haja publicações oficiais específicas acerca dos avanços alcançados, de acordo com a *Encuesta de Hábitos Deportivos en España*, comparando as estatísticas referentes aos anos de 2015 e 2022, constata-se um aumento da porcentagem da população que declarou praticar atividades físicas durante os dias de semana, no trajeto ao trabalho, nos centros de trabalho e no período laboral<sup>1300</sup>. Tudo indica que as políticas públicas espanholas surtiram um efeito positivo, corolário do nível de detalhamento do plano e do profundo embasamento das propostas, evidenciando o comprometimento do Poder Público com o fomento da prática de atividades físicas e esportivas de qualidade.

#### **4. A atividade física e esportiva no âmbito laboral no Brasil: cenários e propostas**

Como destacado alhures, o Brasil ainda não elaborou um plano de ação efetivo e específico quanto ao fomento de atividades físicas e esportivas à população adulta, tampouco no ambiente laboral.

A Política Nacional de Promoção da Saúde, instituída pela Portaria MS/GM nº 687/2006, estabeleceu, dentre as ações na rede básica de saúde e na comunidade, a possibilidade de articular parcerias estimulando práticas corporais/atividade física no ambiente de trabalho. Em 2014, houve a revisão desta Política, que passou a indicar como um dos temas transversais a vida no trabalho, de modo a:

interrelacionar o tema priorizado com o trabalho formal e não formal e com os distintos setores da economia (primário, secundário e terciário), considerando os espaços urbano e rural e identificando oportunidades de operacionalização na lógica da promoção da saúde para ações e atividades desenvolvidas nos distintos locais, de maneira participativa e dialógica<sup>1301</sup>.

---

<sup>1298</sup> FORT, Jordi Viñas (Coord). *Plan Integral Para La Actividad Física Y El Deporte: Deporte en el Ámbito Laboral*. Versión 1. Madrid; Consejo Superior de Deportes, 2009, p. 30/31. Disponível em: <http://femede.es/documentos/Laboralv1.pdf>. Acesso em 16 jan. 2023.

<sup>1299</sup> Id, p. 37.

<sup>1300</sup> ESPANHA. Ministerio de Cultura y Deporte. *Encuesta de Hábitos Deportivos 2022. Síntesis de resultados*. Madrid, Ministerio de Cultura y Deporte, 2022, p. 20. Disponível em: <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:a0d86713-ef86-428a-9a73-845ca2b0d213/encuesta-de-habitos-deportivos-2022-sintesis-de-resultados.pdf>. Acesso em 19 jan. 2023.

<sup>1301</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Promoção da Saúde: revisão da Portaria MS/GM nº 687, de 30 de março de 2006*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014, p. 18.

Tais previsões mostram-se deveras genéricas e não foram desenvolvidas políticas públicas específicas a respeito. Desta forma, visando demonstrar a viabilidade desta estratégia de promoção da saúde, o presente estudo apresentará algumas possibilidades de ação, embasadas nas normas brasileiras que regem o tema e inspiradas no *Plan Integral Para La Actividad Física Y El Deporte* editado pela Espanha

Primeiramente, o próprio Poder Público pode, diretamente, proporcionar a prática de exercícios físicos e esportivos às pessoas trabalhadores no âmbito do Sistema Único de Saúde. Atualmente, há iniciativas em curso direcionadas à população em geral, como o programa “Academia da Saúde”, iniciado em 2011, pelo qual são ofertadas práticas de atividades físicas em polos instalados em espaços públicos. Há estudos demonstrando a eficiência desta intervenção de base comunitária<sup>1302</sup>. Todavia, na revisão sistemática de literatura realizada por Abdalla, Bueno Júnior e Carvalho, identificou-se que estes programas desenvolvidos pelo SUS têm maior impacto entre as pessoas da terceira idade, levando em conta intervenções com caráter curativo, de modo que “*a potencialidade da atividade física como fator preventivo de doenças crônicas não transmissíveis e como promotora de maior qualidade de vida deve ser melhor explorada*”<sup>1303</sup>.

Assim, uma ação direcionada especificamente à vida no trabalho pode ser planejada a partir da integração de profissionais de educação física à Rede de Serviços de Assistência e Vigilância em Saúde do Trabalhador (RENAST). O art. 1º, § 1º da Portaria n.º 2.728/2009 do Ministério da Saúde prevê que as ações em Saúde do Trabalhador deverão ser desenvolvidas em todos os níveis de atenção do SUS, incluindo as de promoção, sendo uma incumbência da Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (RENAST).

Frise-se também que Portaria n.º 15/2022, do Ministério da Saúde, incluiu na CBO 2241-40, ocupações específicas do profissional de educação física na área de vigilância da saúde do trabalhador, da atividade educativa em saúde do trabalhador e da inspeção sanitária em saúde do trabalhador. Assim, mostrar-se-ia pertinente a integração destes profissionais na composição das equipes dos CEREST (Centros de Referência em Saúde do Trabalhador) de modo a desenvolver a prática de atividades físicas e esportivas em determinadas empresas,

---

<sup>1302</sup> MALTA, Deborah Carvalho et al. O SUS e a Política Nacional de Promoção da Saúde: perspectiva resultados, avanços e desafios em tempos de crise. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 23, n. 6, 2018, p. 1806. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.04782018>. Acesso em: 28 jan. 2023.

<sup>1303</sup> ABDALLA, Pedro Pugliesi; BUENO JÚNIOR, Carlos Roberto; CARVALHO, Anderson dos Santos. Atuação do profissional de educação física no sistema único de saúde: revisão sistemática. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde*, v. 30, n. 3, 2017, p. 9. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/RBPS/article/view/6316>. Acesso em: 29 jan. 2023.

sedes sindicais ou em outros locais com infraestrutura adequada em que categorias profissionais possam comparecer.

Não se nega que a operacionalização de um programa nestes moldes não é simples, diante da escassez de recursos orçamentários e das peculiaridades de cada estado, região e cidade nos quais os CEREST atuam. Por isso, mostra-se pertinente que o Poder Público atribua responsabilidades aos empregadores, mormente os de maior porte, de modo que possam incentivar a adoção de hábitos de vida mais saudáveis por seus empregados.

Rememore-se que o princípio do desenvolvimento sustentável, aplicável ao Direito Ambiental do Trabalho, traz a noção de que o empregador poderá exercer seu direito à livre iniciativa e à propriedade (art. 170, *caput* e inciso II, da Constituição Federal), limitado, todavia, pelo direito à vida digna de seus empregados (art. 170, IV, da Constituição Federal). Assim, o "*compromisso com a função social da empresa é o de reinserir a solidariedade social da atividade econômica, assegurando a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social*"<sup>1304</sup>.

Ou seja, a busca do lucro deve estar em sintonia com a função social da empresa, seja na responsabilidade de garantir um trabalho digno aos empregados, seja na responsabilidade de contribuir para o desenvolvimento humano e social do país.

Outrossim, a promoção da saúde também é pertinente a partir da lógica do capital, tendo em vista que o adoecimento da pessoa trabalhadora gera custos às empresas, que vê reduzida sua força de trabalho e sua produtividade. E o Estado igualmente suporta o encargo de garantir atendimento médico e reabilitação aos trabalhadores.

Assim, uma opção seria a alteração da Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho n.º 4 – NR 4 para a inclusão do Profissional de Educação Física na SESMT (Serviço Especializado em Engenharia e Segurança e em Medicina do Trabalho), tendo em vista sua finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador. Atualmente, o dimensionamento do SESMT depende do número de empregados da organização e do maior grau de risco entre a atividade econômica principal e atividade econômica preponderante no estabelecimento.

Também é possível avaliar a concessão de incentivos para as empresas que adotem um programa estruturado de promoção à saúde de seus empregados, conforme detalhado no segundo capítulo do presente artigo. Por exemplo, benefícios fiscais semelhantes aos concedido atualmente às empresas cidadãs (Lei n.º 11.770/2008), preferência em caso de

---

<sup>1304</sup> TRENNEPOHL, Terence Dorneles. Op. Cit, p. 156. E-book.

empate em licitações públicas (art. 60 da Lei n.º 14.133/2021) e disponibilidade de linhas de crédito específicas pelo Bando Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

## 5. Considerações Finais

Um estilo de vida sedentário é um determinante no processo saúde/doença. Por isso, é possível reconhecer o direito fundamental ao acesso a atividades físicas e esportivas, imprescindível para a tutela de outros direitos.

Diante da necessidade de prevenir o adoecimento da pessoa trabalhadora e de garantir um ambiente de trabalho sustentável, a adoção de hábitos não sedentários deve ser uma preocupação para os empregadores e para o Poder Públicos. Todavia, ainda é necessário o desenvolvimento de políticas públicas mais específicas na área.

A Espanha desenvolveu um plano de ação bastante detalhado, demonstrando seu intento de atuar em inúmeras frentes na oferta de atividades físicas e esportivas de qualidade a sua população, o que incluiu o seu fomento no âmbito organizacional.

É viável ao Brasil seguir o exemplo espanhol e, notadamente quanto às pessoas trabalhadoras, é possível contar com a participação das empresas privadas neste mister, no exercício de sua função social e no cumprimento de sua agenda ESG.

## Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Marco Antônio Bettine de; GUTIERREZ, Gustavo Luís; MARQUES, Renato Francisco Rodrigues. Esporte na empresa: a complexidade da integração interpessoal. *Revista Brasileira de Educação Física e Esporte*, v. 20, n. 1, p. 27-36, 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rbefe/article/view/16611>. Acesso em: 19 jan. 2023.

ABDALLA, Pedro Pugliesi; BUENO JÚNIOR, Carlos Roberto; CARVALHO, Anderson dos Santos. Atuação do profissional de educação física no sistema único de saúde: revisão sistemática. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde*, v. 30, n. 3, 2017. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/RBPS/article/view/6316>. Acesso em: 29 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução n.º. 218, de 06 de março de 1997*. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1997/res0218\\_06\\_03\\_1997.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/1997/res0218_06_03_1997.html). Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. *As Cartas da Promoção da Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Guia de Atividade Física Para a População Brasileira*. Brasília: Ministério da Saúde, 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Promoção da Saúde: revisão da Portaria MS/GM n.º 687, de 30 de março de 2006*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

- BRASIL. Ministério da Saúde. *Políticas Públicas de Atividade Física Análise de Documentos Governamentais em Âmbito Mundial*. Brasília: Ministério da Saúde, 2022.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Promoção da Saúde*. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.
- BRASIL. Ministério do Esporte. *Diesporte: diagnóstico nacional do esporte*. Brasília: Ministério do Esporte, 2016. Disponível em: <http://cev.org.br/arquivo/biblioteca/4033637.pdf>. Acesso em: 19/01/2023.
- BUSS, Paulo Marchiori. Uma introdução ao conceito de promoção da saúde. In: CZERESNIA, Dina (Org.). *Promoção da Saúde: conceitos, reflexões, tendência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.
- ESPANHA. Conselho Superior De Desportes. *Plan Integral para la Actividad Física y el Deporte (Plan A+D)*. Versión 1. Madrid, Consejo Superior de Deportes, 2009. Disponível em: <http://femede.es/documentos/PlanIntegralv1.pdf>. Acesso em 14 jan. 2023.
- ESPANHA. Instituto Nacional De Seguridad, Salud Y Bienestar En El Trabajo. *Beneficios del fomento de la actividad física y la práctica deportiva*. Madrid: INSSBT, 2017. Disponível em: <https://www.insst.es/documents/94886/188493/Beneficios+fomento+actividad+fisica.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.
- ESPANHA. Ministerio de Cultura y Deporte. *Encuesta de Hábitos Deportivos 2022. Síntesis de resultados*. Madrid, Ministerio de Cultura y Deporte, 2022, p. 20. Disponível em: <https://www.culturaydeporte.gob.es/dam/jcr:a0d86713-ef86-428a-9a73-845ca2b0d213/encuesta-de-habitos-deportivos-2022-sintesis-de-resultados.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2023.
- FORT, Jordi Viñas (Coord). *Plan Integral Para La Actividad Física Y El Deporte: Deporte en el Ámbito Laboral*. Versión 1. Madrid; Consejo Superior de Deportes, 2009. Disponível em: <http://femede.es/documentos/Laboralv1.pdf>. Acesso em 16 jan. 2023
- HECKSHER, Marcos; LAMEIRAS, Maria Andreia Parente. *Indicadores mensais do mercado de trabalho - agosto de 2022*. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2022/10/221010\\_cc\\_57\\_nota\\_2\\_indicadores\\_mensais\\_de\\_mercado\\_de\\_trabalho\\_ago22.pdf](https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2022/10/221010_cc_57_nota_2_indicadores_mensais_de_mercado_de_trabalho_ago22.pdf). Acesso em 28 jan. 2022
- HIPÓLITO, Maiza Claudia Vilela et al. Qualidade de vida no trabalho: avaliação de estudos de intervenção. *Revista Brasileira de Enfermagem*, v. 70, n. 1, 2017, p. 189-197. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/reben/a/BxsFXTvZdJjMtv4hdXC5Yx/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 30 jan. 2023.
- MALTA, Deborah Carvalho et al. *O SUS e a Política Nacional de Promoção da Saúde: perspectiva resultados, avanços e desafios em tempos de crise*. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 23, n. 6, p. 1799-1809, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.04782018>. Acesso em: 28 jan. 2023.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Diretrizes Da OMS Para Atividade Física E Comportamento Sedentário*. Genebra: OMS, 2020. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/337001/9789240014886-por.pdf>. Acesso em 13 jan. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Plano De Ação Global Para A Atividade Física 2018-2030 - Versão Síntese*. Genebra: OMS, 2018. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272721/WHO-NMH-PND-18.5-por.pdf>. Acesso em 13 jan. 2023.

PNUD - Programa Das Nações Unidas Para O Desenvolvimento. *Relatório de Desenvolvimento Humano Nacional – Movimento é Vida: atividades físicas e esportivas para todas as pessoas*. Brasília: PNUD, 2017.

PROFISSIONAL de Educação Física na Saúde está na CBO. *Revista Educação Física*, ano XVII, n.º 74, 2020, p. 8-9.

TEIXEIRA, Carmen Fontes. Glossário: termos e expressões mais comuns em política, planejamento, gestão e avaliação de sistemas e serviços de saúde. In: TEIXEIRA, Carmen Fontes (Org). *Planejamento em saúde: conceitos, métodos e experiências*. Salvador: EDUFBA, 2010.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Direito Ambiental Empresarial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

UNIÃO EUROPEIA. *Orientações da UE para a promoção da actividade física*. Bruxelas, União Europeia, 2008. Disponível em: [https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/policy\\_documents/eu-physical-activity-guidelines-2008\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/assets/eac/sport/library/policy_documents/eu-physical-activity-guidelines-2008_pt.pdf). Acesso em 15 jan. 2023.

# MINISTÉRIO DA VERDADE: O PROCESSO PENAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

## Ministry of Truth: criminal procedure as a fundamental right in Brazil

Melissa Segal Mariotti<sup>1305</sup>  
Ana Cristina Augusto Pinheiro<sup>1306</sup>

**Sumário:** 1.Introdução 2. Desenvolvimento 2.1 Estudo das Fake News 2.2 Conflito aparente de Direitos Fundamentais 2.3 Obstáculos à Regulamentação de Fake News 2.4.a) Poder de Polícia do TSE 2.4.b)Ativismo Judicial 2.4.c)Processo Penal como Direito Fundamental

**Resumo:** Após 10 anos, do surgimento das redes sociais que impulsionaram a globalização, já emergente, as *Fake News* surgiram como efeito inevitável da polarização do povo e do fácil meio de compartilhar e receber informações. Implicando numa mobilização dos Estados para conter esse movimento, contudo pela ausência de legislação e efetiva coibição da sua propagação, no Brasil o Poder Judiciário se contrapôs ao próprio Processo Penal ao criar uma Resolução que permite censura de informação que a considere como falsa, de ofício, para fins eleitorais, anterior ao pleito; além de suspender diversas redes sociais e conteúdos jornalísticos, utilizando seu Poder de Polícia. A Ciência Penal é a resposta da sociedade, uma vez que retirou do particular o direito de obter justiça com as próprias mãos, tornando-o crime; portanto, o Estado tomou para si a responsabilidade de agir pelo princípio da Supremacia do Interesse Público, estabelecendo os limites de conduta, cujo descumprimento gerará restrição de outro direito fundamental, não tão relevante como a propriedade do dinheiro ou a sua liberdade de ir e vir.

**Palavras-chave:** Liberdade de Expressão; Processo Penal; Poder de Polícia; Censura;

**Abstract:** Ten years after the emergence of social networks that boosted globalization, already emerging, Fake News emerged as an inevitable effect of the polarization of the people and the easy way to share and receive information. Implicating a mobilization of the States to contain this movement, however due to the absence of legislation and effective curbing of its propagation, in Brazil the Judiciary opposed the Criminal Procedure itself by creating

---

<sup>1305</sup> Graduada do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá em 2021, Pós-graduanda em Direito e Processo Civil em EAD pela Faculdade UNYLEYA e Pós-graduanda em direito lato sensu pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio de Janeiro (FEMPERJ); e-mail: mariottimel@gmail.com.

<sup>1306</sup> Doutoranda e Mestre em Direito, Professora da Universidade Estácio de Sá e UNIGAMA. Possui graduação em Direito pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas (concluído em 1990), especialização em Direito Civil e Processo Civil pela UNESA (concluído em 2004) e mestrado em Direito (Direito do Estado e acesso à Justiça) pela UNESA (concluído em 2000). Atualmente é doutoranda em Direito pela Universidade do Minho, Braga/Portugal. Tem experiência na área do magistério superior e pós-graduação em Direito, com ênfase em Direito Civil (Parte Geral, Reais, Família e Sucessões), Direito do Consumidor em EAD no curso de Marketing. Tutora das disciplinas de Direito de Família na pós EAD. Conteudista e professora da disciplina de Direito do Consumidor e Propriedade Intelectual no MBA de Comunicação e Marketing em Mídias Digitais presencial e EAD e da disciplina Desafios da Família na Contemporaneidade da Pós em Direito Civil e Processo Civil. Mediadora qualificada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Certificada pela Universidade de Harvard no Curso sobre os Direitos Humanos das Crianças em 2019. Formação em Análise Comportamental. Membro do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), do INPPDH (Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos) e do Law and Society Association. Coordenadora da obra Temas Contemporâneos para TCC; ana.pinheiro@acpinheiro.com

a Resolution that allows censorship of information that it considers to be false, ex officio , for electoral purposes, prior to the election; in addition to suspending various social networks and journalistic content, using its Police Power. Criminal Science is society's response, since it has taken away from individuals the right to obtain justice with their own hands, making it a crime; therefore, the State took upon itself the responsibility of acting on the principle of the Supremacy of the Public Interest, establishing the limits of conduct, the non-compliance of which will generate restriction of another fundamental right, not as relevant as the ownership of money or your freedom to come and go .

Keywords: Freedom of Expression; Criminal proceedings; Police Power; Censorship

## 1. Resumo

O presente artigo busca demonstrar se há alguma conduta temerária do Estado Brasileiro em sua tentativa de deter a emissão das Fake News por meio do Poder Judiciário, principalmente, sem regras bem estabelecidas, diante da ausência de legislação própria.

Utilizando-se do método dedutivo por partir dos aspectos gerais a respeito da essência das *Fake News* e direitos fundamentais de liberdade de expressão e do Processo Penal, aos específicos quanto à tentativa atual do Estado em contê-las que pode ir de encontro com processo penal, usando como meio de coleta de dados a pesquisa documental, ao empregar fontes jurisprudenciais; além da pesquisa bibliográfica, ao manusear livros e artigos.

A Carta Magna da República Federativa do Brasil apresenta os Direitos Fundamentais de forma exemplificativa, muitos correspondentes ao Pacto de *San Jose* da Costa Rica, onde foram definidos os Direitos Humanos.

A Ciência Penal é a resposta da sociedade, uma vez que retirou do particular o direito de obter justiça com as próprias mãos, tornando-o crime; portanto, o Estado tomou para si a responsabilidade de agir pelo princípio da Supremacia do Interesse Público, estabelecendo os limites de conduta, cujo descumprimento gerará restrição de outro direito fundamental, não tão relevante como a propriedade do dinheiro ou a sua liberdade de ir e vir.

O Direito Penal é o conjunto de normas e princípios que regulam determinados núcleos do código penal e das leis extravagantes, os quais correspondem aos direitos fundamentais mais relevantes para que se obtenha dignidade da pessoa humana, princípio basilar de modo geral para toda sociedade, -já que é *ultima ratio* para solução dos conflitos.

Assim, sua violação implica em crime ou contravenção penal e por consequência gerará uma sanção, respectivamente, penas e medidas de segurança; entretanto, para ocorrer é necessário haver ciência de que aquele ato é ilícito.

Artigo 5º, inciso XXXIX, CRFB – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

O processo penal é o mecanismo necessário para dar efetividade ao direito penal, sem o qual seria composto por leis mortas, regendo o devido processo legal, mediante o contraditório e ampla defesa nas provas em um processo.

Artigo 5º, LIV, CRFB - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Em um Estado Democrático de Direito o poder emana do povo, direta ou indiretamente, mas não só isso, a livre a manifestação do pensamento, a liberdade de expressão, é típica de uma democracia, embora seja vedado o anonimato, o que permite que autoridades investiguem e punam quem ultrapassar a liberdade de expressão, praticando tipos penais.

Com a globalização, o povo passa a ter acesso amplo a qualquer tipo de informação, permitindo que escolha por si próprio no que acreditar, utilizando-se das redes de computadores, como mecanismo para divulgar e denunciar.

Todavia, em nome da ordem pública é possível suspender uma expressão, distorcida ou mentirosa, sem que ao menos haja previsão de crime? Conter compartilhamento de *Fake News* por meio de uma resolução, ainda que para diante das eleições, forma direta do exercício da cidadania é censura? É cristalina a validade do poder regulamentar do TSE, muito embora é cediço que este substitui a necessidade de uma lei.

## 2. Desenvolvimento

### 2.1) Estudo das Fake News

A palavra "informação" é frequentemente utilizada sem muita consideração pelo seu real significado, já que adquiriu vários outros ao longo do tempo, como fato, opinião, acontecimento, suposição, verdade, mentira, dentre outros, tornando-se qualquer forma de se adquirir um conhecimento, portanto, no principal recurso da sociedade do século XXI.

A melhor tradução de Fake News seria Notícia Fraudulenta, já que depende da intenção de propagar notícia falsa para gerar dano ou busca alguma vantagem.

Segundo Diogo <sup>1307</sup>, “fake News” conceitua-se como a divulgação primária propositadamente de mensagem mentirosa capaz de gerar dano efetivo ou potencial em

---

<sup>1307</sup> RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABBOUD Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coords.). Fake News e Regulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P148. *Apud*

busca de alguma vantagem, sendo essencial a presença de três elementos: a falsidade, o dolo e o dano, não existe fake news decorrente de um “simples erro”.

Há discussão doutrinária de que a liberdade de comunicação e informação são apenas relativas ao direito de imprensa, dado o interesse público, ocorre que muitas vezes as redes sociais são usadas para divulgar informação verdadeira, como uma nova espécie de baliza a inibir situações reiteradas; ou falsa, pois é um risco a ser superado, contudo dá azo a transparência, o leitor pode pesquisar e tirar suas próprias conclusões.

A saber, a mídia emergiu com o mesmo fim das redes sociais, dando voz ao menos favorecidos, sendo um vetor de mudança de posições políticas, embora tenha perdido sua essência ao informar, após ganhar espaço na nova camada social, tornou-se tendenciosa, selecionando criteriosamente o que a massa deve conhecer. A população procura as informações com base em sua posição política, infelizmente - a parcialidade sobrepõe ao jornalismo<sup>1308</sup>.

De acordo com o Código de ética do jornalismo, há um compromisso com a verdade dos fatos, na apuração e na correta divulgação, contudo passou a se manifestar sobre a informação, colocando uma tendência em suas notícias<sup>1309</sup>.

Manifestou-se o ministro Luiz Fux ao relatar o agravo regimental na Reclamação STF nº 28747, no sentido de que<sup>1310</sup>:

Embora seja necessária a apuração da veracidade das informações antes de sua divulgação, a fim de evitar danos a terceiros, nem sempre será possível uma investigação completa antes da publicização do conteúdo tendo em vista a imediatividade contemporânea e a necessidade de celeridade na propagação das notícias para que o assunto não perca sua relevância. Esclareceu, entretanto, que tal circunstância não significa o abandono da verdade, uma vez que a notícia deve ter um arcabouço mínimo, sob pena de responsabilização do autor do conteúdo, e, tampouco, se confunde com as fake news.

Conforme Matthew D’Ancona<sup>1311</sup>, na era da pós-verdade “a questão não é determinar a verdade por meio de um processo de avaliação racional e conclusiva. Você escolhe sua

---

COUTINHO. Bruna Macedo Limeira Lima. “Fake News Na Internet: Existe Um Direito Fundamental À Mentira? Uma Análise Sob A Ótica Do Direito”. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6050/3774>>

<sup>1308</sup> MARIOTTI. Melissa Segal. “Ministério da verdade: o Estado pode conter as famosas ‘fake news’; sem, no entanto, controlar a disseminação do pensamento”. In: PINHEIRO. Ana Christina Augusto. **Temas contemporâneos para TCC, vl. 5.**

<sup>1309</sup> SILVA. Jessica Ellen Paixão. “Do combate às fake news: a regulamentação proibitiva das Notícias Falsas e o Direito a liberdade de expressão” In: PINHEIRO. Ana Christina Augusto. **Temas contemporâneos para TCC, vl. 3.**

<sup>1310</sup> COUTINHO. Bruna Macedo Limeira Lima. “Fake News Na Internet: Existe Um Direito Fundamental À Mentira? Uma Análise Sob A Ótica Do Direito”. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6050/3774>>

<sup>1311</sup> D’ANCONA, Matthew. Pós-verdade. A nova guerra contra os fatos em tempos de fake news. Tradução de Carlos Szlak. São Paulo: Faro editorial, 2018. *Apud* COUTINHO. Bruna M L L. Op. Cit.

própria realidade, como se escolhesse comida de um bufê. Também seleciona sua própria mentira, de modo não menos arbitrário”.

A matéria jornalística perdeu credibilidade na visão popular após o início da globalização, devido, supostamente, a manipulação, a omissão de informações relevantes e a parcialidade, uma vez que cada vez mais se busca fontes de acordo com seu próprio viés político, no primeiro momento possibilitou a “massa” ter acesso pleno a uma gama de informações; porém a criação de filtros bolha, a tornou refém de suas próprias pré-disposições de crenças.

O "filtro bolha" é um conceito usado para intitular algoritmos que direcionam o acesso ao conteúdo baseado no perfil e hábitos do usuário, dando uma impressão de eficiência na busca, mas restringem a maneira de como a pesquisa é realizada, sendo este método muito utilizado pelo website de buscas Google e pela rede social Facebook<sup>1312</sup>. Com isso, é possível sugerir que a influência do filtro bolha leva os usuários a bolhas digitais de informações, as quais tornam crenças acima do fato verdadeiro, evocando o que se chama de período "pós-verdade", diminuindo a realidade atual dos fatos objetivando sustentar ideologias e opiniões próprias<sup>1313</sup>.

O mecanismo proporciona a manipulação por meio das redes sociais por usar atrativos do marketing, de acordo com suas pesquisas e grupo social, combinado com a psicologia para atrair a atenção do leitor para o conteúdo que ele para que ele consuma maior tempo de conteúdo na rede, fechando-se em uma bolha sem perceber.

Por isso, até mesmo suas pesquisas a redes puramente de pesquisas, o algoritmo estuda seu histórico a fim de presumir o que você quer ler, o que intensifica o extremismo.

Além disso, o uso de *bots*, robôs programados para criar e divulgar conteúdos automaticamente, podendo ser classificados como maliciosos quando utilizados com finalidades duvidosas, ou não maliciosos, usados por meio da automatização de tarefas, para melhorar o atendimento e desempenho de empresas, dentre diversas outras funcionalidades.

No caso das fake news, os “bad bots” são um dos responsáveis pela sua propagação. Esses bots são programados para simularem o comportamento humano, fazendo parecer que o conteúdo foi postado por um usuário e não por

---

<sup>1312</sup>MARIOTTI. Melissa Segal. “Ministério da verdade: o Estado pode conter as famosas ‘fake news’; sem, no entanto, controlar a disseminação do pensamento”. In: PINHEIRO. Ana Christina Augusto. **Temas contemporâneos para TCC, vl. 5**. *Apud*. PARISER, 2011. *Apud* LIMA. Pablo AMARAL. Érico Hoff do; CAMARGO. Alex Dias; CIMIRRO, Jean; CONCILIO. Gérson de Munhos. **Fake News - Conceitos, métodos e aplicações de identificação e mitigação**.

<sup>1313</sup>MARIOTTI. Melissa Segal. Op. Cit. *Apud* POUBEL, 2018. *Apud* LIMA. Pablo AMARAL. Érico Hoff do; CAMARGO. Alex Dias; CIMIRRO, Jean; CONCILIO. Gérson de Munhos. *Ibidem*.

um programa computacional. Para tanto, os bots são programados com base nos comportamentos padrões dos usuários de internet<sup>1314</sup>.

As *fake news* podem ser classificadas<sup>1315</sup>, embora nem todo conteúdo, originalmente, foi criado para enganar, bem como a manifestação artística deve ser entendida como crítica social, mas como uma tradução literal, pode causar engano, embora não tenha esse fim.

	Tipo	Descrição
1	Sátira ou paródia	Não quer necessariamente causar mal, mas pode enganar o leitor
2	Falsa Conexão	A chamada da notícia não condiz com conteúdo apresentado
3	Conteúdo Enganoso	Uso mentiroso de uma informação para difamar outro conteúdo ou pessoa
4	Falso Contexto	O conteúdo é verdadeiro, mas é compartilhado com contexto falso
5	Conteúdo Impostor	Quando usa o nome de uma pessoa ou marca, mas afirmações irreais
6	Conteúdo Manipulado	O conteúdo verdadeiro é alterado para enganar o público
7	Conteúdo Fabricado	Informações 100% falsas e construídas para causas mal e espalhar boatos

A disseminação de notícias falsas é tão antiga quanto a própria língua, embora tenha alcançado um nível internacional como resultado da Era da Informação, por meio das redes sociais, que proporcionaram acesso fácil a artifícios provenientes de publicidade, em que por meio de algoritmos passaram diretamente a influenciar na polarização político-eleitoral, manipulando a informação e, padronizando o comportamento popular<sup>1316</sup>.

## 2.2) Conflito aparente de Direitos Fundamentais

De acordo com o dicionário um fato é aquilo que, por estar completo, perfeito ou acabado, não pode ser alterado, ou seja, não está sujeito a algum tipo de análise, em razão de ser concreto, comprovado ou notório. Já, o conceito de verdade ou mentira se confunde com a percepção de realidade do sujeito que a interpreta.

A verdade em sua concepção tradicional é tida como correspondência com a realidade; a narrativa e transmissão dos fatos de forma intencionalmente fidedigna. E a

---

<sup>1314</sup> COUTINHO. Bruna Macedo Limeira Lima. “Fake News Na Internet: Existe Um Direito Fundamental À Mentira? Uma Análise Sob A Ótica Do Direito”. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6050/3774>>

<sup>1315</sup> WARDLE, 2017. *Apud* LIMA. Pablo AMARAL. Érico Hoff do; CAMARGO. Alex Dias; CIMIRRO, Jean; CONCILIO. Gérson de Munhos. **Fake News - Conceitos, métodos e aplicações de identificação e mitigação**. p.3

<sup>1316</sup> MARIOTTI. Melissa Segal. “Ministério da verdade: o Estado pode conter as famosas ‘fake news’; sem, no entanto, controlar a disseminação do pensamento”. In: PINHEIRO. Ana Christina Augusto. **Temas contemporâneos para TCC**, vl. 5.

mentira não decorre de um erro, engano ou equívoco, mas sim de um ato intencional de falsear a verdade.

De acordo com Diogo Rais, a mentira praticada de forma isolada não é motivo de preocupação para o direito, mas sim aquela que gere dano efetivo ou em potencial, bem como com dolo ou culpa daquele que praticou o ato<sup>1317</sup>.

O fenômeno da globalização alterou esses critérios, uma vez

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição<sup>1318</sup>.

O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas<sup>1319</sup>.

### 2.3) Obstáculos à regulação das Fake News

Artigo 220 da Carta Maior - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer RESTRIÇÃO, observado o disposto nesta Constituição.

Nesse sentido estabelece que a liberdade de expressão não deve estar sujeita à censura, mas à responsabilidade ulterior, no entanto, o anonimato prejudica a identificação e consequente responsabilização do infrator, razão pela qual é vedado.

Seria viável a identificação do usuário de internet por meio do endereço de IP?

Sobre a questão, Caroline Teófilo da Silva<sup>1320</sup> afirma que é possível, em que pese a sensação de anonimato na rede, é possível identificar o usuário, pois para que qualquer usuário consiga ter acesso à rede é necessário que haja a prévia conexão a um provedor de acesso à Internet, que atribuirá a este usuário um número de

---

<sup>1317</sup> RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. In: ABOUD Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coords.). Fake News e Regulação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P148. *Apud* COUTINHO. Bruna Macedo Limeira Lima. “Fake News Na Internet: Existe Um Direito Fundamental À Mentira? Uma Análise Sob A Ótica Do Direito”. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6050/3774>>

<sup>1318</sup> MS 23.452, Rel. Min Celso de Melo, DJ 12/05/00.

<sup>1319</sup> HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19/03/00

<sup>1320</sup> JUSTIFICANDO. Especialista em direito digital explica relações de usuários em redes sociais. 2014. Disponível em: <[503 Backend fetch failed \(justificando.com\)](https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6050/3774)> *Apud* COUTINHO. Bruna Macedo Limeira Lima. “Fake News Na Internet: Existe Um Direito Fundamental À Mentira? Uma Análise Sob A Ótica Do Direito”. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6050/3774>>

endereço de IP (Internet Protocol) exclusivo e servirá para identificar o dispositivo que está ligado à rede durante toda a sua conexão.

Ocorre que, embora por meio do Internet Protocol (IP) seja possível identificar a origem do acesso do usuário, a partir dos dados cadastrais do contratante do serviço, nem sempre este será o usuário do serviço, uma vez que há empresas que fornecem não só internet, como também os meios eletrônicos para seu acesso, conhecidas como lan houses, o que já dificulta a identificação do usuário.

Além disso, há alguns meios para se mascarar o IP, como a técnica de spoofing, elucidada por João Pedro Fachana Cardoso Moreira da Costa<sup>1321</sup>, há várias formas de evitar que o IP que um determinado computador seja conhecido, spoofing consiste em uma técnica a qual há apropriação de determinados elementos informáticos alheios, com o intuito de evitar a localização real do computador, desencadeado mediante o registro de um nome de domínio muito semelhante ao de um site pré-existente, para que passe despercebido, para que o utilizador nesse site falso lhe forneça elementos pessoais, como, o endereço de IP. Em suma, é alterado o IP de origem do sujeito que pratica o spoofing, mantendo, na aparência, a mesma sequência numérica do IP terceiro que foi apropriado, de forma a poder ser utilizado para entrar em servidores restritos ou, então, para praticar atos ilícitos, colocando as “culpas” em terceiros.

Superada essa questão qualquer notícia que prejudique pode ser suspensa por ter aparência de fake news? Para não prejudicar? E se verificada sua veracidade, confronta-se o direito a imagem e a honra, ao direito dos seus interessados a obter informação que o impacta diretamente, a exemplo da má qualidade do material oferecido por uma empresa; o teste de produtos em animais; a cobrança indevida e embutida na nota de consumidores...

Se a mera divulgação de Fake News fosse considerado crime, seria considerado uma norma penal em branco, uma vez que mesmo que fosse definido seu significado e a conduta dolosa, sabe ser falso, ou culposa, não verificar as fontes, como verificar a credibilidade das fontes, visto que a cada momento é um fato novo, haveria a possibilidade de ser encoberto e a subjetividade da conduta – é impossível controle de pensamentos.

---

<sup>1321</sup> COSTA, João Pedro Fachana Cardoso Moreira da. A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na internet. Tese de mestrado – Faculdade de Direito, Universidade do Porto *Apud* COUTINHO. Bruna Macedo Limeira Lima. “Fake News Na Internet: Existe Um Direito Fundamental À Mentira? Uma Análise Sob A Ótica Do Direito”. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6050/3774>>

Há inúmeras tentativas nacionais e internacionais de conter a propagação das *Fake News*, contudo deve-se ter cautela para não instar a liberdade de expressão ao passo que dar poder ao governo de controlar as notícias, pode significar a promoção de uma verdadeira “caça às bruxas”, em que todas as informações passam a ter necessidade da chancela, e as que desagradem receberiam o rótulo de “*Fake News*”<sup>1322</sup>.

Será que a vontade do legislador era primar pela verdade?

No Código Civil, o artigo 167, §1º, II prevê a nulidade do negócio jurídico que contiver declaração não verdadeira, bem como o artigo 1247, ao disciplinar a aquisição de propriedade imóvel, traz a possibilidade de retificação ou anulação do registro que não exprimir a verdade. E, também, o artigo 1735, IV que impossibilita o exercício da tutela àqueles que tenham sido condenados pelo crime de falsidade, independente do cumprimento da pena.

No âmbito do Processo Penal também demonstram a busca pela prevalência da verdade. Ao estabelecer falsidade como crime, a exemplo da venda de mercadoria falsificada (art.175, I), da falsidade documental (art. 296 e seguintes), do falso testemunho e da falsa perícia (art. 342 e 343).

Para Carlos Roberto Ibanez Castro, o conceito de verdade, apesar de não ser um conceito próprio das ciências jurídicas, é juridicamente relevante uma vez que a busca da verdade sempre foi objeto do direito e encontra-se previsto em vários diplomas legais. Nesse sentido, afirma que “efetivamente, não se pode afastar a ideia de que o edifício jurídico brasileiro está fundado na busca pela verdade”<sup>1323</sup>.

Se, o direito acata como máxima a verdade, o crime de difamação deveria também ser, apenas, para situações sabidamente falsas, como um credor, de alguém que não tem bens próprios ou desprotegidos da lei, como bens de família, pode compelir-lhe a pagar senão pela má-fama – visto que nada lhe adianta ter uma decisão que não é cumprida.

Segundo Greco<sup>1324</sup>, tão somente deve ser exigida a imputação do fato ofensivo à reputação da vítima, , não se discute se tal fato é ou não verdadeiro, o que se quer proteger é que seja maculada a imagem da vítima no meio social de forma objetiva.

---

<sup>1322</sup> MARIOTTI, Melissa Segal. “Ministério da verdade: o Estado pode conter as famosas ‘fake news’; sem, no entanto, controlar a disseminação do pensamento”. In: PINHEIRO, Ana Christina Augusto. **Temas contemporâneos para TCC, vl. 5.**

<sup>1323</sup> CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. O direito fundamental à verdade: divulgação e acesso à informação. *Apud* COUTINHO, Bruna Macedo Limeira Lima. “Fake News Na Internet: Existe Um Direito Fundamental À Mentira? Uma Análise Sob A Ótica Do Direito”. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6050/3774>>

<sup>1324</sup> GRECO, Rogério. “Curso de Direito Penal” vl.2, 15ª Edição, Ec. Impetus.

## 2.4) Tratamento Jurídico das Fake News

O processo penal é derivado do direito fundamental ao devido processo legal, onde define direitos para que haja um processo justo, com a lei em vigor a época do cometimento do crime, apesar disso pode ser entendido como direito uma vez que prevê todos os regramentos a serem seguidos, inclusive o direito de ser julgado, quando se considera inocente.

### 2.4.a) Poder de Polícia do TSE

No direito eleitoral, fontes primárias são aquelas que extraem a sua força normativa diretamente do texto constitucional, portanto, estão aptas a inovar no ordenamento jurídico (criando deveres e obrigações para os particulares e Administração Pública), mais precisamente a lei ordinária e a lei complementar contidas no art. 59 da CF/1988.

De outro lado, fontes secundárias têm por finalidade apenas interpretar e explicar a legislação eleitoral, permitindo, assim, a sua eficaz aplicação ao caso em concreto, ou seja, não podem criar deveres e obrigações para os agentes do processo eleitoral, pois essa é uma incumbência das fontes primárias, a jurisprudência e as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que são editadas com fundamento no artigo 105 da Lei 9.504/1997<sup>1325</sup>.

Art. 105. Até o dia 5 de março do ano da eleição, o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, poderá expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos. (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 3º Serão aplicáveis ao pleito eleitoral imediatamente seguinte apenas as resoluções publicadas até a data referida no caput. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

A entendimento que as resoluções expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral podem ser consideradas fontes primárias, dependendo da matéria que abordam. Se a resolução foi editada exclusivamente para explicar o texto da lei eleitoral (com fundamento no art. 105 da Lei 9.504/1997), deve ser considerada fonte secundária.

Porém, se foi editada com a finalidade de substituir o texto da lei, a exemplo da Resolução TSE 22.610/2007, que trata da ação judicial de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, considerar-se-á fonte primária.

---

<sup>1325</sup> Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm)>

Coube ao Tribunal Superior Eleitoral, por determinação do Supremo Tribunal Federal, regulamentar a perda de mandato por infidelidade partidária, o que ocorreu por meio da Resolução nº 22.610/2007, de 25 de outubro de 2007. Em princípio, caberia à Corte eleitoral apenas dispor sobre a perda de cargos eletivos por infidelidade partidária no sistema proporcional, nos moldes da decisão proferida pelo STF. Ocorre que a elaboração da resolução foi antecedida de outro julgamento que acabou influenciando decisivamente na conformação do seu texto final. Trata-se de Consulta formulada perante o Tribunal Superior Eleitoral (nº 1.407/2007), em que se questionava se a mesma linha de entendimento era aplicável ao sistema majoritário<sup>1326</sup>.

O Poder de Polícia é uma outorga da lei para a garantia da Supremacia do interesse público, destinada aos funcionários públicos no exercício de sua função que será usada com cautela, se necessário com o uso da força, podendo suprimir, reduzir ou requisitar temporariamente direitos privados em prol do coletivo de forma preventiva ou repressiva.

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

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

O Princípio da liberdade de propaganda política estabelecido no artigo 248 do Código Eleitoral Brasileiro dispõe que “ninguém poderá impedir a propaganda eleitoral, nem inutilizar, alterar ou perturbar os meios lícitos nela empregados”. Desse modo, também não há qualquer tipo de censura prévia em relação aos atos de propaganda eleitoral.

Diante desse cenário, pode-se afirmar que os partidos políticos, candidatos e coligações são livres para criar e divulgar propaganda eleitoral sendo desnecessário, submeter o respectivo conteúdo à análise prévia da Justiça Eleitoral. Entretanto, caso a divulgação de propaganda eleitoral cause danos a terceiros, tanto de natureza moral quanto material, o autor será devidamente responsabilizado.

A crise política, econômica e social tem posto à prova o funcionamento das instituições. Nesse cenário, será que é possível admitir que há milícias digitais que utilizam as

---

<sup>1326</sup> ROMANO, Rogério Tadeu. A infidelidade partidária e a perda do mandato eleitoral. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6439, 16 fev. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88437>

fake news para envenenar a política com ódio, medo e mentira , quando não há crime para a propagação das Fake News?

Segundo o Ministro Luiz Fux<sup>1327</sup>, a desinformação divulgada em larga escala está pode desafiar todas as nações democráticas e tem impacto no processo eleitoral, entretanto não podemos usar essa luta da desinformação para limitar o direito de liberdade de imprensa. As pessoas têm o direito de falar, como cidadãos, como participantes de sociedades democráticas. Nós temos o direito de nos expressar, mas não com desinformação. Ao contrário, temos que empoderar uma mídia livre como sendo um dos pilares na luta contra a desinformação. As fake news maculam esse processo de escolha através da falta de lisura informacional. Então, na verdade, as fake news, elas atentam contra o princípio constitucional da soberania popular, contra o princípio democrático, contra o princípio da moralidade das eleições

Nesse sentido estabelece que a liberdade de expressão não deve estar sujeita à censura, mas à responsabilidade ulterior, no entanto, o anonimato prejudica a identificação e consequente responsabilização do infrator, razão pela qual é vedado.

A Ministra Claudia Gintersdorfer<sup>1328</sup>, afirma que notícias falsas são rápidas demais e nenhuma autoridade de censura seria capaz de lidar com esse fenômeno, mas, sobretudo, a censura é uma coisa que nós deixamos no passado da história da União Europeia. E as nossas democracias são fortes também porque nos livramos dela. E, se houver a necessidade de expor as falsidades e as falácias, o remédio é aplicar mais liberdade de expressão e não impor o silêncio.

### 2.3.b) Ativismo Judicial

Segundo Icardo Gutiérrez, de acordo com os jornalistas, o risco real não é necessariamente a fake news, mas o poder crescente das mídias sociais como fornecedores de notícias, seguido de perto pelos desafios de redução do staff e dos recursos humanos na mídia tradicional, já que alguns políticos estão simplesmente usando sob pretexto o conceito de fake news não para atacar a real desinformação, mas para enfraquecer os jornalistas.

