

CADERNOS de Direito Atual

Número XXIV | 2024

Volumen Ordinario

ISSN 2340-860X

ISSN-e 2386-5229



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

Nº 24— 2024

Volumen Ordinario - Junio

ISSN 2340-860X

ISSN-e 2386-5229

Cadernos de Direito Actual
Nº 24. Ordinário - Junho - 2024

EQUIPO EDITORIAL DEL VOLUMEN ORDINARIO

Director de la revista: **Rubén Miranda Gonçalves**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Secretario: **Cristian Carbajales Neira**. *Universidad de Navarra*.

Secretaria adjunta: **Larissa de Castro Coelho**. *Universidade de Franca. Brasil*.

COMITÉ CIENTÍFICO y COMITÉ EVALUADOR DE LA REVISTA

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Consuelo Ferreira Regueiro**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Juan Fernando López Aguilar** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rogelio Pérez-Bustamante González** *Universidad Rey Juan Carlos*, **Rufina Hernández Rodríguez**, *Tribunal Superior Popular de la Habana (Cuba)*, **Irene Maria Portela**, *Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Portugal)*, **Marcos Augusto Pérez**, *Universidade de São Paulo, (Brasil)*, **Alessandro Rosanó** *University of Padova (Italia)*, **José Julio Fernández Rodríguez** *Universidad de Santiago de Compostela*, **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Dávid Barczy**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andes (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**, *Universidade de São Paulo*, **Gabriel Martín Rodríguez**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Gemma Minero Alejandro**, *Universidad Autónoma de Madrid*, **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Márcio Luís de Oliveira**, *Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil)*, **Lucas Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Johannes San Miguel**, *Universidad de Guayaquil, (Ecuador)*, **Lucio Pegoraro**, *Università di Bologna, (Italia)*, **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, *Escola de*

Direito da Universidade do Minho, (Portugal), Natalia Pérez Rivas, Universidad de Santiago de Compostela, Cristiane Elias Campos Pinto, Universidade Católica de Santos, (Brasil). Sebastián Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil), Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil), Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil), Gilberto Atencio Valladares, Universidad de Salamanca, (España), J. Eduardo Amorim, Universidade do Porto, (Portugal), Celso Hiroshi Iocohama, (Universidade Paranaense, Brasil), Salvador Tomás Tomás, (Universidad de Murcia), Viviane de Sélos Knoerr, (Unicuritiba), Juan Emilio Oviedo Cabañas, (Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) Armando Rovai, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), Felipe Chiarello, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), João Relvão Caetano, (Universidade Aberta, Portugal), Irene Patricia Nohara, (Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie), Ignacio Covarrubias Cuevas, (Universidad del Desarrollo, Chile), Enoque Feitosa, (Universidade da Paraíba, Brasil), Lorena Freitas, (UNIPÊ, Brasil), Sidney Guerra, (Universidade do Rio de Janeiro, Brasil), Maria Teresa Alonso (Universidad de Zaragoza, España), Gonzalo Martínez Etxeberria, (Universidad de Deusto), Vânia Aieta, (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil), Flávio Martins, (Damásio Educacional, Brasil). Jose Eduardo Cardozo (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). José Barroso Filho (Superior Tribunal Militar do Brasil), Angelo Viglianisi Ferraro (Università Mediterranea, Italia), Márcio Aleandro Correia Teixeira (Universidade Federal do Maranhão, Brasil), Daniela Serra Castilhos (Universidade Portucalense, Portugal), Carlos García Soto (Universidad Monteávila, Venezuela), Claudia Gurgel (Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil), Cláudia Ribeiro Pereira Nunes (Universidade Veiga de Almeida, Brasil), Jorge Miranda (Universidade de Lisboa, Portugal), Nuno Garoupa (Texas A&M University School of Law, EEUU), Marco Olivetti (Università LUMSA, Italia), Deilton Ribeiro Brasil (Universidade de Itaiúna-MG, Brasil), Beata Stepień Zalucka (University of Rzeszów, Polonia), María Camacho Zegarra (Universidad ESAN, Perú), Antonio-Carlos Pereira Menaut (Universidad de Santiago de Compostela, España), José Ignacio Martínez Estay (Universidad de los Andes, Chile), Valter Moura do Carmo (Universidade de Marília, Brasil), Hadassah Santana (Universidade Católica de Brasília, Brasil), Letícia Mirelli Faleiro e Silva (Universidade de Itaiúna, Brasil), Eduardo Leite (Instituto Latino Americano das Nações Unidas, Brasil), Ana Maria Davila Lopes (Universidade de Fortaleza, Brasil), Oscar Coronado Rincón (Universidad de Sonora, México), Erick Urbina Lovón (Universidad de Lima, Perú), Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de San Marcos, Perú), Eduardo Vera-Cruz Pinto (Universidade de Lisboa, Portugal), Marco Antonio Marques da Silva (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil), Diana María Molina Portillo (Universidad de Nariño, Colombia), Karlos Navarro Medal (Universidad Centroamericana y Americana de Nicaragua, Nicaragua), Livia Gaigher Campello (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Brasil), Enrique Díaz Bravo (Universidad Santo Tomás, Chile), Alejandro González-Varas Ibáñez (Universidad de Zaragoza, España), Juan Manuel Rodríguez Calero (Universidad de La Laguna),

Joel Hernández García (*Comisión Interamericana de Derechos Humanos*), **Geison López Barrantes** (*Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*), **Paulo de Brito** (*Universidade Lusófona do Porto*), **Priscila Luciene Santos de Lima** (*Universidade Presbiteriana Mackenzie*), **Trinidad Bergamasco** (*Universidad Nacional de Córdoba, Argentina*), **Waldemar Gontarski** (*European University of Law and Administration, Poland*), **Ruth Cristina García Otero** (*Universidad de la Costa, Colombia*).

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN:** 2340-860X - **ISSNe:** 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

- Cooperação jurídica internacional e equipe conjunta de investigação no Brasil: A possibilidade de dispensa do auxílio direto na obtenção da prova transnacional
Fábio Ramazzini Bechara & João Guilherme Lagazzi Alonso 08
- Responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas
Isabella Henrique Bonadio, Lourenço de Miranda Freire Neto & Priscila Luciene Santos de Lima 23
- Controle de legalidade de programas de incentivo tributário pelo TCU
Hendrick Pinheiro 37
- Migrants' human rights in Brazil: state of the art
Pedro Augusto Vale & Thiago Oliveira Moreira 56
- Restorative justice as a possible path to access to justice in Brazil: the central role of the Judiciary and the creative translation based on the Euro-American theoretical and methodological framework
Bruno Makowiecky Salles & Helena Schiessl Cardoso 71
- ¿Necesita el mundo latino una concepción argumentativa del Derecho?
Pedro da Silva Moreira 90
- La crisis humanitaria de los pueblos indígenas en Colombia: el riesgo de exterminio físico y cultural
Yanitza Giraldo Restrepo 107
- State crimes and neutralization: state responsibility for cruel sentences in Brazil
Bruno Rotta Almeida, Rafaela Beltrami Moreira & Vivian Pinheiro Schönhofe 129
- Aspectos constitucionais da contribuição destinada ao FUNDEINFRA instituída pelo Estado de Goiás
Pablo Ricardo Alves e Silva, Murilo Couto Lacerda & Patrícia Spagnolo Parise Costa 148
- Desafios da Regulação do Hidrogênio Verde no Brasil e na Índia: Uma Transição Energética Sustentável no BRICS?
Claudia R. Pereira Nunes & Rafael Ribeiro Gonçalves 165
- Agronegócio e Arbitragem: uma análise acerca da ética do árbitro como principal fator para o sucesso da Arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural
Muriel Amaral Jacob, Fabrício Muraro Novais & Nycole Oliveira Dias 185