A Comissão Europeia decidiu estabelecer um grupo de alto nível de especialistas sobre desinformação envolvendo plataformas online, comunicadores, pessoal especializado em propaganda e marketing, editores, jornalistas, acadêmicos, e eu faço parte desse grupo e, às vezes, temos discussões muito acaloradas sobre isso, mas todos concordamos com a abordagem multidimensional baseada em cinco pilares principais: primeiro, mais transparência das plataformas online, mais transparência sobre os algoritmos; segundo, alfabetização midiática para todos, para jovens e adultos; terceiro, empoderarmos os cidadãos, os usuários, os jornalistas para lidarem com a desinformação; quarto, salvuardarmos a

---

<sup>1327</sup> Disponível em < <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/livro-fake%20news-miolo-web.pdf>>

<sup>1328</sup> Disponível em < <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/livro-fake%20news-miolo-web.pdf>>

diversidade e a sustentabilidade do ecossistema midiático europeu; quinto, promovermos pesquisas acadêmicas sobre a desinformação<sup>1329</sup>.

No Brasil, seria o ideal para amparar a supressão de informações com título de fake news e o combate a desinformação, contudo não deve ser usada de forma nenhuma como mecanismo de punir, criando um verdadeiro Ministério da Verdade como no Livro 1984 de George Orwell.

O relativismo filosófico tratado no Livro 1984, demonstra que pessoas não podiam se voltar contra as notícias falsas recontadas pelo Estado, por não haver uma verdade histórica com a qual compará-las. Da mesma forma, se a informação puder ser censurada, com sigilo para verificar que, realmente, tratava-se de uma Fake News, cada vez mais se afastará da verdade<sup>1330</sup>.

O Artigo 220 é cristalino ao vedar qualquer tipo de restrição a **informação, sob qualquer forma, processo ou veículo**, assim a liberdade de expressão não deve estar sujeita à censura, mas à responsabilidade ulterior, ou seja, não se combate desinformação com censura, todavia com mais informação, responsabilidade e educação.

Não cabe ao Estado que é a soma de seus agentes, órgãos e entes ter o controle da Verdade, mesmo quanto às Fake News, já que o poder de polícia poderia instar a liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito.

#### 2.4.c) O Processo Penal como Direito Fundamental

**Art. 323.** Divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, *atos que sabe inverídicos* em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado (*Caput* com redação dada pelo art. 4º da Lei nº 14.192/2021).

**Pena** – detenção de dois meses a um ano ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Ac.-TSE, de 25.6.2015, no AgR-RMS nº 10404: o tipo penal indicado não exige que os *atos* tenham potencial para definir a eleição, bastando que sejam “capazes de exercerem influência perante o eleitorado”.

Ac.-TSE, de 15.10.2009, no AgR-REspe nº 35977: necessidade de que os textos imputados como inverídicos sejam fruto de matéria paga para tipificação do delito previsto neste dispositivo<sup>1331</sup>.

---

<sup>1329</sup> Disponível em < <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/livro-fake%20news-miolo-web.pdf>>

<sup>1330</sup> MARIOTTI, Melissa Segal. “Ministério da verdade: o Estado pode conter as famosas ‘fake news’; sem, no entanto, controlar a disseminação do pensamento”. In: PINHEIRO, Ana Christina Augusto. **Temas contemporâneos para TCC, vl. 5**.

<sup>1331</sup> Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>>

Assim, o TSE o fez na Resolução N° 23.714, De 20 De Outubro De 2022, permitindo que após, a divulgação de uma notícia que “sabidamente inverídicos” ou descontextualizados, atinjam a integridade do processo e, aqueles que sejam de igual conteúdo sob pena de multa das Redes Sociais, inclusive pode implicar na suspensão temporária do perfil que a divulgar.

Art. 2º É vedada, nos termos do Código Eleitoral, a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos.

Art. 3º A Presidência do Tribunal Superior Eleitoral poderá determinar a extensão de decisão colegiada proferida pelo Plenário do Tribunal sobre desinformação, para outras situações com idênticos conteúdos, sob pena de aplicação da multa prevista no art. 2º, inclusive nos casos de sucessivas replicações pelo provedor de conteúdo ou de aplicações<sup>1332</sup>.

Nenhum direito fundamental é absoluto, no entanto, é possível censura prévia para coibir desinformação em massa diante da iminente distorção que possa interferir na mudança de um governo de um país? Em um processo legal, a parte ofendida prova que trata-se de uma notícia falsa e então uma decisão tem o condão de suprimi-la com o direito de resposta.

A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. “Futurologia” não pode ser usada para suspender conteúdo falso. Segundo TORNAGHI, aprendemos que: “A lei do processo é o prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias individuais”.<sup>1333</sup>

Dar exigência a motivação no recebimento da denúncia é a garantia entre a eficiência da sanção e o respeito para com os direitos fundamentais, sendo todo este equilíbrio um permear constante dentro de um processo penal democrático.

Sobre o tema da sanção de nulidade face ao desrespeito a garantia constitucional da motivação, o mestre das Arcadas ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO encerra o assunto: “Cabe agora examinar a consequência processual do não-atendimento dos mencionados requisitos do discurso justificativo judicial. A tarefa, nesse ponto, é sensivelmente facilitada pela clareza do texto constitucional: “Todos os julgamentos dos

---

<sup>1332</sup> Disponível em < <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>>

<sup>1333</sup> Tornaghi, Hélio. “Manual Compacto de Direito”, Forense, 1980,p.75.

órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade' (art. 93, IX, CRFB)."

### 3. Conclusão

É admissível que é uma inovação fundamental e, portanto, necessária para o enfrentamento da desinformação de forma específica a associação ou organização criminosa que tenta buscar o caos, por meio da criação ou deturpação de conteúdo para suprimir a paz pública e provocar movimentos sociais, como a destituição do próprio estado e em searas econômica, política e empresarial.

Segundo Ministra Rosa Weber<sup>1334</sup>, cumpre a nós, contudo, estudá-lo, compreendê-lo e acompanhá-lo, para que seja possível ao menos minimizar a sua esfera de influência na salvaguarda da lisura do exercício do bem maior, que é a nossa democracia.”

Notícias falsas podem levar a desordem social, devendo ser coibidas na exata medida da lei, claramente estabelecidas, sob pena da censura, tornar qualquer informação divergente suscetível ser tida como *Fake News*.

Ao Poder Judiciário, por sua ampla capacidade técnica cabe discussões científicas sobre o tema, dando ideias para que seja possível a implementação de Lei.

Deve-se ter cautela, já que sensibilidade do tema e o interesse público, ninguém pode ser culpado por se enganar, ainda mais quando tratam-se de consumidores das redes sociais que manipulam seus pensamentos.

Contudo, não se pode olvidar, que a liberdade de expressão é típica da democracia e compete ao Estado estabelecer artifícios para a população acreditar na verdade, divulgando a larga escala, pois se combate desinformação com mais informação e educação a longo prazo.

**“Conhecereis a verdade e a verdade vos libertará” Jo 8:32**

### Referências Bibliográficas

COUTINHO. Bruna Macedo Limeira Lima. “Fake News Na Internet: Existe Um Direito Fundamental À Mentira? Uma Análise Sob A Ótica Do Direito”. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6050/3774>>

Disponível em < <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/livro-fake%20news-miolo-web.pdf>>

---

<sup>1334</sup> Disponível em < <https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/livro-fake%20news-miolo-web.pdf>>

Disponível em < <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>>

Disponível em < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19504.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19504.htm)>

Disponível em < <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2022/resolucao-no-23-714-de-20-de-outubro-de-2022>>

GRECO, Rogério. “Curso de Direito Penal” vl.2, 15ª Edição, Ec. Impetus.

MARIOTTI, Melissa Segal. “Ministério da verdade: o Estado pode conter as famosas ‘fake news’; sem, no entanto, controlar a disseminação do pensamento”. In: PINHEIRO, Ana Christina Augusto. **Temas contemporâneos para TCC, vl. 5.**

ROMANO, Rogério Tadeu. A infidelidade partidária e a perda do mandato eleitoral. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6439, 16 fev. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88437>

SILVA, Jessica Ellen Paixão. “Do combate às fake news: a regulamentação proibitiva das Notícias Falsas e o Direito a liberdade de expressão” In: PINHEIRO, Ana Christina Augusto. **Temas contemporâneos para TCC, vl. 3.**

Tornaghi, Hélio. “Manual Compacto de Direito”, Forense, 1980,p.75.

# MAPEAMENTO DAS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO NA UNIÃO EUROPEIA

## Mapping of labor law sources in the European Union

Miriam Olivia Knopik Ferraz<sup>1335</sup>

Camilla Martins dos Santos Benevides<sup>1336</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Competência da UE e competência dos Estados Membros; 3. Normas sobre Direito do Trabalho e o princípio de subsidiariedade; 4. A relação entre as fontes do direito do trabalho e a jurisprudência da Corte de Justiça Europeia; 5. Conclusão;

**Resumo:** O processo de globalização permite o compartilhamento de informações, mas por outro lado, torna os países cada vez mais interdependentes, através do comércio, das migrações e dos fluxos de capital. Esta perspectiva foi um dos fundamentos da criação da União Europeia (EU), sendo estabelecido no Tratado de instituição (Tratado de Maastricht) a livre circulação de pessoas, capitais e mercadorias entre os seus membros, possibilitando desta forma a livre competição entre os países. Embora não tenha havido a criação de um *standard* social unificado, verificou-se que a concorrência é condicionada, em boa parte, no custo da mão-obra, razão pela qual Estados-membros que aplicam normas protetivas inferiores acabam prevalecendo sobre os Estados com normas sociais mais evoluídas. Desta forma, buscando proteger um de seus objetivos principais, qual seja a concorrência, a União Europeia estabeleceu Tratados e Diretivas, com o intuito de aproximar as legislações sociais dos estados membros. Este trabalho tem como objetivo geral mapear as fontes de direito do trabalho em nível Europeu, bem como analisar a evolução das normas sociais de caráter supranacional, além de verificar o papel da Corte de Justiça Europeia no desenvolvimento do direito do trabalho comunitário. O problema de pesquisa se consolida em identificar as fontes de direito do trabalho no Âmbito da União Europeia (EU), considerando que a ausência de um *standard* social, ao menos em caráter mínimo, entre os Estados-membros, além de dificultar a realização do objetivo da livre competição entre os países, pode ocasionar em situações de *dumping social*, com a contratação de trabalhadores ou a transferência de parte da unidade produtiva, para países europeus com legislação social inferior. Tal situação impacta diretamente na vida de milhares de trabalhadores europeus, o que justifica a escolha deste tema. Como resultados, realizou-se o levantamento preliminar das fontes de direito no âmbito Europeu: O Tratado da União Europeia (TUE), o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os protocolos; A Carta dos Direitos Fundamentais da União

---

<sup>1335</sup> 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 Intermacional 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 & Bertoncini Sociedade de Advogados. E-mail: [m.okf@hotmail.com](mailto:m.okf@hotmail.com); Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4312339156293623>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3350-5502>

<sup>1336</sup> Advogada no Brasil e em Portugal. Doutoranda em Direito em regime de cotutela na Università degli Studi di Roma “La Sapienza” e Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas e Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela PUC/PR; e-mail: [camilla.benevides1@gmail.com](mailto:camilla.benevides1@gmail.com); Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3401867899420519>; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6951-1122>.

Europeia; O Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom); Acordos internacionais no âmbito da União Europeia; Princípios gerais do direito da União. Ainda, avançou-se para a Corte de Justiça Europeia que teve um papel crucial no desenvolvimento do direito comunitário do trabalho, de modo a permitir que este último seja considerado um direito jurisprudencial. Quanto aos aspectos metodológicos, o presente estudo será elaborado por meio da metodologia lógico-dedutivo, através da revisão legislativa e bibliográfica dos países da UE, além da análise jurisprudencial da Corte de Justiça Europeia, com a utilização de critérios qualitativos.

**Palavras-chave:** fontes de direito do trabalho; direito comunitário europeu; direito do trabalho europeu; união europeia

## 1. Introdução

O fenômeno da Globalização é atual e impõe reflexos cada vez maiores para a sociedade ao longo do globo. As relações de trabalho acompanham essa tendência há muito por meio do fenômeno da migração e cada vez mais por meio das tecnologias de comunicações e informações e a possibilidade do trabalho remoto. O objetivo desta pesquisa é realizar o Mapeamento das fontes do Direito do trabalho na União Europeia, para compreender a base legal que fundamenta justamente essas relações de trabalho atuais.

Diante disso, por meio da metodologia lógico-dedutivo lastreado pela revisão documental e bibliográfica, subdividiu-se a pesquisa em três eixos: primeiramente o estudo dos instrumentos internacionais basilares da União Europeia, para então a compreensão dos eixos referentes a competência da UE e competência dos Estados Membros. O segundo eixo da pesquisa busca verticalizar o estudo para o mapeamento das normas sobre Direito do Trabalho e o princípio de subsidiariedade, demonstrado de forma aprofundada e decorrente do Tratado de Lisboa.

Para, por fim, estabelecer-se a relação entre as fontes do direito do trabalho e a jurisprudência da Corte de Justiça Europeia. Todos os eixos estão pautados nos objetivos fundantes da união europeia de proteção da concorrência, sendo que o fator social é um elemento que demanda atenção. O desenvolvimento do direito comunitário Europeu transpassará pelo estudo de suas fontes legais, por meio de tratados, protocolos e acordos, para então, avançar por meio da atuação judiciária.

## 2. Competência da UE e competência dos Estados Membros

O Sistema de competências das União Europeia tem por objetivo a atuação de forma conjunta e, em alguns casos, paralela entre os Estados-Membros e a própria União, buscando

“garantir a melhor simbiose entre eles e atingir, na maior extensão possível, os objetivos de desenvolvimento comuns”.<sup>1337</sup>

A primeira iniciativa se deu por meio do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço em 1951, com o objetivo de supervisionar o mercado, respeitar regras de concorrência e assegurar a transparência de preços.<sup>1338</sup>

O Tratado de Roma de 1957 estabeleceu a Comunidade Econômica Europeia e previa um sistema de divisão de competências entre as Comunidade e os Estados-membros.<sup>1339</sup> Neste mesmo sentido o Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom) também de 1957 e assinado em Roma e traz importantes definições sobre as competências do Tribunal de Justiça Europeu.<sup>1340</sup>

As bases da União Europeia advêm do Tratado de Maastricht<sup>1341</sup> que é considerado o primeiro ato de natureza constitucional<sup>1342</sup>, que entrou em vigor em 1993 e possuía três pilares: O primeiro: a Comunidade do Carvão e do Aço, a Comunidade Econômica Europeia e a Comunidade Europeia de Energia Atômica; o segundo tratava sobre a política externa e se segurança comum; o terceiro se referia a cooperação policial e judiciária em matéria penal.<sup>1343</sup>

Essa estrutura permaneceu com algumas alterações decorrentes do Tratado de Amsterdam (1999) e o Tratado de Nice (2001) e por fim, com alterações substanciais por

---

<sup>1337</sup> FREITAS, Raul Rietmann. **A não atribuição de responsabilidade exclusiva à União Europeia por atos praticados por Estados-membros no âmbito de acordos de investimento estrangeiro.** 127 f. Dissertação de Mestrado Programa de Pós-graduação de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Profa. Dra. Aline Beltrame de Moura. 2021.

<sup>1338</sup> PARLAMENTO EUROPEU. Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Tratado CECA).1952. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0022>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

<sup>1339</sup> SOARES, António Goucha. A divisão de competências entre a União Europeia e os Estados-membros. **Relações Internacionais** Março, 2004, pp. 55-68.

<sup>1340</sup> PARLAMENTO EUROPEU. Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica. 1957. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012A/TXT>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

<sup>1341</sup> PARLAMENTO EUROPEU. **Tratado de Maastricht. 1993.** Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

<sup>1342</sup> SOARES, António Goucha. A divisão de competências entre a União Europeia e os Estados-membros. **Relações Internacionais** Março, 2004, pp. 55-68.

<sup>1343</sup> CRAIG, Paul; BURCA, Grainné de. **EU Law: text, cases and materials.** 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011. p.13; MOURA, Aline Beltrame de. Organizações internacionais de natureza supranacional e intergovernamental: o caráter híbrido da união europeia e a intergovernamentalidade do mercosul. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (org). **Organizações internacionais e seus dilemas formais e informais.** Ijuí: Unijuí, 2012. p. 292-293.

meio do Tratado de Lisboa (2009)<sup>1344</sup> que inclusive alterou o Tratado da Comunidade Europeia para Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

É justamente o Tratado de Lisboa que estabelece os limites da competência da União Europeia em seu arts. 3º-A e 3º-B, o que é objeto desta parte inicial do artigo vez que é a delegação da competência uma das fontes de legitimidade para a ação da União Europeia, sendo uma delimitação da influência comunitária.<sup>1345</sup>

Há quatro modalidades de competência na União Europeia<sup>1346</sup>: a competência exclusiva; a competência compartilhada; a competência para apoiar, coordenar ou complementar a ação dos Estados-membros e a Competência para definir orientações em que os Estados-membros deverão coordenar suas atividades.

A competência exclusiva, definida no art. 3º do TFUE, se refere aos seguintes pontos: união aduaneira, estabelecimento de regras de concorrência para o funcionamento do mercado interno, política monetária baseada no Euro, conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas, política comercial comum celebração de acordos internacionais.

A competência compartilhada está prevista no art. 4º do TFUE se refere aos seguintes pontos: mercado interno; política social (no que se refere aos aspectos definidos no TFUE); coesão econômica, social e territorial; agricultura e pesca (com exceção da conservação de recursos biológicos do mar); ambiente; defesa dos consumidores; transportes redes transeuropeias; energia; espaço de liberdade, segurança e justiça; problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública (no que se refere aos aspetos definidos no TFUE); investigação, desenvolvimento tecnológico e espaço; cooperação para o desenvolvimento e ajuda humanitária.

A competência para apoiar, coordenar ou complementar a ação dos Estados-Membros está prevista no art. 6º e se refere aos seguintes pontos: proteção e melhoria da saúde humana; indústria; cultura; turismo; educação, formação profissional, juventude e desporto; proteção civil; cooperação administrativa.

---

<sup>1344</sup> PARLAMENTO EUROPEU. Tratado de Lisboa. 2009. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-lisbon>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

<sup>1345</sup> VICENTE, Paulo Carvalho. **Estados-membros e integração europeia**: uma complexa relação política. Observare. Universidade Autónoma de Lisboa, 2014, pp. 74-75.

<sup>1346</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Como funciona**. S.d. Disponível em: < [https://europa.eu/citizens-initiative/how-it-works\\_pt](https://europa.eu/citizens-initiative/how-it-works_pt)>. Acesso em 20 de abril de 2023.

Por fim, a competência para definir as orientações para os Estados-Membros coordenares suas políticas está prevista no art. 5º do TFUE e propõe a abordagem dos seguintes temas: política económica; emprego e políticas sociais.

Com relação a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia instituída em 2000 firma o compromisso de valorização e respeito aos Direitos Humanos estabelecendo um parâmetro comum entre os Países-Membros. Este instrumento deixa claro no art. 5º 2- que não irá ampliar as competências da União: “A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados.”<sup>1347</sup>

Destaca-se os três princípios basilares do Tratado de Lisboa que se referem a competência: o princípio da atribuição, no sentido de que as competências que não são atribuídas à União pertencem aos Estados (art.3º A, nº 1); o princípio da subsidiariedade, no sentido de que não dispendo de competência exclusiva sobre determinada matéria deverá ela intervir somente quando os objetivos não puderem ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros (art. 3º B, nº3) ; e o princípio da proporcionalidade, sendo as ações da União sempre voltadas a não exceder o necessário (art. 3º B, nº4).

Dessa forma, diante de todos os instrumentos analisados é possível observar que as competências da União Europeia foram sendo desenhadas para ora serem exclusivas, ora serem concorrentes e ora subsidiárias. Com essas estipulações nos instrumentos internacionais é necessário aprofundar a temática da competência para o eixo de pesquisa desse artigo: as relações de trabalho.

### **3. Normas sobre Direito do Trabalho e o princípio de subsidiariedade**

Conforme mencionado no item anterior, as competências da União Europeia (UE) se dividem em exclusivas e concorrentes, sendo nesta última prevista a questão relativa aos direitos sociais, nos quais está incluído o direito do trabalho. Ao contrário do ocorrido com as regras de índole econômica, as regras sociais encontram dificuldade de desenvolvimento em nível europeu, já que as “Comunidades Europeias não pretenderam – como a UE

---

<sup>1347</sup> PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. 2000. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em 20 de abril de 202.

continua, aliás a não pretender – a uniformização dos sistemas sociais, mas apenas a sua harmonização mínima.”<sup>1348</sup>

Para a análise das competências da UE deve ser observado o princípio da subsidiariedade, que foi formalmente consagrado no artigo 5.º, n.º 3, do Tratado da União Europeia (TUE), assinado em 1992, sendo incluído uma referência ao princípio no Tratado que institui a Comunidade Europeia (TCE). Importante observar, no entanto, que o Ato Único Europeu, assinado em 1986, já previa a observância do critério da subsidiariedade nas questões relacionadas ao meio ambiente<sup>1349</sup>, sem, no entanto, o designar expressamente<sup>1350</sup>.

O art. 5.º, n.º 3, do (TUE) estabelece, em outras palavras, que em virtude do princípio da subsidiariedade, a UE poderá intervir nas matérias que não são de sua competência exclusiva, apenas se e na medida em que os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros. A partir desta definição se verifica que a competência da UE não parte de “indicações de matérias específicas, mas de um âmbito de aplicação que se determina somente em termos funcionais, com possibilidade de variação no tempo e com direta relação com o progresso da integração europeia”<sup>1351</sup>.

O princípio mencionado apresenta desdobramentos inclusive na relação entre o direito do trabalho e o direito da União Europeia. As controvérsias sobre a aplicação deste princípio em relação aos problemas de dimensão social na integração europeia ainda não foi alvo de análise profunda e clara pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Contudo, um aspecto importante sobre a interpretação de tal princípio nas relações trabalhistas é verificado a partir da interpretação formulada pela Corte Europeia no

---

<sup>1348</sup> RAMALHO, **Maria do Rosário Palma**. **Direito Social na União Europeia**. Almedina: Coimbra, 2009, p. 31

<sup>1349</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Ato Único Europeu. Art. 130 – R, itens 4 e 5. 1896**. EUR-LEX Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT>>. Acesso 21 de abril de 2023.

<sup>1350</sup> PARLAMENTO EUROPEU. **O princípio da subsidiariedade**. S.d. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/7/o-principio-da-subsidiariedade>>. Acesso 21 de abril de 2023.

<sup>1351</sup> CALAFIORE, Daniela. Il coordinamento e l’armonizzazione dei sistemi di sicurezza e previdenza sociale dei paesi membri dell’unione europea. adeguamento del sistema di sicurezza sociale italiano. il ruolo della corte di giustizia UE. In: **Il diritto del lavoro dell’unione europea**. Giuffrè: Milano, 2023. p. 229

juízo da causa C-84/94<sup>1352</sup>, no qual alguns pontos sobre a Diretiva n. 93/104<sup>1353</sup> foram contestados pelo Reino Unido e a Irlanda do Norte.

No entender dos países demandantes, o artigo 118.º-A do Tratado CE deveria ser interpretado à luz do princípio da subsidiariedade, que não permite a adoção de uma diretiva formulada de forma geral e imperativa como, no entender deles, a Diretiva n. 93/104, dado que o alcance e a natureza da regulamentação do tempo de trabalho variam de forma muito sensível entre os Estados-Membros.<sup>1354</sup>

A alegação de afronta ao princípio da subsidiariedade foi afastada pelo TJUE, que entendeu que:

(...) o artigo 118.º-A encarrega o Conselho de adoptar prescrições mínimas para contribuir, através da harmonização, para a realização do objetivo de melhoria do nível de proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores que, nos termos do n.º 1 da mesma disposição, incumbem em primeiro lugar aos Estados-Membros. Tendo o Conselho verificado a necessidade de melhorar o nível existente da proteção da segurança e da saúde dos trabalhadores e de harmonizar, no progresso, as condições existentes neste domínio, a realização desse objetivo através de prescrições mínimas implica necessariamente uma ação de envergadura comunitária que, de resto, como no caso em apreço, deixa em grande medida aos Estados-Membros a incumbência de adoptar as modalidades de aplicação necessárias.<sup>1355</sup>

Da argumentação apresentada pela jurisprudência mencionada, pode-se concluir que o alcance do princípio da subsidiariedade é interpretado pelo TJUE como um critério político<sup>1356</sup>, não como um princípio jurídico de repartição de competências entre a União e os Estados Membros. “Desta forma, é susceptível de apreciação amplamente discricionária pelo Conselho, e em todo o caso inadequada para condicionar seriamente as decisões que este pretende tomar.”<sup>1357</sup>

---

<sup>1352</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-84/94**. Acórdão do Tribunal de 12 de novembro de 1996. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61994CJ0084>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

<sup>1353</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 93/104/CEE** do Conselho, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01993L0104-20000801&from=EN>>. Acesso em 21 de abril de 2023.

<sup>1354</sup> Item 46 do Acórdão.

<sup>1355</sup> Item 47 do Acórdão.

<sup>1356</sup> Sobre o tema: “Subsidiariedade é ao mesmo tempo uma noção jurídica e política. São as instituições políticas do Mercado Comum, as Comissões, o Parlamento Europeu e o Conselho que devem decidir sobre o escopo e sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade em relação aos objetivos de certas ações, seu alcance e efeitos” BLANPAIN, Roger; COLUCCI, Michele. **Il Diritto Comunitario del lavoro ed il suo impatto sull'ordinamento giuridico italiano**. Padova, CEDAM, 2000, p. 7.

<sup>1357</sup> ROCCELLA, Massimo; TREU, Tiziano. **Diritto del lavoro dell'Unione europea**. 7. ed. – Padova, CEDAM, 2016, p. 74.

Verifica-se, portanto, “a preocupação em observar, mais formalmente do que materialmente, com os compromissos do Protocolo de Amsterdã. Assim, parece conduzir claramente a vertente política, ao invés do lado jurídico do princípio da subsidiariedade.”<sup>1358</sup>

Observa-se que a ação da UE se torna cada vez mais ampla e incisiva, também com a ajuda de fundos europeus especiais de apoio às políticas nacionais. Considerando que a noção de segurança social é perversiva e que os problemas são cada vez mais transfronteiriços, a UE vai gradualmente assumindo cada vez mais espaços novos em matérias reservadas à competência compartilhada, como os direitos sociais, com base em textos comunitários, bastante elásticos e dinâmicos.<sup>1359</sup>

Desta forma, embora o objetivo principal do princípio da subsidiariedade fosse regulamentar do exercício das competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros, na prática e à luz da jurisprudência do TJUE, a subsidiariedade já não se presta a ser utilizada para se opor a qualquer vontade de aprofundamento da dimensão social europeia, pois sempre que existir um objetivo de harmonização, as medidas adotadas pelo Conselho para atingir este objetivo dificilmente violarão o princípio da subsidiariedade.<sup>1360</sup>

#### **4. A relação entre as fontes do direito do trabalho e a jurisprudência da Corte de Justiça Europeia**

O TJUE é encarregado de garantir o respeito às normas criadas pela UE na interpretação e aplicação dos Tratados em todo o território da União. É, portanto, na jurisprudência do TJUE, que possui evolução constante, que se verificam as questões prejudiciais promovidas pelos órgãos jurisdicionais dos Estados-membros, para fins de esclarecimento e unificação de interpretativa.

A tradição jurisprudencial comunitária aproxima-se mais do modelo *common law*, o que tem favorecido o desenvolvimento material das normas e, por vezes, tem sido “decisivo para ultrapassar as dificuldades de obtenção dos consensos necessários à aprovação de instrumentos normativos derivados.”<sup>1361</sup>

---

<sup>1358</sup> BOTO, José María Miranda. El principio de subsidiariedade en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social. In: **Revista Del Ministerio De Trabajo Y Asuntos Sociale**, 2004, p. 111-138, p. 119.

<sup>1359</sup> DE MATTEIS, Aldo. L'unione europea e la sicurezza sociale. In: **Il diritto del lavoro dell'unione europea**. Giuffrè: Milano, 2023.

<sup>1360</sup> ROCCELLA, Massimo; TREU, Tiziano. **Diritto del lavoro dell'Unione europea**. 7. ed. – Padova, CEDAM, 2016.

<sup>1361</sup> RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito Social na União Europeia**. Almedina: Coimbra, 2009, p. 53

Além de exercer jurisdição constitucional – a exemplo do momento no qual o TJUE interpreta, integra e aplica o Direito derivado em conformidade com o Direito primário e realiza um controle por ação ou omissão –, o TJUE também exerce a jurisdição administrativa – a exemplo dos casos em que os particulares são protegidos das medidas administrativas tomadas pelas instituições da UE –, a jurisdição internacional – a exemplo da decisão proferida pelo TJUE com força vinculativa aos tribunais nacionais dos Estados-membros – e a jurisdição cível – a exemplo do momento em que o TJUE é chamado para resolver litígios que envolvem a atuação de Direito privado dos órgãos da UE.<sup>1362</sup>

O TJUE tem sido fundamental no desenvolvimento dos direitos sociais e laborais, em situações em que a União não tinha competência para o fazer ou era limitada pelas sensibilidades políticas dos Estados-Membros<sup>1363</sup>.

À jurisprudência do TJUE se deve indicações essenciais sobre a relação entre as fontes (internacionais, comunitárias e nacionais) do direito do trabalho. A Corte em suas decisões tem demonstrado ser favorável a tese da “interdependência progressiva das normas internacionais e europeias”<sup>1364</sup> em matéria relacionadas com o direito do trabalho. Desta forma, em caso de contraste entre as normas internacionais e aquelas produzidas pela UE deve prevalecer a norma mais favorável.<sup>1365</sup> O mesmo entendimento é aplicável no caso de conflito de normas nacionais dos Estado-Membros com o direito da União Europeia.<sup>1366</sup>

A influência do TJUE no desenvolvimento de normas acerca da discriminação de gênero é considerável, citando-se, como exemplo, o caso *defrenne*<sup>1367</sup>, no qual foi definido o direito a igualdade de remuneração. Ademais, a Corte não tem hesitado em dar efeito ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, conforme previsto nas normas da União Europeia. Quando os Estados-Membros falharam na implementação de Diretivas dentro prazo exigido, o Tribunal considerou que a “expressão clara do princípio da igualdade de tratamento pode dar origem a direitos de eficácia imediata, assim as mulheres têm direito ao

---

<sup>1362</sup> PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O papel do tribunal de justiça da união europeia como guardião do direito fundamental comunitário europeu à livre circulação de trabalhadores. In: **Revista Internacional Consinter de Direito**, n. XIII, 2º semestre de 2021, pp 469-480, p. 476.

<sup>1363</sup> WATSON, Philippa. **EU Social and Employment Law**. Second Edition. Oxford, 2014, p. 33

<sup>1364</sup> PERULLI, Adalberto; BRINO, Vania. **Manuale di diritto Internazionale del lavoro**. Torino, 2015, p. 29.

<sup>1365</sup> ROCCELLA, Massimo; TREU, Tiziano. **Diritto del lavoro dell'Unione europea**. 7. ed. – Padova, CEDAM, 2016.

<sup>1366</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-160/01 - Mau C-160/01 – Mau**. Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 15 de Maio de 2003. Item 32 da decisão. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:158:0005:0005:PT:PDF>>. Acesso em 20 de abril de 2023

<sup>1367</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-80/70 - Defrenne/Estado belga**. Acórdão do Tribunal de 25 de Maio de 1971. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977CJ0149:PT:PDF>>. Acesso em 20 de abril de 2023

mesmo tratamento que os homens a partir da data em que a Diretiva deveria ter sido implementada.”<sup>1368</sup>

A jurisprudência ainda tem sido determinante em matérias como direito às férias<sup>1369</sup>, competência quanto a garantia de créditos dos trabalhadores no caso de empresas insolventes<sup>1370</sup>, equipamento de proteção<sup>1371</sup>, critérios para apuração de horas extras e suplementares em caso de férias<sup>1372</sup>, dentre outras.

Menciona-se ainda o importante papel da jurisprudência do TJUE em acompanhar as tendências da globalização e da tecnologia, analisando conceitos que influenciam ou influenciarão diretamente nos novos tipos de contrato de trabalho. A título exemplificativo, menciona-se o caso C-434/15<sup>1373</sup>, que envolve a empresa UBER. O Acórdão TJUE afastou a pretensão da Uber de ser reconhecida como uma empresa de tecnologia com o simples propósito de fornecer um serviço de intermediação entre motoristas e usuários, reconhecendo a existência da prestação de serviços de transporte. Embora a decisão não analise a questão relativa ao vínculo de emprego e subordinação entre as partes, o posicionamento adotado pelo TJUE evidencia a posição da UBER como prestadora de serviços de transporte, e não como mera intermediadora, posicionamento este que poderá influenciar na interpretação europeia acerca da relação jurídica existente os motoristas e o aplicativo.

Deste modo, verifica-se que Tribunal de Justiça da União Europeia, ao analisar as questões judiciais a luz das normas da União Europeia, tem contribuído com o

---

<sup>1368</sup> WATSON, Philippa. **EU Social and Employment Law**. Second Edition. Oxford, 2014, p. 32

<sup>1369</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-192/22**. Acórdão do Tribunal de 27 de abril de 2023. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E7B7E7ECE8988BD2B8EBEB4C316DCB48?text=&docid=272972&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1120329>>. Acesso em 20 de abril de 2023

<sup>1370</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-710/21**. Acórdão do Tribunal de 16 de fevereiro de 2023. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CA0710&from=EN>>. Acesso em 20 de abril de 2023

<sup>1371</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-392/21**. Acórdão do Tribunal de 22 de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0392>>. Acesso em 20 de abril de 2023

<sup>1372</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-514/20**. Acórdão do Tribunal de 13 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E7B7E7ECE8988BD2B8EBEB4C316DCB48?text=&docid=272975&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1120329>>. Acesso em 20 de abril de 2023

<sup>1373</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-434/15**. Acórdão do Tribunal de 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>>. Acesso em 20 de abril de 2023

desenvolvimento e concretização de conceitos, além de preencher lacunas regulativas, sendo fundamental para a evolução dos direitos sociais, e em especial, do direito do trabalho, bem como para criação de um *standard* social entre os Estados-membros.

## 5. Conclusão

A presente pesquisa teve como objetivo a consolidação das fontes de direito do trabalho no Âmbito da União Europeia (EU). Para tanto, observou-se que a ausência de um *standard* social, ao menos em caráter mínimo, entre os Estados-membros, traz resultados para a consolidação do direito do trabalho, como a dificuldade de realizar a livre competição entre os países. Este ponto, a título exemplificativo, pode resultar no *dumping social*, com a contratação de trabalhadores ou a transferência de parte da unidade produtiva, para países europeus com legislação social inferior.

Como mapeado a legislação base da União Europeia proporciona um diálogo entre as competências da própria União e dos Estados Membros, sendo a divisão realizada tendo como eixo central a União europeia: a competência exclusiva; a competência compartilhada; a competência para apoiar, coordenar ou complementar a ação dos Estados-membros e a Competência para definir orientações em que os Estados-membros deverão coordenar suas atividades. Todos esses eixos de competência estão interligados com o princípio da subsidiariedade.

Concluiu-se que apesar de o objetivo principal do princípio da subsidiariedade for regulamentar do exercício das competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros, o que se observa na prática por meio da jurisprudência do TJUE é que este princípio não vem sendo utilizado para tanto. Denota-se que este não vem sendo utilizado para se opor a qualquer vontade de aprofundamento da dimensão social europeia, pois quando diante de um objetivo de harmonização, as medidas adotadas pelo Conselho para atingir este objetivo dificilmente violarão o princípio da subsidiariedade.

O que se observou- por fim, é que o Tribunal de Justiça da União Europeia vem enfrentando questões judiciais a luz das normas da União Europeia, e em virtude das problemáticas enfrentadas e as decisões proferidas, tem contribuído com o desenvolvimento e concretização de conceitos e com o preenchimento de lacunas regulativas. Dessa forma, o Tribunal de Justiça da União Europeia vêm alcançando um papel enquanto órgão fonte do

Direito do Trabalho, contribuindo para a criação de um *standard* social entre os Estados-membros.

### Referências Bibliográficas

BLANPAIN, Roger; COLUCCI, Michele. **Il Diritto Comunitario del lavoro ed il suo impatto sull'ordinamento giuridico italiano**. Padova, CEDAM, 2000, p. 7.

BOTO, José María Miranda. El principio de subsidiariedad en el ordenamiento comunitario y sus aplicaciones en materia social. In: **Revista Del Ministerio De Trabajo Y Asuntos Sociale**, 2004, p. 111-138, p. 119.

CALAFIORE, Daniela. Il coordinamento e l'armonizzazione dei sistemi di sicurezza e previdenza sociale dei paesi membri dell'unione europea. adeguamento del sistema di sicurezza sociale italiano. il ruolo della corte di giustizia UE. In: **Il diritto del lavoro dell'unione europea**. Giuffrè: Milano, 2023. p. 229

CRAIG, Paul; BURCA, Grainné de. **EU Law: text, cases and materials**. 5. ed. New York: Oxford University Press, 2011. p.13;

DE MATTEIS, Aldo. L'unione europea e la sicurezza sociale. In: **Il diritto del lavoro dell'unione europea**. Giuffrè: Milano, 2023.

FREITAS, Raul Rietmann. **A não atribuição de responsabilidade exclusiva à União Europeia por atos praticados por Estados-membros no âmbito de acordos de investimento estrangeiro**. 127 f. Dissertação de Mestrado Programa de Pós-graduação de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Profa. Dra. Aline Beltrame de Moura. 2021.

MOURA, Aline Beltrame de. Organizações internacionais de natureza supranacional e intergovernamental: o caráter híbrido da união europeia e a intergovernamentalidade do mercosul. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (org.). **Organizações internacionais e seus dilemas formais e informais**. Ijuí: Unijuí, 2012. p. 292-293.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. O papel do tribunal de justiça da união europeia como guardião do direito fundamental comunitário europeu à livre circulação de trabalhadores. In: **Revista Internacional Consinter de Direito**, n. XIII, 2º semestre de 2021, pp 469-480, p. 476.

PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. 2000. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em 20 de abril de 202.

PARLAMENTO EUROPEU. **O princípio da subsidiariedade**. S.d. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/7/o-principio-da-subsidiariedade>>. Acesso 21 de abril de 2023.

PARLAMENTO EUROPEU. **Tratado de Lisboa. 2009**. Disponível em; <<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-lisbon>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

PARLAMENTO EUROPEU. **Tratado de Maastricht. 1993**. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

PARLAMENTO EUROPEU. **Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica.** 1957. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012A/TXT>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

PARLAMENTO EUROPEU. **Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (Tratado CEECA).** 1952. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0022>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

PERULLI, Adalberto; BRINO, Vania. **Manuale di diritto Internazionale del lavoro.** Torino, 2015.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito Social na União Europeia.** Almedina: Coimbra, 2009.

ROCELLA, Massimo; TREU, Tiziano. **Diritto del lavoro dell'Unione europea.** 7. ed. – Padova, CEDAM, 2016.

SOARES, António Goucha. A divisão de competências entre a União Europeia e os Estados-membros. **Relações Internacionais** Março, 2004, pp. 55-68.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-160/01 - Mau C-160/01 – Mau.** Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 15 de Maio de 2003. Item 32 da decisão. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2003:158:0005:0005:PT:PDF>>. Acesso em 20 de abril de 2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-192/22.** Acórdão do Tribunal de 27 de abril de 2023. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E7B7E7ECE8988BD2B8EBEB4C316DCB48?text=&docid=272972&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1120329>>. Acesso em 20 de abril de 2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-392/21.** Acórdão do Tribunal de 22 de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62021CJ0392>>. Acesso em 20 de abril de 2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-434/15.** Acórdão do Tribunal de 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1>>. Acesso em 20 de abril de 2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-514/20.** Acórdão do Tribunal de 13 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E7B7E7ECE8988BD2B8EBEB4C316DCB48?text=&docid=272975&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1120329>>. Acesso em 20 de abril de 2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-710/21.** Acórdão do Tribunal de 16 de fevereiro de 2023. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CA0710&from=EN>>. Acesso em 20 de abril de 2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-80/70 - Defrenne/Estado belga.** Acórdão do Tribunal de 25 de Maio de 1971. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977CJ0149:PT:PDF>>. Acesso em 20 de abril de 2023

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **C-84/94**. Acórdão do Tribunal de 12 de novembro de 1996. Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte contra Conselho da União Europeia. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:61994CJ0084>>. Acesso em 20 de abril de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Ato Único Europeu. Art. 130 – R, itens 4 e 5. 1896**. EUR-LEX Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11986U/TXT>>. Acesso 21 de abril de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Como funciona**. S.d. Disponível em: < [https://europa.eu/citizens-initiative/how-it-works\\_pt](https://europa.eu/citizens-initiative/how-it-works_pt)>. Acesso em 20 de abril de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 93/104/CEE** do Conselho, relativa a determinados aspectos da organização do tempo de trabalho. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01993L0104-20000801&from=EN>>. Acesso em 21 de abril de 2023.

VICENTE, Paulo Carvalho. **Estados-membros e integração europeia**: uma complexa relação política. Observare. Universidade Autónoma de Lisboa, 2014, pp. 74-75.

WATSON, Philippa. **EU Social and Employment Law**. Second Edition. Oxford, 2014.

# RESOLUÇÃO DE DISPUTA ONLINE E JUS POSTULANDI: O ACESSO À JUSTIÇA E SUA EFETIVAÇÃO NA SOCIEDADE DIGITAL

**Online dispute resolution and Jus Postulandi: access to justice and its effectiveness in digital society.**

Raquel Hochmann de Freitas<sup>1374</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Acesso à justiça e jus postulandi: um paradoxo? 3. Resolução online de disputa e juízo 100% digital. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O acesso à justiça, diante das novas tecnologias, consubstancia o novo desafio a ser enfrentado pela sociedade. A sociedade tecnológica e a digitalização têm permitido que a resolução de disputas se dê, inclusive, de maneira online. A rapidez com que se sucedem tais evoluções demanda, de modo crescente, a adaptação do que se entende por acesso à justiça à nova realidade, cuja tendência está em se distanciar, progressivamente, das cortes judiciais. A proposta do presente trabalho é entender de que forma o advento das novas modalidades de resolução de conflito vem desafiando os limites constitucionais de acesso à justiça. Assim, e partindo-se da possibilidade de utilização do jus postulandi como meio efetivo e eficaz de garantia do acesso à justiça, com a eliminação dos custos de ajuizamento das ações trabalhistas, pretende-se demonstrar seus benefícios na resolução de conflitos perante o Judiciário 100% digital. Diante disso, o objetivo do trabalho vai além da necessidade de capacitação dos operadores do direito, para a manutenção do alcance da jurisdição como forma de efetivação do acesso à justiça, a partir de instituto já existente. Os objetivos específicos do trabalho são, portanto: conceituar acesso à justiça e o papel do jus postulandi como meio garantidor de tal direito fundamental; analisar o impacto das novas tecnologias na solução de conflitos e analisar a extensão da proteção constitucional em face das formas virtuais de resolução de conflitos. Por fim, a metodologia proposta para atingir os objetivos é hipotético-dedutiva com cunho exploratório e realizada através de levantamento bibliográfico.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça; Resolução Online de Conflitos; Jus postulandi.

**Abstract:** Access to justice, in the face of new technologies, substantiates the latest challenge to be faced by society. Technological society and digitalization have allowed dispute resolution, including online. The speed with which such developments occur increasingly demands adapting what is meant by access to justice to the new reality, which tends to distance itself from the judicial courts progressively. This work aims to understand how the advent of new modalities of conflict resolution has been challenging the constitutional limits of access to justice. Thus, starting from the possibility of using the jus postulandi as an effective and efficient means of guaranteeing access to justice, with the elimination of the costs of filing labor lawsuits, it is intended to demonstrate its benefits in the resolution of

---

<sup>1374</sup> Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito pela PUCRS. Juíza do Trabalho no TRT da 4ª Região. [E-mail: rhfreitas@gmail.com](mailto:rhfreitas@gmail.com). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8843506675746739>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9079-0848>.

conflicts before the Judiciary 100 % digital. Thus, the objective of the work goes beyond the need to train legal operators, to maintain the scope of jurisdiction as a way of effecting access to justice from an existing institute. The specific objectives of the work are, therefore: to conceptualize access to justice and the role of jus postulandi as a means of guaranteeing such a fundamental right; analyze the impact of new technologies on conflict resolution, and explore the extent of constitutional protection in the face of virtual forms of conflict resolution. Finally, the proposed methodology to achieve the objectives is hypothetical-deductive with an exploratory nature and carried out through a bibliographic survey.

**Key-words:** Access to justice; Online Conflict Resolution; Jus Postulandi

## 1. Introdução

O acesso à justiça, enquanto direito fundamental, e diante das novas tecnologias, consubstancia o novo desafio a ser enfrentado pela sociedade na atualidade. Não se desconhecem os meios alternativos processuais que têm sido adotados nos últimos anos visando a resolução dos conflitos fora do âmbito do Poder Judiciário, fruto da revolução tecnológica e da digitalização que têm permitido, inclusive, que a solução de disputas se dê de maneira online.