The Discussions about Religious Diversity in Contemporary Brazilian Constitutionalism Celso Gabatz & Rosângela Angelin	205
Synoptic approach regarding the implications generated by the use of 'ai systems' in business-to-consumer contracts Elise Nicoleta Vâlcu	225
Entre a Constituição, os desejos e as ideologias: a ilegalidade do Edital de Vagas Específicas, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, para o ingresso de estudantes transgêneros na graduação Bruno Cozza Saraiva	236
Os avanços tecnológicos e a relativização do tempo e do espaço: impactos no papel do direito e na função do jurista Wilson Engelmann & Camile Souza Costa	256
Responsabilidade do Funcionário Público pela valoração de Tecnologia destinada à Transferência das Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) para o setor privado Sthéfano Bruno Santos Divino	277
La intervención judicial y el cierre de páginas webs Juan Manuel Rodríguez Calero	292
Boa governança e instituições públicas: uma garantia para a realização de direitos humanos Sébastien Kiwonghi Bizawu; Ângela Aparecida Salgado Silva & Zenilzo Teixeira Nogueira	301
Traducción al español: Ciudades inteligentes: una propuesta de inclusión de los ciudadanos hacia la idea de "ciudad humana" (autora Vânia Siciliano Aieta) Ignacio Ara Pinilla	317
Aproximación al tratamiento legal y ético sobre los menores edad influencers Mª Candelaria Martín González	333
Recensiones	
Direito financeiro estratégico de Fabrício Dantas. Editora d'Plácido, São Paulo, 2022, 452pp. ISBN 978-65-5589-509-4. Fábio Lucas de Albuquerque Lima	344



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 08-22
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Cooperação jurídica internacional e equipe conjunta de investigação no Brasil: a possibilidade de dispensa do auxílio direto na obtenção da prova transnacional

International legal cooperation and joint team investigation: the possibility of waiving direct assistance in obtaining transnational evidence

Fábio Ramazzini Bechara¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie

João Guilherme Lagazzi Alonso²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumário: 1. Introdução - 2. Notas Conceituais - 2.1. Equipe Conjunta de Investigação - 2.2. Pedido de Auxílio Direto - 3. Provas transnacionais e marco de garantias - 4. A criação da ECI torna dispensável o auxílio direto? - 5. Conclusão. Referências.

Resumo: o objetivo do artigo é discutir a possibilidade de dispensa do pedido de auxílio direta cooperação jurídica internacional em matéria penal, na hipótese em que for criada uma equipe de investigação para apuração de crimes transnacionais. A supranacionalidade da equipe conjunta de investigação gera preocupação quanto aos limites jurisdicionais da sua atuação, bem como em relação à observância das garantias do processo justo, notadamente no que se refere ao controle sobre o material a ser obtido ou produzido.

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional; Equipe conjunta de investigação; Pedido de auxílio direto; Limites; Processo justo.

Abstract: the objective of the article is to discuss the possibility of waiving the request for direct assistance in international legal cooperation in criminal matters, in the event that an

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Global Fellow no Woodrow Wilson Center (Washington, DC). Membro do GACINT (Grupo de Análise de Conjuntura Internacional) e ESEM (Escola de Segurança Multidimensional) da Universidade de São Paulo. Líder do Grupo de Pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Internacional da UPM. Promotor de Justiça em São Paulo.

² Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador na ESEM (Escola de Segurança Multidimensional) da Universidade de São Paulo. Membro dos Grupos de Pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Internacional" e "Modernas Tendências da Teoria do Delito", ambos da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Advogado em São Paulo.

investigation team is created to investigate transnational crimes. The transnationality of the joint investigation team raises concerns regarding the jurisdictional limits of its activities, as well as in relation to compliance with fair process guarantees, notably the control over the material to be obtained or produced.

Key words: International legal cooperation; Joint investigation team; Request for direct assistance; Limits; Fair trial.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é analisar se a criação de uma equipe conjunta de investigação de um ou mais ilícitos transnacionais, da qual façam parte autoridades brasileiras, torna ou não dispensável o procedimento de auxílio direto para assegurar a validade e eficiência de um ato de prova praticado no exterior.

A relevância da discussão decorre da promulgação do Decreto nº 10.452, em 10 de agosto de 2020, que internalizou no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de formar Equipes Conjuntas de Investigação (ECI), nos moldes do Acordo Quadro de Cooperação Entre os Estados Partes do Mercosul e dos Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação.

A inserção desse instituto, voltado para investigação de crimes transnacionais, no direito brasileiro, é conexas à discussão quanto à adequada operacionalização do procedimento, notadamente o regular trânsito de pedidos, informações e documentos entre os países cooperantes.

Em se tratando de investigação, o compartilhamento de informações célere entre as autoridades participantes é de suma importância, não só para garantir a atuação conjunta e coordenada dos agentes envolvidos, mas também para que a resposta à prática criminosa possa ocorrer dentro de intervalo temporal efetivo, reduzindo os danos causados pelo delito investigado.

No entanto, esse compartilhamento deve dispor de celeridade e eficácia, e com respeito às formalidades exigidas pelos ordenamentos jurídicos do Estado em que o ato é praticado e do Estado cujos efeitos se pretende produzir.

A equipe conjunta de investigação, se entendida como procedimento de cooperação jurídica internacional, pode afetar, especificamente, as formalidades do pedido de auxílio direto através do qual as autoridades centrais estão conectadas diretamente.

Nesse sentido, questiona-se se a constituição de equipe conjunta de investigação poderia implicar a dispensa do pedido de auxílio direto para requerimento de medidas pelas autoridades participantes da ECI.

2. NOTAS CONCEITUAIS

2.1. EQUIPE CONJUNTA DE INVESTIGAÇÃO

A Equipe Conjunta de Investigação - ECI é um procedimento de cooperação jurídica internacional³, espécie do gênero "investigações conjuntas"⁴, por meio do qual se pretende

³ Considerando a composição da Equipe Conjunta de Investigação, cuja formação pode ser integrada por policiais, membros do Ministério Público e juízes, entende-se que é um instrumento de cooperação jurídica internacional, não somente de cooperação policial.

⁴ As investigações conjuntas, mencionadas nas Convenções de Viena, Palermo e Mérida, foram tratadas pelo *Informal Expert Working Group on Joint Investigations*, grupo formado pelo *United Nations Office on Drugs and Crime* - UNODC, especificamente no último relatório apresentado (22/10/2022) como uma das recomendações principais para o combate à criminalidade organizada. (CTOC/COP/2022/9 – Disponível em <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V22/176/40/PDF/V2217640.pdf?OpenElement>)

a investigação conjunta de determinado fato, com tramitação via contato direto.⁵ A classificação anteposta traz importância para o entendimento do instituto e é realizada com base nos critérios que estruturam a cooperação jurídica internacional sugeridos por Denise Neves Abade.⁶

Classificar a ECI como um procedimento de cooperação jurídica internacional firmado por meio de contato direto “não é sinônimo de auxílio automático, ilimitado e/ou não sujeito a controles”⁷. Na definição de Souza, as ECIs possuem as seguintes características únicas: a) natureza convencional; b) caráter recíproco; c) temporariedade e d) especialidade.⁸

Com relação a sua natureza convencional, a formação da Equipe Conjunta de Investigação é, eminentemente, diversa dos demais instrumentos de cooperação jurídica internacional. A constituição da ECI “pressupõe a comunhão de vontades e um acordo formal entre os Estados interessados na constituição do grupo.”⁹ Assim, entende-se que a formalização de ECI é mais do que um requerimento, tratando-se, em verdade, de comunhão multilateral de vontades.