Hodiernamente, a rapidez com que se sucedem tais evoluções tecnológicas exige a adaptação do que se entende por acesso à justiça à nova realidade, cuja tendência está no distanciamento das cortes judiciais. A proposta do presente trabalho, à luz desse contexto, é entender de que forma o advento das novas modalidades de resolução de conflito vem desafiando os limites constitucionais de acesso à justiça. Para tanto, parte-se, no contexto trabalhista, da efetiva aplicação do jus postulandi previsto na legislação brasileira como meio eficaz tanto para a eliminação dos custos relativos ao ajuizamento das ações trabalhistas, quanto meio hábil a garantir a concretização do direito fundamental constitucional de acesso à justiça, representando sua aplicação verdadeira inclusão social.

Em outras palavras, o presente estudo busca demonstrar os benefícios da resolução de conflitos perante o Judiciário cujo acesso se dá de forma cada vez mais digital através da utilização efetiva do jus postulandi, ainda vigente no ordenamento jurídico pátrio. Tal debate contribui para que seja dado ao instituto o devido valor enquanto meio eficaz e eficiente de garantia ao acesso à justiça sem custo e, com ele, a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo sociais, buscados no âmbito da Justiça laboral.

Ainda, pretende-se compreender de que forma se dará a proteção constitucional em face das novas formas de solução virtual dos impasses. Assim, o objetivo do trabalho vai além do alcance da jurisdição como forma de efetivação do acesso à justiça, uma vez que a

tecnologia parece pretender suprir tal competência, recuperando a importância dos institutos já existentes na legislação vigente.

Os objetivos específicos do trabalho são, portanto: conceituar o acesso à justiça e o jus postulandi, este último compreendido como meio hábil a garantir a concretização de tal direito fundamental. Ainda, pretende-se delimitar a utilização das inovações tecnológicas no âmbito da Justiça Especializada, analisando o impacto destas na solução de conflitos trabalhistas, e a extensão da proteção constitucional em face das formas virtuais de resolução de conflitos.

Por fim, a metodologia proposta para atingir os objetivos é hipotético-dedutiva com cunho exploratório e realizada através de levantamento bibliográfico.

## 2. Acesso à Justiça e Jus Postulandi: Um Paradoxo?

O direito ao acesso à justiça, insculpido, em nosso ordenamento jurídico, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988<sup>1375</sup>, é um direito fundamental.

No dizer de Konrad Hesse:

Los derechos fundamentales deben crear y mantener las condiciones elementales para asegurar una vida en libertad y La dignidad humana. Ello solo se consigue cuando la libertad de la vida en sociedad resulta garantizada en igual medida que la libertad individual. Ambas se encuentran inseparablemente relacionadas. La libertad del individuo sólo puede darse en una comunidad libre; y viceversa, esta libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad para decidir por sí mismos sobre sus propios asuntos y para colaborar responsablemente en la de la sociedad públicamente constituída como comunidad.<sup>1376</sup>

Trata-se de direito cuja fundamentalidade se extrai do fato de permitir e garantir a efetivação de todos os demais direitos, através da busca do Judiciário para dirimir as disputas nascidas do contexto social<sup>1377</sup>.

---

<sup>1375</sup> “Art. 5º 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, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>1376</sup> HESSE, Konrad. *Significado de los Derechos Fundamentales*. In Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. **Manual de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 89-90.

<sup>1377</sup> Acesso à justiça é conceito muito mais amplo e não se confunde com o simples acesso ao poder judiciário, configurando a verdadeira busca à efetivação dos mais diversos direitos enquanto o segundo vincula-se à possibilidade de peticionamento ao Judiciário.

Tal princípio deve ser visto de forma global, nele incluída a prestação jurisdicional célere, de modo a atender o disposto no art. 5º, LXXVIII<sup>1378</sup>, da Carta Magna, bem como a proteção estatal em relação às pessoas detentoras da condição de hipossuficiência que as impossibilitem de demandar em juízo em face de suas circunstâncias econômicas, aí contida, portanto, a necessidade da assistência judiciária gratuita para a efetivação do princípio em tela.

Carlos Roberto Siqueira Castro destaca que:

É facilmente perceptível que a denegação de Justiça constitui das violações mais comprometedoras da efetividade de um sistema de direitos humanos, haja visto proclamar o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que – *“todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”*.<sup>1379</sup>

Nesse contexto se insere a relevância do jus postulandi enquanto possibilidade, prevista no art. 791 da CLT<sup>1380</sup>, de a parte exercer sua capacidade postulatória, independentemente da assistência por advogado. O jus postulandi, como aponta Homero Batista<sup>1381</sup>, vem sobrevivendo ao longo das mudanças constitucionais e legislativas, tendo sido mantido pela lei nº 13.467/17, conhecida como reforma trabalhista.

Segundo esclarecem FINCATO e MARQUES,

Etimologicamente, a palavra “jus postulandi” é originária do latim “Ius postulandi”, que significa direito de postular ou de pedir judicialmente. No Brasil o termo “Ius” deu lugar ao “Jus”, que significa direito. O “jus postulandi” seria o direito de praticar, pessoalmente, sem a necessidade de advogado, os atos processuais necessários ao início e ao andamento do processo. O “jus postulandi” seria a capacidade de requerer em juízo sem a presença do advogado. Assim, o chamado “jus postulandi” foi adotado com o intuito de facilitar a prestação jurisdicional na Justiça. Destarte, o “jus postulandi” é uma exceção da capacidade postulatória privativa do advogado, consistindo em proporcionar o acesso à justiça, permitindo que o cidadão mais carente, sem meios financeiros para contratar um advogado também possa postular seus direitos. Verifica-se que a CLT permite às partes acompanharem suas reclamações até o final. Ocorre que tal expressão é limitada, podendo a parte reclamar pessoalmente e acompanhar suas reclamações desde a Vara do Trabalho até o Tribunal Regional do Trabalho, mas para interpor recurso perante o STF e STJ, necessitará de advogado, uma vez

---

<sup>1378</sup> “Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>1379</sup> CASTRO. Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 320.

<sup>1380</sup> “Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

<sup>1381</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. **CLT Comentada**. 2ª ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 567.

que não integram o campo judiciário trabalhista. Importante destacar que no dia 13 de outubro de 2009 sobreveio decisão do Tribunal Superior do Trabalho, dispondo que a prática do “jus postulandi” é válida apenas até os Tribunais Regionais do Trabalho, sendo necessário o acompanhamento de profissional para recorrer ao TST.<sup>1382</sup>

Não se olvida das dificuldades de sua implementação prática, diante dos diversos desafios vinculados não apenas ao desconhecimento técnico do trabalhador, e até mesmo disposições constitucionais, a exemplo do art. 133 da CF/88<sup>1383</sup>, que refere a indispensabilidade do advogado na administração da justiça, além do papel do ente sindical como prestador da assistência judiciária gratuita, nos moldes da Lei 5.584/70<sup>1384</sup>, a dificultar sua aceitação no âmbito da justiça laboral.

Alguns autores, a exemplo de Ribeiro e Ferreira<sup>1385</sup> apontam, inclusive, para total inviabilidade da adoção do jus postulandi diante do processo judicial eletrônico, ante a necessidade de cadastro junto ao Poder Judiciário e exigência de assinatura digital.

Outros defendem que a manutenção do jus postulandi no ordenamento pátrio atenta contra os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, além da própria igualdade, considerando o desconhecimento dos trâmites legais pelas partes, o que geraria apenas maior insegurança jurídica<sup>1386</sup>.

Contudo, não se pode olvidar que o jus postulandi, enquanto exceção à capacidade postulatória exclusiva da advocacia, tem por fundamento principal o amplo acesso à

---

<sup>1382</sup> FINCATO, Denise Pires. MARQUES, Igor Adriano Trinta. O Instituto do “*Jus Postulandi*” e o direito fundamental à igualdade. **JNT- Facit Business and Technology Journal**. Tocantins, V. 1, n. 38., Págs. 270-284. julho/2022. Disponível em: <https://jnt1.websiteseguro.com/index.php/JNT/article/view/1714>. Acesso em 26 agosto de 2022.

<sup>1383</sup> “**Art. 133.** O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

<sup>1384</sup> Nos termos do art. 14 da Lei nº 5.584/70, “Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.

<sup>1385</sup> RIBEIRO, Aline Rayane Nascimento; FERREIRA, Abraham Lincoln de Barros. Da inviabilidade do *jus postulandi*. Várzea Grande, Univag, 2021, p. 8. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/1129/1084>. Acesso em 14 fev. 2023.

<sup>1386</sup> BASÍLIO, Lincoln dos Santos; SILVA, Rodrigo Fernandes da; MELLO, Roberta Salvático Vaz de; MAIRINK, Carlos Henrique Passos; PUGLIA, Eduardo Henrique Pompeu. A improficiência do jus postulandi no âmbito trabalhista quanto ao efetivo acesso à justiça. **Libertas Direito**. Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1-29, jan/jul 2021, p. 17. Disponível em: <https://periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/view/58/57>. Acesso em 14 fev. 2023.

justiça<sup>1387</sup>. Sua maior relevância está, justamente, na possibilidade de permitir ao hipossuficiente o acesso menos formal quando do litígio<sup>1388</sup>.

De notar que, essa mesma ideia, parece conviver bem no âmbito dos juizados especiais cíveis, sendo o trabalhador figura que se assemelha ao consumidor, no que diz respeito à vulnerabilidade que detém<sup>1389</sup>. Em outras palavras, e como ponderam Fincato e Marques<sup>1390</sup>, a própria Constituição prevê diversos mecanismos voltados para a facilitação do acesso ao Judiciário, dentre eles a criação de juizados especiais, tanto cíveis quanto criminais, regidos por princípios como a oralidade, simplicidade, informalismo, entre outros.

No aspecto, referem que:

Dentre outros mecanismos previstos, vale salientar que estes não funcionam como deveriam, impossibilitando que a justiça seja feita, criando o mito de que ela não existe. Assim, o acesso ao judiciário se torna falho ou restrito a uma parte da população por diversos fatores de ordem econômica, social, cultural, psicológica, legal, falta de conhecimento e a lentidão da justiça. Cada um desses fatores isolados é o suficiente para impossibilitar o contato de uma pessoa com o Poder Judiciário, em maior ou menor proporção. Outrossim, são muitas as barreiras para um real acesso à justiça: os altos custos; tempo gasto de uma ação; a falta de conhecimento básico jurídico, não apenas na hora de fazer objeções, mas também para perceber que é possível em certos casos, entrar com ação reivindicatória para demandar direitos não tradicionais; formalismo; ambiente intimidador; procedimento complicado, falta de inclusão digital, além de outros obstáculos. De igual passo, o artigo 5º, caput e I, da CF/88 estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao acesso à justiça, verifica-se que o princípio da igualdade significa que os sujeitos devem ter ferramentas para a busca de seus direitos perante o poder judiciário, além da atuação extrajudicial. Assim, o direito fundamental à igualdade perpassa pelo papel do legislador na análise dos sujeitos comparados à luz de um critério único ou compensando diferenças, assim como do juízo ao apreciar casos concretos.<sup>1391</sup>

---

<sup>1387</sup> BASÍLIO, Lincoln dos Santos; SILVA, Rodrigo Fernandes da; MELLO, Roberta Salvático Vaz de; MAIRINK, Carlos Henrique Passos; PUGLIA, Eduardo Henrique Pompeu. A improficiência do jus postulandi no âmbito trabalhista quanto ao efetivo acesso à justiça. **Libertas Direito**. Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1-29, jan/jul 2021, p. 2. Disponível em: <https://periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/view/58/57>. Acesso em 14 fev. 2023.

<sup>1388</sup> BASÍLIO, Lincoln dos Santos; SILVA, Rodrigo Fernandes da; MELLO, Roberta Salvático Vaz de; MAIRINK, Carlos Henrique Passos; PUGLIA, Eduardo Henrique Pompeu. A improficiência do jus postulandi no âmbito trabalhista quanto ao efetivo acesso à justiça. **Libertas Direito**. Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1-29, jan/jul 2021, p. 9. Disponível em: <https://periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/view/58/57>. Acesso em 14 fev. 2023.

<sup>1389</sup> Sobre vulnerabilidade, recomenda-se a leitura de CANOTILHO, Mariana. A vulnerabilidade como conceito constitucional: Um elemento para a construção de um constitucionalismo do comum. **Oñati Socio-Legal Series**. Espanha, vol. 12, p. 136-163, Fev. 2022.

<sup>1390</sup> FINCATO, Denise Pires. MARQUES, Igor Adriano Trinta. O Instituto do “*Jus Postulandi*” e o direito fundamental à igualdade. **JNT- Facit Business and Technology Journal**. Tocantins, V. 1, n. 38., Págs. 270-284. julho/2022. Disponível em: <https://jnt1.websiteseuro.com/index.php/JNT/article/view/1714>. Acesso em 26 agosto de 2022, p. 271.

<sup>1391</sup> FINCATO, Denise Pires. MARQUES, Igor Adriano Trinta. O Instituto do “*Jus Postulandi*” e o direito fundamental à igualdade. **JNT- Facit Business and Technology Journal**. Tocantins, V. 1, n. 38., Págs. 270-284. julho/2022. Disponível em: <https://jnt1.websiteseuro.com/index.php/JNT/article/view/1714>. Acesso em 26 agosto de 2022, p. 271.

Nos moldes concebidos por J. J. Gomes Canotilho<sup>1392</sup>, o acesso aos tribunais deve ser entendido a partir de uma dupla dimensão, qual seja, primeiro como um direito de defesa, perante o tribunal, contra atos dos poderes público e, segundo, como um direito de proteção do particular através dos tribunais contra violações de terceiros. Em outras palavras, entre o dever de proteção concedido pelo Estado e o direito do particular em exigir essa proteção, a conclusão é no sentido de que o jus postulandi não se amoldaria ao fim pretendido, porquanto não permitiria à parte vulnerável o exercício, em sua completude máxima, do próprio contraditório, ante a fragilidade econômica, técnica e jurídica existente<sup>1393</sup>.

Contudo, e admitindo-se que, no cenário similar do direito do consumidor tal prática é admitida<sup>1394</sup> e, diante das alterações tecnológicas que viabilizam, hoje, a adoção de sistemas totalmente virtuais e digitais, é possível admitir-se a utilização do jus postulandi. Isso porque não apenas referido instituto não se apresenta tão dissidente da realidade quanto, ao revés, representa efetiva possibilidade de assumir o protagonismo desejado pela sua correta aplicação.

Ora, se o consumidor tem há tempos a possibilidade de resolver suas disputas perante os meios virtuais fornecidos, inclusive, pelas corporações<sup>1395</sup>, quiçá o trabalhador possa utilizar dos meios virtuais já disponíveis para acessar o Judiciário e a justiça de forma menos burocrática e muito mais econômica, mediante a otimização das estruturas tecnológicas hoje existentes.

Se o processo judicial eletrônico exige o cadastro prévio e a assinatura digital, nada obsta, na esteira do quanto já implementado pela iniciativa privada, a criação de um acesso facilitado por parte do interessado na busca da tutela judicial no próprio sistema<sup>1396</sup>. Ainda,

---

<sup>1392</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 496.

<sup>1393</sup> Pondera-se que tal fragilidade se dá nos mais diversos aspectos da vida em sociedade, o que, por si só, não impede a manutenção das relações sociais e a criação e desenvolvimento de meios hábeis a equilibrar e permitir o exercício dos direitos constitucional e legalmente assegurados.

<sup>1394</sup> Desde a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, através da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, é possível às partes comparecerem pessoalmente, na forma do art. 9º: “Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.”

<sup>1395</sup> OSNA, Gustavo. *Online Dispute Resolucion e “Companhia como Tribunal”* – Breves Considerações. **Direito, Ambiente & Tecnologia**. SARLET, Ingo Wolfgang. RUARO, Regina Linden. LEAL, Augusto Antônio Fontanive (org.). Editora Fundação Fênix. Porto Alegre, 2021, p. 652-662. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18807/2/Online\\_Dispute\\_Resolution\\_e\\_Companhia\\_como\\_Tribunal\\_Breves\\_Consideraes.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18807/2/Online_Dispute_Resolution_e_Companhia_como_Tribunal_Breves_Consideraes.pdf). Acesso em 1 set. 2022.

<sup>1396</sup> Nesse sentido, cita-se a título de exemplo a plataforma digital unificada do Governo Federal (<https://www.gov.br/>), em que o cidadão tem acesso facilitado aos mais diversos serviços e acompanhamentos através de um único sistema.

não se ignora o fato de que os foros trabalhistas contam, igualmente, com setor próprio de distribuição de feitos, com servidores aptos, a exemplo do que já ocorre na esfera dos Juizados Especiais Cíveis, a reduzirem a termo eventual reclamação trabalhista, com posterior distribuição a uma das unidades judiciárias existentes em determinada comarca. Nesse sentido, nada impede a criação de login e senha de acesso para os posteriores passos processuais, os quais podem ser facilitados pela própria otimização do uso da tecnologia e digitalização, ao menos no que diz respeito ao rito sumaríssimo<sup>1397</sup>, ou mesmo, quem sabe, ao menos para as tratativas conciliatórias realizadas diretamente pelas partes envolvidas, sob a presidência do magistrado.

Ainda, não se olvida que, dentre a principiologia<sup>1398</sup> que rege o direito e o processo do trabalho, o próprio magistrado exercerá o papel tanto mediador quanto fiscalizador da condução do feito e do esclarecimento da parte porventura não acompanhada por advogado<sup>1399</sup>. Aliás, trata-se de medida que pode vir, inclusive, a incentivar o uso do jus postulandi tanto pelo reclamante quanto pelo reclamado, diante da celeridade e economia advindas da objetividade na solução do litígio, ao menos em relação às causas de menor complexidade.

### **3. Resolução Online de disputas e Juízo 100% digital**

A resolução online de conflitos, compreendida como a possibilidade de novas plataformas e caminhos inovadores virtualizarem a solução dos conflitos<sup>1400</sup>, tem como ponto principal a incorporação do componente virtual com a finalidade de trazer, através dele, um novo conteúdo que facilite a solução do caso. Sua adoção ultrapassa a mera digitalização e proporciona um maior dinamismo e mobilidade de contato e conexão oferecidos pela rede virtual.

---

<sup>1397</sup> Na Justiça do Trabalho, o rito sumaríssimo foi instituído através da Lei nº 9.957/2000, tratando-se de procedimento utilizado para dissídios trabalhistas individuais cujo valor da causa esteja entre 2 e 40 salários mínimos, tendo por objetivo a simplificação e celeridade do trâmite processual trabalhista, já caracterizado pela celeridade, simplicidade e informalidade.

<sup>1398</sup> A exemplo dos princípios da proteção, simplicidade, oralidade, concentração dos atos processuais, informalidade e conciliação, dentre outros.

<sup>1399</sup> Nesse sentido, menciona-se que a própria lei instituidora dos Juizados Especiais Cíveis, Lei nº 9.099/95, estabelece, em seu art. 9º, parágrafo 2º, que “O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.”

<sup>1400</sup> OSNA, Gustavo. Acceso a la justicia, cultura y *online dispute resolution*. **Revista de la Facultad de Derecho**, nº 83, 2019, p. 9-27.

A resolução online de conflitos resulta em nova forma de participação dos envolvidos em eventual disputa, e evidentemente traz questões a serem dirimidas, a exemplo das garantias envolvidas, especialmente no que diz respeito ao devido processo legal, contraditório e até mesmo o duplo grau de jurisdição, a exigir uma nova compreensão de todo o sistema resolutivo<sup>1401</sup>. Na prática, o maior desafio dessa nova forma de solução de conflitos, tendo por base a tecnologia, é evitar que sobressaiam mais prejuízos do que vantagens aos envolvidos, especialmente ao hipossuficiente<sup>1402</sup>.

Já o Juízo 100% digital é o sistema que permite que todos os atos processuais sejam praticados, de forma exclusiva, pelo meio eletrônico. No dizer do próprio Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT, “o cidadão pode ter acesso à Justiça sem precisar comparecer fisicamente nos fóruns.”<sup>1403</sup>

Referido sistema, embora não obrigatório, está previsto na Resolução n° 345/2020, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ<sup>1404</sup>. É a parte autora quem, no momento da distribuição da ação, fará a escolha, sujeita à eventual oposição do réu quando da contestação. Evidentemente, trata-se de sistemática que busca imprimir maior celeridade ao trâmite processual através do uso da tecnologia, primando, igualmente, pela economia de tempo, recursos e deslocamentos.

Olhar para o Juízo 100% digital é olhar para o futuro do acesso à justiça, pautado na tecnologia e digitalização da sociedade atual, o que vem se acelerando especialmente a partir das necessidades resolutivas criadas pela própria pandemia da SARS-Covid-19.

Nesse sentido, e fruto do momento de crise então vigente, a Justiça do Trabalho passou a fazer uso da tecnologia tanto para tratar de forma adequada os conflitos quanto

---

<sup>1401</sup> OSNA, Gustavo. Acceso a la justicia, cultura y *online dispute resolution*. **Revista de la Facultad de Derecho**, n° 83, 2019, p. 9-27.

<sup>1402</sup> Alguns autores, a exemplo de Lênio Streck, chamam a atenção para a necessidade de reflexão e maior atenção ao que denomina “colonização do mundo do direito” pela tecnologia. Nesse sentido, refere que tal preocupação se dá: “(...) em razão de pelo menos dois motivos robustos, ambos ligados à nossa compreensão do conceito de direito, que esclarecemos desde já: é interpretativista. Primeiro: não há como pensarem uma interpretação que não seja diretamente conectada com a (inter)subjetividade e por conseguinte com a atividade humana. Nesse sentido, “o horizonte do significado nos é dado pela compreensão que temos de algo. A compreensão é existencial, é uma categoria pela qual o homem se constitui (STRECK, 2020, s.p.) e por isso é incompatível com o “juízo robô”. STRECK, Lênio Luiz. BERNST, Luísa Giuliani. GOMES, Jefferson de Carvalho. Inteligência Artificial: mesmos problemas, mas na versão Hi-tech. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol. 13, n. 25, p. 333-342, ago/dez, 2021, p. 338. Disponível em: <http://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/404/276>. Acesso em: 29 ago 2022.

<sup>1403</sup> BRASIL. CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Juízo 100% digital**. Disponível em: <https://www.csjt.jus.br/web/csjt/justica-4-0/juizo-100-digital>. Acesso em 21.02.2022.

<sup>1404</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n° 345, de 09/10/2020**. Dispõe sobre o “Juízo 100% digital” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em 21.02.2022.

para buscar a solução destes ainda na fase pré-processual, abrindo o caminho para a utilização do sistema de resolução de conflitos online na Justiça do Trabalho<sup>1405</sup>.

Destacam Carvalho, Gunther e Villatore,

Tendo por inspiração outras experiências de *Online Dispute Resolution*, propõe-se que a Justiça do Trabalho ofereça aos jurisdicionados uma solução que, fazendo uso das tecnologias da informação e de comunicação, permita ao sujeito do conflito a identificação e a compreensão das diversas portas existentes para tratar a questão, apresentando estimativas dos custos financeiros e do tempo esperado para cada uma delas, além de criar condições para que as partes, em um ambiente virtual e sem a necessidade de deslocamentos, construam uma solução adequada. A ideia se alinha à visão de Richard Susskind (2019), no sentido de que os tribunais do futuro devem ser vistos como um serviço ao jurisdicionado, e não como um local para o qual ele deva ir.<sup>1406</sup>

Enquanto a resolução online de disputas permite a solução do conflito previamente ao ingresso no Judiciário, o Juízo 100% digital amplia o acesso à justiça a partir da facilitação digital.

Nesse cenário renasce a possibilidade de efetivação de um jus postulandi online, a exigir um reexame das preconcepções existentes no cenário sócio laboral, no sentido de que a vulnerabilidade econômica do trabalhador o impede de exercer o direito de buscar seus direitos pelos métodos inovadores e muitas vezes mais satisfatórios do que os métodos clássicos ou convencionais. De notar que este mesmo trabalhador, enquanto consumidor, não encontra qualquer dificuldade em buscar a solução das suas mais variadas demandas, tendo a tecnologia por base, quando da prática dos atos corriqueiros da vida civil.

### Considerações Finais

O acesso à justiça, enquanto direito humano fundamental, encontra, no cenário atual das inovações tecnológicas, a possibilidade de garantir, ainda mais, a plena efetivação de todos os demais direitos fundamentais que dele dependem para sua real concretização.

As resoluções de disputa online e o juízo 100% digital representam campo fértil para a retomada de institutos já adormecidos na seara processual trabalhista, a exemplo do jus postulandi como capacidade postulatória da parte em apresentar sua demanda e respectiva

---

<sup>1405</sup> CARVALHO, Luis Fernando Silva de; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. A utilização da *online dispute resolution* – ODR – na fase pré-processual pela Justiça do Trabalho. **Revista do TRT da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 67, n. 104, p. 267-286, jul/dez 2021, p. 272.

<sup>1406</sup> CARVALHO, Luis Fernando Silva de; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. A utilização da *online dispute resolution* – ODR – na fase pré-processual pela Justiça do Trabalho. **Revista do TRT da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 67, n. 104, p. 267-286, jul/dez 2021, p. 274.

defesa diretamente em juízo, sem a intermediação de advogado, visando a celeridade e economia de tempo e recursos financeiros.

Se na seara do direito do consumidor há tempos já se abre um grande espaço para as soluções online de disputa através de mecanismos apresentados pelas próprias corporações, é possível que também no âmbito trabalhista se tenha a possibilidade de o trabalhador vindicar e ver atendidas suas pretensões, ao menos as de menor complexidade, em tempo razoável e a partir de sua própria iniciativa.

A criação de um modelo judicial digital que atenda às demandas da parte mais vulnerável em tempo hábil deve ser o norte a conduzir a postura do operador do direito na concretização dos ditames constitucionais rumo a uma sociedade pautada na colaboração de seus integrantes para a busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais daqueles que deles mais necessitam. Utilizar as ferramentas já existentes, como o é o *jus postulandi*, consubstancia imprimir eficácia na condução desse processo, permitindo a inclusão social por meio da inclusão digital.

### **Referências Bibliográficas**

BASÍLIO, Lincoln dos Santos; SILVA, Rodrigo Fernandes da; MELLO, Roberta Salvático Vaz de; MAIRINK, Carlos Henrique Passos; PUGLIA, Eduardo Henrique Pompeu. A improficiência do *jus postulandi* no âmbito trabalhista quanto ao efetivo acesso à justiça. *Libertas Direito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 1-29, jan/jul 2021. Disponível em: <https://periodicos.famig.edu.br/index.php/direito/article/view/58/57>. Acesso em 14 fev. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 14 set. 2022.

BRASIL. CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Juízo 100% digital. Disponível em: <https://www.csjt.jus.br/web/csjt/justica-4-0/juizo-100-digital>. Acesso em 21.02.2022.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 345, de 09/10/2020. Dispõe sobre o “Juízo 100% digital” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3512>. Acesso em 21.02.2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis Fernando Silva de; GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio César. *A utilização da online dispute resolution – ODR – na fase pré-processual*

pela Justiça do Trabalho. Revista do TRT da 3ª Região. Belo Horizonte, v. 67, n. 104, p. 267-286, jul/dez 2021.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003,

HESSE, Konrad. Significado de los Derechos Fundamentales. In Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de Derecho Constitucional. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

FINCATO, Denise Pires. MARQUES, Igor Adriano Trinta. O Instituto do “Jus Postulandi” e o direito fundamental à igualdade. JNT- Facit Business and Technology Journal. Tocantins, V. 1, n. 38., Págs. 270-284. julho/2022. Disponível em: <https://jnt1.websiteseuro.com/index.php/JNT/article/view/1714>. Acesso em: 26 ago. de 2022.

MIRANDA, Clóvis Messias. BENEVIDES, Rodrigo Pinto. Instituto do Jus Postulandi no Direito do Trabalho e a sua ineficácia no Acesso à Justiça. 2021. 27 f. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Serra/ES, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Serra/ES, 16 jun. 2021.

OSNA, Gustavo. Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution. Revista de la Facultad de Derecho, nº 83, 2019, p. 9-27.

OSNA, Gustavo. Online Dispute Resolucion e “Companhia como Tribunal” – Breves Considerações. Direito, Ambiente & Tecnologia. SARLET, Ingo Wolfgang. RUARO, Regina Linden. LEAL, Augusto Antônio Fontanive (org.). Editora Fundação Fênix. Porto Alegre, 2021, p. 652-662. Disponível em: [https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18807/2/Online Dispute Resoluti on e Companhia como Tribunal Breves Consideraes.pdf](https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/18807/2/Online%20Dispute%20Resoluti%20on%20e%20Companhia%20como%20Tribunal%20Breves%20Consideraes.pdf). Acesso em: 1 set. 2022.

RIBEIRO, Aline Rayane Nascimento; FERREIRA, Abraham Lincoln de Barros. Da inviabilidade do jus postulandi. Várzea Grande, Univag, 2021, p. 8. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/view/1129/1084>. Acesso em: 14 fev. 2023.

SILVA, Homero Batista Mateus da. CLT Comentada. 2ª ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. BERNST, Luísa Giuliani. GOMES, Jefferson de Carvalho. Inteligência Artificial: mesmos problemas, mas na versão Hi-tech. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, vol. 13, n. 25, p. 333-342, ago/dez, 2021. Disponível em: <http://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/404/276>. Acesso em: 29 ago 2022.

# A FRAGILIDADE DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO USO DO RECONHECIMENTO FACIAL E DOS DRONES

Rebeca de Aguiar Pereira Neves<sup>1407</sup>

**Sumário:** 1 Aspectos Introdutórios; 2 Reconhecimento Facial; 2.1 Processo de Reconhecimento Facial; 2.2 Funções do Reconhecimento Facial; 3 Drones; 3.1 Tipos de Operações; 4 Dados Pessoais; 4.1 Conceito; 4.2 Dados Pessoais Sensíveis; 5 Caso Prático: Reconhecimento Facial; 6 Caso Prático: Drones; Considerações Finais; Referências.

**Resumo:** Trata-se de estudo acerca da proteção dos dados pessoais digitais de pessoas naturais, em razão do avanço desenfreado das tecnologias de reconhecimento facial e de drones. Como a tecnologia vem desafiando de todas as formas e em pouco tempo a proteção dos dados pessoais de seu titular, foi editada a Lei Geral de Proteção de Dados, lei brasileira nº 13.709, em 14.08.2018, e o *General Data Protection Regulation* (GDPR), regulação europeia nº 2016/679, de 27.04.2016. As publicações de ambas as leis ocorreram diante da necessidade de se corrigir o constante abuso do uso de dados pessoais de pessoas naturais pelos diversos agentes de tratamento. As leis referenciadas são regramentos jurídicos que tratam sobre o direito de proteção de dados de seu titular, cuja base principiológica é o direito da privacidade previsto nos sistemas jurídicos brasileiro e europeu. Justifica-se o estudo do tema, em razão das entidades que se utilizam do reconhecimento facial e de drones para coletar e armazenar dados pessoais, não estão cumprindo com os ditames que norteiam o princípio da privacidade. Far-se-á uma reflexão acerca das normas estabelecidas pela LGPD e pelo GDPR e das condições de coleta de dados pessoais digitais realizada por reconhecimento facial e drones. O objetivo do estudo é exemplificar duas operações de dados pessoais digitais julgadas pelas Autoridades Nacionais de Proteção de Dados dos países-membros da União Europeia, quais sejam: Itália e Espanha, que identificaram a falta de controle das informações pessoais digitais coletadas pelo reconhecimento facial e pelos drones, onde os agentes de tratamento não cumpriram com os requisitos necessários de proteção de dados pessoais do GDPR. Por conta disso, o estudo terá como base duas operações internacionais que envolvem coleta de dados pessoais digitais por meio do reconhecimento facial e dos drones. Para o desenvolvimento do trabalho se adotou o método hipotético-dedutivo, que parte de um caso hipotético para a busca de soluções com a aplicação da LGPD e do GDPR. Para conclusão é necessário verificar se ambos os ditames legais cumprem o papel de proteger os dados pessoais digitais de determinado titular no momento da utilização de reconhecimento facial e de drones. A conclusão se pauta na ideia de que ambas as tecnologias ao coletarem e tratarem dados pessoais digitais sensíveis devem ser capazes de realizar o tratamento adequado dos dados biométricos de seus titulares.

**Palavras-chave:** reconhecimento facial; drones; dados pessoais digitais sensíveis; LGPD; GDPR.

---

<sup>1407</sup> Advogada. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Positivo, Curitiba-Paraná. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília-Distrito Federal. Endereço eletrônico: rebeca.neves00@gmail.com.

## 1 Aspectos Introdutórios

Nesta pesquisa, discorreu-se sobre a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), com foco nas tecnologias de reconhecimento facial e de drones, não se atendo aos demais aspectos das mencionadas legislações. O problema de pesquisa, analisado no decorrer do texto, consiste em saber se as legislações de proteção de dados pessoais podem contribuir para assegurar o direito fundamental de proteção de dados pessoais de seus titulares no uso das tecnologias de reconhecimento facial e de drones.

Veja-se que as publicações da LGPD e do GDPR ocorreram diante da necessidade de se corrigir o constante abuso no tratamento de dados pessoais pelos agentes de tratamento. Tanto é assim, que os regramentos referenciados são normativos jurídicos que tratam sobre o direito de proteção de dados pessoais de pessoa natural, cuja base principiológica é o direito da privacidade.

Apesar da LGPD e do GDPR regularem as atividades de entidades que armazenam ou tratam os dados pessoais de pessoas naturais em diversos aspectos, o foco da presente pesquisa se restringiu à aplicabilidade da LGPD e do GDPR nas tecnologias de reconhecimento facial e de drones.

O estudo se justifica porque as entidades que se utilizam do reconhecimento facial e de drones para coletar e armazenar dados pessoais de pessoas naturais, não estão cumprindo com os ditames que norteiam o princípio da privacidade.

Nesse viés, far-se-á uma reflexão acerca das normas estabelecidas pela LGPD e pelo GDPR e das condições de coleta de dados pessoais realizada por reconhecimento facial e drones. Veja-se que as Autoridades Nacionais dos países-membros da União Europeia, quais sejam: Itália<sup>1408</sup> e Espanha<sup>1409</sup>, já identificaram em decisões administrativas<sup>1410</sup> a falta de controle das informações pessoais coletadas pelo reconhecimento facial e pelos drones, onde os agentes de tratamento não estavam cumprindo com os requisitos necessários de proteção de dados pessoais da LGPD e do GDPR.

No presente estudo será abordado o reconhecimento facial, os drones, os dados pessoais e casos práticos de aplicação da legislação de proteção de dados pessoais. O primeiro

---

<sup>1408</sup> *GPDP. Garante per la Protezione Dei Dati Personali*. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

<sup>1409</sup> *AEPD. Agencia Española Protección Datos*. Disponível em: <https://www.aepd.es/es>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

<sup>1410</sup> *GDPR. Enforcement Tracker*. Tracked by CMS. Law-Tax-Future. Disponível em: <https://www.enforcementtracker.com/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

tema trata do conceito, do processo e das funções do reconhecimento facial. O segundo tema trata do conceito e alguns tipos de operações dos drones. O terceiro tema trata dos conceitos de dados pessoais e dados pessoais sensíveis. E por fim, o último tema trata de dois casos práticos de violações de dados pessoais na utilização do reconhecimento facial e dos drones.

## 2 Reconhecimento Facial

Com o surgimento de inovações tecnológicas que se utilizam de dados pessoais de pessoas naturais, as empresas tiveram que se adaptar às exigências dos consumidores digitais, assim como assegurar que os seus dados pessoais sejam protegidos nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) ou do Regulamento sobre Proteção de Dados (GDPR).

Neste contexto, cita-se, por oportuno, a tecnologia de reconhecimento facial que identifica automaticamente indivíduos com base em suas feições. Os sistemas de reconhecimento facial podem ser usados para identificar pessoas em fotos, vídeos ou em tempo real. Dita tecnologia é construída com base em uma inteligência artificial, a qual consiste em um mecanismo de aprendizado de máquina. Tal inovação vem crescendo diariamente, tanto no âmbito das empresas privadas, quanto entre as empresas públicas.

Apesar de inúmeros benefícios com a aplicação da tecnologia de reconhecimento facial, as desvantagens de sua aplicação surgem em larga escala. O conjunto de dados pessoais coletados e analisados, por uma inteligência artificial, não estão isentos de falhas operacionais, o que pode ocasionar identificação errônea de indivíduos, levando-se, inclusive, a discriminação de pessoas por suas características físicas.

O reconhecimento facial é uma das categorias mais amplas da tecnologia biométrica. A biometria é um estudo estatístico das características físicas ou comportamentais dos seres humanos. Este instituto inclui todos os processos automatizados usados para reconhecer um indivíduo através da quantificação de características físicas, fisiológicas ou comportamentais, definindo assim, os dados biométricos, que confirmam a identificação de uma pessoa.<sup>1411</sup>

Exemplificando: o rosto de determinada pessoa é analisado em um dispositivo técnico que processa o reconhecimento facial a partir de uma imagem, uma fotografia ou um

---

<sup>1411</sup> **Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement.** Version 1.0. Adopted on 12 May 2022. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-guidelines\\_202205\\_frtlawenforcement\\_en\\_1.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-guidelines_202205_frtlawenforcement_en_1.pdf). Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

vídeo, a qual se intitula de amostra biométrica, extraíndo-se uma representação digital de características deste rosto, que, por sua vez, classifica-se como modelo biométrico.

A amostra biométrica é uma captura por meio de um scanner de imagem nítida e de alta resolução que consegue identificar determinado indivíduo, podendo ser as digitais e ou geometria das mãos, as íris, a retina ou as expressões faciais.

O modelo biométrico é uma representação digital das informações extraídas de uma amostra biométrica e que pode ser armazenado em um banco de dados biométricos. O modelo deve ser único e determinado para cada indivíduo, além de possuir a característica de ser permanente ao longo dos anos.

Vale lembrar que o reconhecimento facial se classifica como tratamento de dado pessoal sensível, o qual demanda proteção especial e específica, pois está inserido no direito fundamental de proteção de dados pessoais do artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal.

## 2.1 Processo de Reconhecimento Facial

Cabe observar que o processo de reconhecimento facial é dividido em três etapas importantes, sendo elas: i) a detecção da face; ii) a extração de características; e iii) o reconhecimento da face. A primeira etapa, qual seja a detecção da face, é caracterizada pela identificação da face em uma imagem digital com base em vários atributos, quais sejam: formato do rosto, olhos, nariz e boca.

A segunda etapa, que diz respeito a extração de características, consiste em extrair as características significativas da face por meio de suas texturas, formas e intensidades.

Por fim, a terceira etapa, referente ao reconhecimento facial, consiste em identificar, em um conjunto de bases de faces produzidas e calculadas por diferentes amostras biométricas, àquela que mais se aproxima da face analisada, levando-se em conta as informações e comparações extraídas da segunda etapa.

Em suma: faz-se necessário para o processo de reconhecimento facial a coleta de imagem facial e sua transformação em um modelo biométrico, para depois comparar este modelo biométrico com outros modelos captados por diferentes amostras biométricas.<sup>1412</sup>

---

<sup>1412</sup> **Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement.** Version 1.0. Adopted on 12 May 2022. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-guidelines\\_202205\\_frtlawenforcement\\_en\\_1.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-guidelines_202205_frtlawenforcement_en_1.pdf). Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

## 2.2 Funções do Reconhecimento Facial

O reconhecimento facial possui duas funções, quais sejam: a autenticação ou a identificação. Ambas fazem a comparação do modelo biométrico coletado com os modelos biométricos disponibilizados na base de dados. Além disso, tanto a autenticação, quanto à identificação, estão relacionadas com dados biométricos vinculados a uma pessoa física identificada ou identificável, ou seja, constitui um dado pessoal sensível de um titular nos termos da LGPD e do GDPR.

A autenticação de um indivíduo é a verificação se uma pessoa realmente é quem afirma ser. Sendo assim, o sistema de reconhecimento facial fará uma comparação com modelos ou amostras biométricas pré-gravadas e disponibilizadas em uma base de dados, com apenas uma única face, com o intuito de verificar se é a mesma pessoa. Ou seja, é uma comparação entre dois modelos biométricos, chamada verificação 1 para 1.

A identificação de um indivíduo tem como objetivo a determinação de uma pessoa entre um banco de dados, um grupo, uma área ou uma imagem. Nesse sentido, o sistema de reconhecimento facial realizará testes em cada face coletada para gerar os modelos biométricos e verificará se corresponde a certa pessoa já determinada pelo sistema. Ou seja, é uma comparação de um modelo biométrico com uma base de dados de modelos e amostras, chamada de identificação de 1 para muitos.

No entanto, nem toda imagem ou vídeo são capazes, tecnicamente, de serem processadas para o reconhecimento facial. Em que pesem as câmeras de vídeo filmem rostos de particulares, isto não quer dizer que possam ser usadas para o reconhecimento automático de um indivíduo. A mesma situação ocorre com uma fotografia simples, onde uma câmera tradicional não é capaz de reconhecer as faces ou dados biométricos de pessoas.

Exemplificando: a detecção de um rosto pelas câmeras inteligentes dos celulares não constitui um sistema de reconhecimento facial; contudo, se esse sistema de detecção for utilizado em conjunto com outros sistemas, capazes de identificar um indivíduo, pode ser considerado uma tecnologia de reconhecimento facial.<sup>1413</sup>

---

<sup>1413</sup> **Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement.** Version 1.0. Adopted on 12 May 2022. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-guidelines\\_202205\\_frtlawenforcement\\_en\\_1.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-guidelines_202205_frtlawenforcement_en_1.pdf). Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

### 3 Drones

Atualmente, os drones são um perigo, haja vista que podem invadir a intimidade das pessoas; contudo, são, também, uma inovação tecnológica que pode auxiliar no desenvolvimento da sociedade. Segundo uma pesquisa realizada pela *Droneii*<sup>1414</sup>, uma empresa alemã especializada em pesquisas na área de tecnologia, a taxa de crescimento anual do mercado de drones no mundo será de 13,8% entre 2020 e 2025. Totalizando uma receita de 22 bilhões de dólares e podendo chegar a 43 bilhões de dólares. Vale ressaltar que o Brasil é o principal mercado de drones na América do Sul, com faturamento anual estimado de 373 milhões de dólares.

Apesar das vantagens para a sociedade mundial, os drones podem acarretar desafios com relação à proteção de dados pessoais de seus titulares, especialmente quando associados às novas tecnologias. Como os novos dispositivos tecnológicos fazem a coleta de dados pessoais de forma permanente e massante, isto dificulta o controle dos dados pessoais. Portanto, a questão principal é como proteger os dados pessoais de seus titulares no momento da utilização de referidos dispositivos tecnológicos.

No Brasil, a regulamentação dos drones é realizada por meio da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e DECEA (Departamento de Controle do Espaço Aéreo). Alguns setores, no território nacional, já utilizam os drones em suas atividades logísticas, comerciais e corporativas, assim como, na vigilância urbana, no agronegócio e na telecomunicação.

O drone pode ser conceituado como um veículo aéreo não tripulado, conhecido, também, como uma aeronave remotamente pilotada, que é controlada nos 3 eixos (lateral, vertical e longitudinal), não sendo necessário piloto embarcado para guiá-lo.

Os drones são constituídos por um GPS e uma câmera de vídeo que capturam dados com câmeras termográficas ou noturnas e transmitem esses dados por dispositivos de WIFI e de Bluetooth. Dessa maneira, deve ser aplicado a lei de proteção de dados pessoais de modo a coibir qualquer tipo de ofensa aos direitos e liberdades fundamentais do titular do dado pessoal coletado.<sup>1415</sup>

Vale lembrar que se os dados pessoais coletados são capazes de identificar faces alheias, trata-se de retenção de dados biométricos de determinado indivíduo, considerado

---

<sup>1414</sup> *Drone. Industry Insights*. Página Inicial. Disponível em: <https://droneii.com/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

<sup>1415</sup> *Drones y Protección de Datos*. AEPD. Agencia Española Protección Datos. Disponível em: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-drones.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

pela LGPD e pelo GDPR como um dado pessoal sensível. Sendo um dado pessoal sensível deve ser, obrigatoriamente, protegido por quem o tenha coletado, pois a proteção de dados pessoais é um direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal.

### 3.1 Tipos de Operações

As operações realizadas por drones podem ser classificadas em duas categorias conforme sua finalidade.

A primeira categoria se refere às operações em que se opera o tratamento de dados pessoais de pessoas naturais, como, por exemplo, no caso de vigilância por vídeo com a finalidade de identificação de pessoas.

Neste viés, as operações da primeira categoria devem estar de acordo com o regramento de proteção de dados pessoais (no caso LGPD ou GDPR). Ressalta-se, ainda, a importância de se esclarecer aos titulares dos dados pessoais acerca do tipo de tratamento que se realizará, adotando medidas de segurança adequadas para a privacidade dos dados tratados.

Por sua vez, a segunda categoria consiste nas operações, cuja finalidade não é *a priori* o tratamento de dados pessoais, como, por exemplo, levantamentos topográficos, inspeção de terreno rural, serviços de fotógrafo e videomaker. No entanto, pondera-se que os dados captados, no momento da utilização destas tecnologias, devem cumprir com os direitos de proteção de dados pessoais e de privacidade de seus titulares.

Exemplificando: a inspeção de terreno rural, realizada por meio de drones, podem captar dados pessoais como consequência de sua filmagem, mesmo que o objetivo da inspeção não seja a coleta destes dados. Sendo assim, é imperioso adotar medidas de proteção, como por exemplo: realizar as inspeções em horário de pouco movimento, reduzir o campo de visão da câmera do drone ao mínimo necessário para o seu funcionamento ou ajustar a qualidade da imagem para evitar a identificação de pessoas.

Caso os drones, da segunda categoria, sejam usados para uso particular, sem fins econômicos, com sistemas de localização e imagem e capacidade de armazenamento de dados pessoais, não incidem na aplicação da LGPD, conforme o artigo 4º, inciso I<sup>1416</sup>.

---

<sup>1416</sup> Art. 4º: Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais: I - realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos.

Neste contexto, recomenda-se que os drones recreativos utilizem o processamento da anonimização<sup>1417</sup> para os dados captados por imagens e ou vídeos, evitando a identificação de qualquer indivíduo.<sup>1418</sup>

## 4 Dados Pessoais

A ideia aqui é trazer o conceito de dados pessoais e dados pessoais sensíveis de forma a demonstrar a relação que estes possuem com as novas tecnologias e inovações mencionadas anteriormente, quais sejam: reconhecimento facial e drones.

### 4.1 Conceito

Iniciando-se pelo artigo 5º, inciso I<sup>1419</sup>, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), extrai-se o conceito de dados pessoais, o qual consiste nas informações relacionadas à pessoa natural identificada ou identificável.

De acordo com a inteligência do artigo mencionado, informações como: nome, CPF, RG, número de passaporte, estado civil, endereço, profissão e título de eleitor, são exemplos de dados pessoais de pessoa natural.

Importante destacar que o conceito de dados pessoais, referenciada na LGPD, adotou uma definição expansionista; isto é, qualquer informação que tenha o potencial de individualizar a pessoa identificável deve ser considerada como um dado pessoal.

Por oportuno, como a edição da LGPD foi inspirada no *General Data Protection Regulation* (GDPR), traz-se à lume o artigo 4º, 1, do referido regulamento, o qual define o que são dados pessoais no âmbito do território europeu, a saber:

«Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular;

---

<sup>1417</sup> Art. 5º: Para os fins desta Lei, considera-se: XI - anonimização: utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo.

<sup>1418</sup> **Drones y Protección de Datos.** AEPD. Agencia Española Protección Datos. Disponível em: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-drones.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

<sup>1419</sup> Art. 5º: Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

Da leitura do dispositivo supra, verifica-se que a conceituação de dados pessoais adotada pela LGPD é a mesma definida no GDPR, qual seja: são informações relativas a uma pessoa natural identificada ou identificável.

Contudo, de forma mais abrangente do que a LGPD, o GDPR esclarece que pessoa natural identificável seria a que pode ser identificada, direta ou indiretamente, por referência a uma determinada informação, no caso: nome, número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrônica, elementos de identificação física, fisiológica, genética, mental, econômica, cultural ou social.

Como as legislações citadas, LGPD e GDPR, tratam do mesmo assunto, no caso proteção ao direito de privacidade do titular de dados pessoais, nada obsta que se adote o conceito de pessoa natural identificável do regulamento europeu no âmbito do território nacional.

#### **4.2 Dados Pessoais Sensíveis**

Para o conceito de dados pessoais sensíveis, o qual consiste em uma classificação especial de dados pessoais, transcreve-se, abaixo, o artigo 5º, inciso II, da LGPD, senão, veja-se:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

O mencionado dispositivo define o que são dados pessoais sensíveis, sendo eles: os dados pessoais que se referem à origem racial ou étnica, religiosidade, filosofia, política, filiação a diferentes organizações, dados de saúde, vida sexual, dado genético, biométrico de determinada pessoa natural.

Referida classificação especial se justifica pelo fato de que os dados pessoais sensíveis, ao serem tratados, podem incorrer em discriminação, por exemplo: quando se avalia a convicção religiosa ou opinião política ou quando se analisa dados genéticos e ou biométricos.

Portanto, os dados pessoais sensíveis, quando submetidos a determinado tratamento, apresentam maior vulnerabilidade do que os dados pessoais, pois aumentam o risco de violação dos direitos fundamentais de seus respectivos titulares.

Por sua vez, o GDPR não definiu o conceito de dados pessoais sensíveis; considera, apenas, como uma categoria especial de dados pessoais, nos termos de seu artigo 9º, 1, ao mencionar sobre o tratamento de categorias especiais de dados pessoais:

1. É proibido o tratamento de dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa.

Para melhor entendimento do referido artigo, o GDPR em seu artigo 4º, definiu o que são dados genéticos, biométricos e referentes à saúde, a saber:

13. «Dados genéticos», os dados pessoais relativos às características genéticas, hereditárias ou adquiridas, de uma pessoa singular que deem informações únicas sobre a fisiologia ou a saúde dessa pessoa singular e que resulta designadamente de uma análise de uma amostra biológica proveniente da pessoa singular em causa;  
14. «Dados biométricos», dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular que permitam ou confirmem a identificação única dessa pessoa singular, nomeadamente imagens faciais ou dados dactiloscópicos;  
15. «Dados relativos à saúde», dados pessoais relacionados com a saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, que revelem informações sobre o seu estado de saúde;

Entende-se pelo referido artigo que os dados genéticos são dados pessoais relacionados com características genéticas, hereditárias ou adquiridas de uma pessoa singular. Veja-se que os dados biométricos são dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular. E por fim, conceitualiza-se os dados pessoais relativos à saúde, como sendo os dados referentes à saúde física ou mental de uma pessoa singular, incluindo a prestação de serviços de saúde, os quais revelam informações sobre o seu estado de saúde.

Cita-se, por oportuno, que o reconhecimento facial e os drones coletam dados pessoais sensíveis, os quais são tratados no momento em que se realiza a análise de traços faciais ou imagens com o auxílio de aplicativos de celular ou de um sistema operacional de reconhecimento de dados biométricos.

## **5 Caso Prático: Reconhecimento Facial**

Trata-se de caso fático analisado pela Autoridade Italiana de Proteção de Dados (Garante), sob o número 9751362<sup>1420</sup> (Ordem de liminar contra *Clearview AI* - 10 de fevereiro

---

<sup>1420</sup> 9751362 (Ordem de liminar contra *Clearview AI* - 10 de fevereiro de 2022). Disponível em: <https://etid.link/ETid-1098>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

de 2022), tendo como ré a empresa norte-americana *Clearview AI Inc.* O processo teve origem em uma investigação preliminar, iniciada ex officio pela Garante, em razão da publicação de reportagens pela imprensa local, apontando problemas da ré com relação ao seu produto *Clearview* de reconhecimento facial, especialmente com relação ao cumprimento dos princípios gerais de proteção de dados.

Em defesa, a empresa americana argumentou que o Regulamento (UE) 2016/679 GDPR não é aplicável ao seu caso, posto que não opera com os estados-membros da União Europeia e nem monitora o comportamento de seus consumidores. Acrescenta, ainda, que não há fundamentação legal para a abertura de processo administrativo, pois não tem sua sede na Itália e tampouco opera naquele país.

Além disso, a ré declarou que não ofereceu seus serviços na Itália, já que a sua plataforma bloqueia o acesso de qualquer endereço de IP italiano. Esclareceu, também, que não realiza qualquer tipo de monitoramento dos cidadãos italianos nos termos do artigo 3º, § 2, b)<sup>1421</sup>, do GDPR. Informou, ainda, que sua lista de dados não contém clientes italianos, razão pela qual deve ser rechaçado a aplicação do GDPR.

Em suma: a ré não monitora de forma contínua e persistente os consumidores italianos.

Além disso, a empresa norte-americana não coleta, nem fornece, qualquer informação sobre a localização, histórico do navegador, atividade comercial ou comportamento da pessoa singular objeto da pesquisa.

Melhor esclarecendo: o produto criado pela *Clearview* é um mecanismo de busca de reconhecimento facial, onde a empresa coleta, por meio de técnicas de *web scraping*, imagens de redes sociais, blogs e, em geral, de sites que contenham fotos acessíveis ao público, como também de vídeos disponíveis online. As imagens coletadas são processadas com técnicas biométricas para extrair as características identificadoras e transformá-las em "representações vetoriais".

Essas representações, compostas por 512 vetores, que traçam as diferentes linhas faciais de um rosto, são posteriormente criptografadas para fins de indexação do banco de dados e posterior pesquisa. A Empresa, portanto, cria modelos biométricos que, na fase de pesquisa, são submetidos à comparação com a amostra pesquisada, gerando um processo de

---

<sup>1421</sup> Art. 3º, § 2º, b): O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais de titulares residentes no território da União, efetuado por um responsável pelo tratamento ou subcontratante não estabelecido na União, quando as atividades de tratamento estejam relacionadas com: b) O controlo do seu comportamento, desde que esse comportamento tenha lugar na União.

verificação de 1 para muitos. O identificador único de cada imagem facilita, como mencionado, a indexação e posterior pesquisa.

A imagem coletada pela empresa permanece no seu banco de dados, mesmo no caso de a foto original, ou a página da web de referência, venham a ser, posteriormente, removidas ou privatizadas.

Em contrapartida, a Autoridade Italiana de Proteção de Dados afirmou violação ao artigo 5º, do Regulamento, por não cumprir os princípios da transparência, da limitação da finalidade e da conservação no tratamento dos dados pessoais. Os titulares não tiveram contato com a empresa, não foram informados diretamente da atividade desenvolvida pela mesma e não foram destinatários de qualquer informação, mesmo por consulta ao site da *Clearview*.

No que diz respeito ao conteúdo do artigo 6º, do GDPR, cabe ressaltar que a empresa americana não obteve o consentimento dos titulares dos dados pessoais e não fundamentou a sua defesa em qualquer uma das bases legais válidas para o tratamento de dados pessoais.

Destaca-se, ainda, que o tratamento instituído pela *Clearview* não se limita a uma simples coleta de dados, mas consiste em um tratamento de dados que transforma as imagens coletadas em "dados biométricos" e, portanto, sujeitas ao artigo 9º, do Regulamento.

Nesse panorama, a Garante condenou a ré em vinte milhões de euros, em razão da ilicitude do tratamento de dados pessoais efetuado pela empresa, em violação aos artigos 5º, § 1, a), b), e), 6º, 9º, 12, 13, 14, 15 e 27 do GDPR.

## 6 Caso Prático: Drones

Trata-se de caso fático analisado pela Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD), numerado sob o Expediente nº PS/00313/2021<sup>1422</sup> (*Resolución de Procedimiento Sancionador*), tendo como reclamante a Sra. AAAA e como reclamada a empresa FLY FUT, SL, inscrita sob o número CIFB87949400. O caso teve origem a partir da interposição de reclamação, proposta pela mãe de uma jogadora de futebol, menor de idade, integrante da equipe de futebol municipal da Câmara Municipal, a qual está vinculada à *Real Federación de Fútbol de Madrid* (aqui referenciada como Federação). A reclamante alega violação ao artigo 6º, 1, do Regulamento (UE) 2016/679 GDPR, pois, sem seu consentimento, sua filha foi gravada, por meio de drones, durante uma partida de futebol, por empresa vinculada à *Real*

---

<sup>1422</sup> Expediente nº PS/00313/2021. Disponível em: <https://etid.link/ETid-1249>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

*Federación de Fútbol de Madrid* (Federação). A empresa, responsável pela filmagem da filha da reclamante, após o processamento das imagens coletadas, disponibilizou a gravação para todos os integrantes do clube municipal, em seu circuito interno, sem qualquer informação de sua finalidade.

Em sua defesa, a reclamada apresentou documento, devidamente referendado pela Federação, no qual comprova que houve o aviso aos integrantes do clube municipal, de que a filmagem a ser realizada estaria de acordo com o Regulamento (UE) 2016/679 GDPR e com a Lei Orgânica 3/2018. Dito documento foi fixado em todas as entradas dos campos de futebol do clube municipal.

A reclamada esclareceu, ainda, que foi contratada para efetuar a filmagem da equipe de futebol pela maioria dos pais das jogadoras de futebol integrantes da equipe municipal, razão pela qual o tratamento dos dados coletados tem como base a legitimidade da execução de um contrato, sendo dispensável a necessidade de consentimento de seus responsáveis.

Da análise dos fatos e documentos comprobatórios dos autos, extrai-se o que segue.

De acordo com o contrato assinado entre a reclamada e a *Real Federación de Fútbol de Madrid*, datado de 26/11/2020, houve a contratação de serviços de filmagem, por meio de drones, dos jogos que o clube municipal viesse a participar, senão, veja-se:

“la autorización por parte de la Federación de que el reclamado pueda contactar con los clubes y/o asociaciones deportivas adscritas a la Federación que participen en las competiciones oficiales celebradas por la Federación para la venta de sus servicios. Fly Fut ofrecerá a los clubes y /o asociaciones deportivas adscritas a la Federación un servicio de grabación de partidos con dron. Estos partidos se entregarán a los suscriptores a través de nuestra aplicación móvil en dos formatos: -Video resumen: ... -Partido completo...”.

No contrato acima citado, também foi estabelecido que as partes não seriam os processadores de dados da outra parte, uma vez que cada uma das partes seria responsável pelo seu próprio tratamento de dados.

Do contrato de convênio para captação de imagens na sede da *Real Federación de Fútbol de Madrid*, firmado entre reclamada e Federação, consta a seguinte cláusula, a saber:

“Tras un acuerdo entre la RFMF y el reclamado y con el fin de poder dar un mejor servicio a las ligas de fútbol y a los jugadores participantes en las ligas federativas organizadas por la RFMF, el reclamado hará grabación audiovisual de los partidos de fútbol, toma de imágenes (foto y video) a través de tecnología dron. En caso de grabar a alguien que no haya cedido sus derechos previamente, el reclamado se compromete a pixelar o cortar dicha grabación y se hace responsable ante cualquier reclamación de cualquier particular en este ámbito”.

Veja-se que, no trecho acima, a reclamada assume a responsabilidade pelo tratamento dos dados por ela coletados. A referida informação foi reproduzida em cartazes, tendo sido esses espalhados em todas as instalações em que houveram partidas de futebol. Sendo assim, a empresa reclamada se comprometeu, de forma prévia e expressa, a efetuar cortes nas gravações nas quais aparecessem imagens de interessados que não haviam prestado seu consentimento à reclamada.

Acrescente-se, ainda, que a reclamada não comprovou a sua alegação de que a filmagem havia sido contratada pela maioria dos pais das jogadoras de futebol integrantes da equipe municipal e nem demonstrou que houve consentimento dos pais para efetuar as gravações e posteriormente divulgação em aplicativo do clube.

Por sua vez, a Câmara Municipal informou que não autorizou qualquer gravação com drones no campo de futebol e que não firmou nenhum contrato com a empresa reclamada para a gravação das partidas. Em contrapartida, a *Real Federación de Fútbol de Madrid* manifestou, em defesa da reclamada, que enviou um e-mail explicativo sobre o serviço de gravações das partidas.

Nesse panorama, após análise dos elementos comprobatórios dos autos, a AEPD condenou a ré em três mil euros, em razão da violação do artigo 6º, 1, do GDPR, tipificada no artigo 83, 5, a), do GDPR, por tratar os dados pessoais das jogadoras (menores de idade) do clube municipal sem o devido consentimento ou qualquer tipo de autorização de seus responsáveis que pudesse legitimar a filmagem realizada por meio de drones e posterior divulgação em aplicativo do clube em que seus integrantes acessam livremente.

### **Considerações Finais**

Com base na pesquisa acima e levando-se em conta que o reconhecimento facial e os drones coletam e armazenam dados pessoais sensíveis de pessoas naturais no momento de sua utilização, faz-se as seguintes observações.

O reconhecimento facial, por meio de processos automatizados, realiza o reconhecimento de determinado indivíduo através da quantificação de características físicas, fisiológicas ou comportamentais, as quais são capazes de confirmar os dados biométricos de determinada pessoa.

Desta maneira, quando os drones captam imagens, por meio de suas câmeras, identificando determinada pessoa, trata-se de retenção de dados biométricos, considerados pela LGPD e pelo GDPR, como um dado pessoal sensível.

Veja-se que o dado pessoal sensível deve ser protegido por quem o tenha coletado, pois a proteção de dados pessoais é um direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal.

O conceito de dado pessoal está previsto no artigo 5º, I, da LGPD e no artigo 4º, 1, do GDPR, sendo ambos idênticos, qual seja: qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

Por sua vez, o conceito de dados pessoais sensíveis foi inserido no artigo 5º, II, da LGPD, no qual se definiu como sendo os dados pessoais que se referem à origem racial ou étnica, religiosidade, filosofia, política, filiação a diferentes organizações, dados de saúde, vida sexual, dado genético, biométrico de determinada pessoa natural. O GDPR não definiu o conceito de dados pessoais sensíveis, considerando apenas como uma categoria especial de dados pessoais, nos termos de seu artigo 9º, 1.

A definição de dados biométricos encontra-se no artigo 4º, do GDPR, tendo sido definido como os dados pessoais resultantes de um tratamento técnico específico relativo às características físicas, fisiológicas ou comportamentais de uma pessoa singular.

Nesse viés, quando o reconhecimento facial e os drones coletam dados para a análise de traços faciais ou para a identificação de um dado biométrico, tem-se a hipótese de tratamento de um dado pessoal sensível.

Destacou-se, no presente estudo, casos fáticos, relativos a dados pessoais sensíveis, nos quais as Autoridades Nacionais de Proteção de Dados da Itália e da Espanha, respectivamente, Garante e AEPD, identificaram, por meio de decisões administrativas, a falta de controle das informações pessoais coletadas pelo reconhecimento facial e pelos drones nos termos do GDPR.

De acordo com as decisões citadas, a coleta de dados pessoais, por meio do reconhecimento facial e dos drones, não estavam de acordo com os requisitos de proteção de dados pessoais estabelecidos pelo GDPR. A ausência da proteção dos dados pessoais culminou em condenações pela falta de licitude do tratamento de dados pessoais e pela falta de legitimação e consentimento dos titulares dos respectivos dados.

Ressalta-se, portanto, a importância de se esclarecer aos titulares dos dados pessoais acerca do tipo de tratamento de dados que se realizará, adotando medidas de proteção e segurança adequadas para a privacidade dos dados pessoais tratados. Cumprir com os regramentos jurídicos de proteção de dados pessoais auxilia na utilização das tecnologias de

reconhecimento facial e de drones, além de garantir o direito fundamental de proteção de dados pessoais de seu titular.

### **Referências Bibliográficas**

9751362 (Ordem de liminar contra Clearview AI - 10 de fevereiro de 2022). Disponível em: <https://etid.link/ETid-1098>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

AEPD. Agencia Española Protección Datos. Disponível em: <https://www.aepd.es/es>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Drone. Industry Insights. Página Inicial. Disponível em: <https://droneii.com/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

Drones y Protección de Datos. AEPD. Agencia Española Protección Datos. Disponível em: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-drones.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

EU General Data Protection Regulation (GDPR) An Implementation and Compliance Guide. 3.ed. Cambridgeshire: It Governance Privacy Team, 2019.

Expediente nº PS/00313/2021. Disponível em: <https://etid.link/ETid-1249>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

GPDP. Garante per la Protezione Dei Dati Personali. Disponível em: <https://www.garanteprivacy.it/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

GDPR. Enforcement Tracker. Tracked by CMS. Law-Tax-Future. Disponível em: <https://www.enforcementtracker.com/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement. Version 1.0. Adopted on 12 May 2022. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-guidelines\\_202205\\_frtlawenforcement\\_en\\_1.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-guidelines_202205_frtlawenforcement_en_1.pdf). Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

Kaspersky. Página Inicial. Disponível em: <https://www.kaspersky.com.br/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. Comentários ao GDPR. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://gdprinfo.eu/pt-pt>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2023.

# ALBERT CAMUS E O ABSURDO DA CRISE MIGRATÓRIA EUROPEIA

## Albert Camus and the absurdity of the european migratory crisis

Roberta Silva dos Reis Simões<sup>1423</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O absurdismo de Albert Camus; 3. Breve análise da proteção internacional do Direito a vida; 4. O absurdo: da crise migratória no mar mediterrâneo; Considerações Finais.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise sobre a obra o Estrangeiro de Albert Camus frente a questão da crise migratória no mar mediterrâneo e seus impactos xenofóbicos na União Europeia. Ao assistir a morte de milhares de migrantes que, buscando fugir da guerra e da fome se lançam nos mares tentando chegar na Europa, os presidentes e primeiros-ministros assistem atônitos junto a população europeia, sem definir se o que importa é proteger a economia e padrão de vida europeus que precisariam arcar com os custos de abrigar os recém chegados ou aceitar com relativa indiferença a morte dos migrantes sem nome no mar. Desse modo, parodiando Camus, este artigo se propõe a refletir se a contemporaneidade deve ser acusada de insensibilidade pela morte dos imigrantes no mar ou por privilegiar questões puramente econômicas frente ao direito fundamental a vida. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica fundamentada em uma revisão da doutrina sobre direitos fundamentais e coletânea de matérias e pesquisas sobre a questão migratória. Por fim, o trabalho conclui que longe de ter uma resposta pronta para tal equação, o mais importante é superar pensamentos puramente xenofóbicos e evitar a busca de soluções voltadas puramente a extremismos econômicos ou políticos.

**Palavras-chave:** Albert Camus. Crise migratória. Europa.

**Abstract:** The purpose of this article is to make an analysis of the work The Stranger by Albert Camus on the issue of the migratory crisis in the Mediterranean Sea and its xenophobic impacts in the European Union. Watching the death of thousands of migrants who, seeking to escape war and hunger, launch themselves into the seas trying to reach Europe, the presidents and prime ministers watch in amazement among the European population, without defining whether what matters is to protect the economy and European standard of living that would have to bear the costs of housing the newcomers or accept with relative indifference the death of nameless migrants at sea. Thus, parodying Camus, this article aims to reflect on whether contemporaneity should be accused of insensitivity by the death of immigrants at sea or by privileging purely economic issues in face of the fundamental right to life. To this end, a bibliographic search was conducted based on a review of the doctrine on fundamental rights and a collection of articles and research on the migratory issue. Finally, the work concludes that far from having a ready answer to such an equation, the most important thing is to overcome purely xenophobic thoughts and avoid the search for solutions focused purely on economic or political extremism.

**Keywords:** Albert Camus. Migrant crises. Europe.

---

<sup>1423</sup> Doutoranda em Direito na ITE/BAURU-SP, Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa, Professora de cursos de Graduação e Especialização de disciplinas da área jurídica e Coordenadora de Convênios da Universidade Estadual do Maranhão. [roberta\_sdr@hotmail.com]

## 1. Introdução

Somos insensíveis ao que nos convém. Seria impossível iniciar o presente artigo sem propor uma pequena homenagem a Albert Camus com uma frase que inicie a ideia que perpassará por todo este artigo. Afinal, Meursault é acusado de insensibilidade pela morte da mãe ou por ter assassinado um homem? Este é o centro da questão que Albert Camus apresenta em “O Estrangeiro”, livro publicado na França, em 1942.

Entretanto, a atual problemática migratória na Europa nos mostra que outro questionamento relevante pode ser feito: devemos ser acusados de insensibilidade pela morte dos migrantes no mar mediterrâneo ou por privilegiar questões puramente econômicas frente ao direito fundamental à vida?

Quando assistimos a morte de milhares de migrantes que, buscando fugir da guerra e da fome se lançam nos mares tentando chegar à Europa, continuamos sem saber se o que importa é proteger a economia e padrão de vida europeus que precisariam arcar com os custos de abrigar os recém chegados ou a tranquilidade com que assistimos a morte dos migrantes sem nome no mar.

Provenientes de diversos países, os viajantes se aventuram em busca do sonho europeu em embarcações que muitas vezes não passam de carcaças acopladas a motores muito rudimentares, alguns de carros, outros de motos, que trazem, geralmente, três dezenas de pessoas por vez. São migrantes ilegais? Refugiados? O mais importante é o nome a ser dado ou tal conceituação se esvai nas águas do Mediterrâneo?<sup>1424</sup> Nos próximos capítulos serão aprofundadas estas e outras questões.

## 2. O absurdismo de Albert Camus

L'Étranger, The Stranger ou em português O Estrangeiro, é o mais famoso romance do escritor Albert Camus. A obra lançada em 1942 faz parte do "ciclo do absurdo" de Camus, trilogia composta por uma peça de teatro (Calígula), um romance (L'Étranger) e um ensaio (Le mythe de Sisyphe - O mito de Sísifo) que apresentam o aspecto primordial de sua base filosófica: o absurdo.

---

<sup>1424</sup> MAIA, Ana Marques. *A “grande mentira que é a venda do destino Europa”*. In: Revista Público, Set/2018. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/09/30/p3/fotogaleria/a-grande-mentira-que-e-a-venda-do-destino-europa-390212>>. Acesso em: 15 dez 2022.

A obra se inicia com o recebimento, pelo protagonista Meursault, de um telegrama lhe comunicando a morte de sua mãe, cujo enterro seria no dia seguinte. Desse modo, ele viaja ao asilo onde ela residia e participa da cerimônia fúnebre, sem, contudo, demonstrar qualquer emoção, não sendo perceptível sua afetação pelo acontecimento. O romance delinea-se, apresentando os acontecimentos seguintes do cotidiano de Meursault que fica amigo de um dos seus vizinhos, Raymond Sintes, um proxeneta. Ele auxilia Raymond a terminar com uma das suas namoradas, de origem árabe. Posteriormente, Meursault e seu novo amigo, confrontam o irmão da sua antiga amante, o árabe, em uma praia e Raymond termina ferido após uma briga com facas. Depois deste acontecimento, Meursault retorna à praia e, após um desatino supostamente induzido pelo calor e pela luz forte do sol, atira uma vez no árabe causando sua morte e depois desfere mais quatro tiros no corpo já inexpressivo.

Assim, no prosseguir da obra, durante o julgamento, a acusação perpassa mais no fato de Meursault não ter chorado no funeral da sua mãe, do que propriamente no crime cometido por ele na praia. O assassinato do árabe é, em tese, menos grave ou importante do que o comportamento de Meursault, bem como se ele seria capaz ou não de sentir remorsos, sob o argumento que, se Meursault não sente remorso, deve ser considerado um misantropo perigoso e consequentemente executado para prevenir que repita os seus ilícitos, se tornando em um exemplo para sociedade.

Destarte, a obra “O Estrangeiro” está incluída na teoria filosófica do absurdo de Albert Camus, bem como os demais livros que compõem a denominada "trilogia do absurdo". Apesar de alguns leitores acreditarem que Meursault vivia pelas regras dos existencialistas, principalmente após sua tomada de consciência final, Camus recusava o rótulo de existencialista, acreditando em um mundo absurdo, mas supunha que o existencialismo era uma filosofia completa, uma visão do mundo com ideias cuja importância reconhecia, mas não partilhava completamente<sup>1425</sup>.

Camus apresenta o universo como substancialmente sem sentido e assim, o único modo de chegar a um significado ou propósito é criar um sozinho. Por conseguinte, é o indivíduo e não o ato que dá significação a um determinado contexto.

---

<sup>1425</sup> BINDA, Angela. A indiferença e o Sol... Meursault, O herói absurdo em O Estrangeiro de Albert Camus. Vitória: EDUFES, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/854/1/Livro%20edufes%20A%20indiferen%C3%A7a%20e%20o%20sol%20Meursault%2C%20o%20her%C3%B3i%20absurdo%20em%20O%20Estrangeiro%20de%20Albert%20Camus.pdf>> Acesso em: 16 dez. 2020, p. 31.

No livro “O mito de Sísifo”, Camus<sup>1426</sup> narra ser o absurdo o enfrentamento entre fatos e ideias inconciliáveis, certo que, quanto maior a proporção das ideias ou fatos que se confrontam, maior a noção de absurdidade. Logo, o fundamento do absurdo não está separadamente no homem ou no mundo, mas na sua existência. Está encontrado na opressão. Sempre que homem e sua vontade existirem, existirá o absurdo do mundo. É uma condição sine qua non. Ele se dá do confronto entre o anseio por clareza do homem e sua incapacidade de entender e compreender o mundo. A existência finita do homem e o universo ininteligível. Mersault revela esta contradição no transcorrer do romance através de seu raciocínio e ações.

A questão vital para Camus é a de como o homem pode encontrar sentido na sua vida em um universo absurdo, onde ele se torna perfeitamente consciente que sua existência não possui nenhum significado ou valor objetivamente apresentado. Camus busca retorquir esta ideia ao procurar uma verdade na qual o homem possa crer e pautar a sua vida sem significado. O único ponto incontestável é a certeza que não pode haver absurdo fora de um espírito humano. Desse modo, assim como tudo, o absurdo se encerra com a morte. Mas também não deve existir absurdo além deste mundo. E é com esse critério elementar que Camus julga que a noção de absurdo é essencial e que ela pode figurar como a primeira das suas verdades<sup>1427</sup>.

Sartre faz sua ponderação sobre o absurdo, conforme o significado proposto na produção de Camus<sup>1428</sup>.

O absurdo primeiro manifesta antes de tudo um divórcio: o divórcio entre as aspirações do homem para a unidade e o dualismo insuperável do espírito e da natureza, entre o impulso do homem para o eterno e o caráter finito da sua existência, entre a “preocupação” que é a sua própria essência e a inutilidade dos seus esforços. A morte, o pluralismo irredutível das verdades e dos seres, a ininteligibilidade do real, o acaso, eis os polos do absurdo!<sup>1429</sup>.

Em vista disso, o homem deve buscar preservar o que julga ser verdadeiro e realizar o que, segundo Camus, é seu único papel em um mundo absurdo: viver, ter consciência de sua vida, de sua revolta e de sua liberdade.

---

<sup>1426</sup> CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989, p. 48-49.

<sup>1427</sup> CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989, p. 49.

<sup>1428</sup> SAMPAIO, Leandson Vasconcelos. Jean-Paul Sartre e a “Explicação de O Estrangeiro” de Albert Camus. In: Revista Lampejo, n. 9, semestre 1, 2016. p. 155-167. Disponível em: <[http://revistalampejo.apoenafilosofia.org/edicoes/edicao-9/09\\_Jean-Paul\\_Sartre.pdf](http://revistalampejo.apoenafilosofia.org/edicoes/edicao-9/09_Jean-Paul_Sartre.pdf)> Acesso em: 02 jan. 2023, p. 155-167.

<sup>1429</sup> SARTRE, Jean-Paul. Situações I. Lisboa: Publicações Europa-América, 1968, p.88.

### 3. Breve análise da proteção internacional do direito à vida

Pois bem, se Albert Camus defende que o único papel que um indivíduo pode possuir em um universo absurdo é viver, tendo absoluta consciência de sua liberdade, no que consiste este direito à vida?

O direito à vida é o principal direito garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção, sendo este o mais importante, já que sem ele os demais perderiam seu sentido. Na conceituação de Moraes:<sup>1430</sup> “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais”.

Todavia, o direito à vida não se restringe apenas a viver, mas fazê-lo com dignidade, com o mínimo de cidadania, com qualidade de vida, com liberdades, prazeres, alegrias, integridade moral e física, privacidade, dentre outros.

Para que se compreenda melhor o processo histórico da positivação do direito à vida, é importante observar que o valor da vida sofreu profundas alterações em seu entendimento no decorrer dos séculos.

Exemplo disto é que na Babilônia do ano de 1780 a.C., momento que vigorava a Lei do Talião, expressa no Código de Hamurabi, havia o famoso preceito: “olho por olho, dente por dente”, o que significava que qualquer crime cometido seria punido com o mesmo dano que causara, tornando o indivíduo passível de tortura e até mesmo pagando o delito cometido com a própria vida.<sup>1431</sup>

Já o respeito à vida humana em Roma era assegurado apenas para os seus cidadãos, o que excluía, naquela época, mulheres, estrangeiros e crianças. Não se pode olvidar, ainda, que eram realizados espetáculos em arenas, com foco nas lutas dos gladiadores, onde vidas eram mutiladas e perdidas em meio a aplausos do público. Só em 450 a.C., foi elaborada a famosa Lei das Doze Tábuas<sup>1432</sup>, que assegurava aos plebeus uma maior participação política e com isso, também, a conquista no que se refere direito à vida.

---

<sup>1430</sup> MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 30.

<sup>1431</sup> MEISTER, Mauro Fernando. Olho por Olho: A Lei de Talião no Contexto Bíblico. In: Fides Reformata XII, n. 1, 2007. p. 57-71. Disponível em: <<https://cpaj.mackenzie.br/wp-content/uploads/2018/11/3-Olho-por-olho-a-lei-de-Tali%C3%A3o-no-contexto-b%C3%ADblico-Mauro-Fernando-Meister.pdf>> Acesso em: 19 dez. 2022, p. 57-71.

<sup>1432</sup> GUIMARÃES, Affonso Paulo. Noções de Direito Romano. Porto Alegre: Síntese, 1999.

Na concepção de Sarlet<sup>1433</sup>: “A doutrina estóica greco-romana e do cristianismo, surge a doutrina de que a imagem do homem é semelhante da de Deus, contudo, deu início à uma ideia de igualdade a todos os homens. Foi na idade média o marco importante para o reconhecimento do valor à vida”.

Prosseguindo, temos o surgimento do primeiro documento chamado Magna Carta, de 1215, que limitou a autoridade da nobreza, pelas mãos do João Sem Terra, na Inglaterra, que nesta carta em seus respectivos artigos 39 e 40 estavam os primeiros direitos fundamentais.

Art. 39 - Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser pelo julgamento legal de seus pares, ou pela lei da terra. Art. 40 – A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça.<sup>1434</sup>

Depois deste marco, a direito à vida foi sendo progressivamente consolidado. Em um salto no tempo, na cultura ocidental, o século XX foi marcado por guerras, mas também se referiu ao período em que os direitos humanos adquiriram seu maior destaque. Na primeira metade do século, as duas Grandes Guerras Mundiais reverberaram as relações internacionais, trazendo uma nova disposição no campo dos direitos e da ética, em razão da tênue linha entre viver e morrer, sendo que o período entre 1914 e 1991 foi tão breve e conturbado que Hobsbawm<sup>1435</sup> o denominou de o “Breve Século XX”.

Assim, diante da necessidade de se evitarem novas ameaças e prejuízos à vida das pessoas, as nações ocidentais buscaram uma composição, a nível mundial, buscando universalizar a proteção da vida humana.

O primeiro registro sobre a universalização de direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 1948, cujo teor apresenta o direito à vida como um elemento inerente à condição humana e enunciava o respeito à dignidade humana como valor essencial e inalienável do indivíduo<sup>1436</sup>.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 em seu artigo 6º emana que a proteção legal do direito à vida deve ser conferida na acepção de que ninguém

---

<sup>1433</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora Ltda, 2009, p. 38

<sup>1434</sup> AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 4. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1968, p. 176.

<sup>1435</sup> HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 13-50.

<sup>1436</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Augusto Cançado Trindade. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 195-196).

pode ser arbitrariamente privado dela. Contudo, a análise estava mais voltada a refutar a possível legitimidade da pena de morte, deixando de lado questões polêmicas, ainda hoje controversas, tais como aborto e a eutanásia<sup>1437</sup>.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, referenciando-se expressamente na Declaração Americana de Direitos Humanos, reafirma os direitos do homem plasmados no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. No capítulo dos direitos civis e políticos da Convenção, o artigo 4º referencia o direito à vida como um princípio legalmente protegido e imanente a toda pessoa desde o instante da concepção, impossível de subtração arbitrária. Isso implica deduzir pela vedação da legalização do aborto, em regra, assim como de procedimentos que utilizem embriões humanos para finalidade industrial, clonagem humana para fins não reprodutivos que resultem na destruição do embrião, com a ressalva das práticas com embriões clonados que favoreçam o próprio indivíduo enfermo por conta de doenças neurodegenerativas<sup>1438</sup>.

Diante do exposto, observa-se que a tutela a vida humana ganhou proteção em contornos mundiais desde o século XX, após as violações de direitos humanos ocorridas nos conflitos armados, sinalizando para um novo caminho nos campos da ética, moral e direito. A pessoa humana passou a tomar o centro das atenções e não um meio, uma coisa, um instrumento usado para atender aos desígnios de outras vontades, maximizando, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana. O respeito à vida foi entendido, assim, como indissociável a questão da dignidade da pessoa humana. A afirmação da vida enquanto um direito digno de proteção e promoção se deu por meio da realização de diversos tratados e convenções pulverizados global e regionalmente, de modo mais abrangente quando comparados aos movimentos revolucionários regionais ocorridos no século XVIII, que visavam, de forma simplista, à libertação de indivíduos frente aos desmandos absolutistas.

Desse modo, após essa consolidação jurídica e social do direito a vida, este atualmente é compreendido como independente de subscrição em convenções e tratados internacionais, visto que se afirmou como norma imperativa (*jus cogens*), consuetudinária e principiológica, de sorte que é reconhecido por toda a comunidade internacional e pelo Direito Internacional efetivando-se como norma superior àquelas declaradas pelos Estados.

---

<sup>1437</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306-309.

<sup>1438</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 381-386.

Todavia, não é norma absoluta, apenas inadmitindo a eliminação arbitrária da vida por meio do uso da força<sup>1439</sup>. Por isso, veremos no próximo tópico que as constantes mortes de migrantes no mar mediterrâneo parecem desafiar constantemente a eficácia de tão fundamental direito.

#### 4. O absurdo: da crise migratória no mar mediterrâneo

Da leitura de “O Estrangeiro”, é perceptível que o personagem Meursault, vive em função do tempo presente. Nesta linha, discorre Sartre, sobre Meursault:

Não pertence ele totalmente ao presente, aos estados de ânimo presentes? O que se chama um sentimento não é senão a unidade abstrata e a significação de impressões descontínuas. Não penso sempre naqueles que amo, mas afirmo que o amo mesmo quando não penso nele – e seria capaz de comprometer a minha tranquilidade por um sentimento abstrato, na ausência de qualquer emoção real e instantânea. Meursault pensa e atua de maneira diferente: não quer conhecer esses grandes sentimentos contínuos e semelhantes; para ele, não existe o amor, nem tão pouco os amores. Só conta o presente, o concreto<sup>1440</sup>.

Nesse sentido, o protagonista Meursault não possui mágoas do que já foi vivido, nem menciona se preocupar com seu futuro. Para ele existe apenas o presente, demonstrando indisfarçável indiferença para com perspectivas que vão além da sua vida atual, não se apegando a sentimentos, criando sonhos ou conjecturando possibilidades. Meursault se levanta dia após dia, buscando levar sua vida em aparente felicidade, sem se preocupar com grandes divagações ou com sua própria morte, aparentemente sem propósito algum que não seja viver<sup>1441</sup>.

Assim como Meursault, a crise migratória europeia nos apresenta indivíduos preocupados com o presente nos dois polos desta difícil equação. E decorrente de toda a busca pelo presente, surge a principal questão filosófica de Camus: a vida vale a pena ser vivida?

O ano de 2020 foi marcado por um aumento das embarcações no Mediterrâneo, a rota migratória mais letal do mundo para os candidatos ao asilo na Europa, originários

---

<sup>1439</sup> LEITE, Pedro Pinto. *O direito internacional e o direito dos povos*. In: Revista de Informação Legislativa, a. 28, n. 109. Brasília/DF: Senado Federal; Secretaria de Edições Técnicas, jan./mar. 1991, p. 185-186.

<sup>1440</sup> SARTRE, Jean-Paul. *Situações I*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1968, p. 95.

<sup>1441</sup> SAMPAIO, Leandson Vasconcelos. Jean-Paul Sartre e a “Explicação de O Estrangeiro” de Albert Camus. In: Revista Lampejo, n. 9, semestre 1, 2016. p. 155-167. Disponível em: <[http://revistalampejo.apoenafilosofia.org/edicoes/edicao-9/09\\_Jean-Paul\\_Sartre.pdf](http://revistalampejo.apoenafilosofia.org/edicoes/edicao-9/09_Jean-Paul_Sartre.pdf)> Acesso em: 02 jan. 2023.

sobretudo da Síria, Líbia e Tunísia. Entre janeiro e julho, as tentativas de atravessar o Mediterrâneo vindos da Líbia aumentaram 91 por cento (com um registro de 14.481 pessoas), comparado com o mesmo período de 2019. O número é ainda maior quando a origem é a Tunísia, onde os 10.174 migrantes contabilizados nos primeiros sete meses de 2020 representaram um aumento de 462 por cento em relação ao ano de 2019<sup>1442</sup>.

Os dados apresentados por si só já apresentam contornos alarmantes, porém algumas nuances podem deixar a situação ainda mais complexa. A dificuldade não está apenas no enfrentamento do mar em barcos precários, mas também a indiferença se chegarem ao destino.

Em 2020, mais de 13 mil migrantes chegaram somente à Itália através do mar Mediterrâneo, o que representa um total de 9.000 pessoas a mais do que o registrado na mesma época 2019. Segundo o Alto Comissariado da ONU para os Refugiados (Acnur), muitos decidiram fazer essa perigosa travessia no mês de julho, quando as condições de navegação são um pouco melhores. A situação na ilha italiana de Lampedusa, situada no mar mediterrâneo demonstra a gravidade da crise migratória, quase 5.000 pessoas chegaram à ilha por conta própria. Isso equivale a dois ou três barcos por dia e já começam a ocorrer algumas atitudes xenofóbicas dos locais frente aos migrantes, como queima de estaleiros que abrigam seus barcos<sup>1443</sup>.

A Europa é um destino migratório por várias razões. As causas da migração atualmente resultam de uma mistura de fatores de pressão e de atração, que vão desde a segurança, a demografia e os direitos humanos, à pobreza, passando pelas alterações climáticas.

Assim, diante de todos esses dados é imperioso analisar a problemática por trás dessas questões. O homem é determinado pela sua existência e através de sua consciência, vai construir sua vida. Dessa reflexão tão abrangente, pode-se iniciar a construção de um raciocínio sobre o que seria o ser. Segundo Sartre, o homem é um ser para si. Ele vai construindo sua vida por meio de suas escolhas. Logo a existência precede a essência. Sartre

---

<sup>1442</sup> AGÊNCIA LUSA. Mais de 100 migrantes socorridos no Mediterrâneo. In: Observador, Set/2020. Disponível em: <<https://observador.pt/2020/09/19/mais-de-100-migrantes-socorridos-no-mediterraneo/>> Acesso em: 20 dez. 2022.

<sup>1443</sup> UOL. Crise migratória se agrava no sul da Europa. Ago/2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2020/08/02/crise-migratoria-se-agrava-no-sul-da-europa.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

não acredita em metafísica, não existe uma natureza que condicione o homem. A natureza humana não existe. Há apenas o ser, o fazer e o agir<sup>1444</sup>.

Os dados estatísticos apresentados começam a descortinar o verdadeiro problema. A crise migratória europeia corrobora o entendimento de Sartre sobre o homem e sua determinação pela sua própria existência, a partir de sua consciência, construindo sua vida. Se não existe uma natureza humana, apenas o ser, o fazer e o agir, que atitude pode ser esperada dos políticos que apenas veem nos migrantes números e não pessoas? Que atitude pode ser esperada dos migrantes que, sem perspectivas de continuar vivos nos seus países originários, se aventuram para buscar nova perspectiva?

O protagonista Meursault, na visão de Sartre é primeiramente assimilado por meio do ponto de partida da tese do absurdo. Diz ele:

Albert Camus, em *O Mito de Sísifo (Le Mythe de Sisyphe)*, aparecido alguns meses depois, deu-nos o comentário exato de sua obra: a personagem não é boa nem má, nem moral nem imoral. Estas categorias não lhe convêm: faz parte duma espécie muito particular a que o autor reserva o nome de absurdo<sup>1445</sup>.

Assim, para o referido autor, o absurdo, se revela em nossa condição de seres finitos diante do infinito do mundo. Viver neste mundo é o contrato tácito de anuência com esta condição. Contudo, para Sartre, não seria apenas isso, seria realmente nutrir uma paixão pelo absurdo. O homem absurdo não se suicidará, pois deseja viver, sem ter que renunciar a nenhuma das suas convicções, sem futuro, sem falsas esperanças, sem conformação nem ilusão, pois o homem absurdo reside na revolta<sup>1446</sup>.

Portanto, na compreensão de Sartre, as convicções que o indivíduo absurdo encontra, que poderiam direcionar seus instintos à morte, de forma inversa, fazem com este reafirme a vida, não aceitando o suicídio. O absurdo deste modo se apresenta como uma paixão que está entre uma recusa e uma aceitação, mas que retifique a importância da vida humana.

Dessa forma, é possível traçar uma intersecção entre o pensamento de Camus, com a vida de um migrante que, em seu país natal acorda todos os dias buscando sobreviver mais um dia em meio a guerra e fome esperando o dia seguinte e o resto da semana – que serão

---

<sup>1444</sup> SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: Ensaio de ontologia fenomenológica*. Tradução de Paulo Perdigão. 13 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

<sup>1445</sup> SARTRE, Jean-Paul. *Situações I*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1968, p. 88.

<sup>1446</sup> SARTRE, Jean-Paul. *Situações I*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1968, p. 91.

iguais. É como Sísifo, que carrega sua rocha montanha acima até perder as forças e a pedra rolar montanha abaixo: momento de recomeçar a subir a rocha.

Alguns indivíduos, no entanto, em algum momento, por algum motivo, podem questionar sua vida mecânica, e identificar novos rumos e novos objetivos a seguir. Esse movimento desafia a continuidade e desperta a consciência; despertar a consciência leva, para Camus, somente a dois caminhos: “suicídio ou restabelecimento”<sup>1447</sup>.