O caráter recíproco da ECI difere do auxílio prestado na cooperação jurídica internacional comum, por exemplo, através do pedido de auxílio direto, caracterizado pela assistência proporcionada à jurisdição estrangeira. A relação é bi/multilateral, no entanto, apenas um Estado recebe o auxílio. Já na equipe conjunta de investigação existe também a relação bi ou multilateral, contudo, acompanhada pelo benefício mútuo dos Estados membros¹⁰. Há uma união dos Estados, para que em reciprocidade todos possam tirar da investigação um resultado benéfico, demonstrando também a necessidade de interesse estatal na investigação.

Quanto às características da temporariedade e especialidade, ambas possuem função semelhante, limitar a atuação da equipe ao objeto inicial, com recorte de espaço e tempo. Não obstante, é possível prorrogar o prazo de funcionamento, bem como ampliar o objeto de atuação.¹¹

Com o objetivo de padronizar o entendimento sobre o funcionamento das ECIs, a Europol e a Eurojust criaram o “*Manual da Equipa Conjunta de Investigação*”, para compor o “*Guide to EU Member States’ legislation on Joint Investigation Teams*.”¹²

Trata-se de um procedimento especial de cooperação, judiciária e/ou policial, destinado à repressão de crimes que atingem o território de dois ou mais países ¹³, podendo

⁵ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivm, 2019. p. 89.

⁶ A classificação considera os seguintes fatores: vias de comunicação, veículos de transmissão e pedidos. A via de transmissão se trata do canal utilizado para requerer a cooperação jurídica (via diplomática), o veículo é o meio pelo qual se transmite o pedido (carta rogatória) e o pedido é o tipo de requerimento, com base no conteúdo do que se pede (homologação de sentença estrangeira). (ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. Editora SaraivaJur, 2017. p. 40.

⁷ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivm, 2019. p. 90.

⁸ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivm, 2019. p. 90.

⁹ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivm, 2019. p. 90.

¹⁰ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivm, 2019. p. 91.

¹¹ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivm, 2019. p. 91.

¹² Manteve-se a redação no idioma português lusitano, preservando, inclusive, a denominação EIC (*Equipas de Investigação Conjunta*) no lugar de ECI (*Equipes Conjuntas de Investigação*). Disponível em: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/pt.pdf>. Acessado em 19/04/2023.

¹³ IUZZOLINO, G. Le squadre investigative comuni. In: SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivm, 2019.

ser formado por autoridades policiais, administrativas e judiciárias, designados por, no mínimo, dois países, com o objetivo de investigar fato criminoso específico, de interesse dos países membros e ocorrido no território de, ao menos, um dos Estados.¹⁴

Nas diversas definições de Equipe Conjunta de Investigação, o olhar cuidadoso percebe alguns denominadores comuns. São os elementos que compõem o conceito geral de Equipe Conjunta de Investigação e condicionam seu funcionamento regular: a) grupo de agentes; b) designados por dois ou mais países; c) com o objetivo de realizar investigação conjunta; d) de crime com repercussão transnacional determinada; e e) em prazo definido.¹⁵

Conforme disposto no *Manual da Equipa Conjunta de Investigação*, as ECIs são direcionadas para as formas mais graves de criminalidade, ressalvados os critérios de cada Estado-membro.

Para sua formação válida, devem as ECIs dispor de: a) autorização legal; b) consentimento das partes; c) determinação preliminar de crime transnacional; d) dois ou mais países com jurisdição sobre o fato e, e) acordo de constituição.

Sobre a autorização legal ("a"), o termo lei deve ser tomado no seu sentido material, de modo a abranger qualquer ato com força normativa, seja a lei em sentido estrito, sejam as normas internacionais.¹⁶ A imprescindibilidade da autorização legal para a utilização da ECI como meio de cooperação jurídica internacional está relacionada, também, com as normas de direito internacional e administrativo. Na esfera internacional, considerando a atuação transnacional de agentes estrangeiros, a previsão normativa que autorize a utilização da ECI é essencial para evitar conflitos de soberania. No âmbito administrativo, sabe-se que a atuação dos agentes estatais é regida pelo princípio da legalidade, logo, indispensável a previsão legal expressa que autorize o uso do instituto.¹⁷

A referência normativa das ECIs no direito brasileiro compreende:

- a) Convenção de Viena (1988);¹⁸
- b) Convenção de Palermo - UNTOC (2000)¹⁹;
- c) Convenção de Mérida - UNCAC (2003)²⁰

¹⁴ VALLINES GARCÍA, E. *Los equipos conjuntos de investigación penal en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión Europea*. Barcelona, Editorial Colex. 2006. p. 22.

¹⁵ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 77.

¹⁶ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 133.

¹⁷ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 132.

¹⁸ Artigo 9, §1, inciso c) - "quando for oportuno, e sempre que não contravenha o disposto no direito interno, criar equipes conjuntas, levando em consideração a necessidade de proteger a segurança das pessoas e das operações, para dar cumprimento ao disposto neste parágrafo. Os funcionários de qualquer umas das Partes, que integrem as equipes, atuarão de acordo com a autorização das autoridades competentes da Parte em cujo território se realizará a operação. Em todos os casos, as Partes em questão velarão para que seja plenamente respeitada a soberania da parte em cujo território se realizará a operação." Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm Acessado em 19/04/2023.

¹⁹ Artigo 19 - Investigações conjuntas - "Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, com respeito a matérias que sejam objeto de investigação, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na ausência de tais acordos ou protocolos, poderá ser decidida casuisticamente a realização de investigações conjuntas. Os Estados Partes envolvidos agirão de modo a que a soberania do Estado Parte em cujo território decorra a investigação seja plenamente respeitada." Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm Acessado em 19/04/2023.

²⁰ Artigo 49 - Investigações conjuntas - "Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, em relação com questões que são objeto de investigações, processos ou ações penais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na falta de tais acordos ou tratados,

- d) Lei 13.344/2016;
- e) Acordo-Quadro de Cooperação Entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação;
- f) Decreto 10.452/2020;

O consentimento das partes ("b"), possui como base a manifestação de vontade, por parte dos Estados, em integrar e atuar via Equipe Conjunta de Investigação. Em razão disso, as Convenções de Palermo e Mérida apresentam previsão de "liberdade de celebração" (liberdade para definir a instituição de ECI) e "liberdade de conformação" (liberdade de conformar e adequar o funcionamento da ECI ao ordenamento jurídico interno). Por ser um meio de cooperação jurídica internacional, cujo pressuposto é a atuação de um Estado em território estrangeiro, há uma preocupação em preservar a soberania estatal, de modo que a intervenção não venha a ofender normas que regem o direito internacional. A liberdade de celebração e conformação são reflexos dessa preocupação, traduzidos com o objetivo de integrar a essência das Equipes Conjuntas como meio de cooperação entre Estados. Assim, as considerações mencionadas, aliadas às prerrogativas de igualdade, autonomia, soberania e independência, demonstram a necessidade de consenso prévio e expresso dos países que pretendem integrar ECI. Insta salientar que, em consequência do disposto, um Estado não pode exigir que outro consinta, colabore e permita que haja atuação de agentes estrangeiros em sede de Equipe Conjunta de Investigação.²¹

Havendo consentimento, entendido como a manifestação de vontade convergente e concertada²², considerar-se-á sanado o requisito envolvendo o acordo mútuo de vontades entre os Estados que integrarão a ECI.

No âmbito da "conformação", entende-se que a equipe conjunta de investigação deve ser adaptada, casuisticamente, a depender das exigências do caso, envolvendo, inclusive, o grau de confiança entre os Estados integrantes. Os Estados poderão deliberar sobre o objeto da investigação, prazo de duração, financiamento e extensão dos poderes extraterritoriais conferidos aos diferentes integrantes, caso de "cessão", mesmo que parcial, de soberania estatal. Porém, a cessão autorizada da soberania não configura sua supressão, pois realizada por meio de pacto implícito ao próprio exercício do poder soberano estatal.²³

Quanto à determinação preliminar de crime transnacional ("c"), tem-se que as ECIs são constituídas para desenvolver uma investigação de delito transnacional, possuindo objeto definido, referente ao ilícito criminal de repercussão transnacional, com atuação voltada à fase pré-processual.²⁴

É de suma importância frisar que as práticas realizadas em sede de ECI possuem como objetivo a reunião de elementos de informação, leia-se, atos de averiguação de fatos e de autoria delitiva praticados na fase pré-processual, sem observância de contraditório. No Brasil, é necessário que exista investigação formalmente instaurada, respeitados os requisitos e condições de procedibilidade das apurações.²⁵

as investigações conjuntas poderão levar-se a cabo mediante acordos acertados caso a caso. Os Estados Partes interessados velarão para que a soberania do Estado Parte em cujo território se efetua a investigação seja plenamente respeitada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm Acessado em 19/04/2023.

²¹ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 156.

²² BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 157.

²³ A Corte Permanente de Justiça Internacional (1923), em sede do caso "S.S. Wimbledon", entendeu que "o direito de realizar acordos internacionais é um atributo da soberania estatal" (Corte Permanente de Justiça Internacional: Reino Unido, França, Itália, e Japão v. Alemanha. 1923. Tradução do autor).

²⁴ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 163.

²⁵ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 164.

Em segundo lugar, a formação da ECI está condicionada aos elementos indicativos de delito transnacional, com repercussão material ou jurídica em mais de um país. Cumpre salientar que a existência de meios de prova que englobem mais de um país, ou quaisquer dificuldades procedimentais ou técnicas, não configuram fundamentação para a formação de ECI.²⁶

A ECI deve investigar objeto determinado, fatos criminosos concretos, certos e suficientemente individualizados.²⁷ Isso não significa que no decorrer da investigação a Equipe não possa ampliar seu escopo, com o objetivo de englobar mais delitos, descobertos posteriormente, mediante consentimento de todos os Estados que a integrem e observados os parâmetros da proporcionalidade e complexidade investigativa como pressuposto.²⁸ No Brasil é possível realizar uma comparação com as Comissões Parlamentares de Inquérito, no que tange à ampliação de seu escopo no decorrer da investigação. A análise jurisprudencial mostra que as Comissões estão autorizadas a ampliar seu objetivo, quando existirem fatos novos relevantes à investigação.²⁹ A ampliação do objeto está condicionada, também, ao juízo de complexidade da investigação.

Quanto ao pressuposto da jurisdição, dois ou mais países devem possuí-la sobre os fatos investigados. A formação da ECI só pode ser realizada por dois ou mais países, com ressalva às organizações internacionais, que estão autorizadas a atuar como participantes. Para que se justifique a formação de ECI, o Estado deve possuir relevante interesse na investigação. No entanto, isso não impede que um país integre ECI, como participante, quando não há jurisdição, mas apenas interesse nacional.³⁰

Sobre esse aspecto, há um desafio inicial: a conciliação dos interesses estatais sem que ocorra sobreposição, ou até mesmo a supressão, da soberania estatal. A preservação da soberania dos Estados é uma preocupação constante nas investigações transnacionais e a Equipe Conjunta de Investigação busca mitigar os problemas relacionados por meio da conformação, cláusula de adaptabilidade do instituto. A soberania estatal ganha contornos ainda mais importantes quando vista como requisito para a validação dos atos investigativos que produzem os elementos com finalidade de apurar os fatos criminosos.

Sobre o acordo de constituição³¹ ("e"), deve haver pacto entre os dois ou mais países que pretendem formar a ECI, documento este que representará, materialmente, o liame que une os interesses nacionais. No documento, estarão previstos: (i) o objeto individualizado da investigação; (ii) o prazo de funcionamento; (iii) a identificação dos integrantes e respectivos chefes; (iv) os limites de atuação extraterritorial; (v) a forma de trânsito e controle de fluxo das informações e documentos entre os membros do grupo; (vi) e outros aspectos relativos à organização do grupo. Quanto ao prazo, assim como com o objeto da investigação, é possível a prorrogação do primeiro, mediante justificativa ligada ao decorrer do trato investigativo. Reitera-se, conforme mencionado anteriormente, a natureza convencional das ECIs, bem como a conformação, ferramentas que conferem ao instituto adaptabilidade ao caso concreto.

²⁶ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 165.

²⁷ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 166.

²⁸ Levando em conta os custos operacionais, aliados à necessidade de diligenciar em mais de um país, entende-se que as ECIs devem ser formadas quando a investigação apresentar maior complexidade. Assim, há uma resposta proporcional à dimensão dos fatos investigados. (NAGY, Judit. *About joint investigation teams in a nutshell. Current issues of Business & Law*. V. 4. p. 150. In: SOUZA, Isac Barcelos Pereira de. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019.)

²⁹ Supremo Tribunal Federal. Inq. 2245 Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2007, DJe. Publ. 09/11/2007.

³⁰ BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 179.

³¹ O Acordo-Quadro do Mercosul denomina o documento em questão como "acordo de cooperação técnica".

Dentre os pressupostos que devem estar previstos no acordo, destaca-se a forma de trânsito e controle de fluxo das informações e documentos entre os membros do grupo. O acordo de constituição deve contemplar a forma de registro dos atos que envolvam o trânsito de informações e documentos entre os países, ante o fato da ECI ser meio de cooperação jurídica internacional sujeito à controle, não podendo ser informal.³²

O Informativo nº 11³³, publicado pelo Ministério Público Federal, descreve o procedimento de formação da Equipe Conjunta de Investigação, cabendo à Autoridade Central realizar o juízo de formalidade, da requisição estrangeira, e às autoridades competentes o juízo de conveniência e oportunidade para a aceitação do pedido de formação de ECI. Essa disposição reflete a previsão do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, em seu art. 5º³⁴, bem como a previsão do art. 4º do Dec. 10.452/20.