Assim, o suicídio deve ser entendido como um dos resultados da inadaptação do indivíduo. Dessas afirmações se pode descortinar algumas frentes: seria o migrante um homem absurdo que se lança ao mar em uma embarcação improvisada, aceitando a condição que pode morrer no percurso, vivendo o presente, buscando não sentir ou se resignar, apenas viver um dia por vez e aceitando as consequências de cada ato?

Teriam os políticos europeus alguns traços do pensamento absurdo de Meursault, nem bons, nem maus, nem morais, nem imorais, apenas estando dispostos a olvidar o direito fundamental a vida de alguns indivíduos sem rosto, apenas números em um imenso mar, pois não são cidadãos europeus que merecem sua preocupação e empenho?

Deveriam os governantes da Europa se preocuparem com a vida dos migrantes no mar mediterrâneo, quando não foi a eles questionado primeiramente se poderiam recebê-los? Devem eles garantir o direito à vida e existência digna de pessoas frente ao interesse econômico de todo um bloco?

Seriam os cidadãos europeus que fazem suas caminhadas nas praias da Europa, desviando de corpos na areia, a tradução do estrangeiro da obra de Camus, homem estrangeiro do mundo e aos olhos dos conceitos morais e éticos que estão atribuídos ao seu tempo?<sup>1448</sup>.

As crises econômicas/políticas de dados países devem ser resolvidas por países terceiros? Existe uma dívida histórica a ser paga pelos europeus ou, assim como se determina o personagem Meursault, apenas deve ser considerado o contexto presente?

O fundamento filosófico para o direito dos refugiados é o entendimento da dignidade do homem como um fim em si mesmo, em consonância com o pensamento do filósofo liberal John Rawls. Para este,

---

<sup>1447</sup>CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989, p. 15.

<sup>1448</sup>SILVA, André Rodrigues da. Uma contextualização filosófica sobre a filosofia do absurdo de Albert Camus e sua contribuição para a literatura. In: Revista Enciclopédia de filosofia. Portal de Periódicos da UFPel, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/Enciclopedia/article/view/9346>>. Acesso em: 22 dez. 2022.

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros<sup>1449</sup>.

Assim, conforme Rawls, a justiça não admite que os sacrifícios impostos a poucos sejam equilibrados, em função de uma quantidade maior de vantagens gozadas por muitos. Suas ideias propagam a defesa dos direitos de todos os humanos, sem distinções, não sendo aptas a justificar a defesa dos direitos de apenas alguns que, em um certo contexto social ou histórico, tiveram a sorte de nascerem em países mais desenvolvidos e sem guerras. Parece ser necessário rememorar que a vida de tantos indivíduos vítimas das guerras, dos conflitos atuais e também da crise migratória, tem o mesmo valor da vida dos indivíduos alemães, italianos, portugueses, etc, ainda que alguns discordem desse fato por meio de ações, embora concordem por meio de palavras.

A filosofia do absurdismo se faz presente enquanto houver a discussão sobre o papel da existência humana dentro da perspectiva de mundo que o ser humano possui, tratando da sua noção um compartilhamento necessário com o todo, para que haja uma prática a ser formada. Assim, o “bem” a ser gerado em benefício da caracterização filosófica que abrange desde o aprendizado sobre os conceitos da liberdade e de como podemos conviver em meio às regras que regem nossa sociedade, estabelecem que o absurdo se instaura cada vez mais no âmbito social, pelo qual o sujeito vive. A este respeito Camus<sup>1450</sup> afirma:

Tudo que é permitido não significa que nada é proibido. O absurdo apenas devolve às consequências de seus atos a equivalência delas. Ele não recomenda o crime. Seria pueril, mas restitui ao remorso sua inutilidade. Da mesma forma, se todas as experiências são indiferentes, a do dever é tão legítima quanto qualquer outra. Pode-se ser virtuoso por capricho.

O entendimento do absurdo necessita de uma compreensão antagônica da condição e desmistificação daquilo que conhece como moralidade, porém, assumindo a responsabilidade dos seus atos quando cometidos. Como algum filósofo trágico poderia dizer: não existe esperança. O mundo não tem sentido, o mundo é absurdo. Não existem respostas corretas aos questionamentos formulados, apenas novas indagações.

Assim, não se pode encontrar aqui uma solução para os problemas citados acima. Camus buscou ensinar que a busca pelo sentido não existe, pois enquanto a busca for vista

---

<sup>1449</sup> RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.4

<sup>1450</sup> CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989, p. 42.

como uma necessidade do homem, mais absurdo lhe será esse sentido. A busca não pode se limitar em trazer à tona um questionamento sobre o que consiste a filosofia do absurdismo, mas sim, a noção de absurdo e no fim, como bem asseverou Camus, em *O Estrangeiro*, estamos todos condenados à morte, eis a única certeza<sup>1451</sup>.

### **Considerações Finais**

O romance de Albert Camus pode trazer as mais férteis análises, em razão de seu ilimitado potencial questionador. Ao apresentar uma visão de mundo ímpar, “*O Estrangeiro*”, obra de Camus suscita questionamentos fundamentais quanto à própria natureza do homem, sua relação frente à sociedade e também ao Direito.

Desse modo, o presente artigo buscou trazer questionamentos e reflexões sobre a crise migratória da Europa através de uma análise baseada na supracitada obra “*O Estrangeiro*”. Ao apresentar a visão de que todos os indivíduos possuem um pouco de Meursault, não sendo bons ou maus, nem morais nem imorais em relação as atitudes que observamos ou tomamos frente a questão dos migrantes, se observa que não é possível fugir a reflexão que o mundo segue no presente, dia após dia, assistindo ao noticiário com bastante indiferença a morte de milhares de pessoas sem rostos, confiantes que a vida deve prosseguir e que a morte delas decorreu de sua própria escolha ao se lançar ao mar buscando uma vida que não lhes pertencia, encontrando na morte a consequência de sua escolha.

Assim, com o coração indiferente de Meursault, as notícias de novas mortes vão sendo lidas, ouvidas e esquecidas na correria da rotina diária de todos, europeus ou não, que preocupados com os problemas particulares de suas próprias vidas presentes, a manutenção de seus empregos, o sustento de suas famílias, a ameaça terrorista, o aumento dos casos e mortes pelo COVID-19, ignoram os apelos silenciosos de quem, assim como os demais, apenas deseja continuar vivendo.

Por fim, longe de se propor a apresentar respostas para como deve ser tratada a questão da crise migratória europeia, este artigo se propôs a trazer questionamentos, inclusive morais, que devemos fazer e ousa-se afirmar que, de fato, parafraseando Camus, o mundo é absurdo, e o mais importante é superar pensamentos puramente xenofóbicos e evitar a busca de soluções voltadas puramente a extremismos econômicos, uma vez que a vida, o direito de viver de milhares de pessoas, também deve ter voz e ser premissa importante na equação.

---

<sup>1451</sup> CAMUS, Albert. *O Estrangeiro*. Rio de Janeiro: Record, 2006.

## Referências Bibliográficas

ABDALATI, Hammudah. Islam em foco. Apoio Cultural do Centro de Divulgação do Islam para a América Latina. São Bernardo do Campo: Makkah, 2012.

AGÊNCIA EUROPEIA de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-membros da União Europeia. In: Western Mediterranean Route. 2016. Disponível em: <<http://frontex.europa.eu/trends-and-routes/westernmediterranean-route/>>. Acesso em: 19 dez. 2022.

AGÊNCIA LUSA. Mais de 100 migrantes socorridos no Mediterrâneo. In: Observador, Set/2020. Disponível em: <<https://observador.pt/2020/09/19/mais-de-100-migrantes-socorridos-no-mediterraneo/>> Acesso em: 20 dez. 2022.

ALGERIA. The History of the Pied-Noirs. c1995-2021. Disponível em: <<https://www.algeria.com/blog/the-history-of-the-pied-noirs/>>. Acesso em: 16 dez. 2022.

ANISTIA INTERNACIONAL. Refugiados e migrantes no Mar Mediterrâneo: Anistia Internacional propõe “Plano de Ação”. In: Anistia Internacional, 22 abr. 2015. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/refugiados-e-migrantes-mediterraneo-anistia-internacional-avanca-com-plano-de-acao/>>. Acesso em: 2 jan. 2023.

AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 4. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1968.

BINDA, Angela. A indiferença e o Sol... Meursault, O herói absurdo em O Estrangeiro de Albert Camus. Vitória: EDUFES, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufes.br/bitstream/10/854/1/Livro%20edufes%20A%20indiferen%C3%A7a%20e%20o%20sol%20Meursault%20C%20o%20her%C3%B3i%20absurdo%20em%20O%20Estrangeiro%20de%20Albert%20Camus.pdf>> Acesso em: 16 dez. 2022.

CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

\_\_\_\_\_. O homem revoltado. Tradução de Valerie Rumjanek. 4 ed. Rio de Janeiro: Record, 1999.

\_\_\_\_\_. O Estrangeiro. Rio de Janeiro: Record, 2006.

CHAVES, Luana Hordones. Os documentos de direitos humanos do mundo muçulmano em perspectiva comparada. In: Mediações, Londrina, v. 19, n. 2, jul./dez. 2014. p. 245-262.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA JÚNIOR, Carlos Nogueira da. Crise Migratória na Europa em 2015 e os Limites da Integração Europeia: uma abordagem multicausal. In: Conjuntura Global, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 19-33, 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL ISLÂMICA DOS DIREITOS HUMANOS. Centro de Divulgação do Islã para a América Latina. São Paulo: Makkah, 2012.

FOLHAPRESS. União Europeia desiste de obrigar países a receber refugiados. In: Folha de Pernambuco, set/2020. Disponível em: <<https://www.folhape.com.br/noticias/uniao-europeia-desiste-de-obrigar-paises-a-receber-refugiados/155773/>> Acesso em: 21 dez. 2022.

FONTANA, Eduarda; ZIMNOCH, Larissa; LORENTZ, Luísa Acauan. A Crise Migratória no Século XXI: Anomalia ou Consequência da Política Internacional? In: Revista Relações Internacionais para Educadores, v. 4, 2017. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/ripe/wp-content/uploads/2017/05/migra%C3%A7%C3%B5es.pdf>>. Acesso em: 22 dez 2022.

GUIMARÃES, Affonso Paulo. Noções de Direito Romano. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 13-50.

HUMAN RIGHTS WATCH. Europe's Migration Crisis. 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/tag/europes-migration-crisis>>. Acesso em: 2 jan. 2023.

LEITE, Pedro Pinto. O direito internacional e o direito dos povos. In: Revista de Informação Legislativa, a. 28, n. 109. Brasília/DF: Senado Federal; Secretaria de Edições Técnicas, jan./mar. 1991.

MAIA, Ana Marques. A “grande mentira que é a venda do destino Europa”. In: Revista Público, Set/2018. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2018/09/30/p3/fotogaleria/a-grande-mentira-que-e-a-venda-do-destino-europa-390212>>. Acesso em: 15 dez 2022.

MEISTER, Mauro Fernando. Olho por Olho: A Lei de Talião no Contexto Bíblico. In: Fides Reformata XII, n. 1, 2007. p. 57-71. Disponível em: <<https://cpaj.mackenzie.br/wp-content/uploads/2018/11/3-Olho-por-olho-a-lei-de-Tali%C3%A3o-no-contexto-b%C3%ADblico-Mauro-Fernando-Meister.pdf>> Acesso em: 19 dez. 2022.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NASCIMENTO, Joeder Carlos do et al. Crise Migratória Europeia. In: Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça, Anais da 4ª Mostra Científica 2018 - UEMS, Dourados/MS, v. 7, 2018. Disponível em: <<http://periodicosonline.uems.br/3086-10404-1-PB>>. Acesso em: 22 dez. 2022.

O ESTADÃO, Folha de São Paulo. Turquia acusa Grécia de matar imigrante a tiros na fronteira. Março/2020. Disponível em: <<https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,turquia-acusa-grecia-de-matar-imigrante-a-tiros-na-fronteira-atenas-nega,70003219381>> Acesso em: 20 dez. 2022.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. O direito e o absurdo: uma análise de “O estrangeiro”, de Albert Camus. In: Revista Sequência, n. 273, v. 56, jun. 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2008v29n56p259#:~:text=O%20artigo%20visa%20aproveitar%2Dse,proposi%C3%A7%C3%B5es%20mora%C3%ADs%20trazidas%20pelo%20romance>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

ONU NEWS. Saiba tudo sobre o Pacto Global para Migração. Dez/2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/12/1650601>>. Acesso em: 22 dez. 2022.

PARLAMENTO EUROPEU. A crise de migração na Europa. Out/2020. Disponível em: <<https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/priorities/migracao/20170629STO78632/a-migracao-na-europa>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. Prefácio de Henry Steiner. Apresentação de Augusto Cançado Trindade. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

- RAWLS, John. Uma Teoria de Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- SAMPAIO, Leandson Vasconcelos. Jean-Paul Sartre e a “Explicação de O Estrangeiro” de Albert Camus. In: Revista Lampejo, n. 9, semestre 1, 2016. p. 155-167. Disponível em: <[http://revistalampejo.apoenafilosofia.org/edicoes/edicao-9/09\\_Jean-Paul\\_Sartre.pdf](http://revistalampejo.apoenafilosofia.org/edicoes/edicao-9/09_Jean-Paul_Sartre.pdf)> Acesso em: 02 jan. 2023.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Editora Ltda, 2009.
- SARTRE, Jean-Paul. Situações I. Lisboa: Publicações Europa-América, 1968.
- \_\_\_\_\_. O ser e o nada: Ensaio de ontologia fenomenológica. Tradução de Paulo Perdigo. 13 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- SILVA, André Rodrigues da. Uma contextualização filosófica sobre a filosofia do absurdo de Albert Camus e sua contribuição para a literatura. In: Revista Enciclopédia de filosofia. Portal de Periódicos da UFPel, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/Enciclopedia/article/view/9346>>. Acesso em: 22 dez. 2022.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.
- UOL. Crise migratória se agrava no sul da Europa. Ago/2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/deutschewelle/2020/08/02/crise-migratoria-se-agrava-no-sul-da-europa.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

**O VALOR DE UM ADOLESCENTE: ANÁLISE DE UM ESTUDO  
COMPARATIVO ENTRE O VALOR MENSAL DE UM APRENDIZ E DE UM  
ADOLESCENTE EM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRIVAÇÃO DE  
LIBERDADE NO ESTADO DO PARANÁ**

**The cost of a teenager: analysis of a comparative study between the monthly cost of  
an apprentice and of a teenager in a socio-educational measure of deprivation of  
freedom in the state of Paraná**

Simone Aparecida Falchetti Paulin<sup>1452</sup>

**Sumário:** 1. Justificativa; 2. Fundamentação teórica; 3. Metodologia e análise; 4. Comparativo final; Considerações finais.

**Resumo:** O ponto central deste trabalho nasceu da curiosidade e, em seguida, da necessidade de se estabelecer um grau de comparação entre dois universos distintos: dos adolescentes que fazem parte do Programa de Aprendizagem e dos adolescentes em conflito com a lei, privados de liberdade no estado do Paraná. Realizou-se contato com a Secretaria de Justiça, Trabalho e Família (SEJUF) do estado do Paraná através de e-mails sobre o assunto. A informação recebida foi de que não existem dados recentes sobre o assunto e que, no momento, não existe a perspectiva de estudo dessa situação por parte da Secretaria. Dessa forma, buscou-se um caminho que pudesse dar um parâmetro atualizado e o mais próximo possível da realidade. Assim, foi utilizado, como base para este artigo, um estudo feito com dados pesquisados e levantados, detalhadamente, no ano de 2006, pelos alunos da Universidade Federal do Paraná: Fernando Sergio dos Santos Caldeira e Sandra Mara Andraus Rocha, com o trabalho de pesquisa intitulado “Estudo do Custo do Adolescente em Conflito com a lei sob Regime de Internação, no Estado do Paraná, com Base na Metodologia Proposta pela UNICEF: Ano de 2006”. O referido trabalho foi apresentado para a conclusão do curso de especialização em Formulação e Gestão de Políticas Públicas, da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Professor Blênio César Severo Peixe. Como o referido trabalho considerou quatro unidades dos Centros de Socioeducação de Internação do Paraná, sendo eles: São Francisco em Piraquara, Fazenda Rio Grande, Londrina e Foz do Iguaçu, as atualizações de valores deste artigo seguiram a mesma linha. No estudo de 2006, temos, em seu item instrumental 1, a consideração dos custos indiretos, separados nas categorias de pessoal, material de consumo e despesas de funcionamento; no item instrumental 2, os custos indiretos por mês dos mesmos itens: pessoal, material de consumo e despesas de funcionamento; já no instrumental 3, tem-se o rateio desses valores por mês. Todas essas análises nos levam ao instrumental 4, objeto específico deste estudo, em que o trabalho resulta nos valores per capita e aponta os valores aplicados em 2006, que agora são atualizados para o ano de 2020, para a comparação proposta neste artigo.

---

<sup>1452</sup> Mestranda do curso de mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: [simone.paulin@cicepr.org.br](mailto:simone.paulin@cicepr.org.br)

**Palavras-chave:** Aprendizagem profissional; Adolescente em conflito com a lei; Programa Jovem Aprendiz; Estudo comparativo.

**Abstract:** The central point of this paper arose from curiosity and, then, from the need to establish a degree of comparison between two different universes: teenagers, primarily those who are part of the Learning Program, and teenagers in conflict with the law, deprived of freedom in the state of Paraná. We tried to get in contact with the Department of Justice, Work and Family (SEJUF) of the state of Paraná via e-mail, asking about the updated data on monthly expenses with teenagers in conflict with the law in the state. The information received was that recent data do not exist and that, at the moment, there is no prospect of the Department studying this situation. Thus, we had to find a different way of approaching this matter, one that could provide an updated parameter, as close to reality as possible. Therefore, it was used, as the basis for this paper, a study carried out with such data, collected, in detail, in the year of 2006, by students from the Federal University of Paraná: Fernando Sergio dos Santos Caldeira and Sandra Mara Andraus Rocha, with the research study entitled “Study of the Cost of Teenagers in Conflict with the Law under Deprivation of Freedom Regime, in the State of Paraná, Based on the Methodology Proposed by UNICEF: Year 2006.” This study was presented for the conclusion of the Specialization in Creation and Management of Public Policies, from the Federal University of Paraná, under the supervision of Professor Blênio César Severo Peixe. As the aforementioned study considered four units of the Socio-educational Centers of Internment in Paraná, namely: São Francisco in Piraquara, Fazenda Rio Grande, Londrina and Foz do Iguaçu, the cost updates in this paper followed the same parameters. In the 2006 study, we have, within instrumental item 1, the estimation of indirect costs, separated into the categories of personnel, consumables and operating expenses; in instrumental item 2, we have indirect costs per month of the same items: personnel, consumables and operating expenses; in instrumental 3, there is the apportionment of these costs per month.

All these analyses lead us to instrumental 4, the actual object of our study, which points out the results of the per capita costs and the costs applied in 2006, which are not updated to the year of 2020 in order to do the comparison we propose in this paper.

**Keywords:** Professional Learning; Teenagers in conflict with the law; Young Apprentice Program; Comparative study.

### 1. Justificativa

Sabe-se que a questão dos custos é amplamente valorizada por parte dos empregadores brasileiros, tal como afirmam Pinheiro, Reis e Souza (2013) ao assinalar as despesas com pessoal dentre as mais relevantes para as empresas. Esse é um dos fundamentos que norteia este artigo, que busca chamar a atenção para análise de valores do Programa de Aprendizagem Profissional, instituído com base na Lei n. 10.097 (BRASIL, 2000), que determina a contratação obrigatória de aprendizes, em uma cota entre 5% e 15% do seu quadro funcional, exigindo formação profissional. Para tais empresas, a contratação de um adolescente nos termos da lei conta com menor alíquota do FGTS, sendo de 2% ao invés de 8%, salário mensal, hora e vale transporte. Contudo, há uma dualidade nessa questão que se procura aprofundar no presente estudo: no caso do estado do Paraná,

especificamente, o que seria mais custoso? A contratação de um adolescente aprendiz ou a manutenção de adolescentes que cumprem medida socioeducativa de privação de liberdade?

A questão de ambos é bastante complexa, já que não é incomum o não cumprimento da Lei da Aprendizagem (BRASIL, 2000) por adolescentes com histórico de prática de atos infracionais, dificultando a ressocialização dos mesmos e, muitas vezes, levando-os à reincidência (RAMOS, 2018). Isso posto, o objetivo geral do presente artigo consiste na tentativa de realização de uma análise comparativa acerca do valor mensal per capita de um adolescente que participa do Programa de Aprendizagem, conforme a Lei n. 10.097 (BRASIL, 2000), e o valor mensal necessário para a manutenção de um adolescente em medida socioeducativa de privação de liberdade, em um dos seguintes Centros de Socioeducação (CENSEs), no Estado do Paraná: São Francisco (Piraquara); Fazenda Rio Grande; Londrina e Foz do Iguaçu.

A justificativa para a elaboração do presente estudo parte de uma questão bastante simples: os custos são amplamente valorizados na iniciativa privada, mesmo com o pagamento de salários relativamente mais acessíveis aos aprendizes em virtude do número de horas trabalhadas. No entanto, um adolescente privado de liberdade pode exigir significativamente mais para os cofres públicos e para toda a sociedade. Em razão disso, objetiva-se o encaminhamento desses adolescentes para o mundo do trabalho, a partir da formulação de Parcerias Público-Privadas (PPPs) com empresas paranaenses para alocação de adolescentes e jovens que cumprem medida socioeducativa no contexto dos programas de aprendizagem profissional.

A metodologia adotada para este artigo consistiu em uma análise documental; não obstante, também foi realizada uma breve pesquisa bibliográfica, proporcionando o embasamento do tema e o enriquecimento do processo de análise.

O que se busca com este trabalho é realizar uma comparação atualizada entre os valores mensais envolvidos quando da oportunidade da contratação de um adolescente, sob o contexto da Lei da Aprendizagem (BRASIL, 2000), e o valor de um adolescente de mesma faixa etária que se encontra privado de liberdade em um CENSE do estado do Paraná.

## **2. Fundamentação teórica**

De acordo com o “Manual da Aprendizagem Profissional”, editado e publicado pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAFT, 2019), nenhum custo dos programas de aprendizagem profissional pode recair sobre o aprendiz, ficando todo o

processo a custeio do próprio empregador e sendo vedada a cobrança ao adolescente de despesas como uniforme, materiais, material didático, mensalidade, dentre outros. O empregador deve posicionar-se como o formador profissional do aprendiz, não devendo, de forma alguma, tentar tirar vantagem da situação, além de atuar sempre com base nos preceitos legais vigentes.

Segundo Falcão e Díaz (2019, p. 108), um dos grandes erros dos empregadores e empresas é que, ao vislumbrarem programas de aprendizagem profissional voltados para adolescentes, enxergam essa contratação como um custo e não como um investimento:

De fato, a capacitação por meio de aprendizagens de qualidade representa, no começo, um custo líquido para as empresas, uma vez que o custo de formação – por exemplo, o tempo dedicado por supervisores (as), os salários pagos e os materiais utilizados, entre outros – excedem a contribuição dos(as) aprendizes no processo produtivo de bens e serviços. No entanto, à medida em que os(as) aprendizes aprendem as competências e se tornam mais produtivos, os custos e benefícios vão se equiparando, e as empresas começam a recuperar o investimento inicial de capacitação. Em geral, a maioria das análises custo-benefício dos programas de aprendizagens de qualidade revelam que as empresas recuperam os custos antes de finalizar o programa de capacitação, ou imediatamente após, quando da decisão de efetivar os(as) aprendizes capacitados(as).

Informações coletadas do Ministério Público do Trabalho (MPT, 2015) destacam que, dentre os benefícios para a contratação de adolescentes aprendizes para as empresas, há um menor custo comparado a outras modalidades, já que a contratação de um adolescente nos termos da lei conta com menor alíquota do FGTS, sendo esta de 2%, ao invés dos 8% que costumam ser englobados na contribuição.

Pinheiro, Reis e Souza (2013) apontam que as despesas com pessoal se encontram entre as despesas mais relevantes das empresas brasileiras, sendo que a contratação de aprendizes consiste em uma possibilidade de atrair e reter talentos a um menor custo. Isso não significa, sob qualquer hipótese, que os adolescentes devem ser contratados em um cenário condicionado a salários insalubres, mas, sim, que as empresas investirão em funcionários jovens, com vontade e capacidade para aprenderem, ao menor custo possível. De acordo com Castro (2007), um dos principais motivos que levam as empresas a contratar jovens aprendizes é a relação custo-benefício dessa modalidade de contrato de trabalho, o que valida a questão.

Contudo, quando tratamos dos adolescentes em conflito com a lei, ou seja, daqueles que se envolveram com atividades ilegais de diferentes naturezas, a situação é muito mais

complexa: Lima (2020) aponta, por exemplo, que as empresas estão menos propensas a contratarem qualquer indivíduo que tenha sido submetido a determinada medida restritiva ou sanção, o que inclui, por exemplo, adolescentes que tenham cometido crimes. Embora o trabalho seja algo fundamental para dignificar a vida de tais jovens, há uma resistência comum por parte dos empregadores, os quais quase sempre irão preferir a contratação de um funcionário que não tenha um passado de conflito com o Estado e com a lei como um todo.

Ramos (2018) aponta que o descaso com os adolescentes pode ser o motivo pelo qual muitos menores acabam sendo reincidentes em tais práticas. Contudo, a “culpa” desse

fenômeno não é única e exclusivamente das empresas, mas também da própria oferta de cursos profissionalizantes pelas entidades competentes:

Não se pode atribuir toda a responsabilidade da existência de menores infratores à falta de possibilidade de colocação no mercado de trabalho, é fato. Mas também não podemos nos esquecer que o primeiro emprego pode ser propulsor na mudança de vida daqueles que são facilmente esquecidos pela administração pública. O grande número de empresas que não cumprem a cota de contratação no regime de aprendizagem e conseqüentemente o gigantesco número de vagas em aberto que poderia atender grande parte da população dos ‘menores infratores’, se não todos [...] não estão ociosas por mera liberalidade dos empregadores [...] muitas empresas não têm suas cotas de aprendizagem preenchidas em razão, principalmente, da insuficiente oferta de cursos ministrados pelas entidades (RAMOS, 2018, p. 57-58).

Para o autor, é fundamental que seja lançado um novo olhar para a questão do adolescente em medida socioeducativa de privação de liberdade, se comparado, por exemplo, a um adolescente comum inserido em um programa de aprendizagem. Diante desses apontamentos teóricos, a seção seguinte irá contemplar a análise dos dados obtidos neste estudo.

### **3 METODOLOGIA E ANÁLISE**

Em decorrência da falta de dados atualizados por parte da Secretaria de Justiça, Trabalho e Família (SEJUF) do Estado do Paraná sobre os valores gastos com os adolescentes em conflito com a lei, buscou-se uma atualização de dados que foram pesquisados e levantados, detalhadamente, no ano de 2006, pelos alunos da UFPR, Fernando Sergio dos Santos Caldeira e Sandra Mara Andraus Rocha (2007), com o trabalho de pesquisa intitulado “Estudo do Custo do Adolescente em Conflito com a lei sob Regime de Internação, com Base na Metodologia Proposta pela UNICEF: Ano de 2006”.. O referido trabalho foi apresentado para a conclusão do curso de especialização em Formulação e

Gestão de Políticas Públicas, da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Professor Blênio César Severo Peixe.

Como a referida pesquisa de 2007 considerou as seguintes quatro unidades dos CENSEs: São Francisco em Piraquara, Fazenda Rio Grande, Londrina e Foz do Iguaçu, as atualizações de valores realizadas neste trabalho seguiram essa mesma linha. Considerando o trabalho base para essa atualização de dados, em seu item instrumental 1 foram computados os custos indiretos, separados nas categorias: pessoal, material de consumo e despesas de funcionamento; no item instrumental 2, os custos indiretos por mês dos mesmos itens: pessoal, material de consumo e despesas de funcionamento. Já no instrumental 3, tem-se o rateio por mês. Todas essas análises nos levam ao instrumental 4, objeto específico deste estudo, em que o trabalho direciona ao resultado dos valores *per capita* e aponta a conclusão de valores em 2006, agora atualizado para a comparação proposta neste artigo.

O mecanismo utilizado para a correção de valores de 2006 para 2020 foi a Calculadora do Cidadão, disponibilizada pelo Banco Central do Brasil, através do portal da instituição (s. d.).

Assim, considerando os valores apresentados em 2006 no instrumental 4, nos quatro CENSEs do estado, agora são, também, apresentados os valores atualizados para o ano de 2020, separados por mês, por unidade e considerando dois índices de reajuste distintos, sendo eles o IGP-M/FGV e o IPCA/IBGE.

Tabela 1 - Atualizações de Valores por Mês

JANEIRO			
UNIDADE	VALOR 2006	VALOR 2020 IGP-M	VALOR 2020 IPCA
São Francisco	6.069,00	13.817,74	12.761,92
Fazenda Rio Grande	6.847,00	15.589,07	14.397,90
Londrina	4.689,00	10.675,79	9.860,05
Foz do Iguaçu	1.678,00	3.820,43	4.682,08
<b>TOTAL</b>	<b>19.283,00</b>	<b>43.903,03</b>	<b>41.701,95</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>4.820,75</b>	<b>10.975,76</b>	<b>10.425,49</b>
FEVEREIRO			
UNIDADE	VALOR 2006	VALOR 2020 IGP-M	VALOR 2020 IPCA
São Francisco	5.579,00	12.581,40	11.691,89
Fazenda Rio Grande	6.384,00	14.396,79	13.378,93
Londrina	4.934,00	11.126,84	10.340,17
Foz do Iguaçu	1.903,00	4.291,52	3.988,11
<b>TOTAL</b>	<b>18.800,00</b>	<b>42.396,55</b>	<b>39.399,10</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>4.700,00</b>	<b>10.599,14</b>	<b>9.849,78</b>
MARÇO			
UNIDADE	VALOR 2006	VALOR 2020 IGP-M	VALOR 2020 IPCA
São Francisco	6.042,00	13.793,20	12.619,32
Fazenda Rio Grande	7.702,00	17.582,80	16.086,40
Londrina	6.135,00	14.005,51	12.813,56
Foz do Iguaçu	3.711,00	8.417,79	7.750,79
<b>TOTAL</b>	<b>23.590,00</b>	<b>53.799,30</b>	<b>49.270,07</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>5.897,50</b>	<b>13.449,83</b>	<b>12.317,52</b>
ABRIL			
UNIDADE	VALOR 2006	VALOR 2020 IGP-M	VALOR 2020 IPCA
São Francisco	5.357,00	12.356,37	11.106,19

Fazenda Rio Grande	6.150,00	14.185,50	12.750,25
Londrina	4.376,00	10.093,62	9.072,37
Foz do Iguaçu	1.871,00	4.315,62	3.878,98
<b>TOTAL</b>	<b>17.754,00</b>	<b>40.951,11</b>	<b>36.807,79</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>4.438,50</b>	<b>10.237,78</b>	<b>9.201,95</b>
<b>MAIO</b>			
<b>UNIDADE</b>	<b>VALOR 2006</b>	<b>VALOR 2020 IGP-M</b>	<b>VALOR 2020 IPCA</b>
São Francisco	5.813,00	13.502,48	11.980,62
Fazenda Rio Grande	8.769,00	20.368,70	18.072,95
Londrina	4.340,00	10.080,99	8.944,76
Foz do Iguaçu	3.574,00	8.301,72	7.366,03
<b>TOTAL</b>	<b>22.496,00</b>	<b>52.253,89</b>	<b>46.364,36</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>5.624,00</b>	<b>13.063,47</b>	<b>11.591,09</b>
<b>JUNHO</b>			
<b>UNIDADE</b>	<b>VALOR 2006</b>	<b>VALOR 2020 IGP-M</b>	<b>VALOR 2020 IPCA</b>
São Francisco	7.334,00	17.235,86	15.139,57
Fazenda Rio Grande	6.717,00	15.785,83	13.865,89
Londrina	4.729,00	11.113,77	9.762,07
Foz do Iguaçu	4.070,00	9.565,03	8.401,70
<b>TOTAL</b>	<b>22.850,00</b>	<b>53.700,49</b>	<b>47.169,23</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>5.712,50</b>	<b>13.425,12</b>	<b>11.792,31</b>
<b>JULHO</b>			
<b>UNIDADE</b>	<b>VALOR 2006</b>	<b>VALOR 2020 IGP-M</b>	<b>VALOR 2020 IPCA</b>
São Francisco	5.914,00	14.102,62	12.278,00
Fazenda Rio Grande	6.221,00	14.834,70	12.915,35
Londrina	4.853,00	11.572,55	10.075,26
Foz do Iguaçu	3.846,00	9.171,24	7.984,64
<b>TOTAL</b>	<b>20.834,00</b>	<b>49.681,11</b>	<b>43.253,25</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>5.208,50</b>	<b>12.420,28</b>	<b>10.813,31</b>
<b>AGOSTO</b>			
<b>UNIDADE</b>	<b>VALOR 2006</b>	<b>VALOR 2020 IGP-M</b>	<b>VALOR 2020 IPCA</b>
São Francisco	5.676,00	13.881,99	11.789,77
Fazenda Rio Grande	6.405,00	15.664,93	13.303,99
Londrina	5.227,00	12.783,86	10.857,14
Foz do Iguaçu	3.657,00	8.944,05	7.596,05
<b>TOTAL</b>	<b>20.965,00</b>	<b>51.274,83</b>	<b>43.546,95</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>5.241,25</b>	<b>12.818,71</b>	<b>10.886,74</b>
<b>SETEMBRO</b>			
<b>UNIDADE</b>	<b>VALOR 2006</b>	<b>VALOR 2020 IGP-M</b>	<b>VALOR 2020 IPCA</b>
São Francisco	5.706,00	14.507,34	11.921,97
Fazenda Rio Grande	7.755,00	19.716,86	16.203,10
Londrina	8.526,00	21.677,11	17.814,01
Foz do Iguaçu	2.172,00	5.522,25	4.538,12
<b>TOTAL</b>	<b>24.159,00</b>	<b>61.423,56</b>	<b>50.477,20</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>6.039,75</b>	<b>15.355,89</b>	<b>12.619,30</b>
<b>OUTUBRO</b>			
<b>UNIDADE</b>	<b>VALOR 2006</b>	<b>VALOR 2020 IGP-M</b>	<b>VALOR 2020 IPCA</b>
São Francisco	7.013,00	18.353,49	14.747,83
Fazenda Rio Grande	6.260,00	16.382,84	13.164,32
Londrina	4.253,00	11.130,38	8.943,75
Foz do Iguaçu	2.948,00	7.715,11	6.199,43
<b>TOTAL</b>	<b>20.474,00</b>	<b>53.581,82</b>	<b>43.055,33</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>5.118,50</b>	<b>13.395,46</b>	<b>10.763,83</b>
<b>NOVEMBRO</b>			
<b>UNIDADE</b>	<b>VALOR 2006</b>	<b>VALOR 2020 IGP-M</b>	<b>VALOR 2020 IPCA</b>
São Francisco	5.971,00	16.063,90	12.626,66
Fazenda Rio Grande	6.504,00	17.497,84	13.753,78
Londrina	4.457,00	11.90,76	9.425,06
Foz do Iguaçu	3.432,00	9.233,18	7.257,53
<b>TOTAL</b>	<b>20.364,00</b>	<b>42.794,92</b>	<b>43.063,03</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>5.091,00</b>	<b>14.264,97</b>	<b>10.765,76</b>
<b>DEZEMBRO</b>			
<b>UNIDADE</b>	<b>VALOR 2006</b>	<b>VALOR 2020 IGP-M</b>	<b>VALOR 2020 IPCA</b>
São Francisco	14.004,00	37.751,99	29.920,80
Fazenda Rio Grande	9.794,00	26.402,67	20.925,76
Londrina	8.542,00	23.027,53	18.250,75
Foz do Iguaçu	5.958,00	16.061,58	12.729,80
<b>TOTAL</b>	<b>38.298,00</b>	<b>103.243,77</b>	<b>81.827,11</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>9.574,50</b>	<b>25.810,94</b>	<b>20.456,78</b>

Fonte: Elaboração própria (2023).

Tabela 2 - Média Anual Considerando o Reajuste para 2020

(continua)

<b>Mês</b>	<b>IGP-M</b>	<b>IPCA</b>
Janeiro	10.975,76	10.425,49
Fevereiro	10.599,14	9.849,78
Março	13.449,83	12.317,52
Abril	10.237,78	9.201,95
Mai	13.063,47	11.591,09
Junho	13.425,12	11.792,31
		(conclusão)
Julho	12.420,28	10.813,31
Agosto	12.818,71	10.886,74
Setembro	15.355,89	12.619,30
Outubro	13.395,46	10.763,83
Dezembro	25.810,94	20.456,78
<b>TOTAL GERAL</b>	<b>165.817,35</b>	<b>141.483,86</b>
<b>MÉDIA</b>	<b>13.818,11</b>	<b>11.790,32</b>

Fonte: Elaboração própria (2023).

Tabela 3 - Demonstrativo Aproximado dos Valores Mensais para Aprendizagem de 4 e 6 Horas Diárias para 20 e 24 Horas Semanais: Ano de 2020

<b>ITEM</b>	<b>VALOR – 4hs/dia</b>	<b>VALOR – 6hs/dia</b>
Salário Aprendiz	716,09	1.074,13
Vale Transporte	180,00	180,00
FGTS - 2%	14,32	21,48
INSS - 12%	85,93	128,89
Taxa Instituição Formadora (variável)	250,00	250,00
<b>Valor Total</b>	<b>1.246,34</b>	<b>1.654,50</b>

Fonte: Elaboração própria (2023).

#### 4COMPARATIVO FINAL

Considerando os reajustes aplicados nas tabelas acima, dos valores de adolescentes em conflito com a lei, que ficam em torno de R\$ 11.790,32 a 13.818,11, e os valores mensais de um aprendiz, que ficam em torno de R\$ 1.246,34 a R\$ 1.654,50, ressaltamos a brutal diferença entre as duas situações que vão de 735,18% a 846%, sendo o custo mensal maior para a manutenção de um adolescente em conflito com a lei:

R\$ 1.246,34 e R\$ 11.790,32 - diferença de 846% (menores valores de ambos);

R\$ 1.654,50 e R\$ 13.818,11 - diferença de 735,18% (maiores valores de ambos).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste texto é, sobretudo, buscar a sensibilização e o convencimento do poder público sobre a necessidade urgente de políticas de abertura de oportunidades de aprendizagem aos adolescentes, prioritariamente aos que se encontram em situação de vulnerabilidade social. Conforme nos ensina o Professor Dr. Lindomar W. Boneti, da PUCPR, com a definição de Políticas Públicas:

Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelecem no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil. Tais relações determinam um conjunto de ações atribuídas à instituição estatal, que provocam o direcionamento (e/ou redirecionamento) dos rumos de ações de intervenção administrativa do Estado na realidade social e/ou de investimentos. Nesse caso, pode-se dizer que o Estado se apresenta apenas como um agente repassador à sociedade civil das decisões saídas do âmbito da correlação de força travada entre os agentes do poder (BONETI, 2011, p. 18).

Comparar os custos de manutenção de adolescentes em conflito com a lei com o valor de adolescentes que ingressam no mundo do trabalho através do Programa de Aprendizagem no estado do Paraná é uma questão crucial para possibilitar uma reflexão profunda, que revela um custo público significativamente maior para submeter os adolescentes a uma ainda insuficiente ressocialização do que para encaminhá-los para o mundo do trabalho. A dificuldade de apuração dos dados implica um reconhecimento de que tal questão não é tratada com o zelo necessário por parte das autoridades públicas.

A partir de uma perspectiva desenvolvida pelo raciocínio da autora do presente artigo, baseada em experiências profissionais, acadêmicas e em outras publicações correlatas, auferiu-se que o investimento nos adolescentes em conflito com a lei privados de liberdade é muito mais “caro” do que a adoção de uma estratégia de contratação de adolescentes por intermédio do programa de aprendizagem: estimou-se um custo de inacreditáveis 735% a 846% a mais com os adolescentes em conflito com a lei, que cumprem medida socioeducativa de privação de liberdade ou de restrição, do que com a contratação de um aprendiz na iniciativa privada.

### Referências Bibliográficas

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). Calculadora do Cidadão. In: Portal do Banco Central do Brasil. Brasília, [s. d.]. Disponível em: < <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADA0/publico/exibirFormCorrecaoValores.do?meth od=exibirFormCorrecaoValores> >. Acesso em: 16 fev. 2023.

- BONETTI, L. W. Políticas Públicas por Dentro. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2011.
- BRASIL. Lei nº 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/110097.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110097.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2023.
- CALDEIRA, F. S. S.; ROCHA, S. M. A. Estudo do Custo do Adolescente em Conflito com a lei sob Regime de Internação, com Base na Metodologia Proposta pela UNICEF: Ano de 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Formulação e Gestão de Políticas Públicas) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2007.
- CASTRO, C. P. A Lei do Aprendiz e a Inclusão de Jovens no Mercado de Trabalho. Trabalho de Conclusão de Curso (Habilitação em Administração Escolar do Curso de Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.
- FALCÃO, M. C.; DÍAZ, L. A. Aprendizagem Profissional Inclusiva Como Estratégia De Combate Ao Trabalho Infantil E Promoção Do Emprego Juvenil. Repositório do Conhecimento do IPEA, Brasília, n. 67, p. 105-113, 2019. Disponível em: <[http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10275/7/bmt\\_67\\_pf\\_aprendizagem\\_pro.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10275/7/bmt_67_pf_aprendizagem_pro.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2021.
- LIMA, C. S. O processo para contratação de mão de obra de detentos no estado do Espírito Santo. Revista Brasileira de Execução Penal, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 215-232, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1234/rbep.v1i2.81>>. Acesso em: 16 fev. 2023.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT). Aprendizagem Profissional: Caderno de Orientação Pedagógica. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015. Disponível em: <[https://www.tst.jus.br/documents/2237892/27051222/Cad\\_Aprendizagem\\_Profissional.pdf/1449cf57-59ec-fbb5-808e-1f3fb1b48c14?t=1616153550069](https://www.tst.jus.br/documents/2237892/27051222/Cad_Aprendizagem_Profissional.pdf/1449cf57-59ec-fbb5-808e-1f3fb1b48c14?t=1616153550069)>. Acesso em: 14 jul. 2021.
- PINHEIRO, N. S.; REIS, L. S.; SOUZA, F. R. O Comportamento dos custos do programa jovem aprendiz em uma entidade do terceiro setor entre 2009 e 2012. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 20., 2013, Uberlândia. Anais [...]. Uberlândia: Associação Brasileira de Custos. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/download/155/155>>. Acesso em: 14 jul. 2021.
- RAMOS, M. P. O Impacto Do Não Cumprimento Da Lei Do Menor Aprendiz Na Prática De Atos Infracionais Na Comarca De Araçatuba/SP. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018.
- SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DO TRABALHO (SINAIT). Manual da Aprendizagem Profissional. 1. ed. Brasília: SINAIT, 2019.

**OS EQUIPAMENTOS DOTADOS DE VISOR E A SAÚDE DOS  
TRABALHADORES – O ACÓRDÃO C-392/21 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA  
UNIÃO EUROPEIA**

**Working equipment with a display and the workers' health – the C-392/21  
Judgment from European Union Court of Justice**

Solange Ferreira Lajoso<sup>1453</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Enquadramento jurídico interno; 3. Enquadramento jurídico supranacional; 4. Da jurisprudência do TJUE: o Acórdão C-392/21; Considerações finais.

**Resumo:** No seio relações juslaborais hodiernas subjaz a preocupação do legislador em garantir a função social do direito. O normativo espelha um dos direitos fundamentais dos trabalhadores enquanto pessoas: o direito à saúde. O direito a laborar em condições dignas de higiene, segurança e saúde tem atraído a preocupação de instituições de ordem supranacional como a Organização Internacional do Trabalho, a União Europeia e a Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho. A Diretiva 90/270/CEE do Conselho Europeu, datada de 1990 previa as prescrições mínimas para a garantia da saúde dos trabalhadores com equipamentos dotados de visor. Recentemente, em dezembro de 2022, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu no sentido de que a interpretação desta Lei inclui a obrigação do empregador fornecer os dispositivos especiais de correção visual aos seus trabalhadores – neste caso, os óculos graduados – ou de ressarcir-lhes os montantes gastos na compra dos mesmos.

**Palavras-chave:** direito à saúde; relações juslaborais; equipamentos dotados de visor; expensas do empregador.

**Abstract:** Within today's labor law relations underlies the legislator's concern to guarantee the social function of law. The regulation mirrors one of the fundamental rights of workers as people: the right to health. The right to work in decent hygiene, safety and health conditions has attracted the concern of supranational institutions such as the International Labor Organization, the European Union and the European Agency for Safety and Health at Work. Directive 90/270/EEC of the European Council, dated 1990, established the minimum requirements for guaranteeing the health of workers with equipment equipped with a display. Recently, in December 2022, the Court of Justice of the European Union ruled that the interpretation of this Law includes the obligation of the employer to provide special visual correction devices to its workers – in this case, prescription glasses – or to reimburse them the amounts spent on their purchase.

**Key words:** right to health; labor relations; equipment with a display; employer's expenses.

---

<sup>1453</sup> Doutoranda no Programa de Ordenación Xurídica do Mercado da Universidade de Vigo, Espanha. Linha de investigação Dereito do Traballo e da Seguridade Social. E-mail: solange\_lajoso@hotmail.com.