O Informativo é taxativo ao dispor que a Autoridade Central não possui legitimidade processual para realizar qualquer intervenção analítica sobre a decisão relacionada à conveniência e oportunidade de formação da ECI. A Autoridade Central deve limitar sua atuação à prestação de informações sobre a Legislação estatal.³⁵

Segundo o informativo, outrossim, todos os membros da ECI poderão utilizar as informações e documentações obtidas, desde que relacionadas ao contexto da investigação, bem como respeitados o sigilo e confidencialidade.³⁶

2.2. DO PEDIDO DE AUXÍLIO DIRETO

O pedido de auxílio direto consiste na cooperação realizada entre Autoridades Centrais, com análise do mérito da solicitação, em que o Estado estrangeiro se coloca na posição de administrador para tomar ou não as medidas e providências solicitadas.³⁷

Diferente da carta rogatória, na qual há o processamento de pedido formulado por autoridade judicial estrangeira com cognição restrita à admissibilidade da solicitação, no pedido de auxílio direto existe uma análise do mérito do que fora solicitado. Ainda, enquanto a primeira é realizada exclusivamente por autoridade judicial, o segundo pode ser feito pelas partes interessadas ou autoridade policial.³⁸

³² BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019. p. 185.

³³ Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/informativo-sci/informativo-no-11-equipes-conjuntas-de-investigacao>

³⁴ "Formalizada a solicitação pela Autoridade Competente da Parte Requerente, ela a remeterá a sua Autoridade Central. A Autoridade Central analisará se a solicitação reúne as condições estabelecidas no presente Acordo e, nesse caso, encaminhará o pedido a Autoridade Central da Parte Requerida. A Autoridade Central da Parte Requerida, mediante prévio controle das condições do presente Acordo, encaminhará, em seu caso, o pedido a sua Autoridade Competente a fim de que esta se pronuncie sobre a criação de uma ECI, conforme sua legislação interna. As Autoridades Centrais tramitarão as solicitações pelos meios mais expeditos e no menor prazo possível."

³⁵ "Não lhe cabe (Autoridade Central) interferir ou opor obstáculos às medidas de cooperação ou realizar qualquer ato de cooperação que não seja a prestação de informações sobre a legislação de cada Estado. Por isso, os Estados, buscando uma maior celeridade e efetividade na prestação jurisdicional, tem dado cada vez mais preferência ao emprego de modalidades que impliquem na redução ou eliminação dessa figura intermediária, como é o caso do auxílio direto realizado diretamente entre as autoridades competentes para a cooperação"

³⁶ "Todos os membros de uma ECI podem utilizar as informações e documentações obtidas, desde que estejam dentro do marco das finalidades da investigação, bem como dentro dos parâmetros estabelecidos de sigilo e confidencialidade. O escopo e objetivos de sua criação, assim como demais critérios da operação, são definidos no texto do acordo, que também estabelece os limites da sua atuação; podendo as suas finalidades serem ampliadas em caso de os fatos revelados colaborarem para investigar delitos conexos."

³⁷ RAMAZZINI BECHARA, F. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo. SaraivaJur. 2011. p. 54.

³⁸ "O auxílio direto pode ser definido como a cooperação realizada entre Autoridades Centrais dos Estados-parte de convenções internacionais que preveem esses mecanismos de assistência mútua, ou, ainda, de acordos ou tratados bilaterais que tratem do tema. (...) Na assistência direta, é a

O auxílio direto surgiu como forma de suprir a ineficiência das cartas rogatórias, especificamente porque as medidas de execução solicitadas eram consideradas atentatórias à soberania nacional.³⁹ Assim, quando a Autoridade Central possui autonomia para deliberar sobre o mérito e a formalidade, não há de se falar em violação da soberania nacional.⁴⁰

Apesar de não dispor de previsão constitucional, o pedido de auxílio direto é instituído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da ratificação de tratados internacionais e acordos de cooperação bilaterais que possuem previsão expressa do instrumento.⁴¹

Podem recorrer a esse instrumento, como sujeito ativo, os juízes, Ministério Público, a defesa e autoridades policiais. Ressalta-se, também, que nos casos de acordos bilaterais de cooperação em matéria penal, a autoridade eleita, no Brasil, para recepção dos pedidos é o Ministério da Justiça.

O fluxo do procedimento compreende: a autoridade competente, do Estado A, pretende solicitar, via auxílio direto, uma investigação conjunta com o Estado B. Para isso, entra em contato com sua Autoridade Central e requer o encaminhamento do pedido para a Autoridade Central do Estado B. Recebida, a solicitação será enviada à autoridade competente do Estado B, concluindo o procedimento.

Sobre o processamento da cooperação jurídica internacional, existem problemas que devem ser enunciados. Em primeiro lugar, tem-se a dificuldade apresentada pelos impedimentos de ordem burocrática, como as questões de tradução e instrução do pedido de auxílio⁴². Em segundo lugar, a distinta tradição jurídica dos Estados cooperantes, o que impõe um esforço de reinterpretação das normativas, nacionais e internacionais, de modo a compatibilizar as variadas concepções, por exemplo, sobre prova.⁴³ A partir desse esforço interpretativo, é possível dar mais independência às Autoridades estatais, para que consigam atuar com versatilidade no plano internacional.⁴⁴

O pedido de auxílio direto diferencia-se da equipe conjunta de investigação, na medida em que a ritualidade na tramitação e processamento do primeiro, é substituída pela simplicidade e concentração de atos da segunda.

própria autoridade do Estado requerido que toma a decisão, por provocação da autoridade estrangeira, analisando não somente as formalidades, mas o próprio mérito da solicitação.” (RAMAZZINI BECHARA, F. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo. SaraivaJur. 2011. p. 54.)

³⁹ RAMAZZINI BECHARA, F. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo. SaraivaJur. 2011. p. 55.

⁴⁰ Sobre o tema, tem-se que “o que sempre acontece, é que o Estado se opõe (...) e a jurisdição internacional não tem nenhuma arma eficaz à sua disposição para constranger o Estado. (...) Se o Estado em questão recusa-se a curvar-se à decisão internacional e decide continuar a considerar suas leis válidas e eficazes, a jurisdição internacional pode condená-lo, isto é, reiterar que esse Estado violou o direito internacional, mas não dispõe de nenhum meio de coerção real. (CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (Orgs.) *Crimes Internationaux et juridictios Internationales*. Tradução: Silvio Antunha. São Paulo: Manole, 2004. P. 8.

⁴¹ RAMAZZINI BECHARA, F. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo. SaraivaJur. 2011. p. 55.

⁴² RAMAZZINI BECHARA, F. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo. SaraivaJur. 2011. p. 56.

⁴³ HERRERA PETRUS, C. *La obtención internacional de pruebas*. Assistencia jurisdiccional em Europa. Bolonha: Real Colégio de España, 2005. P. 84.

⁴⁴ “A cooperação jurídica internacional perseguida e almejada é aquela que se mostra inovadora e eficaz, a partir do reconhecimento recíproco das deliberações das autoridades dos outros Estados, sem mediação governamental e sem tantos filtros e verificações de legitimidade.” (DE AMICIS, Gaetano. *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito Europeo: forme e modelli di collaborazione all’luce dell’ Titolo VI del Trattato di Amsterdam*. Palestra proferida em 6 de dezembro de 2001, em Áquila, durante o seminário promovido pelo Conselho Superior de Magistratura Italiana, sobre: Il trattato di Amsterdam e l’evoluzione del diritto dell’Unione Europea, p. 292. In: RAMAZZINI BECHARA, F. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo. SaraivaJur. 2011. p. 57.

Desta distinção é que emerge a discussão no sentido de verificar se a opção pela criação de uma equipe conjunta de investigação tornaria ou não dispensável a observância do procedimento de auxílio direto.

3. PROVA TRANSNACIONAL E MARCO DE GARANTIAS

A transnacionalidade da prova traz algumas questões a serem enfrentadas. A legalidade da prova, considerando o ordenamento jurídico do Estado em que a prova será produzida ou obtida, e ordenamento jurídico do Estado em que se pretende a sua utilização, seja em razão de uma investigação ou processo judicial em curso. A utilidade e presteza da prova, influenciadas pelo procedimento aplicável na sua produção e/ou obtenção.

Tanto a legalidade como a utilidade resguardam as seguintes funções da prova: a) a reconstrução de situação passada como fator de probabilidade; b) a fundamentação racional de escolha, de determinada versão fática, como verdadeira.⁴⁵

Ou seja, a aptidão, extraída da relevância e pertinência da prova em demonstrar algo, a demonstração da veracidade de uma afirmação⁴⁶, e a formação do convencimento do juiz, que tem na prova produzida o lastro racional que legitima a sua decisão⁴⁷.

Os parâmetros de legalidade e utilidade da prova decorrem do modelo garantista, cujo marco de referência não somente legitima a atividade estatal, como se qualifica como o método mais adequado e confiável e possibilita o exercício de liberdades fundamentais, como o direito à prova, a igualdade de oportunidades e a publicidade na atividade probatória⁴⁸.

Tais parâmetros são extraídos de normas constitucionais do devido processo legal⁴⁹, que conferem a moldura necessária para que a prova assegure a sua idoneidade à demonstração de algo⁵⁰.

No caso da prova produzida no exterior, o enfrentamento dessa questão é de fundamental relevância, justamente porque a diversidade dos sistemas é colocada como um dos grandes obstáculos a resguardar a eficácia da prova. Tal diversidade na realidade está refletida tanto na tipicidade dos meios de prova como no procedimento probatório. Não rara é a situação em que o meio de prova a ser produzido não possui previsão legal no Estado requerido, ou o procedimento probatório previsto é diverso daquele estipulado no Estado requerente ou do processo⁵¹, mas nem por isso haverá uma incompatibilidade, se os parâmetros forem equivalentes.

⁴⁵ BADARÓ, G. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. P. 161.

⁴⁶ HERRERA PETRUS, C. *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional em Europa*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2005. p. 117. Para o autor a eficácia da prova identifica-se com a sua utilidade, e, no caso da prova extraterritorial as diferenças procedimentais devem ser minimizadas por uma atitude tolerante.

⁴⁷ LEVY-BRUHL, H. *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964. p. 29.

⁴⁸ A análise do modelo garantista na prova penal estará circunscrita ao aspecto cognitivo e de respeito às liberdades, no sentido de assegurar a eficácia da prova penal e dinamizar o processamento da cooperação jurídica internacional.

⁴⁹ LEVY-BRUHL, H. *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*. Paris: Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964. p. 43.

⁵⁰ LARONGA, A. *Le prove atipiche nel processo penale*. Padova: CEDAM, 2002. p. 129.

⁵¹ Nesse quadro de diversidade entre os sistemas nacionais, inclusive, ganham importância o conceito e a distinção entre prova atípica, prova anômala e prova não ritual. A prova atípica é aquela cujo meio de prova está previsto em lei, mas o seu respectivo procedimento não, ou ainda, quando o meio de prova e o procedimento não possuem previsão legal (MADEIRA DEZEM, G. Da prova penal. Tipo processual, provas típicas e atípicas. Campinas: Millenium, 2008. p. 147). A prova não ritual é aquela produzida através de meio de prova típico, porém, sem a observância do procedimento probatório legalmente estabelecido (LARONGA, A. Op. cit. p. 13). A prova anômala é uma prova típica utilizada com finalidade diversa da que lhe é própria, mas com características de outra prova típica, como no caso da prova testemunhal em que ocorre a juntada de uma declaração escrita, quando se pretende que a essa declaração escrita seja pretendida a finalidade da prova testemunhal, e sem que exista qualquer relação de fungibilidade (MAGALHÃES GOMES FILHO, A. ; BADARÓ, G. Prova e sucedâneos da prova no processo penal brasileiro. In: JORNADAS IBERO AMERICANAS DE

Diz-se que a prova é eficaz quando cumpre suas duas funções, leia-se, demonstra algo, ao mesmo tempo que influencia a convicção do julgador.⁵² Ainda, deve seguir o procedimento adequado, de modo a conferir à prova confiabilidade e segurança jurídica. No entanto, não se entende o procedimento como uma sequência rígida a ser seguida, mas sim um padrão estabelecido pelo texto normativo que permite a produção idônea probatória.⁵³

Entende-se, também, que o modelo garantista oferece os parâmetros adequados para estabelecimento de padrões de conhecimento da realidade, na esfera da prova em matéria penal. O direito à prova, a participação na formação da prova, a produção da contraprova e valoração da prova produzida, resguarda-se a sua legalidade e, principalmente, a sua utilidade e presteza. O marco de garantias probatórias resguarda a eficácia da prova.

Muito embora de maneira errônea, não raros são os momentos em que se desenha uma relação de antagonismo entre as garantias probatórias e a eficiência processual. É de suma importância compreender que a eficiência do processo penal possui relação direta com os efeitos positivos produzidos, inclusive fora do próprio processo, principalmente o respeito às garantias, manutenção da paz e produção de um resultado justo. Com essa ideia de “eficiência” em mente, é evidente que não subsiste contrariedade entre a defesa das garantias probatórias e o zelo pela eficiência do processo.⁵⁴

A ótica apresentada não se limita apenas ao conceito de eficiência do processo orientada pela produção de resultados justo, tanto penais quanto extrapenais. Quando observadas as funções da prova, seja cognitiva, seja persuasiva, somente há idoneidade quando o procedimento probatório for observado. Assim, o respeito às garantias probatórias está ligado, em seu âmago, à própria função da prova no processo penal.

4. A CRIAÇÃO DA ECI TORNA DISPENSÁVEL O AUXÍLIO DIRETO?

Do ponto de vista sistemático, não deveria haver pedido de auxílio direto quando a investigação ocorrer em sede de Equipe Conjunta de Investigação, pois ambos possuem a mesma função, desde que a prova a ser produzida ou obtida esteja sob a jurisdição de um ou mais países que integram a ECI.

Isso porque na hipótese da prova a ser produzida ou obtida na jurisdição de outro país distinto daqueles que integram a ECI, a solução passará necessariamente pela utilização dos procedimentos da carta rogatória ou do auxílio direto.

Via de contato e instrumento de contato ou comunicação ou transmissão não se confundem⁵⁵, e tanto o auxílio direto, quanto a ECI, são procedimentos de assistência jurídica internacional que se distinguem pela forma e procedimento de tomada de decisão.

DIREITO PROCESSUAL PENAL, 20., 2006, Málaga. Relatório brasileiro... Málaga, 2006. p. 10).

⁵² RAMAZZINI BECHARA, F. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo. SaraivaJur. 2011. p. 39.