## 1. Introdução

Recentemente, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu acerca da interpretação do artigo 9.º da Diretiva 90/270/CEE do Conselho de 29 de maio de 1990, normativo referente à segurança e saúde no trabalho desenvolvido através de equipamentos dotados de visor e que produziu importantes alterações quanto à interpretação do ponto 1 do artigo 16.º da Diretiva 89/391/CEE.

No processo C-392/21, de 22 de dezembro de 2022 podemos ler que “os «dispositivos de correção especiais», previstos nesta disposição, incluem os óculos graduados especificamente destinados a corrigir e a prevenir perturbações visuais relacionadas com um trabalho que envolve equipamento dotado de visor. Por outro lado, estes «dispositivos de correção especiais» não se limitam a dispositivos utilizados exclusivamente no âmbito profissional”. Além disso, que “a obrigação de fornecer aos trabalhadores em causa (...) impende sobre a entidade patronal”<sup>1454</sup>. O douto aresto deliberou ainda quanto às formas de materialização de tal cumprimento, que pode consubstanciar-se através do provimento direto do dispositivo a expensas do empregador, ou através do reembolso destas ao trabalhador. Neste caso, estudava-se a pretensão de um trabalhador, que a sua entidade patronal lhe reembolsasse a despesa que teve na compra e uns óculos graduados novos. Este trabalhador romeno operava normalmente com este tipo de equipamentos, tendo sido este o fundamento – assim como as condições de luminosidade do seu posto de trabalho – para a deterioração da sua acuidade visual.

## 2. Enquadramento jurídico interno

No normativo português, a Constituição da República Portuguesa (CRP) dispõe no seu artigo 59.º que todos os trabalhadores têm direito “à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde” (c, 59)<sup>1455</sup>. Foi através da Lei 83/2021 de 6 de dezembro, que se aditou ao Código do Trabalho (CT) que a observância das responsabilidades do empregador em matéria de higiene, saúde e trabalho para com os trabalhadores com equipamentos dotados de visor, se mantém igualmente no regime de teletrabalho (art. 170-A, CT) – incluindo a monitorização da saúde dos mesmos. O CT português dispõe também acerca da

---

<sup>1454</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0392> (ECLI:EU:C:2022:1020) (acesso em 10-02-2023).

<sup>1455</sup> A este propósito, a Carta dos Direitos Fundamentais da UE 2016/C 202/02, de 7 de junho de 2016, p. 8, artigo 31.º: “1. Todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas” - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT> (acesso em 15-12-2021).

obrigatoriedade do empregador de informar os seus subordinados, dos riscos para a saúde que eventualmente possam emergir, como resultado do desenrolar das suas tarefas profissionais; assim como, das medidas adotadas pela empresa para os prevenir; além de que, é incumbência do empregador assegurar que proporciona condições de trabalho saudáveis para todos (art. 127 e 222, CT)<sup>1456</sup>. Por sua vez, também os trabalhadores têm o dever de cumprir as normas de prevenção desenvolvidas pelo empregador nesta matéria (art. 128, CT)<sup>1457</sup>.

O Decreto Lei 441/91 de 14 de novembro, enquadrado a matéria atinente à segurança, higiene e saúde no trabalho e foi ratificado através do Decreto Lei 349/93 de 1 de outubro (art. 2). Este diploma legal, que transpõe a Diretiva 90/270/CEE de 29 de maio, produziu orientações em matéria de prevenção dos riscos profissionais e de proteção da saúde dos trabalhadores que operam com equipamentos com visor e ambicionou regulamentar as condições a observar pelos locais de emprego, por forma a garantir o respeito pela saúde destes. O Decreto Lei 349/93 surgiu como referencial do ordenamento jurídico português, pela necessidade de transpor as diretrizes promulgadas pela OIT, na sua Convenção 155 - sobre a segurança, a saúde dos trabalhadores e o ambiente de trabalho<sup>1458</sup> e de institucionalizar ferramentas eficazes na ratificação da Diretiva 89/391/CEE, de 12 de junho de 1989.

Neste normativo juslaboral, cujo âmbito de aplicação é transversal aos demais ramos de atividade pública ou privada (art. 2), institucionaliza-se que “*os equipamentos de trabalho dotados de visor não devem constituir fonte de risco para a segurança e saúde dos trabalhadores*” (art. 4). O mesmo delibera acerca das obrigações da entidade patronal, que deve fiscalizar as condições

---

<sup>1456</sup> COUTINHO DE ALMEIDA, Jorge. “Poder empresarial: Fundamento, conteúdo e limites”, *Temas de Direito do Trabalho, IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, p. 435; CURADO, Armando. *Manual prático de Direito do Trabalho*, Quid Juris, Lisboa, 2007, p. 103, 104; MENEZES LEITÃO, Luís. *Direito do Trabalho*. Almedina, 2008, p. 222, 240; LOBO XAVIER, Bernardo et al., *Manual de Direito do Trabalho*, Verbo Editora, Coimbra, 2014, p. 445 e ss.; MONTEIRO FERNANDES, António. *Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 223; PALMA RAMALHO, Maria, *Direito do Trabalho – Parte I*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 130, 227; ROXO, Manuel; CABRAL, Fernando. *Segurança e Saúde do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 42.

<sup>1457</sup> BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Curso de Direito Constitucional – Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 15 – 223; RIBEIRO PARREIRA, Ana. “O assédio no trabalho”, *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 242 - 244; PALMA RAMALHO, Maria. *Tratado de Direito do Trabalho - Parte II*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 15 e ss; LOBO XAVIER, Bernardo. “A Constituição portuguesa como fonte de Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores”, *El trabajo y la Constitución – estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 417 – 442.

<sup>1458</sup> Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms\\_c155\\_pt.htm](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c155_pt.htm)

A este propósito também a Convenção 187 “Quadro Promocional para a Segurança e Saúde no Trabalho” do *Bureau*, datada de 2006 (acesso em 01-12-2023).

e os riscos inerentes aos postos cujo trabalho se desenvolve com recurso aos equipamentos com visor; adequar uma estratégia proativa de prevenção que vise a eliminação dos mesmos; informar os seus subordinados quanto aos riscos existentes e às estratégias implementadas para o combate aos mesmos; desenhar um plano de tarefas que integre períodos de atividade com estes equipamentos intercalados com pausas ou escalonados com outras tarefas que exijam menos da acuidade visual destes profissionais (art. 6).<sup>1459</sup> Mormente, antes da ocupação de um posto de trabalho desenvolvido com recurso a estes equipamentos, o empregador tem a incumbência de sujeitar estes profissionais a exames médicos regulares, que visem testar a visão e a saúde dos olhos dos mesmos – independentemente de já manifestarem alguma alteração ou não. Maxime, sempre que tais exames revelarem a existência de alterações aos olhos ou à capacidade visual e “*os dispositivos normais de correção não puderem ser utilizados, devem ser facultados aos trabalhadores dispositivos especiais de correção concebidos para o tipo de trabalho desenvolvido*” (art. 7).

Por fim, a Portaria n.º 989/93 de 06 de outubro de 1993 estabeleceu a forma de execução de tais prescrições, esclarecendo as entidades empregadoras quanto às medidas que devem adotar.

No regime jurídico da área social, o legislador português considerou que um trabalho dignificante e com qualidade deve observar determinadas medidas de segurança, higiene e saúde. Este veredicto enfatiza-se pelo facto de que instâncias como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho (AESST) têm tratado este assunto com prioridade. Tal sucede como consequência de uma política preventiva face aos riscos profissionais, emergente de um quadro europeu especialmente focado na diminuição das doenças e acidentes profissionais como pilar fundamental da garantia da saúde dos trabalhadores e do aumento saudável da produtividade do tecido empresarial dos Estados membros.

Mais recentemente, a Autoridade para as Condições de Trabalho portuguesa promoveu uma campanha publicitária em 2021 no âmbito da “Campanha europeia 2020/2022 locais de trabalho saudáveis: aliviar a carga”<sup>1459</sup>, cujo objeto foram as doenças relacionadas com o trabalho, tendo esclarecido também que a EN ISO 9241 é a norma que

---

<sup>1459</sup> Disponível em <https://ccp.pt/wp-content/uploads/2021/07/Campanha-Europeia-2020-2022-info-2021.pdf> Para uma leitura mais aprofundada *vd* <https://healthy-workplaces.eu/pt>; <https://healthy-workplaces.eu/pt/get-involved/become-campaign-partner>; <https://healthy-workplaces.eu/pt/healthy-workplaces-newsletter>; <https://healthy-workplaces.eu/en/campaign-partners/national-focal-points> (acesso em 01-06-2022).

integra as condições ergonómicas a observar para a execução deste tipo de trabalho. Esta iniciativa surgiu como consequência da Lei 102/2009 de 10 de setembro, que regulamenta o Regime Jurídico da Promoção da Segurança e Saúde no Trabalho português, e que visou consagrar as alterações promovidas pela Diretiva 2007/30/CE, de 20 de junho de 2007<sup>1460</sup>. Neste documento refere-se que a prevenção das doenças profissionais requer medidas simples e pouco onerosas e enfatizou-se o papel fundamental da intervenção precoce. Adicionalmente, desafiou as empresas portuguesas a participarem nos prémios de boas práticas promovidos pela AESST em 2022<sup>1461</sup>.

### 3. Enquadramento jurídico supranacional

A propósito da segurança e saúde no trabalho, a OIT refere no seu relatório de 2019 “Segurança e saúde no centro do futuro do trabalho – Tirando partido de 100 anos de experiência”, que é *“imperativo dar resposta a este problema global através do desenvolvimento de estratégias de prevenção eficazes (...) o investimento na SST pode contribuir para que sejam alcançados os objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”*<sup>1462</sup>.

No supracitado concurso da AESST foram referidos os últimos desafios juslaborais em matéria de higiene, saúde e segurança no emprego, especialmente os decorrentes do desenvolvimento da conjuntura Covid19, como é o caso dos riscos associados ao teletrabalho, à utilização de equipamentos dotados de visor às condições ergonómicas do trabalho exercido por estes profissionais. No relatório final, referiu-se o projeto belga “Integrar a ergonomia na cultura corporativa de um grupo hospitalar”, em que se obtiveram resultados positivos na avaliação dos riscos do trabalho desenvolvido com recurso aos equipamentos com ecrã e na estruturação de um plano de ação eficaz para os combater. Atualmente, este organismo prevê lançar em setembro deste ano a campanha “Trabalho seguro e saudável na era digital”.

Neste tema, a Suécia é dos países pioneiros em matéria de higiene, segurança e saúde no trabalho. A Lei Work Safety Act (1977:1160)<sup>1463</sup> dispõe diversas orientações em matéria

---

<sup>1460</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0030&from=PT> (acesso em 02-09-2022).

<sup>1461</sup> Disponível em <https://osha.europa.eu/pt/publications/healthy-workplaces-good-practice-awards-2020-2022> (acesso em 01-06-2022).

<sup>1462</sup> Disponível em [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms\\_690142.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_690142.pdf) (acesso em 01-07-2022). SST, sigla utilizada para “Segurança e Saúde no Trabalho”.

<sup>1463</sup> Disponível em <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/13242/61987/F-1449602470/SWE13242EnglishConsolidated.pdf> (acesso em 12-02-2023).

do desenvolvimento de um ambiente de trabalho saudável. Porém, desenvolveu normativo específico para o trabalho com computadores<sup>1464</sup> (AFS 1998:5), assim como o Reino Unido, com a promulgação da Lei Health and Safety (Display Screen Equipment) Regulations 1992 as amended: Guidance on Regulations L26<sup>1465</sup>. Nestes diplomas legais, podemos encontrar indicações de carácter vinculativo para os empregadores, como a necessidade de combater o desconforto visual destes trabalhadores – por exemplo, alternar estas tarefas com outras menos exigentes e a obrigatoriedade de permitir tantas pausas quanto as necessárias, para a manutenção da saúde dos mesmos, de forma a minimizar o impacto dos riscos laborais associados. Igualmente importantes são as questões ergonómicas e as condições do ambiente de trabalho, em que o normativo sueco prevê diretrizes objetivas como: as janelas das salas de trabalho conterem persianas, cortinas ou outros, a fim de suavizar a luz solar intensa, o ofuscamento e os reflexos, entre outras.

Neste contexto, a Diretiva 90/270/CEE do Conselho, de 29 de maio de 1990<sup>1466</sup> foi a quinta diretiva especial relativa à aceção do artigo 16.º da Diretiva 89/391/CEE de 12 de junho de 1989<sup>1467</sup>, que introduziu as prescrições mínimas em matéria de saúde e segurança do trabalho com equipamentos dotados de visor. O normativo de 1990 teve como objeto a promoção da segurança e saúde no trabalho, tendo instituído a obrigatoriedade de os empregadores desenvolverem medidas preventivas, que visem diminuir os riscos profissionais e proteger a saúde dos seus trabalhadores. Assim, definiu que é responsabilidade do empregador monitorizar continuamente os riscos laborais e adequar as estratégias de prevenção à evolução da realidade laboral da organização (art. 6).

#### 4. Da jurisprudência do TJUE: o Acórdão C-392/21

O Acórdão do TJUE C-392/21 tem sido muito comentado recentemente, devido aos esclarecimentos que prestou em matéria de direitos dos trabalhadores que operam regularmente com equipamentos dotados de visor. Ora, a Diretiva 89/391/CEE, refere que “3. Os trabalhadores devem receber dispositivos de correção especiais, concebidos para o seu tipo de trabalho,

---

<sup>1464</sup> Disponível em [https://www.it.uu.se/edu/course/homepage/contextuse/ht12/computer\\_work.pdf](https://www.it.uu.se/edu/course/homepage/contextuse/ht12/computer_work.pdf)

<sup>1465</sup> Disponível em <https://www.hse.gov.uk/pubns/indg36.PDF>. Veja-se o diploma legal na íntegra em <https://www.hse.gov.uk/pubns/books/l26.htm> (acesso em 12-02-2023).

<sup>1466</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31990L0270&from=PT> (acesso na mesma data).

<sup>1467</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0391&from=PT> (acesso na mesma data).

se os resultados do exame referido no n.º 1 ou do exame referido no n.º 2 demonstrarem a sua necessidade e os dispositivos de correção normais não puderem ser utilizados. 4. As medidas tomadas em aplicação do presente artigo não devem em caso algum ocasionar encargos financeiros adicionais para os trabalhadores” (art. 9). As questões em apreço a considerar eram se a expressão “*dispositivos de correção especiais*”, pode abranger óculos graduados; se os dispositivos que aqui se referem são de utilização exclusiva no trabalho, ou se compreendem a utilização fora deste; se a obrigação do empregador providenciar os mesmos pode consubstanciar-se sob a forma de reembolso da compra ao trabalhador; ou, se este reembolso pode integrar um aumento da remuneração mensal devido a “*condições de trabalho difíceis*”.

O Tribunal *a quo* esclareceu que uma vez que a Diretiva 90/270 não define os “*dispositivos de correção especiais*”, a interpretação deve fazer-se no sentido de prosseguir os objetivos da restante legislação referente ao mesmo assunto e que se engloba na mesma conjuntura jurídica. Além disso, o termo “*dispositivos de correção*”, desta Diretiva veio substituir o termo “*óculos*”, que figurava nas disposições anteriores. Assim, essa expressão deve ter um entendimento em sentido lato, na medida em que engloba os variados dispositivos de correção possíveis. Mormente, esta correção diz respeito às fragilidades que possam já existir e uma vez que o exame médico legalmente previsto, acontece no momento que antecede o início de funções com este tipo de equipamentos, resulta que: as perturbações detetadas podem ser já existentes e que então, estas não se relacionam estreitamente com o emprego ou este tipo de tarefas profissionais *per se*. Ou seja, a disposição “*concebidos para [o] tipo de trabalho*” não significa necessariamente que a utilização destes dispositivos tenha de ser meramente exclusiva do local de trabalho, uma vez que não é restritiva.

Neste sentido, leia-se também o Acórdão C-455/00 (ECLI:EU:C:2002:612) da mesma entidade, que condenou a República Italiana, pois entendeu que esta não cumpriu com as obrigações que lhe são impostas por força do artigo 9.º da Diretiva 90/270/CEE, “*Ao não definir as condições em que devem ser fornecidos aos trabalhadores interessados dispositivos especiais de correção em função da atividade desenvolvida*” - o que engloba os danos previamente existentes<sup>1468</sup>.

Por fim, decidiu o douto Tribunal que a obrigação de fornecer aos trabalhadores tais dispositivos, pode consubstanciar-se não somente pelo seu fornecimento direto, como também pela restituição do valor das despesas referentes à compra dos mesmos, no caso de

---

1468

Disponível

em

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=8B0E2C247EEBB36555CE3D74F07B9538?text=&docid=47824&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1435901>

(acesso em 11-02-2023).

ter sido efetuada pelo trabalhador. Porém, não é admissível um aumento nos valores a auferir mensalmente como provimento para as mesmas ou como forma de ressarcimento.

### **Considerações finais**

A novas tecnologias revolucionaram o mundo do trabalho, é inegável. Com estas, o aumento da informatização do trabalho e conseqüentemente, da quantidade de postos de trabalho exercido através de equipamentos dotados de visor. É direito destes trabalhadores receberem os dispositivos especiais de correção visual – vulgo “óculos”, ou outros semelhantes – que necessitem para o desenvolvimento escorreito das suas tarefas profissionais diárias, independentemente das alterações detetadas serem resultado da atividade laboral ou não. Estes dispositivos não são para uso exclusivamente profissional e podem referir-se a alterações previamente existentes. A entidade empregadora pode facultá-los objetivamente, ou através de reembolso dessa despesa aos seus trabalhadores. Porém, um aumento salarial generalizado, não é uma forma admissível de concretização desta incumbência do empregador.

### **Referências bibliográficas**

- Blanco de Morais, Carlos. Curso de Direito Constitucional – Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 15 – 223
- Coutinho de Almeida, Jorge. “Poder empresarial: Fundamento, conteúdo e limites”, Temas de Direito do Trabalho, IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, p. 435
- Curado, Armando. Manual prático de Direito do Trabalho, Quid Juris, Lisboa, 2007, p. 103, 104
- LOBO XAVIER, Bernardo et al., Manual de Direito do Trabalho, Verbo Editora, Coimbra, 2014, p. 445 e ss.
- Lobo Xavier, Bernardo. “A Constituição portuguesa como fonte de Direito do Trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores”, El trabajo y la Constitución – estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 417 – 442
- Menezes Leitão, Luís. Direito do Trabalho. Almedina, 2008, p. 222, 240
- Monteiro Fernandes, António. Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2014, p. 223
- Palma Ramalho, Maria, Direito do Trabalho – Parte I, Almedina, Coimbra, 2006, p. 130, 227
- Palma Ramalho, Maria. Tratado de Direito do Trabalho - Parte II, Almedina, Coimbra, 2014, p. 15 e ss

Ribeiro Parreira, Ana. “O assédio no trabalho”, IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 242 - 244

Roxo, Manuel; Cabral, Fernando. Segurança e Saúde do Trabalho, Almedina, Coimbra, 2008, p. 42

<https://ccp.pt/wp-content/uploads/2021/07/Campanha-Europeia-2020-2022-info-2021.pdf>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0392>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12016P/TXT>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31990L0270&from=PT>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0391&from=PT>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007L0030&from=PT>

<https://healthy-workplaces.eu/en/campaign-partners/national-focal-points>

<https://healthy-workplaces.eu/pt>

<https://healthy-workplaces.eu/pt/get-involved/become-campaign-partner>

<https://healthy-workplaces.eu/pt/healthy-workplaces-newsletter>

<https://osha.europa.eu/pt/publications/healthy-workplaces-good-practice-awards-2020-2022>

<https://www.hse.gov.uk/pubns/books/l26.htm>

<https://www.hse.gov.uk/pubns/indg36.PDF>

<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/13242/61987/F-1449602470/SWE13242EnglishConsolidated.pdf>

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms\\_c155\\_pt.htm](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c155_pt.htm)

[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms\\_690142.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_690142.pdf)

[https://www.it.uu.se/edu/course/homepage/contextuse/ht12/computer\\_work.pdf](https://www.it.uu.se/edu/course/homepage/contextuse/ht12/computer_work.pdf)

# AS PRÁTICAS AMBIENTAL, SOCIAL E DE GOVERNANÇA – ASG-ESG NO AGRONEGÓCIO COMO VIAS DE CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS SUSTENTÁVEIS DA AGENDA 2030 DA ONU

**Environmental, social and governance practices - ESG-ESG, in agribusiness as ways to achieve the sustainable objectives of the un 2030 agenda**

Solange Teresinha Carvalho Pissolato<sup>1469</sup>

Rogério Mollica<sup>1470</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A construção histórica do desenvolvimento sustentável. 3. Os objetivos de desenvolvimento sustentável da agenda da ONU 2020-2030. 4. A prática ESG-ASG e sua importância no agronegócio brasileiro como instrumento de concretização dos ODS. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** O presente artigo destina-se a oferecer uma visão ampliada dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da Organização das Nações Unidas (ONU) estabelecidos em 2015, e da responsabilidade socioambiental no agronegócio. Os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável são hoje a síntese da causa da sobrevivência da humanidade, associando-se a uma agenda de extrema relevância, como a temática ambiental, que interessa a toda a humanidade, com reflexos nesta e nas gerações futuras. A abordagem do tema justifica-se por tratar-se de tendência mundial, cuja importância foi se tornando cada vez maior nas relações e no ambiente global de negócios. O ponto fulcral do trabalho está em compreender se as práticas ambiental, social e de governança no agronegócio são suficientes para dar concretude aos objetivos para o desenvolvimento sustentável da ONU e em explorar a busca do equilíbrio possível entre as duas vertentes. O método de eleição é o dialético, ancorado em pesquisas bibliográficas em meios impressos e eletrônicos, artigos, doutrinas e arcabouço legal pátrio, para consolidar a discussão. Ao final da pesquisa, evidencia-se que houve uma evolução, marcada por avanços e recuos; contudo, somente a existência de normas internacionais e nacionais não é suficiente para garantir a efetividade das metas dos ODS no Brasil.

**Palavras-chave:** Agronegócio; Objetivo de Desenvolvimento Sustentável; ESG; Agenda 2030 da ONU.

**Abstract:** This article is intended to offer an expanded view of the Sustainable Development Goals (SDGs), of the United Nations (UN) established in 2015, and socio-environmental responsibility in agribusiness. The Goals for Sustainable Development are today the synthesis of the cause of humanity's survival, associated with an extremely relevant agenda, such as the environmental issue, which interests all of humanity, with repercussions on this and future generations. The approach to the theme is justified because it is a worldwide trend, whose importance has become increasingly important in relationships and in the global business

---

<sup>1469</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade de Marília – SP (PPGD-UNIMAR); Advogada; Professora Universitária. Email: solangepissolato.mestrado@gmail.com.

<sup>1470</sup> Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Professor do PPGD-UNIMAR - Universidade de Marília - SP. Email: rogerio@caisadvogados.com.br.

environment. The main point of the work is to understand whether the environmental, social and governance practices in agribusiness are sufficient to give concrete form to the UN's objectives for sustainable development and to explore the search for a possible balance between the two aspects. The chosen method is dialectic, anchored in bibliographical research in printed and electronic media, articles, doctrines and national legal framework, to consolidate the discussion. At the end of the research, it is evident that there was an evolution, marked by advances and setbacks; however, the mere existence of international and national standards is not enough to guarantee the effectiveness of the SDG targets in Brazil.

**Keywords:** Agribusiness; Sustainable Development Goal; ESG; UN Agenda 2030.

## Introdução

É inegável a importância da proteção ao meio ambiente, representado especialmente por ecossistemas complexos, guardando intrínseca conexão com a vida humana e com sua viabilidade e qualidade. Sabe-se que o compromisso assumido pelos países com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) envolve a adoção de medidas ousadas, abrangentes e essenciais para promover o Estado de Direito, os direitos humanos e a responsabilidade das instituições políticas. Os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável (ODS) são hoje a síntese da causa da sobrevivência da humanidade, associando-se a uma agenda de extrema relevância, como a temática ambiental, que interessa a toda a humanidade, com reflexos nesta e nas gerações futuras. A importância das Nações Unidas na liderança global é solar, sobretudo em matéria de direitos humanos e de desenvolvimento sustentável, compondo um rol de temas importantes e vitais para a humanidade globalmente.

O artigo tem por escopo discorrer sobre os ODS, criados pela ONU no ano de 2015, e sobre a responsabilidade socioambiental no agronegócio. O ponto fulcral do trabalho está em compreender se as práticas ESG (acrônimo em inglês de *environmental, social, governance*) no agronegócio são suficientes para concretizar objetivos da ONU (ODS) e em explorar essa tensão, em busca do equilíbrio possível entre as duas vertentes.

O método de eleição é o dialético, ancorado em pesquisas bibliográficas em meios impressos e eletrônicos, artigos, doutrinas e arcabouço legal pátrio, para consolidar a discussão.

Optou-se por fracionar o texto em três partes, precedidos da introdução. Na primeira parte, apresenta-se a narrativa histórica contemporânea da temática e, ato contínuo, uma contextualização do cenário atual. Na sequência, faz-se uma abordagem geral dos ODS. A terceira parte versa sobre a utilização do ESG, seu ponto de origem e sua importância como instrumento de concretude dos ODS, seguido das considerações finais.

É importante que estas reflexões sejam feitas de forma contínua, e não somente restrita à Agenda 2030, que é realmente significativa, abordando outros temas que também têm sua importância no contexto mundial.

## A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Preliminarmente, quando se trata de desenvolvimento, há que se esclarecer que o termo é formulado com certo grau de generalização e abstração. O termo é “utilizado em diversas disciplinas, como economia, direito, sociologia, antropologia, psicologia, filosofia e até mesmo em abordagens místicas, o que pode gerar dificuldades em sua delimitação, e, ao mesmo tempo, sugere uma análise interdisciplinar ou transdisciplinar”.<sup>1471</sup>

Quando se discute o tema desenvolvimento sustentável, necessário se faz revisitar eventos históricos que dotaram de maior robustez o processo pertinente ao tema, a começar pela primeira Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente, realizada em Estocolmo em 1972.

Uma década adiante, realizou-se a Conferência de Nairobi (1982), ponto de influxo para criação de uma Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, dando origem ao documento chamado de *Nosso futuro comum*, também conhecido como *Relatório Brundtland* (1991). Em 1992, ocorreu a II Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, “cujo objetivo foi reafirmar o conceito de desenvolvimento sustentável”.<sup>1472</sup>

Há que se destacar que “[...] o direito ao desenvolvimento foi reconhecido na seara internacional como um direito inalienável, com ênfase para a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento (Resolução no 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1986)”.<sup>1473</sup>

---

<sup>1471</sup> SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 180-197, set. 2018. p. 186. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2667>. Acesso em: 17 fev. 2023.

<sup>1472</sup> ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. **Estudos Avançados**, v. 26, n. 74. 2012. p. 70. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/F9XDcdCSWRS9Xr7SpknNJPv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>1473</sup> SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 180-197, set. 2018. p. 182. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2667>. Acesso em: 17 fev. 2023.

A ONU realizou também uma “série de encontros e relatórios internacionais que culminaram, vinte anos depois, com o Encontro da Terra no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, denominada Rio-92”.<sup>1474</sup>

No entendimento de Barroso e Mello<sup>1475</sup>, o significado de *desenvolvimento sustentável* foi delineado nos últimos 50 anos, em diferentes encontros e documentos internacionais. Embora os conceitos de “Crescimento” e “Desenvolvimento” guardem proximidade, é importante aclarar a distinção entre eles. Conforme esclarece Ramos<sup>1476</sup>, o crescimento diz respeito ao aumento de produção, de bens que atendam às necessidades humanas. “O conceito de Desenvolvimento é ampliado e abrange, além da magnitude da expansão da produção, a natureza e a qualidade deste crescimento e como isto afeta positivamente as condições de vida dos habitantes de um país”.<sup>1477</sup>

O conceito de desenvolvimento, por lentes ampliadas, não se reduz a indicadores econômicos, como o Produto Interno Bruto (PIB), e “requer que se removam as principais fontes de privação de liberdades: a tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”, considerando-se que aqueles que desconhecem os direitos que têm, não os reivindicam.<sup>1478</sup>

Conforme os ensinamentos de Luiz Carlos Bresser Pereira<sup>1479</sup>, o “desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através do qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo”. Para Sachs<sup>1480</sup>, o “desenvolvimento sustentável é um desafio planetário, evidentemente, incompatível com o jogo sem restrições das forças de mercado”.

---

<sup>1474</sup> SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 48.

<sup>1475</sup> BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: porque a floresta de pé vale mais do que derrubada. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 2, maio. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/50980>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>1476</sup> RAMOS, Claudemir. Desenvolvimento econômico sustentável: tendências e desafios na promoção dos empregos verdes no Brasil. **Textos e Debates**, Boa Vista, n. 30, p. 23-38, jul./dez. 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/315510219\\_DESENVOLVIMENTO\\_ECONOMICO\\_SUSTENTAVEL\\_TENDENCIAS\\_E\\_DESAFIOS\\_NA\\_PROMOCAO\\_DOS\\_EMPREGOS\\_VERDES\\_NO\\_BRASIL](https://www.researchgate.net/publication/315510219_DESENVOLVIMENTO_ECONOMICO_SUSTENTAVEL_TENDENCIAS_E_DESAFIOS_NA_PROMOCAO_DOS_EMPREGOS_VERDES_NO_BRASIL). Acesso em: 01 fev. 2023.

<sup>1477</sup> RAMOS, Claudemir. Desenvolvimento econômico sustentável: tendências e desafios na promoção dos empregos verdes no Brasil. **Textos e Debates**, Boa Vista, n. 30, p. 23-38, jul./dez. 2016. p. 26. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/315510219\\_DESENVOLVIMENTO\\_ECONOMICO\\_SUSTENTAVEL\\_TENDENCIAS\\_E\\_DESAFIOS\\_NA\\_PROMOCAO\\_DOS\\_EMPREGOS\\_VERDES\\_NO\\_BRASIL](https://www.researchgate.net/publication/315510219_DESENVOLVIMENTO_ECONOMICO_SUSTENTAVEL_TENDENCIAS_E_DESAFIOS_NA_PROMOCAO_DOS_EMPREGOS_VERDES_NO_BRASIL). Acesso em: 01 fev. 2023.

<sup>1478</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18.

<sup>1479</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 15.

<sup>1480</sup> SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 58.

O desenvolvimento, para que se diga sustentável, é aquele no qual a intervenção humana não causa efeitos negativos no meio ambiente, a ponto de este não poder recuperar-se da alteração sofrida e de as demais formas de vida ficarem comprometidas, para que o ser humano possa tirar proveito dos recursos. É necessária, assim, não somente uma regulação da produção e do mercado, mas também do consumo e das políticas públicas, trazendo melhores condições de vida a todos, observando-se os ODS da Agenda 2030: “dessa forma, a globalização, simultaneamente una e plural, conhece sua própria crise, que reúne e desune, unifica e separa”.<sup>1481</sup>

Deve-se considerar, ainda, o termo *sustentabilidade*, utilizado para expressar a sustentabilidade ambiental. O conceito tem diversas outras dimensões: “sustentabilidade social, sustentabilidade econômica, e um corolário se introduz, a sustentabilidade do sistema internacional para manter a paz”.<sup>1482</sup>

No contexto internacional, a ONU “tem tido um sucesso proeminente na promoção da conscientização ambiental, incorporando-a ao conceito de desenvolvimento multidimensional”.<sup>1483</sup> Aqui, cabe (re)visitar três documentos internacionais norteadores, patrocinados pela ONU, que miram horizontes mais amplos para enfrentar diretamente o problema da mudança climática: (i) a Convenção Quadro sobre Mudança Climática, de 1992; (ii) o Protocolo de Kyoto, concluído em 1997, mas só entrando em vigor em 2005; e (iii) o Acordo de Paris, vigente desde o final de 2016.

Na República Federativa do Brasil, com assento constitucional, o tema *desenvolvimento* ganha força em todo o ordenamento jurídico, sendo um objetivo a ser alcançado. Consta o desenvolvimento no preâmbulo e no artigo 3º, inciso II<sup>1484</sup>, indicado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, com referência no artigo 5º, inciso XXIX<sup>1485</sup>, e um robusto arcabouço legislativo.

---

<sup>1481</sup> MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. p. 24.

<sup>1482</sup> SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 72.

<sup>1483</sup> SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002. p. 59.

<sup>1484</sup> Artigo 3º, II - garantir o desenvolvimento nacional. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 fev. 2023).

<sup>1485</sup> Artigo 5º XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 fev. 2023).

## Os objetivos de desenvolvimento sustentável da agenda da onu – 2020-2030

Na contemporaneidade, o tema *desenvolvimento sustentável* não se restringe ao meio ambiente, irradiando-se para outros setores que causam grande impacto na sociedade, dentre os quais, o econômico, o social, o político, o jurídico e o ético. “Percebe-se hoje que a sustentabilidade vem se tornando ponto alto de discussões na sociedade, uma vez que o consumo, as desigualdades sociais e as demais consequências do mundo moderno e capitalista se tornam um problema de grande proporção”.<sup>1486</sup> A Agenda 2030, conforme a define a própria ONU, “é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade”, constituído por 17 ODS, 169 metas globais e 231 indicadores, que orientam medidas nas três dimensões do desenvolvimento sustentável: econômica, social e ambiental.<sup>1487</sup> As metas são aplicáveis a todos os 193 Estados-Membros da ONU e foram firmadas durante a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável da ONU, em 2015.

A Agenda é composta por objetivos ambiciosos e interconectados, que abordam os principais desafios de desenvolvimento enfrentados no Brasil e no mundo, sendo essencial “que se reconheça e examine os fenômenos multidimensionais, em vez de isolar, de maneira mutiladora, cada uma de suas dimensões”.<sup>1488</sup>

Estes são os objetivos para os quais as Nações Unidas estão contribuindo, a fim de que possamos atingir a Agenda 2030 no Brasil<sup>1489</sup>: ODS 1- Erradicação da pobreza; ODS 2- Fome zero e agricultura sustentável; ODS 3 - Saúde e bem-estar; ODS 4 - Educação de qualidade; ODS 5 - Igualdade de Gênero; ODS 6 - Água potável e saneamento; ODS 7 - Energia limpa e acessível; ODS 8 - Trabalho decente e crescimento econômico; ODS 9 - Indústria, inovação e infraestrutura; ODS 10 - Redução das desigualdades; ODS 11 - Cidades e comunidades sustentáveis; ODS 12 - Consumo e produção responsáveis; ODS 13 - Ação

---

<sup>1486</sup> GOMES, Magno Federici; MARQUES, Lorena Dolabela. A força normativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável 9 e 12 na responsabilidade socioambiental das empresas. **Cadernos de Direito Actual**, n. 14, n. ordinário, p. 223-237, out. 2020. p. 234. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/550/305>. Acesso em: 3 fev. 2023.

<sup>1487</sup> INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Ipea analisa as condições para o Brasil atingir metas do ODS 5**. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35026&Itemid=9](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35026&Itemid=9). Acesso em: 3 fev. 2023.

<sup>1488</sup> MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução de Eloá Jacobina. 23. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017. p. 89.

<sup>1489</sup> Para mais informações, consulte: ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Os objetivos de desenvolvimento sustentável: sobre o nosso trabalho para alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 6 fev. 2023.

contra a mudança global do clima; ODS 14 - Vida na água; ODS 15 - Vida terrestre; ODS 16 - Paz, justiça e instituições eficazes; ODS 17 - Parcerias e meios de implementação.

Um ponto interessante de saber é que esses 17 objetivos podem ser ajustados conforme a realidade de cada país; no caso do Brasil, mais de 128 metas foram alteradas e ajustadas para a nossa realidade.<sup>1490</sup> O Sistema das Nações Unidas no Brasil, juntamente com seus parceiros, elegeu cinco eixos prioritários para o seu próximo ciclo de planejamento estratégico, nos mesmos pilares da Agenda 2030: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parcerias (cinco Ps).<sup>1491</sup> É importante fazer um realce do que se tem sobre a Agenda 2030, em tão boa hora fazendo referência aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da ONU, fundamentais para a busca de uma paz global, uma paz que precisa de equilíbrio no movimento entre todas as pessoas, o meio ambiente e todos os seres vivos do planeta. Compreende-se que “a conscientização tem de promover a inteligência geral adequada a referir-se ao contexto, ao complexo, de forma multidimensional e incluída na concepção global”.<sup>1492</sup>

A Agenda 2030 da ONU é um instrumento expressivo de diplomacia internacional em que estão elencadas as metas e indicadores dos ODS, cuja natureza jurídica pode ser definida como normas sociais, por não terem caráter vinculante. Para Gomes e Marques<sup>1493</sup>, pode-se entender que fazem parte da Soft Law. Isso significa que as metas e os indicadores não são obrigatórios e que não há previsão de sanção caso não sejam observados, em contraponto aos documentos de Hard Law, “que constituem aqueles que de fato possuem uma capacidade coercitiva e sancionatória”.<sup>1494</sup>

---

<sup>1490</sup> INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Ipea analisa as condições para o Brasil atingir metas do ODS 5**. 2019. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35026&Itemid=9](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35026&Itemid=9). Acesso em: 3 fev. 2023.

<sup>1491</sup> ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Marco de parceria das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável 2017-2021**. Brasília: ONU, 2016. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-07/Marco-de-Parceria-para-o-Desenvolvimento-Sustentavel-2017-2021.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2023.

<sup>1492</sup> MORIN, Edgar. **O método 1: a natureza da natureza**. Tradução de Maria Gabriela de Bragança. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1977. p. 113.

<sup>1493</sup> GOMES, Magno Federici; MARQUES, Lorena Dolabela. A força normativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável 9 e 12 na responsabilidade socioambiental das empresas. **Cadernos de Direito Actual**, n. 14, n. ordinário, p. 223-237, out. 2020. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/550/305>. Acesso em: 3 fev. 2023.

<sup>1494</sup> GOMES, Magno Federici; MARQUES, Lorena Dolabela. A força normativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável 9 e 12 na responsabilidade socioambiental das empresas. **Cadernos de Direito Actual**, n. 14, n. ordinário, p. 223-237, out. 2020. p. 231. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/550/305>. Acesso em: 3 fev. 2023.

Não se pode olvidar que, desde 1988, alguns objetivos apresentados são lei no Brasil, com todas as letras estampadas no art. 3º da Carta Maior. Portanto, não são simplesmente enunciados ou propostas de governo; no caso brasileiro, são objetivos da própria República.

### **A prática ESG-ASG e sua importância no agronegócio brasileiro como instrumento de concretização dos ODS**

Pode-se dizer que há cada vez mais evidências de que a integração de questões Ambientais, Sociais e de Governança (ESG, acrônimo em inglês para *environmental*, social, *governance*) à gestão “traz impactos positivos nos resultados de uma empresa e proporciona benefícios comerciais e vantagens competitivas em relação a seus pares em variados negócios e contextos”.<sup>1495</sup> Vale registrar que, no ano de 2020, o agronegócio brasileiro representou 26,6 % no PIB<sup>1496</sup>, frente aos 20,5% registrados em 2019. Em valores monetários, o PIB do país totalizou R\$ 7,45 trilhões em 2020, e o PIB do agronegócio chegou a quase R\$ 2 trilhões. As projeções do agronegócio realizadas pelo MAPA “no relatório Projeções do Agronegócio – Brasil 2017/18 a 2027/2028 também apontam para um crescimento do setor, indicando um crescimento de 22,7% na produção de carne bovina até 2027/28”.<sup>1497</sup>

É pertinente tecer algumas considerações sobre o que Amartya Sen<sup>1498</sup> nos ensina sobre o termo *desenvolvimento*, construído pelo viés da liberdade real, uma vez que guarda íntima correlação com os contextos sociais, econômicos, políticos e institucionais e seus agentes. Trata-se de um conceito que está para além da métrica quantitativa do PIB, ou seja, revela que o indivíduo somente será livre se lhe forem garantidas: liberdades políticas,

---

<sup>1495</sup> INSTITUTO Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). **ASG como estratégia para perenidades dos negócios no Sec. XXI**: Perspectivas de profissionais de sustentabilidade e conselheiros de administração. 2019. p. 6. Disponível em: [https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24136/Estudo\\_GRI\\_ASG\\_Conselho.pdf](https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24136/Estudo_GRI_ASG_Conselho.pdf). Acesso em: 20 fev. 2023.

<sup>1496</sup> “As variações do PIB do agronegócio discutidas nesse relatório são avaliadas pela ótica da renda real do setor (PIB-renda), considerando conjuntamente as evoluções de volume e de preços reais. As variações resultam, então, do deflacionamento do PIB nominal do agronegócio pelo deflator implícito do PIB total do Brasil, que é o índice de inflação utilizado pelo Cepea para deflacionamento do PIB. Em 2020, o PIB nominal do agronegócio cresceu 30,28%, e o deflator do PIB brasileiro variou 4,81%, resultando no crescimento real de 24,31% apresentado na Tabela 1. Na mesma comparação, 2020 frente a 2019, dados do IBGE mostram que o PIB brasileiro nominal cresceu 0,6%”. CONFEDERAÇÃO da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA). **PIB do agronegócio alcança participação de 26,6% no PIB brasileiro em 2020**. 2021. Disponível em: <https://www.cnabrazil.org.br/boletins/pib-do-agronegocio-alcanca-participacao-de-26-6-no-pib-brasileiro-em-2020>. Acesso em: 22 fev. 2023.

<sup>1497</sup> BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Projeções do agronegócio**: Brasil 2017/18 a 2027/28 projeções de longo prazo. Brasília: MAPA/ACE, 2018. p. 83. Disponível em: [https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/projecoes-do-agronegocio/banner\\_site-03-03-1.png/view](https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/projecoes-do-agronegocio/banner_site-03-03-1.png/view). Acesso em: 9 fev. 2023.

<sup>1498</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

facilidades econômicas, oportunidades sociais e garantias de transparência e segurança protetora. direitos civis.

No cenário do agronegócio brasileiro, não se pode deixar de incluir a principal floresta tropical do mundo, a Amazônia, que presta três grandes serviços à humanidade – pela grande biodiversidade, por seu papel no ciclo da água e da chuva e pela mitigação do aquecimento global, absorvendo e armazenando o dióxido de carbono. Quando se derruba a floresta, perde-se o armazenamento de carbono que ela produz e ainda se libera o carbono que estava armazenado, de modo que a derrubada da floresta é um mal para a humanidade, configurando-se como um desastre para as futuras gerações.<sup>1499</sup>

Dentre os ODS, aprovados pela ONU em 2015, o Objetivo 15 prescreve: “Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade”.<sup>1500</sup> Assim, a ideia de suportabilidade (ou sustentabilidade), acrescenta ao desenvolvimento “um conjunto de ações voltadas à salvaguarda da biosfera e, correlativamente, à salvaguarda das gerações futuras. Essa noção contém um componente ético importante, mas não poderia aperfeiçoar em profundidade a própria ideia de desenvolvimento”.<sup>1501</sup>

As principais causas de desmatamento são o relaxamento das medidas protetivas, com possibilidade continuada e renovada de regularização de terras griladas, o que serve de incentivo para que essa prática criminosa se estenda pelo tempo, e a ausência de alternativas econômicas para a população da região.<sup>1502</sup>

No entendimento de Gomes e Gasperini,<sup>1503</sup> “a responsabilidade social empresarial é muito mais abrangente, incluindo práticas de boa governança, códigos de conduta e gestão de riscos”. Percebe-se que foi abandonada “a ideia do dever exclusivo do Estado de

---

<sup>1499</sup> BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: porque a floresta de pé vale mais do que derrubada. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 2, maio. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/50980>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>1500</sup> ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Objetivo de desenvolvimento sustentável 15 - Vida terrestre**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/15>. Acesso em: 12 fev. 2023.

<sup>1501</sup> MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2015. p. 32.

<sup>1502</sup> BARROSO, Luís Roberto. Suprema corte e diálogos sobre a agenda 2030. **Webinar**, jun. 2021. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=g25zMT\\_SUCo&t=14751s](https://www.youtube.com/watch?v=g25zMT_SUCo&t=14751s). Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>1503</sup> GOMES, Magno Federici; GASPERINI, Marina Mendes. Agronegócio, bovinocultura de corte, responsabilidade social e corrupção. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 6, n. 5, p. 28428-28443, may. 2020. p. 28431. Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/341982521\\_Agronegocio\\_bovinocultura\\_de\\_corte\\_responsabilidade\\_social\\_e\\_corrupcao](https://www.researchgate.net/publication/341982521_Agronegocio_bovinocultura_de_corte_responsabilidade_social_e_corrupcao). Acesso em: 10 fev. 2023.

promoção do bem-estar social, em uma visão tradicionalista, e passou-se à promoção da ideia de gestão compartilhada entre os sujeitos”.<sup>1504</sup>

No ambiente de negócios, o Brasil “é considerado uma das maiores potências agroambientais do globo. Destaca-se que o agronegócio<sup>1505</sup> “representa a totalidade das operações do ciclo da agricultura e pecuária, englobando, além da produção, os serviços financeiros, de transporte, marketing, seguros, bolsas de mercadoria”.<sup>1506</sup>

Apesar dos números positivos, “o agronegócio sofre uma pressão pelos desafios que precisa endereçar. A lista de impactos negativos não é pequena: globalmente, o setor é responsável por 23% das emissões, mais de 60% do uso de água e 30% da demanda de energia”.<sup>1507</sup>

Quanto ao ESG, a sigla foi cunhada recentemente e “pode ser declarada como uma nova nomenclatura para a mesma coisa – integrar considerações sociais e ambientais na tomada de decisão de empresas”.<sup>1508</sup> O termo demorou para pegar, e, conforme esclarece Spitzack<sup>1509</sup>, “seu primeiro uso foi no relatório *Who Cares Wins*’ (Quem se importa ganha), publicado pela iniciativa Princípios de Investimentos Responsáveis das Nações Unidas em 2006. Mas, somente anos mais tarde, entre 2019-2020, o termo conquistou o mundo”.

Em conjunto com o Fórum Econômico Mundial, Deloitte, EY, PwC e KPMG “criaram framework que reúne o essencial dos sistemas já existentes hoje, ou seja, um padrão global para tentar colocar ordem no acrônimo que impera nas métricas e reportes de questões

---

<sup>1504</sup> GOMES, Magno Federici; MARQUES, Lorena Dolabela. A força normativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável 9 e 12 na responsabilidade socioambiental das empresas. **Cadernos de Direito Actual**, n. 14, n. ordinário, p. 223-237, out. 2020. p. 235. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/550/305>. Acesso em: 3 fev. 2023.

<sup>1505</sup> Quanto ao conceito de agronegócio, a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA, 2020, p. 17) o entende “como a soma de quatro segmentos: insumos para a agropecuária, produção agropecuária básica (ou primária), agroindústria (processamento) e agrosserviços”.

<sup>1506</sup> JOHANSSON, Wagner André. As boas práticas no agronegócio: o compliance e o SELO AGRO+. **Percurso - Anais do IX CONBRADEC**, Curitiba, v. 2, n. 33, p. 415-418. 2020. p. 146. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/4398>. Acesso em: 20 fev. 2023.

<sup>1507</sup> SEJARELEVANTE. **ESG no agronegócio é caminho sem volta, mostra publicação**. 2022. Disponível em: <https://sejarelevante.com.br/esg-no-agronegocio-e-caminho-sem-volta/#:~:text=Grandes%20empresas%20e%20investidores%20focam%20em%20ESG%20no%20Agroneg%C3%B3cio&text=Intitulada%20Benchmarking%20de%20ESG%20no,da%20FDC%2C%20Heiko%20Hosomi%20Spitzack>. Acesso em: 20 fev. 2023.

<sup>1508</sup> SPITZACK, Heiko. A sustentabilidade corporativa morreu? Vida longa ao ESG. *In*: \_\_\_\_\_ (ed.). **O que é ESG e como se diferencia da sustentabilidade**. 2022. p. 4. Disponível em: [https://ci.fdc.org.br/AcervoDigital/E-books/2021/ESG%201/Sess%C3%A3o%201\\_2022.pdf](https://ci.fdc.org.br/AcervoDigital/E-books/2021/ESG%201/Sess%C3%A3o%201_2022.pdf). Acesso em: 20 fev. 2023.

<sup>1509</sup> SPITZACK, Heiko. A sustentabilidade corporativa morreu? Vida longa ao ESG. *In*: \_\_\_\_\_ (ed.). **O que é ESG e como se diferencia da sustentabilidade**. 2022. p. 4. Disponível em: [https://ci.fdc.org.br/AcervoDigital/E-books/2021/ESG%201/Sess%C3%A3o%201\\_2022.pdf](https://ci.fdc.org.br/AcervoDigital/E-books/2021/ESG%201/Sess%C3%A3o%201_2022.pdf). Acesso em: 20 fev. 2023.

sociais, ambientais e de governança (ESG) das empresas”.<sup>1510</sup> Assim, ESG é o termo que o mercado financeiro deu para a sustentabilidade; conseqüentemente, sustentabilidade chegou ao cerne do negócio e entrou na agenda de diretorias executivas.

Importante ampliar o olhar para além das métricas, buscando enxergar o nexo entre sustentabilidade e agronegócio com novas reflexões, sem esgotar a matéria, mas trazendo as inúmeras implicações do uso incongruente e dissociado de um todo tão abundante, mas finito.

Vários são os temas que se apresentam como ponto de tensão no agronegócio, indo desde o meio ambiente e desmatamento até o trabalho escravo, dentre outros. Com novas demandas, os investidores e reguladores têm cobrado mais responsabilidade social e ambiental, estendida aos *stakeholders*. As novas gerações e consumidores mais conscientes, por sua vez, seguem nessa direção, subindo a barra de preocupação no que diz respeito ao tema.

O Brasil está entre os maiores produtores e exportadores de alimentos do mundo<sup>1511</sup>. A questão é: como alimentar o mundo sem consumir o planeta, além de colocar em prática os compromissos firmados internacionalmente? Com certeza, este é um dos principais desafios a serem confrontados atualmente.<sup>1512</sup> Portanto, “é preciso aprender a enfrentar a incerteza, já que vivemos em uma época de mudanças, em que os valores são ambivalentes, em que tudo está ligado”.<sup>1513</sup>

O reflexo dessa preocupação vem impactando o consumo e investimentos, focando no propósito da empresa para tomada de decisão de liberação de financiamentos. Temas controversos tendem a dificultar ou forçar a retirada de recursos e demandam o engajamento ativo das empresas para atender aos desafios globais.

O aumento brutal das regulações internacionais ligadas à ESG, têm tido impacto na licença de operar das organizações, com produtos banidos, nova taxonomia de investimentos em ESG, pressão para que as empresas sejam mais engajadas em ações voltadas para a redução do uso de embalagens, pegada de água e carbono, e bem-estar animal.

---

<sup>1510</sup> VIRI, Natalia. ‘Big Four’ de auditoria criam padrão para colocar ordem na sopa de letrinhas ESG. **Capital Reset**, set. 2020. Disponível em: <https://www.capitalreset.com/big-four-de-auditoria-criam-padrao-para-colocar-ordem-na-sopa-de-letrinhas-esg/>. Acesso em: 18 fev. 2023.

<sup>1511</sup> CLIMATE Fieldview. **Maiores produtores agrícolas do mundo e o que eles ensinam sobre agricultura digital**. 2021. Disponível em: [https://blog.climatefieldview.com.br/maiores-produtores-agricolas-mundo#:~:text=O%20Brasil%20tamb%C3%A9m%20est%C3%A1%20entre,de%20EUA%2C%20China%20e%20%C3%8Dndia](https://blog.climatefieldview.com.br/maiores-produtores-agricolas-mundo#:~:text=O%20Brasil%20tamb%C3%A9m%20est%C3%A1%20entre,de%20EUA%2C%20China%20e%20%C3%8Dndia.). Acesso em: 22 fev. 2023.

<sup>1512</sup> CLIMATE Fieldview. **Maiores produtores agrícolas do mundo e o que eles ensinam sobre agricultura digital**. 2021. Disponível em: [https://blog.climatefieldview.com.br/maiores-produtores-agricolas-mundo#:~:text=O%20Brasil%20tamb%C3%A9m%20est%C3%A1%20entre,de%20EUA%2C%20China%20e%20%C3%8Dndia](https://blog.climatefieldview.com.br/maiores-produtores-agricolas-mundo#:~:text=O%20Brasil%20tamb%C3%A9m%20est%C3%A1%20entre,de%20EUA%2C%20China%20e%20%C3%8Dndia.). Acesso em: 22 fev. 2023.

<sup>1513</sup> MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011.

Percebe-se, então, uma corrida das empresas em direção aos selos de sustentabilidade, o mercado brasileiro de títulos verdes<sup>1514</sup> vem crescendo exponencialmente desde 2015, e, ao longo dos últimos dois anos.

As práticas ESG tornaram-se pré-requisito para liberação de investimentos, uma vez que resultam em redução de riscos, aumento do índice de confiança, agregação de valor e demanda de maior cuidado com gestão de riscos.<sup>1515</sup> O fito dos investidores para questões ESG é principalmente um olhar de gestão de risco. Se, de um lado, investidores e reguladores esperam que as empresas tomem a responsabilidade para si, inclusive com dados regulacionais e transparência em casos de violações, de outro, o consumidor também regula o mercado.

Em pesquisa realizada em 2020 pela PwC Brasil<sup>1516</sup>, 47% dos respondentes referiram que ter acesso a informações ESG é tão importante quanto acessar informações financeiras da empresa. O Brasil é um dos principais *players* do agronegócio global e lidera a produção e exportação de diversas *commodities* agropecuárias. Até 2030, a produção agrícola brasileira deve crescer mais de 20%, segundo a pesquisa “Projeções do Agronegócio”, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

Com base nessas percepções, nota-se que a ideia de desenvolvimento “abarca questões holísticas, extravasando o campo econômico e social”.<sup>1517</sup> Nesta linha de raciocínio, quais são as partes no contexto dos ODS? Qual é o todo? As partes são as inúmeras contribuições à viabilização da Agenda 2030. Portanto, o boicote das partes, se frutífero, pode destruir o todo.

## Considerações Finais

Os ODS são a espinha dorsal da agenda da ONU, e é a partir deles que a Agenda 2030 poderá ganhar concretude. Cabe destacar que os objetivos a atingir pouco valem se não

---

<sup>1514</sup> CLIMATE Bonds Initiative. **Análise do mercado de financiamento sustentável da agricultura no Brasil**. 2021. Disponível em: [https://www.climatebonds.net/files/reports/cbi\\_summary\\_note\\_pt.pdf](https://www.climatebonds.net/files/reports/cbi_summary_note_pt.pdf). Acesso em: 20 fev. 2023.

<sup>1515</sup> WORLD Economic Forum. **The global risks report 2022**. 17th edition. Insigth Report. 2022. Disponível em: [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_The\\_Global\\_Risks\\_Report\\_2022.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2022.pdf). Acesso em: 17 jun. 2022.

<sup>1516</sup> PWC. **Os fatores ESG ganham destaque**. 2021. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/agribusiness/2021/importancia-da-agenda-esg-no-agronegocio.html#:~:text=Os%20fatores%20ESG%20ganham%20destaque,a%20informa%C3%A7%C3%B5es%20financeiras%20da%20empresa>. Acesso em: 17 fev. 2023.

<sup>1517</sup> SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 180-197, set. 2018. p. 193. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2667>. Acesso em: 17 fev. 2023.

saírem do papel e do discurso e fiquem restritos às salas e aos textos das negociações multilaterais ou diplomáticas. Abre-se espaço além de um fórum de debates – principalmente, de oportunidades para que sejam oferecidas propostas eficazes e eficientes para aquilo que é uma convocação da ONU e que precisa ser respondido, tornando concreto os melhores propósitos enquanto compromisso nacional e global.

Muito se tem avançado, mas longo ainda é o caminho a percorrer, considerando-se que o risco de que as metas não saiam do papel é concreto. Isso porque, para atores relevantes e contrários a mudanças, certas verdades são inconvenientes – e o debate ambiental é um desses campos de batalha nos dias de hoje.

É notória a importância do ESG, cuja agenda decorre de uma evolução social, como instrumento e viabilidade para a consolidação da atividade do agronegócio, em congruência com os ODS. Contudo, tais compromissos exibem o status de “*soft law*”, não impondo sanções, e a lei posta é insuficiente para concretizar os objetivos firmados.

Na realidade cotidiana, o que se constata são ações marcadas por avanços e recuos, como a liberação para utilização de áreas protegidas para plantio, noticiada recentemente por alguns países. Para que os objetivos de promover a sustentabilidade e a igualdade ganhem vida, é preciso contar com o engajamento e trabalho cotidiano das instituições, do Estado e dos atores sociais.

Há que se ter, além do apelo, a resposta no sentido do compromisso. Este apelo à ação ressoa mais importante, pois não adianta somente fazer um chamamento a compromissos que não tenham como objetivo o atingimento e que se fazem pela ação, sem avançar além do enunciado de bons propósitos. A Agenda existe não só para ser referenciada, como muito se tem feito até o momento, mas para ser concretizada, como dá o norte a Constituição Federal.

Por fim, a Agenda 2030 da ONU configura-se como uma moldura ampla o suficiente para abarcar as peculiaridades dos diferentes temas por ela tratados. Uma das fortalezas da Agenda é oferecer uma visão integrada e transversal das distintas áreas.

## **Referências Bibliográficas**

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Como salvar a Amazônia: porque a floresta de pé vale mais do que derrubada. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 2, maio. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/50980>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. **Projeções do agronegócio: Brasil 2017/18 a 2027/28** projeções de longo prazo. Brasília: MAPA/ACE, 2018. Disponível em: [https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/projecoes-do-agronegocio/banner\\_site-03-03-1.png/view](https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/projecoes-do-agronegocio/banner_site-03-03-1.png/view). Acesso em: 9 fev. 2023.

CLIMATE Bonds Initiative. **Análise do mercado de financiamento sustentável da agricultura no Brasil**. 2021. Disponível em: [https://www.climatebonds.net/files/reports/cbi\\_summary\\_note\\_pt.pdf](https://www.climatebonds.net/files/reports/cbi_summary_note_pt.pdf). Acesso em: 20 fev. 2023.

CLIMATE Fieldview. **Maiores produtores agrícolas do mundo e o que eles ensinam sobre agricultura digital**. 2021. Disponível em: <https://blog.climatefieldview.com.br/maiores-produtores-agricolas-mundo#:~:text=O%20Brasil%20tamb%C3%A9m%20est%C3%A1%20entre,de%20EUA%20China%20e%20%C3%8Dndia>. Acesso em: 22 fev. 2023.

CONFEDERAÇÃO da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA). **PIB do agronegócio alcança participação de 26,6% no PIB brasileiro em 2020**. 2021. Disponível em: <https://www.cnabrazil.org.br/boletins/pib-do-agronegocio-alcanca-participacao-de-26-6-no-pib-brasileiro-em-2020>. Acesso em: 22 fev. 2023.

FERRER, Walkiria Martinez Heinrich; SANTOS, Everton Neves dos. Direito humano ao desenvolvimento dos povos indígenas. **Prim@ Facie**, v. 18, n. 38. p. 1-28, out. 2019. p. 6. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/45444>. Acesso em: 10 fev. 2023.

GOMES, Magno Federici; GASPERINI, Marina Mendes. Agronegócio, bovinocultura de corte, responsabilidade social e corrupção. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 6, n. 5, p. 28428-28443, may. 2020. p. 28431. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/341982521\\_Agronegocio\\_bovinocultura\\_de\\_corte\\_responsabilidade\\_social\\_e\\_corrupcao](https://www.researchgate.net/publication/341982521_Agronegocio_bovinocultura_de_corte_responsabilidade_social_e_corrupcao). Acesso em: 3 fev. 2023.

GOMES, Magno Federici; MARQUES, Lorena Dolabela. A força normativa dos objetivos de desenvolvimento sustentável 9 e 12 na responsabilidade socioambiental das empresas. **Cadernos de Dereito Actual**, n. 14, n. ordinário, p. 223-237, out. 2020. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/550/305>. Acesso em: 3 fev. 2023.

GUARALDO, Maria Clara. **O agro brasileiro alimenta 800 milhões de pessoas**. 2021. Disponível em: <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/59784047/o-agro-brasileiro-alimenta-800-milhoes-de-pessoas-diz-estudo-da-embrapa>. Acesso em: 15 fev. 2023.

INSTITUTO Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). **ASG como estratégia para perenidades dos negócios no Sec. XXI: Perspectivas de profissionais de sustentabilidade e conselheiros de administração**. 2019. Disponível em: [https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24136/Estudo\\_GRI\\_ASG\\_Conselho.pdf](https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24136/Estudo_GRI_ASG_Conselho.pdf). Acesso em: 20 fev. 2023.

INSTITUTO de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Ipea analisa as condições para o Brasil atingir metas do ODS 5**. 2019. Disponível em:

[https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=35026&Itemid=9](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35026&Itemid=9). Acesso em: 3 fev. 2023.

JOHANSSON, Wagner André. As boas práticas no agronegócio: o compliance e o SELO AGRO+. **Percursos - Anais do IX CONBRADEC**, Curitiba, v. 2, n. 33, p. 415-418. 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/4398>. Acesso em: 20 fev. 2023.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. Tradução de Eloá Jacobina. 23. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.

MORIN, Edgar. **O método 1: a natureza da natureza**. Tradução de Maria Gabriela de Bragança. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1977.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Objetivo de desenvolvimento sustentável 15 - Vida terrestre**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/15>. Acesso em: 12 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Os objetivos de desenvolvimento sustentável: sobre o nosso trabalho para alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 6 fev. 2023.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.

PWC. **Os fatores ESG ganham destaque**. 2021. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividade/agribusiness/2021/importancia-da-agenda-esg-no-agronegocio.html#:~:text=Os%20fatores%20ESG%20ganham%20destaque,a%20informa%C3%A7%C3%B5es%20financeiras%20da%20empresa>. Acesso em: 18 fev. 2023.

RAMOS, Claudemir. Desenvolvimento econômico sustentável: tendências e desafios na promoção dos empregos verdes no Brasil. **Textos e Debates**, Boa Vista, n. 30, p. 23-38, jul./dez. 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/315510219\\_DESENVOLVIMENTO\\_ECONOMICO\\_SUSTENTAVEL\\_TENDENCIAS\\_E\\_DESAFIOS\\_NA\\_PROMOCAO\\_DOS\\_EMPREGOS\\_VERDES\\_NO\\_BRASIL](https://www.researchgate.net/publication/315510219_DESENVOLVIMENTO_ECONOMICO_SUSTENTAVEL_TENDENCIAS_E_DESAFIOS_NA_PROMOCAO_DOS_EMPREGOS_VERDES_NO_BRASIL). Acesso em: 01 fev. 2023.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. **Estudos Avançados**, v. 26, n. 74. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/F9XDcdCSWRS9Xr7SpknNJPv/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 fev. 2023.

SACHS, I. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 180-197, set. 2018. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2667>. Acesso em: 17 fev. 2023.

SEJARELEVANTE. **ESG no agronegócio é caminho sem volta, mostra publicação.** 2022. Disponível em: <https://sejarelevante.com.br/esg-no-agronegocio-e-caminho-sem-volta/#:~:text=Grandes%20empresas%20e%20investidores%20focam%20em%20ESG%20no%20Agroneg%C3%B3cio&text=Intitulada%20Benchmarking%20de%20ESG%20no,da%20FDC%2C%20Heiko%20Hosomi%20Spitzeck>. Acesso em: 20 fev. 2023.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA JÚNIOR, Antonio Batista. Como antecipar o futuro que queremos viver? *In:* \_\_\_\_\_ (ed.). **O que é ESG e como se diferencia da sustentabilidade.** 2022. p. 3-4. Disponível em: [https://ci.fdc.org.br/AcervoDigital/E-books/2021/ESG%201/Sess%C3%A3o%201\\_2022.pdf](https://ci.fdc.org.br/AcervoDigital/E-books/2021/ESG%201/Sess%C3%A3o%201_2022.pdf). Acesso em: 20 fev. 2023.

SPITZECK, Heiko. A sustentabilidade corporativa morreu? Vida longa ao ESG. *In:* \_\_\_\_\_ (ed.). **O que é ESG e como se diferencia da sustentabilidade.** 2022. p. 5-11. Disponível em: [https://ci.fdc.org.br/AcervoDigital/E-books/2021/ESG%201/Sess%C3%A3o%201\\_2022.pdf](https://ci.fdc.org.br/AcervoDigital/E-books/2021/ESG%201/Sess%C3%A3o%201_2022.pdf). Acesso em: 20 fev. 2023.

VIRI, Natalia. 'Big Four' de auditoria criam padrão para colocar ordem na sopa de letrinhas ESG. **Capital Reset**, set. 2020. Disponível em: <https://www.capitalreset.com/big-four-de-auditoria-criam-padrao-para-colocar-ordem-na-sopa-de-letrinhas-esg/>. Acesso em: 18 fev. 2023.

WORLD Economic Forum. **The global risks report 2022.** 17th edition. Insigth Report. 2022. Disponível em: [https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_The\\_Global\\_Risks\\_Report\\_2022.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2022.pdf). Acesso em: 17 fev. 2023.

# A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL À PARTIR DAS TEORICAS ECONOMICAS DE AMARTYA SEN E JAGDISH BHAGWATI

## The guarantee of social rights in Brazil based on the economic theories of Amartya Sen and Jagdish Bhagwati

Valéria Rodinéia Zanette<sup>1518</sup>

**Sumário:** 2 Teorias Economicas de Amartya Sen e Jagdish Bhagwati. 3 Jagdish Bhagwati: uma Teoria Econômica baseada na Globalização, Livre Mercado e Bem-Estar Social 4 Amartya Sen: uma Teoria Econômica baseada nas pessoas. 5 A garantia dos direitos sociais no Brasil a partir das Teóricas Economicas de Amartya Sen e Jagdish Bhagwati. Considerações Finais.

**Resumo:** Amartya Sen e Jagdish Bhagwati são economistas consagrados mundialmente, inclusive com reconhecida rivalidade porque, enquanto indianos, influenciaram os modelos econômicos adotados na Índia, sendo que Amartya Sen defende o modelo de desenvolvimento de Kerala, que investiu em políticas pública de bem-estar e em consequência o aumento nos índices de desenvolvimento e Bhagwati defende o modelo de desenvolvimento de Gujarat que assumiu um série de políticas liberais que promoveram crescimento econômico e consequentemente, aumento no bem-estar. E baseada nessas duas teorias, busca-se perceber qual melhor se aplica na garantia dos direitos sociais no plano interno, ou seja, enquanto direitos fundamentais. Restando ao final a conclusão de que, justamente pelos direitos sociais assumirem o regime jurídico dos direitos fundamentais, pelo menos no que diz respeito ao mínimo, tem na teoria econômica de Amartya Sen uma maior compatibilidade e efetividade dos mesmos eis que não estão a mercê da capacidade econômica do estado brasileiro, somente no concernente ao alargamento do âmbito de aplicação do direito, para além do núcleo essencial.

**Palavras-chave:** Jagdish Bhagwati. Amartya Sen. Direitos Sociais.

**Abstract:** Amartya Sen and Jagdish Bhagwati are world-renowned economists, even with rivalry because, as Indians, they influence economic models adopted in India, and Amartya Sen defends the development model of Kerala, which invested in well-being public policies and with this increase in development indicators and Bhagwati defends Gujarat's development model, which assumes a series of liberal policies that promote economic growth and consequently, increase well-being. And based in these two theories, we desire to discover what is the best way to apply social rights internally, that is, as fundamental rights. It remains clear that in the final conclusion, precisely for the social rights assumed a legal regime of fundamental rights, at least with regard to the minimum, has the economic theory of Amartya Sen a better compatibility and effectiveness of them that can't be mercy to the economic capacity of the Brazilian state, only relative to the enlargement of the rights's area of applicance, apart from essential core.

**Keywords:** Jagdish Bhagwati. Amartya Sen. Social Rights.

---

<sup>1518</sup> Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Doutoranda em Desenvolvimento Socioeconômico pela Universidade do Extremo Sul Catarinense e Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade de Lisboa (2010), pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (2008), especialista em Direito Internacional pela Universidade de Lisboa (2007). Professora na Faculdade ESUCRI (Criciúma).

## **1 Introdução**

Pensar a garantia dos direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos, sociais e culturais à partir da teoria econômica de Amartya Sen e Jagdish Bhagwati é pensar na íntima relação entre políticas econômicas, governança e o próprio Estado Democrático e Social de Direito.

Tal pesquisa objetiva justamente buscar nesses dois grandes economistas, com perspectivas econômicas que partem de uma globalizações e abertura de mercado e permeiam um trajeto que leva até a análise do bem-estar do indivíduo, mas percorrendo caminhos com perspectivas e prioridades distintas, qual deles, à partir de suas teorias econômicas, conseguiriam responder melhor a consagração e mesmo promoção dos direitos sociais no Brasil.

Nessa senda, tem-se enquanto hipóteses seguir, por um lado, a teoria econômica de Bhagwati que, numa construção bastante liberal, tem a garantia dos direitos sociais enquanto resultado de um forte investimento no crescimento econômico e, por outro lado, a teoria econômica de Amartya Sen que pensa no crescimento e no Estado para além do econômico, partindo da consagração do bem-estar de cada indivíduo (suas capacidades) para se chegar ao real crescimento.

E para se perceber então, dentro dessas possibilidades, aquela que melhor se aplica a consagração dos direitos sociais enquanto fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro resta a análise de cada uma das teorias econômicas, iniciando por Jagdish Bhagwati e posteriormente Amartya Sen.

Em sendo essas clarificadas, fundamental a análise dos direitos sociais, desde a compreensão dos mesmos enquanto basilares para o Estado Democrático e Social de Direito até o regime jurídico próprio que os consagra.

Por fim, diante das teorias apresentadas e os direitos sociais compreendidos fundamentais, restará então concluir por qual delas melhor responde enquanto garantidora desses direitos num plano interno.

O método de procedimento utilizado para o desenvolvimento da pesquisa fora o monográfico e o método de abordagem aplicado o dedutivo.

## **2 Teorias economicas de Amartya Sen e Jagdish Bhagwati**

Os economistas Amartya Sen e Jagdish Bhagwati, dois dos mais renomados economistas do mundo, ambos indianos, iniciaram um debate que alcançou proporções

mundiais sobre as consequência da abertura/liberdade de mercado para os menos favorecidos.

Partindo de uma perspectiva popular, os dois economistas passaram a ser visto como, Amartya Sen o “economista socialista”, enquanto Bhagwati o “liberal dos liberais”. No entanto, uma análise mais profunda de suas teorias deixa claro uma visão bastante voltada para a economia, mas em determinado momento, também para o bem-estar social, restando as diferenças mais profundas no concernente as prioridades e não o desprezo por nenhum dos dois focos.

A rivalidade, conhecida a nível global, decorre em especial pelo fato de que, em sendo os dois indianos e economistas mundialmente consagrados, acabaram por influenciar nos modelos econômicos adotados na Índia nas últimas décadas, sendo que Bhagwati defende o Modelo de Desenvolvimento de Gujarat, enquanto Amartya Sen o Modelo de Desenvolvimento de Kerala.

Tais modelos acabam por clarificar muito das linhas teóricas dos economistas já que, no Modelo de Gujarat o objetivo primeiro foi o desenvolvimento com base no empreendedorismo privado, enquanto no Modelo de Kerala o objetivo primeiro é a redistribuição de renda e um crescimento conduzido pelo Estado, segundo Sen, altos gastos sociais promovem o crescimento econômicos (sendo favorável a esse).

A verdade é que, quase que tentando responder a pergunta de quem vem primeiro, “o ovo ou a galinha”, os economistas vem construindo, em mais de cinquenta anos de pesquisas (recheadas de livros e artigos) reafirmar seus posicionamentos e responder, no concernente ao Estado: é investindo no crescimento econômico que se garante o bem-estar social ou é investindo no bem-estar social que se garante o crescimento econômico?

Compreender as teorias econômicas de Sen e Bhagwati permite vislumbrar o caminho percorrido pelos Estados nos quatro cantos do globo, que iniciam com um “simples” plano econômico e com o passar dos anos a colheita dos frutos é inevitável, afetando diretamente na vida de cada cidadão, seja com a melhoria ou com a piora do bem-estar social.

Nessa senda resta uma análise da teoria econômica dos dois economista para poder então compreender qual melhor se aplicaria ao estado brasileiro para a garantia dos direitos sociais, a começar por Jagadish Bhagwati.

### 3 Jagdish Bhagwati: uma teoria econômica baseada na globalização, livre mercado e bem-estar social

Enquanto economista liberal, entre os grandes pensadores do Sec XXI, consagrou-se por obras como: A economia dos países subdesenvolvidos, Free Trade Today, In Defense of Globalization, Why Growth Matters e Protectionism.

Bem como pode ser observado em suas obras, trabalha o crescimento econômico a partir da abertura de mercado num plano global, promovendo a globalização e combatendo todo e qualquer método protecionista, inclusive alguns promovidos pela OMC, como o comércio justo.

Nessa construção teórica, cabe iniciar pela abertura das fronteiras: a globalização.

#### 3.1 GLOBALIZAÇÃO

O fenômeno da globalização, ideologicamente contestado por muitos, traz consigo a possibilidade de abertura do mercado, tanto no plano interno quanto externo e consequentemente crescimento econômico.

Entender a globalização, o capitalismo e as grandes corporações, assim como todos os movimentos contra esses institutos fazem parte da pesquisa de Bhagwati, trazendo mesmo à tona o cerne da problemática que é o crescimento econômico por meio do livre mercado e seus efeitos sociais, impactando na pobreza, alfabetização, cultura, questões de gênero etc.

Trabalhando uma trilogia baseada no combate a antiglobalização, anticapitalismo e anticorporações<sup>1519</sup>, Bhagwati compreende que questões ideológicas, profundamente ligadas ao socialismo, tanto nas antigas quanto atuais gerações, continuam “*beliefs about capitalism by asserting that economics is about value whereas sociology is about values*” (BHAGWATI, 2005, p. 79). Já num plano internacional (globalização), acabam aderindo à ideia de exploração capitalista, só que agora das nações grandes para com as pequenas. E quanto as multinacionais, essas são vistas como empresas mundialmente poderosas que buscam sempre pelo lugar mais favorável a exploração dos trabalhadores. (BHAGWATI, 2005)

O economista compreende a globalização, com a abertura de mercado, como um conjunto de benefícios, tanto numa perspectiva econômica quanto social, em suas palavras, “*Liberal trade, we have always argued, advances prosperity, encourage speac e among nations and is an indispensable part of individual liberty.*” (BHAGWATI, 2004, p. 207)

---

<sup>1519</sup> Em sua obra Em defesa da Globalização Bhagwati trabalha, profundamente, cada um desses componentes da trilogia.

O fato é que, a globalização promove o crescimento econômico à partir de um comércio mais livre, estando esse associado a redução da pobreza em termos absolutos e sendo que segundo o Banco de Desenvolvimento Asiático, na China, a pobreza reduziu de 28% em 1978 para 9% em 1998. Exemplo esse que pode ser observado em muitos outros países. (BHAGWATI, 2004)

Mesmo as multinacionais, tão criticadas, já se pode constatar que figuram como uma locomotiva da globalização, já que tem levado investimentos estrangeiro e tecnologia aos países pobres, lembrando ainda que, mesmo a questão salarial é uma falácia já que essas pagam até 10% a mais que as empresas nacionais e ainda exigem melhores condições de trabalho. (BHAGWATI, 2004)

No entanto, com relação ao crescimento social, trabalhar a globalização numa perspectiva de melhorar aquilo que já traz inúmeros benefícios é possível. Para tanto, e em confronto aqueles para os quais “*globalization needs a human face*” (2004, p. 29), há como alcançar efeitos sociais benéficos quando se promove o “gerenciamento” do processo de globalização, promovendo instituições e mecanismos que possam lidar com possíveis resultados adversos, assim como, que possam acelerar a consecução de agendas sociais, no entanto, orquestrando a velocidade do processo de globalização como um todo, sem tratamento de choque. (2004, p. 32).

Enquanto exemplo, traz a crise financeira e econômica asiática de 1997, em que uma administração que focou na liberação imprudente e apressada dos fluxos de capital, promoveu um aceleração excessivo da globalização, resultando uma grave crise. (BHAGWATI, 2005).

E intimamente ligada a análise da globalização, segue em defesa do livre mercado.

### 3.2 EM DEFESA DO LIVRE MERCADO

Em sua obra “O protecionismo” (de 1991) Jagdish Bhagwati faz uma análise da relação dos Estados frente ao mercado. Obra essa que vai sendo sequenciada por uma serie de outras obras, como *Free Trade Today* e *Why Growth Matters* (e muitas outras) que tratam do livre mercado, tornando-o referência e grande defensor, aquele que esta “*fighting the fight for free trade*”. (BHAGWATI, 2002, p. 10)

Segundo Bhagwati (1991), o período pós segunda guerra mundial, encabeçado pelos Estados Unidos, que saíra dessa como a potência mundial dominante, deu início ao período de liberalização comercial, contando sempre com o FMI, o Banco Mundial e o GATT. Sendo

que no período de 1947 até 1980 o GATT possibilitou uma redução de 90% nas taxas e tarifas alfandegárias nos Estados Unidos.

O liberalismo no comércio do período pós-guerra foi importante para reforçar a ideia de que promove prosperidade, eis que os países que investiram em industrialização perceberam que tinha muito mais mercado fora de seus limites enquanto mercado interno.

Mas na década de 1970 deu-se início as restrições e barreiras comerciais, habitualmente por meio de instituições, assim como pelo executivo, com o objetivo de fazer acordos com outros países. Sendo que, destaca Bhagwati (1991, p. 66), em muito, por meio dos mecanismos de proteção do comércio justo, em especial com os direitos compensatórios e as medidas antidumping.

Compreendendo mesmo que muito da onda protecionista decorreria da síndrome do “*gigante empequeñecido*”, eis que o crescimento da exportação pelo Japão, Singapura, Hong Kong, Coreia do Sul e Tailândia, assim como de outros países que iniciavam sua fase industrial, como o Brasil, aliados aos problemas internos, acabaram por mexer com os brios dos Estados Unidos e do Reino Unido, que viram suas economias diminuindo em relação a economia mundial, fomentando a ideia do comércio injusto e promovendo então uma reação protecionista. (BHAGWATI, 1991)

Mais precisamente, segundo Bhagwati (2002, p. 50), as críticas atuais contra o livre comércio e fato pelo qual se faz necessária uma regulamentação em busca de um “mercado justo”, também promove a crença de que prejudica o meio ambiente, de ser incompatível com avanços nas agendas sociais e morais.

Em suma, a abertura do mercado vem promover o desenvolvimento econômico dos estados e qualquer medida protecionista que venha ser regulamentada, tanto pelos estados num plano interno, quanto pelas organizações num plano internacional, são sempre prejudiciais, sendo mesmo hoje utilizadas pelas nações fortes enquanto instrumento frente aos estados em desenvolvimento.

E para além dessa construção de uma teoria econômica voltada para a globalização e abertura do mercado, também se volta para as questões de bem-estar social, senão vejamos:

### 3.3 BEM-ESTAR SOCIAL

Como já mencionado no início do presente artigo, não é fiel a ideia de que Amartya Sen é o “economista socialista” enquanto Bhagwati o “liberal dos liberais”, eis que esse, também volta parte de sua pesquisa para “pensar” questões que envolvem o bem-estar social, mesmo se evidenciando um forte abismo quanto as prioridades.

O fato é que Bhagwati, já em sua primeira obra de conhecimento global, lá nos anos 70, destacou a “preocupação” com os países subdesenvolvidos, por questões tanto de caráter político quanto humanitário, obra essa que objetiva uma abordagem da economia nos países subdesenvolvidos mas que vai além de uma perspectiva meramente econômica.

Ao fazer a análise dos estados subdesenvolvidos, inicia por lembrar que, a entrada desses nas organizações internacionais, em números expressivos levou as questões do “*problema do desenvolvimento*” à baila num plano global, ao ponto de se compreender que a assistência das nações ricas as mais pobres, eram ao fundo, uma questão de ordem humanitária e moral, um “*imperativo moral absoluto*”. (BHAGWATI, 1968, p. 39)

A própria ONU declarou o decênio de 1960 como a “Década do Desenvolvimento”, demonstrando uma preocupação evidente com a temática e promovendo as primeiras políticas assistencialistas aos países subdesenvolvidos.

No entanto, mesmo percebendo as questões assistencialistas, apresenta-se, claramente, sob o auspício de uma construção liberal, eis que evidencia a necessidade de uma análise dos recursos humanos em países subdesenvolvidos, enquanto estados incapazes de acumular capitais, mas, evitando-se exagero nessa “*nova ortodoxia*” porque, mesmo plausível essa preocupação, não podem subestimar a importância do capital. (BHAGWATI, 1968)

Quanto a mão de obra especializada, volta sua atenção para o fato de que não adianta empresários sem a mão-de-obra especializada para fazerem o maquinário funcionar, sendo característica de países subdesenvolvidos investirem em licenciatura e não em escolas técnicas que possibilitam conhecimento especializado e voltado para as necessidades do mercado. (BHAGWATI, 1968)

Lembra que os agregados familiares alargados são um prejuízo porque apenas um trabalha, mas que, protege os vulneráveis, o que acarreta economia para o Estado. (BHAGWATI, 1968)

A educação é compreendida como de grande importância para o desenvolvimento, no entanto, a decisão na aplicação de recursos deve buscar, para além de objetivos sociais, os objetivos econômicos. (BHAGWATI, 1968)

E justamente por pensar nos “investimento” que acaba por ser feito pelo estado na educação, enquanto economista, ainda em 1972, foi o primeiro a pensar no “*Brain Drain Tax*”, um imposto global no “*drained brain*” objetivando justamente compensar aqueles Welfare States que investem no ensino público de qualidade e veem seus melhores cientistas migrarem para outros Estados. (BHAGWATI, 1972)

Para o crescimento econômico, a democracia pode ser prejudicial, já que os regimes totalitários, como nos países socialistas, podem assumir posturas mais firmes já que não precisa “agradar ninguém”. (BHAGWATI, 1968).

Em suma, defende que, não fica provado por meio de evidências que um rápido crescimento econômico, baseado na globalização, capitalismo e multinacionais tragam malefícios sociais, pelo contrário, acredita que trazem grandes benefícios. (BHAGWATI, 2005)

Evidencia-se nesse ponto que, pensar as questões sociais conjuntamente ao planejamento do crescimento econômico pode (e via de regra vai) comprometer o crescimento econômico, então porque não promover um rápido crescimento econômico e depois pensar nas questões sociais?

Já no concernente ao livre mercado, enquanto um “*trade enthusiasts*” e que trabalha o modelo econômico “mercado e os benefícios ao bem estar social”, defende que a abertura do mercado internacional, principalmente no caso de países subdesenvolvidos, promove crescimento, traz tecnologia e conhecimento, aumentando o emprego e a arrecadação do Estado, o que acaba por melhorar as condições de vida da maioria dos cidadãos, inclusive dos mais pobres.

O crescimento econômico, a exemplo do que ocorrera na Índia após reformas liberais que tiveram início em 1991, trouxeram consigo uma melhora em vários setores vulneráveis da sociedade, sendo que em 1983, 44,5% da população encontrava-se abaixo da linha pobreza, passando para 27,5% em 2005. (BHAGWATI; PANAGARIYA, 2013, p. 57)

A ideia foi fazer “crescer a torta” para que se possa dividir de forma mais generosa posteriormente, ou seja, primeiro crescimento econômico e depois distribuição de renda. Até porque países pobres conseguem distribuir tão pouco que não alcançam nem mesmo o mínimo para uma existência condigna. (BHAGWATI; PANAGARIYA, 2013, p. 43)

Observa-se uma pesquisa também preocupada com o bem-estar, no entanto, esse enquanto decorrência, resultado do crescimento econômico, devendo esse ser priorizado. Em contra partida, Amartya Sen inverte as prioridades, com uma teoria econômica baseada nas pessoas.

#### **4 Amartya Sen: uma teoria econômica baseada nas pessoas**

Prêmio Nobel de economia justamente em decorrência do seu trabalho em economia do bem-estar (1998), Amartya Sen também está no rol dos grandes pensadores do Sec. XXI

e consagrou-se com obras como: Desigualdade Reexaminada, Desenvolvimento como liberdade, A ideia de Justiça e Sobre ética e economia.

Economista que trabalha o desenvolvimento do estado para além do econômico, vem demonstrando a importância de garantias mínimas as pessoas, a partir de suas capacidades, no alcance das liberdades e mesmo enquanto real crescimento de estado, criando mesmo, dentro do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Índice de Desenvolvimento Humano que avalia para além de aspectos econômicos também sociais dos países.

Resta compreender sua construção teórica, desde uma perspectiva global até o indivíduo.

#### 4.1 GLOBALIZAÇÃO

Amartya Sen, enquanto economista, não foge as temáticas próprias da sua formação, assim como, também presa pelo desenvolvimento e o crescimento econômico dos Estados, por isso, tem muitos pontos basilares semelhantes aos de Bhagwati, como por exemplo, a globalização.

A globalização para Amartya Sen (2010, p. 19) é um fenômeno que existe há milhares de anos (é só pensar no comércio, na migração, no compartilhamento cultural e de conhecimento) e vem promovendo o desenvolvimento do mundo, num primeiro momento, enquanto uma contribuição oriente X ocidente (papel, pólvora, bussola, ponte suspensa etc)<sup>1520</sup>, e hoje, se observa o caminho inverso.

Ou seja, o mundo hoje é o resultado de um vai e vem de conhecimento, de uma interdependência de movimentos que devem ser vistos como evolução e não como “*imperialismo de ideias e crenças ocidentais*”, até porque, “*ela é muito maior – mais grandiosa – do que isso*”. (SEN, 2010, p. 22)

Então a globalização está perfeita?

Enquanto foco, parte para a análise da desigualdade quando da divisão dos ganhos que são trazidos pela globalização. Ou seja, compreende que o movimento tem efeitos gerais bastante favoráveis, no entanto, observa-se disparidade e assimetrias quando da divisão das riquezas e oportunidades promovidas pela globalização. (SEN, 2010). Para fazer

---

<sup>1520</sup> Traz a história do primeiro livro impresso do mundo enquanto um evento global já que o processo envolveu a China, Turquia e Índia. O conteúdo era um tratado indiano, traduzido em chinês por um turco e impresso na China.

compreender que o problema não está na globalização em si mas os arranjos que são feitos para direcionar os favorecidos

Em suma, o problema não está na globalização e sim na distribuição dos benefícios ao final. E aqui já entra a importância de pensar intervenções estatais na busca dessa distribuição de forma mais igualitária.

A problemática fica por conta de o fato de que as condições habilitadoras apresentam grande dependência das instituições “*econômicas, sociais e políticas*”, tanto a título nacional quanto internacional.

E assim evidencia-se a profunda ligação entre a desigualdade com o crescente e persistente suporte aqueles com grande poder político, aquela pequena elite política com força econômica. Uma verdadeira força esmagadora das elites nas sociedade com altos índices de desigualdade, sendo que as próprias instituições (formais ou informais) promovem a desigualdade tanto econômica quanto política. (DREZE; SEN, 2013)

E chegamos aqui num dos maiores confrontos nas teorias de Sen e Bhagwati, já que para Amartya Sen (2010) , as injustiças no mundo estão intimamente ligadas as omissões que se perpetuam nos quatro cantos e que, em muito, podem ser coibidas por instituições globais que cuidam do comércio justo, da difusão tecnológica, restrições ecológicas e ambientais.

E mesmo quando pensa numa “justiça global”, essa vem vinculada ao debate num plano global, entre sujeitos internacionais que compõem a sociedade internacional, levando em consideração a diversidade e buscando melhorias já dentro dos arranjos institucionais existentes na busca de solver problemas globais, como a desigualdade, a fome extrema, o analfabetismo, mortes prematuras, entre muitos outros. (SEN, 2012)

Ou seja, para Amartya Sen, em sendo a globalização um fenômeno que traz benefícios e desenvolvimento ao mundo, conjuntamente com a economia de mercado e mesmo o capitalismo, devem esses ser pensados a partir de uma reforma que foca nos arranjos institucionais, tanto num plano nacional quanto global, buscando equidade aos beneficiados, promovendo uma participação justa as oportunidades que decorrem de tais fenômenos.

#### 4.2 DESENVOLVIMENTO, CAPACIDADES E JUSTIÇA

Começando por lembrar que o mundo nunca se viu tão interligado “*quanto a ideias e ideias interativos*”, onde o regime democrático e participativo virou modelo político e conceito de direitos humanos uma retórica almejada, Amartya Sen (2010, p. 09) vem desbravar o fato

de que, ainda assim, evidencia-se um mundo repleto de privações das liberdades, de persistente pobreza, de negligência a grupos vulneráveis e ao meio ambiente.

Buscando nos teorias das instituições (em especial de John Rawls) e na Teoria da Escolha Social, Amartya Sen (2010, p. 106) trabalha a Teoria da Capacidade, enquanto uma concepção de justiça social, busca avaliar o “bem-estar” do indivíduo a partir do “funcionamento” e da “capacidade”, onde o indivíduo tem a liberdades de promover suas próprias escolhas, de viver a vida diante de possibilidades e modos de vida possíveis. Liberdade essa “*gerada pelos bens, e não sobre os bens em si mesmo*”, bem como exemplifica, é diferente jejuar, de ser forçado a passar fome.

A Abordagem das Capacidade, seria um meio de avaliação do bem-estar do indivíduo e da sua liberdade de buscar o bem-estar, em que Amartya Sen constrói uma análise de desenvolvimento para além de índices baseado em PIB, renda mínima ou mesmo da felicidade, isso porque ao avaliar a desigualdade, a pobreza ou mesmo políticas públicas essas devem partir do conceito de Funcionamentos e Capacidades.

Onde os Funcionamentos são definidos por Sen (2010, p. 95) enquanto “*aquilo que uma pessoa pode considerar valioso fazer ou ter*”, são elementos constitutivos para o bem-estar social. Lembrando que os funcionamentos podem ser elementares ou complexos.

Já as Capacidades são a combinação de fundamentos que propicia uma espécie de liberdade ao indivíduo de poder seguir modos de vidas possíveis, ou seja, liberdade de alcançar o bem-estar dentro de suas próprias perspectivas. (SEN, 2010)

Ou seja, a pobreza não deve ser compreendida, simplesmente, como baixo nível de renda, mas sobretudo, como “*privação de capacidades básicas*”, que para Amartya Sen seria a “pobreza real”. (2010, p. 120) O fato é que a educação básica e os serviços de saúde aumentam a qualidade de vida, ou seja, as capacidades humanas (funcionamentos elementares), assim como, as possibilidades de uma pessoa superar a pobreza, porque as capacidades humanas estão intimamente ligadas as possibilidade de aumento da renda.