⁵³ “As funções da prova – cognitiva e persuasiva – somente serão cumpridas se o procedimento probatório for respeitado. A prova somente será eficaz se o procedimento probatório for observado. No entanto, a concepção do procedimento probatório não deve ser construída segundo um modelo rígido de regras, mas a partir da identificação de parâmetros ou padrões, cuja observância basta para que o procedimento atinja seu fim.” (Op. Cit. p. 40.)

⁵⁴ Op. cit. p. 34.

⁵⁵ Conforme já apresentado, a “via de contato” é o canal de comunicação escolhido para trânsito de pedidos entre os países. A título de exemplo, tem-se a via diplomática e a via contato direto. Já o “veículo” ou “instrumento” é a forma utilizada para comunicar certo pedido, por exemplo, pedido de auxílio direto e carta rogatória.

A via de contato utilizada na Equipe Conjunta de Investigação é o contato direto⁵⁶, e apesar de semelhança na denominação, não é sinônimo de auxílio direto⁵⁷, pois enquanto o primeiro é via de contato, o segundo é instrumento de comunicação da solicitação de cooperação jurídica internacional.

De mais em mais, o contato direto é caracterizado pela ausência de intermediação, justamente para ter mais objetividade e integração nas atuações conjuntas. Os pedidos são processados, aceitos e cumpridos pelas próprias autoridades competentes, ou seja, as decisões são conjuntas e compartilhadas.

A utilização do contato direto nas Equipes Conjuntas de Investigação vai de encontro com a iniciativa que inspirou a criação do instituto, cuja função seria facilitar o estabelecimento de comunicação, de pedidos e informações, entre os países interessados em investigar determinado fato.⁵⁸

Existe, também, uma semelhança procedimental entre o pedido de auxílio direto e o pedido de formação de Equipe Conjunta de Investigação.

Como já foi enunciado anteriormente, no auxílio direto se processam, por meio das Autoridades Centrais, pedidos realizados por autoridades competentes de países distintos.

No caso da criação e integração da Equipe Conjunta de Investigação, esse pedido também tramita por meio das Autoridades Centrais, que realizam um controle formal da requisição.

Em contrapartida, as autoridades competentes fazem o juízo de oportunidade e conveniência para admitir a formação da ECI. Após o contato inicial (pedido de formação ou integração de ECI), não há mais intervenção da Autoridade Central, salvo quando necessário prestar informações sobre a legislação de cada Estado, do contrário, o contato é entre autoridades competentes.

Logo, a criação desse “canal” inicial dispensa a utilização do pedido de auxílio direto, pois as formalidades e pressupostos que integram a Equipe Conjunta de Investigação já foram analisadas. Modificar essa característica essencial do instrumento seria, em verdade, retirar sua essência, restando, na prática, apenas um sinônimo de “auxílio direto”.

Enuncia-se a liberdade de conformação, prevista nas Convenções de Palermo e Mérida, aplicável à ECI. Com o objetivo de ampliar a efetividade do instrumento, os países membros podem deliberar e adaptar o funcionamento da ECI, de modo que seja mais próprio para o caso concreto.

A conformação possui relação direta com o caráter convencional das ECIs, já mencionado no presente trabalho, pois os Estados, mediante interesse nacional, unem-se com objetivo comum de investigar determinado fato, interesse este que possui o condão de permitir que convençionem sobre aspectos operacionais da investigação.

Esse fato indica duas conclusões: a) o objetivo da criação da Equipe Conjunta de Investigação é facilitar o procedimento das investigações transnacionais, para que ganhem maior operabilidade, restringir essa operabilidade seria desvirtuar o âmago do instituto; b) mesmo que se entendesse imprescindível a formalização de pedido de auxílio direto, os

⁵⁶ “Pode-se afirmar que as ECIs são um novo veículo (instrumento) de cooperação jurídica internacional, cujo pedido é a realização de investigação conjunta, que tramita pela via do contato direto. (BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I.. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador: Editora JusPodivum, 2019. P. 89.)

⁵⁷ Não se deve confundir “contato direto” com “auxílio direto”. Enquanto o segundo é instrumento de cooperação jurídica internacional, o primeiro é “o objetivo final de muitos processos de integração entre Estados e mimetiza aquilo que ocorre em um Estado Federal, no qual os juízos criminais estabelecidos em entes federados distintos pedem e são demandados entre si, sem qualquer intermediação.” (ABADE, D. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: SaraivaJur, 2017. P. 45.)

⁵⁸ “As dificuldades impostas à investigação e persecução dessa emergente criminalidade transnacional e a ineficiência dos meios de investigação e dos instrumentos de cooperação jurídica internacional são temas recorrentes na doutrina internacional e estrangeira. (...) As Equipes Conjuntas de Investigação são um exemplo desses novos aparatos colocados à disposição dos Estados para o desenvolvimento do auxílio mútuo internacional.” (Op. Cit. p. 41-42.)

países poderiam deliberar, caso achassem necessário, a dispensa de intervenção das Autoridades Centrais, leia-se, dispensada a formalização de pedido de auxílio direto.

Tratando especificamente do trânsito de informações e documentos, o controle do fluxo desses dados é pressuposto para a constituição da ECI, conforme fora apresentado *a priori*. O acordo de constituição (“acordo de cooperação técnico”) deve prever por qual meio os documentos e informações serão processados e transmitidos dentre os países e instituições que participem da investigação. Sendo assim, a escolha de trânsito que não envolva a intervenção da Autoridade Central – contato direto entre autoridades competentes – pode ser determinado no próprio acordo de constituição, documento que materializa o liame subjetivo que une os interesses estatais na investigação conjunta transnacional.⁵⁹

A partir da reflexão anteposta, entende-se que o auxílio direto, como requisito formal para a realização de pedidos, é dispensado quando a investigação se der em sede de Equipe Conjunta de Investigação. No entanto, isso possui consequências que podem impactar as garantias supramencionadas.

A análise das ECIs, levando em conta os conceitos apresentados de eficácia e garantismo, bem como as funções da prova em matéria penal, traz consigo a ideia de que a dispensa somente funciona enquanto respeitadas as garantias do indivíduo. Em outras palavras, em se tratando de uma Equipe Conjunta de Investigação que cumpre todos os requisitos, possui todos os pressupostos e segue os procedimentos previstos no acordo de constituição, incide a dispensa do pedido de auxílio direto e, consequentemente, intervenção das Autoridades Centrais. Isto, pois os pedidos realizados serão devidamente documentados e processados pelas próprias autoridades competentes, que realizarão, *a posteriori*, o juízo de conveniência e possibilidade de atender o pedido ou não. Porém, a partir do momento que haja qualquer vício que, de alguma maneira, prejudique ou lesione as garantias relacionadas ao investigado e higidez processual, o efeito concedido pela formação prévia de Equipe Conjunta de Investigação, que possui como consequência a dispensa do pedido de auxílio direto, deixa de existir. Desse modo, cria-se um limite para a atuação da ECI, que não pode se tornar um superpoder investigativo.

As condições de dispensabilidade do pedido de auxílio direto possuem relação integral com o acordo de cooperação técnico, pressuposto para a formação da Equipe Conjunta de Investigação, pois esse documento de constituição representa os limites de atuação da ECI. Assim, havendo a previsão, por exemplo, do trânsito de informações e documentos via contato direto entre as autoridades competentes, respeitadas as garantias normativas nacionais – sigilo e preservação dos dados – não há de se falar em violação do marco de garantias, enquanto se mantém a eficiência do processo e eficácia dos elementos informativos colhidos em sede investigativa.