Diversamente do que se prega, a pobreza enquanto baixa renda, deve ser pensada numa “*ideia mais inclusiva*” de pobreza enquanto privação de capacidades básicas, pois só assim é possível entender melhor “*as mazelas humanas*”. É o que acontece no caso do desemprego, onde o Estado responde com o pagamento do seguro-desemprego para resolver a perda da renda, quando na verdade, o desemprego vai muito além da pobreza enquanto perda da renda, pois gera efeitos enquanto capacidade individual da pessoa,

promovendo “*exclusão social*”, problemas de ordem física e mesmo psíquica. (SEN, 2010, p. 35)

A liberdade precisa ter seu conteúdo analisado de “*maneira plural*”, eis que se apresenta sob muitas “*facetas*”, como no caso do indivíduo com uma crença heterodoxa. (SEN, 2012, p. 408) A oportunidade enquanto ínsito da liberdade pode ser analisada sob duas perspectivas, enquanto “*resultado de culminação*” e “*resultado compreensivo*”, sendo que na primeira a escolha da pessoa foi baseada naquilo a que teve acesso direto, em suas mãos, enquanto que, numa perspectiva mais alargada, a escolha pode ser a partir de um leque de outras alternativas que também pudessem sim ser uma opção. (SEN, 2012, p. 317)

E por fim, as capacidades também devem ser observadas para além do indivíduo, alcançando a “*capacidade de grupo*”, até porque, o ser humano tem o ser e agir influenciado pelo mundo que o rodeia, possui uma interdependência entre os valores daqueles que fazem parte dos seus diferentes grupos, que estão relacionados com o gênero, a classe social, a religião, a nacionalidade, a raça etc. (SEN, 2012, p. 335)

A exemplo do que ocorre com os afrodescendentes nos USA, “*opulência econômica*” e “*liberdade subjetiva*” não necessariamente caminham justas, eis que, a referida comunidade, mesmo estando em um país economicamente privilegiado, tem morte prematura, com índices que se aproximam a países como Costa Rica, Jamaica e Sri Lanka. (SEN, 2012, p. 313).

Em suma, Amartya Sen apresenta uma concepção de desenvolvimento muito além do meramente econômico e sim duma abordagem de funcionamentos e capacidades, elementos fundamentais para que o indivíduo possa exercer sua liberdade substantiva de escolher o tipo de vida que quer ter, seguindo posteriormente para uma concepção de justiça que vai dar continuidade a ideia central das capacidades mas agora focando nas realizações sociais enquanto parâmetro na vida das pessoas, de como suas liberdades podem ou não serem alargadas no alcance de uma teoria da justiça.

Ideia de justiça essa que parte da liberdade substancial galgada na igualdade material para além da formal, onde se faz necessário o alcance a educação, a saúde, a renda mínima, destacando a importância na tomada de decisões do indivíduo na vida pública em tudo aquilo que lhe afeta, alcance de uma democracia para além do voto, até porque, sem acesso a esses direitos mínimos em muito afeta os caminhos na consagração da capacidade individual e também coletiva.

## 5 A garantia dos direitos sociais no Brasil a partir das teóricas econômicas de Amartya Sen e Jagdish Bhagwati

Buscar a consagração e garantia dos direitos sociais num plano interno é pensar na “ponta da corda”, já que fatores econômicos e sociais como globalização, abertura de mercado, organizações internacionais e muitos outros fatores econômicos e sociais acabam refletindo diretamente nos mesmos. Esse o caminho correto a ser seguido?

A globalização e a abertura de mercado enquanto promotores do desenvolvimento econômico são considerados enquanto favoráveis para o Estado tanto pelo Bhagwati quanto Amartya Sen. O que muda são as perspectivas, já que para Bhagwati, para que se promova o desenvolvimento econômico qualquer resultado desfavorável deve ser relativizado, inclusive o aumento na desigualdade social. Em suas próprias palavras já anteriormente apresentada mas que vale mais uma vez ser lembrada, “*praticamente nenhuma medida que vise o progresso econômico será duma utilidade universal. Alguns indivíduos e classes ganharão e outros perderão, sendo raramente possível compensar os que perdem.*” (1968, P. 205). Já Amartya Sen apresenta uma perspectiva mais voltada as pessoas enquanto centro de compreensão de desenvolvimento, em especial os grupos vulneráveis, fazendo-se assim necessário promover uma séria de políticas de distribuição enquanto rede de proteção com intuito de prevenir os efeitos desfavoráveis decorrentes da globalização e abertura de mercado.

Importante destacar a ressalva feita por Amartya Sen quanto aos países com uma elite política dominante, pois nesses casos, o que faz lembrar o caso do Brasil, os grupos vulneráveis não tem representatividade e o crescimento econômico acaba por promover ainda mais desigualdade já que os benefícios desses se concentram nos grupos detentores do poder.

Voltando essa análise à garantia dos direitos sociais, em seguindo o pensamento de Bhagwati cabe ao estado a abertura do mercado para promover o crescimento econômico, o que tornariam as pessoas, enquanto indivíduos, com maior capacidade econômica para buscar a escola privada e um plano de saúde que venham responder as suas necessidades, exercendo suas próprias liberdades. O economista já se manifestou com relação ao Brasil e as exigências de padrões trabalhistas e ambientais estabelecidos pela OMC, dizendo que se apresentam como altruístas mas que ao fundo são protecionistas e favoráveis aos países desenvolvidos.

Lembrando ainda que para Bhagwati, em sendo a educação extremamente importante para o desenvolvimento essa deve ter investimentos do estado por meio de bolsas

e empréstimos aos candidatos mais aptos justamente porque a educação deve ser pensada para além de objetivo social, ou seja, econômico. E numa perspectiva econômica a educação deve voltar-se para uma mão de obra especializada, via de regra por meio de cursos técnicos e não licenciaturas já que a ideia é suprir as necessidades do mercado.

E como o investimento na educação assume também um objetivo econômico, Bhagwati pensou num *Brain Drain Tax* para compensar aqueles estados que “investiram” no desenvolvimento de um profissional e depois ele vai difundir seus conhecimentos exercendo sua profissão em outros países.

Dispensável inclusive um sistema democrático já que, por vezes, um sistema autoritário pode favorecer um crescimento econômico rápido.<sup>1521</sup>

No Brasil, quando da análise de outras correntes que cuidam dos direitos sociais enquanto direitos à prestação, por exemplo, a teoria de Bhagwati corresponde, inclusive, numa perspectiva teórica, a realidade brasileira. No entanto, em seguindo a construção dos direitos sociais enquanto fundamentais (defendidos no presente), consagrados constitucionalmente, esse não poderia ficar, pelo menos não em sua estrutura total, já que o núcleo é de aplicação imediata e justiciável, a mercê das capacidades econômicas do estado brasileiro. E no concernente ao alargamento de cada direito social, esse estaria vinculado a capacidade econômica. o que caberia então, a teoria de Bhagwati.

Já para Amartya Sen, a globalização, a abertura de mercado ou mesmo o desenvolvimento econômico não devem condicionar a garantia dos direitos sociais (enquanto promotores de bem-estar) por parte do Estado, devendo esse compreender que mesmo o grau de desenvolvimento deve sair de uma esfera meramente econômica e voltar-se para o indivíduo, suas capacidades em busca de uma liberdade substantiva.

Fundamental a democracia e a participação constante do indivíduo enquanto integrante da sociedade, pois suas necessidades próprias e enquanto coletividade podem ser respeitadas pelo Estado quando esse busca, na participação, aquilo que lhes é fundamental. Bem como ressalta J. J. Gomes Canotilho (2004, p. 204) “o Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é estado de direito”.

---

<sup>1521</sup> No concernente ao Sistema Democrático no Brasil, vale destacar os dados apresentados pelo Latinobarometro, em que o Brasil figura entre os países com menor apoio a Democracia, mais precisamente, somente 34% dos brasileiros apoiam a democracia. Disponível em [file:///C:/Users/Val%C3%A9ria/Downloads/INFORME\\_2018\\_LATINOBAROMETRO%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Val%C3%A9ria/Downloads/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO%20(2).pdf). Acesso em: 30 jun 2020)

Pensar a garantia dos direitos sociais no Brasil a partir das teorias de Amartya Sen seria a preservação da democracia com um alargamento da participação para que o cidadão possa escolher aquelas políticas públicas (efetivam direitos sociais) que estabeleçam a base no alcance de suas capacidade e sua liberdade substantiva.

Em suma, em se partindo da ideia dos direitos sociais enquanto fundamentais, alcançando, pelo menos no núcleo dos direitos sociais, o regime jurídico próprio dos direitos fundamentais, a Teoria de Amartya Sen responderia melhor, já que a consagração desses independeriam do desenvolvimento econômico do estado pois indispensáveis para que cada individuo possa alcançar suas capacidades.

No entanto, uma análise mais realista pode se fazer questionar se a Teoria de Bhagwati não vem sendo aplicada quando a garantia dos direitos sociais tem passado pela capacidade econômica do estado brasileiro, em todas as esperas, executivo, legislativo e judiciário, com o alargamento e a redução desses direitos independentemente de sua fundamentalidade ou do princípio do não retrocesso social. Quem nunca ouviu a clássica frase “os direitos custam dinheiro”? Seria o “estabelecimento” de um novo contrato social, baseado em políticas liberais e mesmo uma relativização da democracia?

Diante de tal questionamento restam as palavras do Amartya Sen (2010, p. 331), “*o que estamos verificando aqui não é tanto as consequências sociais de reformas econômicas, mas as consequências econômicas de reformas sociais*”.

Em suma, quando na análise da construção dos direitos sociais no Brasil enquanto direitos fundamentais subjetivos, no que tange ao núcleo essencial, há que se buscar na teoria econômica de Amartya Sen a garantia desses direitos, conquanto justiciáveis, sem para isso se dependa ou se vincule ao crescimento econômico. Sendo que, no concernente a ampliação do âmbito de aplicação dos direitos sociais sim, acabam caminhando conforme a capacidade, vontade do estado brasileiro.

### **Considerações Finais**

Um mundo globalizado, no mais amplo sentido da palavra, enquanto ambiente de circulação de pessoas e mercadorias deveria ser visto como evolução da própria humanidade... que o digam os refugiados.

A globalização econômica, a abertura de mercado, o capitalismo e toda essa construção neoliberal apresenta-se como benéfica tanto numa concepção trazida por Bhagwati quanto Sen. No entanto, enquanto Bhagwati foca no crescimento econômico

como objetivo primeiro e maior, Sen acaba por demonstrar a necessidade de trabalhar a globalização também enquanto promoção da igualdade e não favorecimento exclusivo de parte privilegiada da sociedade.

E vislumbrar o crescimento econômico enquanto objetivo maior é o que acaba por nortear toda a teoria econômica de Bhagwati, já que para esse economista, quando o Estado inicia e desenvolve um crescimento econômico, com ele, há um ganho em todas as esferas da sociedade, como na inclusão da mulher no mercado de trabalho, o aumento da expectativa de vida e do número de pessoas que saem da linha de pobreza, diminuição das mortes prematuras, entre tantos outros setores. Para tanto, alguns efeitos colaterais devem ser relativizados, como a desigualdade social.

E vale lembrar então que o objetivo primeiro do Estado é justamente promover o crescimento econômico, “fazer crescer a torta”, para depois, enquanto consequência do próprio desenvolvimento e arrecadação, dividir a torta de forma mais generosa, ou seja, viria então a promoção de bem-estar social.

Já para Amartya Sen, que também assume postura favorável a desburocratização, certas reformas nas leis trabalhistas, corte em subsídios como do energia, combustível e fertilizantes (ou seja, está longe do *status* economista socialista), a preocupação maior ultrapassa o crescimento econômico, eis que o ser humano deve ser o objetivo maior do Estado.

Para esse nobel da economia, o crescimento econômico não deve ser o principal instrumento de medida para avaliar um Estado, seu desenvolvimento não deve ser pautado enquanto índices econômicos, e sim na competência de promover ao indivíduo desenvolver seus fundamentos, suas capacidades, com suas individualidades. Só que para isso, fundamental que seja proporcionado estruturas básicas (de bem-estar social), por meio de provisão pública, para que possa ser responsável na construção de suas liberdades, inclusive na participação democrática de escolhas, como das políticas pública que lhe dizem respeito. E assim, só assim, com cidadãos livres (na sua mais ampla concepção), o desenvolvimento econômico vem como consequência.

Enquanto Amartya Sen acredita que cabe ao Estado promover saúde e educação (direitos sempre referendados pelos dois) para que o indivíduo possa então buscar sua capacidade, promover o crescimento numa dinâmica baseada na força de trabalho, Bhagwati acredita que cabe ao Estado focar no crescimento econômico, que a partir desse, cada indivíduo, terá renda suficiente para buscar a saúde e educação que melhor lhe prouver.

E em se vislumbrando o Estado brasileiro, enquanto democrático e social de direito, em que os direitos sociais assumem o regime jurídico dos direitos fundamentais, pelo menos, no que diz respeito ao núcleo essencial de cada um de seus direitos fundamentais e os alargamentos no âmbito de aplicação já consagrados, sejam eles de primeira ou segunda dimensão, não estariam a mercê da vontade política, da escolha de diretrizes econômicas optar pela teoria econômica de Jagdish Baghawati, a menos que se estivéssemos falando de um “novo contrato social”.

Cabe sim, no concernente ao alargamento do âmbito de proteção dos direitos sociais, para além do núcleo e respeitando o princípio do não retrocesso social, aplicar a teoria econômica de Jagdish Baghawati, ou seja, secularizando esses direitos.

Ocorre que, na concepção e construção atual dos direitos sociais é a teoria econômica de Amartya Sen que melhor responde enquanto garantia dos direitos sociais no estado brasileiro, justamente por compreender que o cumprimento do núcleo essencial desses direitos não estão a mercê da capacidade econômica do estado, tem a primazia.

Lembrando ainda que, de grande valia sua contribuição quanto a democracia participativa na promoção da liberdade pois, em se consagrando essa frente as políticas públicas enquanto garantidoras dos direitos sociais, o resultado em muito agregaria na reconstrução da relação estado X sociedade que a muito abalada.

### **Referências Bibliográficas**

- BHAGWATI, Jagdish. A economia dos países subdesenvolvidos. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- BHAGWATI, Jagdish. Arguind for pluralismo. In.: RUPP, George. Globalization challenged: conviction, conflict, community. Columbia University Press, 2008. P. 41-51.
- BHAGWATI, Jagdish. Coping with Antiglobalization: a trilogy of discontents. Foreign affairs, January-february 2020. P. 01-07
- BHAGWATI, Jagdish. El proteccionismo. Madrid: Alianza Editorial, 1991.
- BHAGWATI, Jagdish. Free Trade Today. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- BHAGWATI, Jagdish. Globalization and Appropriate Governanace. In.: SHORROCKS, Anthony (org.). **Wider Perspective on Global Development**. UNU-WIDER, 2005. p. 74-100.

- BHAGWATI, Jagdish. The Unilateral Freeing of Trade versus Reciprocity. BHAGWATI, Jagdish (Ed.). *Going Alone: the case for relaxed reciprocity in freeing trade*. MIT Press, 2002. P. 01-30
- BHAGWATI, Jagdish (1972), 'The United States in the Nixon Era: The End of Innocence', *Daedalus*, 101(4): 25–47.
- BHAGWATI, Jagdish/ CHIPMAN, Johns (Editors). *Studies in International Economics*. Amstardam: North-holland Publishing Company, 1974.
- BHAGWATI, Jagdish and William Dellalfar (1973), 'The Brain Drain and Income Taxation', *World Development*, 1(1–2): 94–101.
- BHAGWATI, Jagdish (1976a), 'Taxing the Brain Drain', *Challenge*, 19(3): 34–38.
- BHAGWATI, Jagdish/ PANAGARIYA, Arvind. *Why growth matters: How Economic Growth in India Reduced Poverty and the Lessons for Other Developing Countries*. Philadelphia: Public Affairs, 2013.
- DREZE, Jean/ SEN, Amartya. *AN UNCERTAIN GLORY: India and its Contradictions*. Princeton: Princeton University Press, 2013.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2012.
- SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia do Bolso, 2010.
- SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

# REFLEXÕES TEÓRICO-PRÁTICAS SOBRE A MEDIAÇÃO NAS AÇÕES DE INVENTÁRIO E PARTILHA DE BENS

Theoretical-practical reflections on mediation in inventory suits and share of assets

Vívian Chaves Botinha<sup>1522</sup>

**Sumário:** 1. Sucessão, inventário e partilha de bens: reflexões iniciais; 2. A mediação no âmbito do direito sucessório; 3. A experiência da mediação: reflexão prática; Considerações Finais.

**Resumo:** A presente pesquisa propõe-se a investigar a quebra de paradigma, após a aprovação do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015 e Lei de Mediação, Lei 13.140/2015, no que se refere a gestão de conflitos nas ações de inventário e partilha e bens. Assim, se caracteriza como um estudo doutrinário, e de reflexão prática que analisa a aplicação da mediação no ordenamento jurídico brasileiro, nos casos que abarquem o direito das sucessões. Isso significa dizer que com a intervenção da mediação, seria o instrumento viável para a superação de conflitos de interesses que envolvem a transmissão do patrimônio da pessoa falecida. Disso, vislumbra-se a possibilidade dos herdeiros por meio dos procedimentos mediatórios exercer maior autonomia na solução adequada do conflito sobre a herança nos processos judiciais de inventário e partilha de bens.

**Palavras-chave:** Inventário; Partilha de bens; Mediação; Direito das sucessões.

**Abstract:** The current study proposes to investigate the paradigm shift, after the approval of the New Code of Civil Procedure, Law 13.105/2015 and the Mediation Law, Law 13.140/2015, regarding managing conflicts in lawsuits about intestate succession. Thus, it is characterized as a doctrinal study, and of practical reflection that analyzes the application of mediation in the Brazilian legal system, in cases that include the law of intestacy. This means mediation would be a viable instrument for overcoming conflicts of interest involving dividing the deceased person's assets. From this, it is possible for the heirs, through mediation procedures, to exercise greater autonomy in the adequate solution of the conflict over the inheritance in the judicial processes of inventory and sharing of assets.

**Keywords:** Inventory; Share of assets; Mediation; Intestate Succession Act.

## 1. Sucessão, inventário e partilha de bens: reflexões iniciais

A morte de um ente familiar é um fato que repercute em vários âmbitos da vida. Entre as várias situações que os herdeiros precisam lidar, emerge a necessidade de realizar o procedimento de sucessão da pessoa falecida.

---

<sup>1522</sup> Professora. Palestrante. Advogada especializada em Direito Sucessório. Mestre em Direito Privado pela PUC/MG. Pós-graduada em Direito de Família Aplicado pelo IEC PUC/MG. Mediadora de Conflitos certificada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Secretária-Adjunta da Comissão Nacional de Direito das Famílias e Sucessões da Associação Brasileira de Advogados. E-mail: vivianbotinha@hotmail.com

Nesse contexto, é possível observar que muitas vezes os conflitos entre os herdeiros têm origem em duas situações: o processo de inventário judicial e a partilha de bens.

No direito brasileiro, o direito sucessório regulamenta a forma de transmissão da herança da pessoa falecida, ou seja, a transmissão de bens *causa mortis*.

Para Inocência Galvão Telles:<sup>1523</sup>

Juridicamente, dá-se sucessão ou transmissão *quando uma pessoa fica investida num direito ou numa obrigação ou num conjunto de direitos e obrigações que antes pertenciam a outra pessoa, sendo os direitos e obrigações do novo sujeito considerados os mesmos dos sujeitos anterior e tratados como tais.* (Grifos no original)

Assim, ocorre quando uma pessoa falece e deixa bens para serem partilhados entre os herdeiros, ou seja, estes sucedem ao morto nos direitos e obrigações relacionados ao acervo hereditário do autor da herança. Porém, é pelo procedimento do inventário e partilha que se formaliza a transmissão de todo o patrimônio do autor da herança aos seus herdeiros (sucessores). Quando uma pessoa morre e deixa bens, abre-se sua sucessão e procede-se o inventário, para regular apuração dos bens deixados, com a finalidade de que passem a pertencer legalmente aos seus sucessores.<sup>1524</sup>

A matéria sobre inventário e partilha está compreendida nos artigos 1.991 a 2.027 do Código Civil de 2002<sup>1525</sup>, com a estipulação do inventário judicial, descrição dos bens que pertencem ao acervo hereditário e a partilha dos bens. Já nos artigos 610 a 673 do Código de Processo Civil de 2015<sup>1526</sup>, é possível perceber que o inventário e a partilha podem ser extrajudiciais, observando os requisitos para tanto.

Embora inventário e partilha se desenvolvam no mesmo processo, esses procedimentos possuem conceitos diferentes. Como bem lecionam, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim:<sup>1527</sup>

Mas é o inventário o procedimento genérico, que tem por fim chegar à partilha dos bens do falecido, seja pela via judicial ou pela via extrajudicial. Consiste em

---

<sup>1523</sup> TELLES, Inocência Galvão. *Direito das Sucessões*. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p.25

<sup>1524</sup> OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e Partilha: teoria e prática*. 27.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 279.

<sup>1525</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União, Brasília*, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

<sup>1526</sup> BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília*, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 01 mar. 2023.

<sup>1527</sup> OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e Partilha: teoria e prática*. 27.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 280.

relacionar os bens do de cujus e descrevê-los. A partilha vem a reboque, na complementação do inventário, quando os bens são distribuídos entre os sucessores do falecido, adjudicando-se as respectivas cotas da herança.

Portanto, serão judiciais as partilhas que são realizadas perante o juiz, quando existirem herdeiros menores e incapazes ou quando não houver concordância entre os herdeiros.

Terminada a fase do inventário dos bens do autor da herança, que vai das primeiras às últimas declarações, chega-se ao final buscado por todos os interessados na herança, que é o coroamento do processo com a partilha dos bens às pessoas habilitadas na meação e na sucessão do acervo hereditário.<sup>1528</sup>

Com efeito, é nesse momento em que os herdeiros entram em desacordo sobre a parte do quinhão que lhes cabe. E é nesse momento que surge o conflito surge e inicia-se o entrave para finalização do inventário, ou seja, nesse momento outros meios para a realização da sucessão se mostram importantes e necessários na tentativa de manutenção do laço afetivo entre os familiares.

Diante disso, o presente artigo propõe a mediação como recurso eficiente para solucionar os conflitos advindos das questões sucessórias. Para em seguida apresentar a utilização do método nas ações de inventário e partilha da herança.

## **2. A mediação no âmbito do direito sucessório**

A mediação, na lição de Giulia Miranda Corcione e Vívian Chaves Botinha, “*é um meio alternativo de solução de impasses, no qual um terceiro imparcial facilita o entendimento entre as partes, de forma que ao pensar no Direito de Família procura-se a preservação dos laços afetivos*”<sup>1529</sup> tendo como característica a cooperação, confidencialidade, com o olhar para o futuro e na economia de tempo e dinheiro.

Ainda que brevemente, é necessário destacar que a sucessão abordada é a título universal, ou seja, aquela que transfere ao sucessor (herdeiro) a totalidade ou fração do patrimônio do autor da herança, englobando os seus ativos e passivos.

---

<sup>1528</sup> OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventário e Partilha: teoria e prática*. 27.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p.401.

<sup>1529</sup> BOTINHA, Vívian Chaves; CORCIONE, Giulia Miranda. *A escuta efetiva da criança e do adolescente na mediação familiar*. In: Calânico Sobrinho Rios, Gabriela Mascarenhas Lasmar e Walsir Edson Rodrigues Júnior. (Org.). *Direito de Família e das Sucessões reflexões, críticas e desafios*. 23 ed. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019. p. 396.

Nas palavras de Arnaldo Wald:<sup>1530</sup>

Os conceitos de *herança* e de *sucessão* têm sido obscurecidos pela sinonímia que entre ambos quiseram estabelecer. Na realidade, a sucessão é o modo de transmitir direitos, sendo a sucessão geralmente entendida como sucessão hereditária, ou seja, *mortis causa*. Mas por sucessão também se entende, em sentido subjetivo, o direito que cabe ao sucessor de exigir os bens do sucedido, e, assim, cogitamos do direito do herdeiro à sucessão do *de cuius*. (Grifos no original)

No Brasil, opera o “*droit de saisine*”, em que a transmissão da herança ocorre com a morte, inteligência do artigo 1.784 do CC/02,<sup>1531</sup> “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Desse modo, com a morte é aberta imediatamente a sucessão, além disso, ocorre o princípio da “*saisine*”, porquanto, toda herança é transmitida automaticamente aos herdeiros legítimos e testamentários, mantendo intangível que, não há direitos subjetivos sem seu titular.<sup>1532</sup>

Feita essa análise acerca do conceito de sucessão, é importante frisar que o direito das sucessões é um ramo de normas complexas e compreendê-lo é fundamental. Uma vez que no momento da transferência do patrimônio do autor da herança para os seus sucessores que iniciam os conflitos familiares.

Para melhor visualização de um dos problemas que envolvem os conflitos entre os herdeiros, passa-se a análise de um caso decidido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.<sup>1533</sup>

INVENTÁRIO - COMPETÊNCIA. 1. SE A PESSOA TIVER DIVERSAS RESIDÊNCIAS, ONDE ALTERNADAMENTE VIVA, OU VÁRIOS CENTROS DE OCUPAÇÃO HABITUAIS, CONSIDERAR-SE-Á DOMICILIADA EM QUALQUER DESTES OU DAQUELAS. O INVENTÁRIO, NO CASO DE VÁRIOS DOMICÍLIOS DO DE CUJOS, SERÁ DE COMPETÊNCIA DO FORO DE QUALQUER DESSES DOMICÍLIOS. 2. NÃO É ABSOLUTA A COMPETÊNCIA DEFINIDA NO ART. 96 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, RELATIVAMENTE À ABERTURA DE INVENTÁRIO, AINDA QUE EXISTENTE INTERESSE

---

<sup>1530</sup> WALD, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 12. ed. rev., ampl. e atual de acordo com a legislação vigente, jurisprudência dos tribunais e o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p.7

<sup>1531</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 04 mar. 2023.

<sup>1532</sup> BOTINHA, Vívian Chaves. *Renúncia à sucessão “causa mortis”: uma reflexão acerca de sua (im) possibilidade pelos cônjuges e companheiros no ordenamento jurídico brasileiro*. 2022.111 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2022, p.37.

<sup>1533</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. *Agravo de Instrumento n. 430593*. Rel: Desembargador Paulo Evandro. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 13 abr. 1994. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/7977219>. Acesso em: 07 mar. 2023.

DE MENOR, PODENDO A AÇÃO SER AJUIZADA EM FORO DIVERSO DO DOMICÍLIO DO INVENTARIADO. 3. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

A análise do acórdão demonstra que no caso os herdeiros poderiam decidir sobre o foro competente para julgamento do inventário, desde que houvesse entendimento entre eles. Por outro lado, caso eles não estivessem em concordância caberia a aplicação da regra do Código de Processo Civil.<sup>1534</sup>

Outro aspecto a ser abordado diz respeito ao tempo de tramitação da ação de inventário. Aqui, demonstrado a decisão proferida pelo Tribunal do Rio Grande do Sul<sup>1535</sup> que determinou a nomeação de partidor judicial, cuja ementa se reproduz:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. NOMEAÇÃO DE PARTIDOR JUDICIAL. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE DOS AUTOS QUE DEMONSTRA A BELIGERÂNCIA HAVIDA ENTRE OS HERDEIROS E COMPORTA QUE TERCEIRO NOMEADO AUXILIE E DILIGENCIE NA ULTIMAÇÃO DA PARTILHA DE PROCESSO QUE TRAMITA HÁ MAIS DE 16 ANOS. DECISÃO QUE RESTA MANTIDA EM JULGAMENTO MONOCRÁTICO. RECURSO DESPROVIDO.

No acórdão mencionado, destaca-se a necessidade de intervenção do terceiro imparcial. Estranho à demanda, essa figura surge com o objetivo de conduzir a partilha dos bens de forma técnica, justa e eficaz, perante o longo tempo de duração do inventário e pela existência de embate entres os herdeiros, *in verbis*:

De fato, não havendo acordo entre as partes acerca da forma de partilha, não é o caso de determinar o arquivamento, mas de resolver o litígio posto, na medida em que não é caso de remessa às vias ordinárias, pois o conflito pode ser resolvido com o exame da prova documental e a determinação de avaliação dos bens, e, não havendo consenso, deve o Juízo determinar que seja procedido novo esboço de partilha por partidor judicial, pois há possibilidade de divisão cômoda, devendo ser evitada a situação de condomínio, que geralmente é fonte de incômodos e não

---

<sup>1534</sup> Artigo 48 do CPC/15: O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Parágrafo único. Se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente: I - o foro de situação dos bens imóveis; II - havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes; III - não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio. BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília*, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 07 mar. 2023.

<sup>1535</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n. 50750281020228217000*. Rel: Desembargador Roberto Arriada Lorea. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 03 out. 2022. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?tipo=1&id\\_comarca=porto\\_alegre&num\\_processo=50114618920188210001](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?tipo=1&id_comarca=porto_alegre&num_processo=50114618920188210001). Acesso em: 07 mar. 2023.

interessa aos recorridos. E, quando não há consenso, nem é possível uma partilha cômoda, a solução dada pela lei está no art. 649 do CPC.<sup>1536</sup>

De outro lado a nomeação de partidor judicial, em tese, demonstra que o terceiro imparcial poderá gerar benefícios e pôr fim ao litígio entre os herdeiros. O que significa dizer que nas ações de inventário e partilha de bens, que utilizam a intervenção da mediação garantiria a superação de conflitos de interesses que envolvam a transmissão do patrimônio da pessoa falecida sem eliminar as ações judiciais de inventário e partilha de bens e tampouco toda construção jurídica de proteção dos herdeiros.

Isso porque, nesta hipótese os herdeiros, por meio da mediação tem a possibilidade na resolução da demanda sociológica<sup>1537</sup> e judiciária, mesmo porque as partes envolvidas, além de lidar com a dor da perda, têm que resolver questões sobre a herança e partilha de bens, o que causa ainda mais confusão e animosidade.

Conforme destaca, Tânia Almeida:<sup>1538</sup>

Os momentos de partilha são delicados porque fazem coexistir a dor da perda de uma pessoa querida com o contentamento por ganhos materiais possibilitados por essa perda. Os momentos de partilha são árduos porque revelam, não raramente, que indivíduos unidos pelo parentesco guardam, por vezes, distâncias afetivas abissais. Eles precisam administrar as mais diferentes percepções sobre a legitimidade de cada um com relação à distribuição do patrimônio a ser herdado.

Cumprir destacar que, os conflitos que advindos da morte de uma pessoa da família, em que existe filhos extraconjugais, por exemplo, pode agravar os sentimentos de raiva, mágoa, ressentimento. O que na mediação, em casos específicos como este, permite que o conflito seja sanado de forma justa e pensada na solução adequada de resolvê-lo, isso porque, a pauta objetiva de questões ligadas a aspectos financeiros e de propriedade vivenciada, nesses casos de mediação, está intimamente conectada à pauta subjetiva das emoções resultantes dos relacionamentos familiares entre os mediandos.<sup>1539</sup>

Tânia Lobo Muniz, prossegue ratificando que na mediação, *“por ser um processo voluntário, implica na existência de pessoas capazes e na convergência de vontades, objetivando pacificar um*

---

<sup>1536</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n. 50750281020228217000*. Rel: Desembargador Roberto Arriada Lorea. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 03 out. 2022. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?tipo=1&id\\_comarca=porto\\_alegre&num\\_processo=50114618920188210001](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?tipo=1&id_comarca=porto_alegre&num_processo=50114618920188210001). Acesso em: 07 mar. 2023.

<sup>1537</sup> “A finalidade da mediação é resolver a lide sociológica, ou seja, o relacionamento como um todo, proporcionando a possibilidade pacífica da relação”. CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. p.118.

<sup>1538</sup> ALMEIDA, Tânia. *Particularidades da mediação*. Disponível em: <https://mediare.com.br/a-mediacao-familiar-no-contexto-da-guarda-compartilhada/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

<sup>1539</sup> GONÇALVES, Ana Valéria Silva; MELLO, Grasielle dos Reis Rodrigues; LORENTZ, Joaquim Toledo. *Conflitos após a morte: a mediação aplicada ao direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p.133.

*conflito de interesses havido entre elas pois, entende-se que a solução está no próprio indivíduo, e o melhor caminho para se obter a justiça é através dele mesmo.*”<sup>1540</sup> Com efeito, uma interpretação sistemática, do Código Civil 2002<sup>1541</sup>, Processo Civil 2015<sup>1542</sup> e da Lei da Mediação<sup>1543</sup>, aduz a possibilidade de utilização da mediação no processo de inventário e partilha de bens, como a mediação aplicada ao processo de inventário e partilha, compreendendo-a como meio adequado para solução colaborativa dos conflitos no âmbito da sucessão *causa mortis*, ou seja, abraça com isso, o Direito Civil brasileiro o princípio da autonomia da vontade das partes<sup>1544</sup>, conferindo aos herdeiros o direito de eleger o melhor regramento norteador de acordo com os seus interesses e relações patrimoniais que advirem com a morte da pessoa da família.

De forma geral, a mediação<sup>1545</sup>, nesses casos, permite que os herdeiros identifiquem os seus reais interesses de forma que consigam diferenciar os valores sentimentais dos valores patrimoniais da herança, para que assim possam chegar na satisfação de todos os envolvidos.

Voltando ao que fora dito inicialmente, a satisfação do direito dos herdeiros que utilizam a mediação como mecanismo pacífico de solução de conflitos atenderá a expectativas de todos, inclusive resgatando os laços afetivos.

Pelas informações contidas nas decisões apresentadas está claro que no processo de inventário e partilha não existe a pretensão de celeridade, pelo contrário, a morosidade e ineficiência, pode ser a abertura para a mediação sucessória na realização do inventário e partilha.

---

<sup>1540</sup> MUNIZ, Tânia Lobo. *O advogado no processo de mediação*. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). *Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7, p. 344.

<sup>1541</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm). Acesso em: 19 set. 2022.

<sup>1542</sup> BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília*, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 17 set. 2022.

<sup>1543</sup> BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Institui a Lei da Mediação. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 jun. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 18 set. 2022.

<sup>1544</sup> Art. 166, CPC/20015: A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília*, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 13 fev. 2023.

<sup>1545</sup> A ferramenta traz aos herdeiros, normalmente parentes, a possibilidade de pacificar seus conflitos sem a submissão direta à decisão de um terceiro, juiz. GONÇALVES, Ana Valéria Silva; MELLO, Grasielle dos Reis Rodrigues; LORENTZ, Joaquim Toledo. *Conflitos após a morte: a mediação aplicada ao direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p.135.

Nas palavras de José Renato Nalini:<sup>1546</sup>

A vantagem mais significativa dos métodos alternativos é o potencial de efetivamente resolver problemas. A remoção do ritualismo e do formalismo exagerado, do procedimentalismo estéril, da burocracia ínsita ao sistema judiciário, oferece o ambiente de coloquialismo em que as partes chegam mais facilmente a fazer concessões e a assumir compromissos, mantida a qualidade de relacionamento entre elas. Não é desprezível o fato de se manter um relacionamento saudável entre os envolvidos, mesmo depois de resolvida a pendência que os levou ao litígio e à tentativa de sua resolução.

Considerando os aspectos inerentes da mediação, destaca-se seu propósito de proporcionar aos envolvidos a manutenção do relacionamento familiar e não apenas no processo de inventário. Há de se atentar para o fato de que, na mediação sucessória, deixa-se inicialmente de lado o aspecto jurídico para valorizar os aspectos individuais do conflito, ou seja, proporcionar para a sociedade outras formas de proteção e resolução da demanda processual.

A seguir, destacam-se alguns casos de mediação sucessória aplicada nos tribunais do Brasil.

### **3. A experiência da mediação: reflexão prática**

Abordar-se-á, a seguir, alguns casos práticos de mediação no âmbito do Direito Sucessório. O primeiro caso a ser apresentado é do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que após 30 anos de litígio, por meio da mediação o inventário foi concluído. O processo de inventário se arrastou durante décadas na Vara de Sucessões e Registros Públicos na comarca de Florianópolis e foi concluído após a utilização do método consensual para a solução de conflitos pela unidade judicial.

O inventário mencionado tinha como herdeiros, irmãos, tios, sobrinhos e primos. Na reportagem do site do Tribunal Catarinense, duas herdeiras envolvidas no processo relataram o seguinte, após a realização da mediação no âmbito do inventário:

Eduarda\*, que foi uma das partes do processo, diz que se sentiu protegida com a ação da mediadora familiar. “Eu estava lutando há tanto tempo para resolver esse processo, e quando entrou a mediadora acreditei muito que podia resolver. Ela contribuiu demais, foi muito mais rápido com a intervenção do mediador, o que batalhei há anos foi resolvido muito mais rápido. Eu indicaria a solução de

---

<sup>1546</sup> NALINI, José Renato. *Justiça pacificadora: um ideal bem possível*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 45, Abr-Jun/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 336.

conflitos porque coisas que não conseguimos resolver, a mediadora conseguiu. Seria muito bom se todos os processos com esses conflitos tivessem um mediadora”, comentou a idosa.

Por fim, a senhora Laura\*, que também era parte na ação, revelou que o trabalho da mediadora trouxe mais clareza para as pessoas envolvidas. “Senti que tinha alguém para me ajudar durante o processo. Sem o mediador, talvez não fosse possível uma reflexão para que acontecesse a reconciliação”.<sup>1547</sup>

Tendo em vista a complexidade do caso e o longo prazo para sua resolução a mediadora responsável teve papel relevante para a solução. O papel do mediador é de facilitador, que auxilia a clarificar questões, identificar sentimentos, trazer opções de possíveis soluções. Para Petronio Calmon, “o mediador tem por papel ser facilitador, criador de canais de comunicação, tradutor e transmissor de informações, reformulador, diferenciador de posições e interesses, criador de opções e agente da realidade.”<sup>1548</sup>

No mesmo sentido, no Estado de Mato Grosso, um inventário corria na Comarca de Alto Garças, há 20 anos. A juíza que assumiu a comarca, traçou um plano de trabalho com o objetivo de solucionar casos antigos e propôs uma audiência de conciliação aos herdeiros envolvidos. No caso relatado, após o falecimento dos pais, os filhos (herdeiros) eram vivos, mas no decorrer no processo de inventário, três faleceram. Com isso os netos começaram a fazer parte do processo.

Contudo, a animosidade entre eles surgiu após um documento ser revelado beneficiando um neto com uma parte de um imóvel rural, tal vontade do casal não era reconhecida pelos demais herdeiros, o que arrastou o processo por 16 (dezesseis) anos.

Para o advogado que atuou no processo:

A juíza agiu com muita diligência quanto à conciliação, marcou uma audiência de conciliação e, na primeira, não teve acordo. Mas após a segunda audiência, o acordo foi feito. Particularmente, fui para a audiência com pouco entusiasmo porque não via ainda solução, já eram 16 anos. Ao final, parabeneizei a juíza pela paciência e tolerância. Ressalto que essa nova mentalidade do tribunal é um divisor de águas para a sociedade.<sup>1549</sup>

Ressalte-se que na decisão, o papel da juíza foi imprescindível para que a demanda judicial terminasse. Sobre a atuação do juiz tem-se que:

A atividade homologatória do juiz não é meramente cartorária, não é somente certificadora de que existiram as tratativas e que as partes chegaram à solução apontada no termo. O juiz verificará se as partes atuaram com liberdade e

---

<sup>1547</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: Nesse contexto, é possível observar que muitas vezes os conflitos entre os herdeiros têm origem em duas situações: o processo de inventário judicial e a partilha de bens. Acesso em: 13 mar. 2023. \*(A reportagem utilizou de nomes fictícios para preservar a identidade das partes envolvidas).

<sup>1548</sup> CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p.116.

<sup>1549</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/70953#.ZA-YkHbMLrd>. Acesso em: 13 mar. 2023.

soberania em relação à sua própria vontade (para evitar os vícios comuns a qualquer ato jurídico) bem como se o resultado do acordo não é evidentemente ofensivo ao sistema legal e social vigentes.<sup>1550</sup>

Necessário ressaltar que o magistrado pode atuar como mediador conforme as regras do Conselho Nacional da Justiça, desde que não atue no processo, caso a mediação não seja exitosa. Por outro lado, perceptível a aplicabilidade e as oportunidades férteis que a mediação gera para aqueles que a ela aderem. Pois, resolver o conflito existente é o alvo maior da mediação, uma vez que havendo aceitação dos interessados o resultado surge conforme as possibilidades daqueles de aceitarem.

### **Considerações Finais**

Por tudo que foi dito, no âmbito das sucessões, estão previstas hipóteses que entendem a judicialização como forma obrigatória para o inventário e partilha de bens. Mesmo porque apesar do processo de inventário e partilha de bens ser complexo, muitas vezes, não abarca todas as peculiaridades da família contemporânea, logo a interpretação sistemática conduz para a possibilidade de utilização da mediação nos casos de sucessão *causa mortis*.

Ademais, é preciso garantir plena estabilidade e segurança jurídica para aquilo que poderá surgir, especialmente porque a produção de efeitos ocorrerá após a morte do autor da herança, e a mediação demonstra ser um caminho viável e que deve dar a devida atenção e importância para a implementação desse método no conflito existente nos processos de inventário e partilha de bens.

Dessa forma, a proposição que se apresentou neste trabalho, parte da premissa que o diferencial da mediação é que as partes pelo meio do diálogo conseguem solucionar o seu conflito. E para que os meios adequados de soluções de conflitos sejam eficientes, é imprescindível, que o critério de escolha entre o conflito e o meio de solução, seja por escolha dos herdeiros. Logo, a procura por métodos de solução dos conflitos por meio de técnicas, não é mais uma novidade da sociedade contemporânea. Contudo, antes mesmo, das inovações trazidas, pelo novo CPC/2015, o judiciário brasileiro já havia vivenciado algumas experiências e incentivado a utilização de meios adequados de solução dos conflitos.

---

<sup>1550</sup> CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p.145.

Como visto, a doutrina indica que há caminhos hermenêuticos que possibilitam a proteção da autonomia e dos interesses patrimoniais familiares por meio da mediação.

Não se pode esquecer, dos casos apresentados, exemplos que demonstram que a mediação sucessória se mostra eficaz no desfecho de longos processos judiciais.

Nesse âmbito do Direito, os casos abordados trazem a reflexão de como a mediação apresenta resultados positivos para os envolvidos no inventário e partilha, proporcionando resultados prósperos para as relações familiares. Sendo assim, não basta apenas a teoria, é necessário fomentar a prática entres os operadores do direito.

### Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Tânia. *Particularidades da mediação*. Disponível em: <https://mediare.com.br/a-mediacao-familiar-no-contexto-da-guarda-compartilhada/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União, Brasília, 11 jan. 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm). Acesso em: 07 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 07 mar. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Institui a Lei da Mediação. *Diário Oficial da União, Brasília, 26 jun. 2015*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 07 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal. *Agravo de Instrumento n. 430593*. Rel: Desembargador Paulo Evandro. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 13 abr. 1994. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/7977219>. Acesso em: 07 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento n. 50750281020228217000*. Rel: Desembargador Roberto Arriada Lorea. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 03 out. 2022. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?tipo=1&id\\_comarca=porto\\_alegre&num\\_processo=50114618920188210001](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?tipo=1&id_comarca=porto_alegre&num_processo=50114618920188210001). Acesso em: 07 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/mediacao-metodo-de-solucao-de-conflitos-poe-fim-a-inventario-em-litigio-ha-30-anos>. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Disponível em: <https://www.tjmt.jus.br/noticias/70953#.ZA-YkHbMLrd>. Acesso em: 13 mar. 2023.

BOTINHA, Vívian Chaves. *Renúncia à sucessão “causa mortis”: uma reflexão acerca de sua (im) possibilidade pelos cônjuges e companheiros no ordenamento jurídico brasileiro*. 2022.111 f. Dissertação

(Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2022.

BOTINHA, Vívian Chaves; CORCIONE, Giulia Miranda. *A escuta efetiva da criança e do adolescente na mediação familiar*. In: Calânico Sobrinho Rios, Gabriela Mascarenhas Lasmar e Walsir Edson Rodrigues Júnior. (Org.). *Direito de Família e das Sucessões reflexões, críticas e desafios*. 23 ed. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019.

CALMON, Petronio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

GONÇALVES, Ana Valéria Silva; MELLO, Grasielle dos Reis Rodrigues; LORENTZ, Joaquim Toledo. *Conflitos após a morte: a mediação aplicada ao direito das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

MUNIZ, Tânia Lobo. *O advogado no processo de mediação*. In: Eduardo de Oliveira Leite (Org.). *Grandes Temas da Atualidade - Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 7.

NALINI, José Renato. *Justiça pacificadora: um ideal bem possível*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 45, Abr-Jun/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais.

WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. 12. ed. rev., ampl. e atual de acordo com a legislação vigente, jurisprudência dos tribunais e o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

# ESTUDOS DE DIREITO



**IBEROJUR**  
INSTITUTO IBEROAMERICANO  
DE ESTUDOS JURÍDICOS