Não se pode perder de vista que o limite da adaptabilidade dos procedimentos, em razão do caráter pactual da ECI (conformação), é a legislação de cada país membro. Dessa forma, por mais que exista a possibilidade de flexibilizar determinados procedimentos, ante o caráter transnacional dos fatos apurados, a blindagem das garantias continua em vigor, quando respeitadas os pressupostos de formação e atuação das Equipes Conjuntas de Investigação.

A partir das considerações sobre o equilíbrio entre a dispensa do auxílio direto e a manutenção das garantias, extrai-se o seguinte: a) considerando o desejado efeito de conferir maior celeridade às investigações transnacionais, a exigência do pedido de auxílio direto para todo requerimento prejudica a própria essência da Equipe Conjunta de Investigação; b) em que pese isso, é impensável utilizar a Equipe Conjunta de Investigação como meio de suprimir as garantias que integram a produção, utilização, ou qualquer outra consequência do direito à prova em matéria penal.

O limite para a dispensa do auxílio direto, quando a investigação se der por meio de Equipe Conjunta de Investigação, é o marco de garantias que confere idoneidade ao

⁵⁹ Ressalta-se que o limite de deliberação é a proteção dos dados e sigilo das comunicações. Desse modo, enquanto ambas as garantias forem preservadas, os Estados podem transmitir informações e documentos entre si.

que for apurado e documentado no decorrer dos atos investigativos (as garantias probatórias permitem que a prova cumpra sua função e resguardam o resultado justo do processo penal). A limitação dos poderes de investigação das Equipes Conjuntas está prevista no próprio acordo de cooperação técnico, como o objeto da investigação, tempo de duração e meio de trânsito dos documentos e informações. Todas essas previsões buscam balancear a necessidade da persecução penal estatal e os direitos do investigado, de modo que a supressão desses direitos seja realizada, quando necessária, da maneira mais cirúrgica possível.

Há, ainda, outro limite que deve ser considerado: a legislação pátria dos países que formam os quadros da Equipe Conjunta de Investigação. Para além da atenção com o controle das violações de garantias probatórias, necessário para a prestabilidade dos elementos colhidos durante a investigação, as investigações transnacionais possuem o desafio de sopesar ordenamentos jurídicos diversos. Dessa forma, existe uma necessidade de adaptação, cujo reflexo é a liberdade de conformação. Não obstante a adaptabilidade seja requisito no trato internacional, os ordenamentos jurídicos dos países membros da Equipe Conjunta devem ser respeitados, para que se preserve a soberania dos Estados.

5. CONCLUSÃO

A resposta à pergunta proposta no artigo é que a criação da ECI torna dispensável a observância do procedimento do pedido de auxílio direto, desde que a prova a ser produzida e/ou obtida respeite o marco de garantias que resguarda a sua legalidade e utilidade no contexto de diversidade entre os sistemas jurídicos nacionais considerados.

Foram apresentados os conceitos básicos do instituto "Equipes Conjuntas de Investigação", aliados à sua natureza jurídica e qual seria a sua função no trato investigativo. Ainda, foram tratados os pressupostos para sua formação, requisitos necessários para a utilização correta desse instrumento de cooperação jurídica internacional.

O pedido de auxílio direto foi abordado como instrumento de cooperação jurídica, de modo a evidenciar sua função e requisitos de processamento, com o objetivo de elucidar a fundamentação de sua dispensabilidade nas investigações realizadas por meio de Equipe Conjunta de Investigação.

Partindo da dispensabilidade em si, foi estabelecido o marco das garantias na prova transnacional, por meio do qual se analisou a possibilidade de dispensa do pedido de auxílio direto. A partir da comparação entre o pedido de auxílio direto e a Equipe Conjunta de Investigação, conclui-se o seguinte: a) ambos os institutos são veículos/instrumentos de cooperação jurídica internacional, pertencem à mesma classificação e, no ponto de vista procedimental, exercem papel semelhante; b) a iniciativa que inspirou a criação da Equipe Conjunta de Investigação apresenta como objetivo fundamental a facilitação do trânsito de informações e comunicação nas investigações transnacionais; c) há uma semelhança entre o procedimento de formação da ECI e do pedido de auxílio direto; d) a Equipe Conjunta de Investigação possui liberdade de conformação, reflexo da operacionalização do trabalho com mais de um ordenamento jurídico e preservação da soberania estatal; e e) a exigência do auxílio direto pode desvirtuar a essência da Equipe Conjunta de Investigação, considerando a pretensão já exposta de facilitar a comunicação entre os países que compõe a Equipe.

Em que pese todas as indicações que o pedido de auxílio direto pode, de fato, ser dispensado, é imprescindível analisar a questão com as lentes do marco de garantias probatórias. Entende-se que a dispensa é condicionada ao respeito às formalidades da Equipe Conjunta de Investigação, à legislação dos países que compõe seus quadros e as garantias decorrentes da própria função da prova, levando em conta sua eficiência.

Esse conceito de "eficiência" se atenta ao resultado justo do processo penal, que só subsiste quando há respeito ao procedimento. De nada adianta a coleta de elementos informativos, que em razão de violarem as regras procedimentais de controle epistêmico, são imprestáveis para a persecução penal. Consequentemente, há um enfoque constante no sopesamento entre eficiência e garantia como ideias complementares.

Dessa forma, é possível conciliar a empreitada da investigação transnacional, a soberania dos Estados-membros, respeito às garantias do investigado e a idoneidade do

que for apurado durante as investigações. Por esse caminho, o que for produzido em sede de Equipe Conjunta de Investigação estará apto, possuirá prestabilidade, para uma eventual persecução penal, sem que o instituto se distancie de sua finalidade original.

Referências

- ABADE, D. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: SaraivaJur, 2017.
- AMBOS, K.; ELSNER, G.; MALARINO, E. *Jurisprudencia Latinoamericana sobre derecho penal internacional: con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana*. Uruguay: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.
- ARAÚJO, N. (Coord.). *Cooperação jurídica internacional no Superior Tribunal de Justiça: comentários à resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BADARÓ, G. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BARCELOS PEREIRA DE SOUZA, I. *Equipes Conjuntas de Investigação na Cooperação Jurídica Internacional em matéria penal*. Salvador. Editora JusPodivum, 2019.
- BRASIL. *DECRETO 10.452. 10/08/2020*. Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação: promulga o texto do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, firmado pela República Federativa do Brasil, em San Juan, em 2 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10452.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2010.452%2C%20DE%2010,2%20de%20agosto%20de%202010.
- CASSESE, A.; DELMAS-MARTY, M. (Orgs.) *Crimes Internationaux et juridictios Internacionales*. Tradução: Silvio Antunha. São Paulo: Manole, 2004.
- CERVINI, R. *Conceito e alcance da cooperação penal internacional lato sensu*. In: CERVINI, R.; TAVARES, J. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- DE AMICIS, G. *Problemi e prospettive della cooperazione giudiziaria penale in ambito Europeo: forme e modelli di collaborazione allá luce dell Titolo VI del Trattato di Amsterdam*. Áquila, 2001.
- FERNANDO VOSS CHAGAS LESSA, L. *Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- GULLY-HART, P. *Cooperation between central authorities and police officials: the changing face of international legal assistance in criminal matters*. *Revue Internationale de Droit Pénal*. V. 76, n. 1, p. 27-48, 2005.
- HERRERA PETRUS, C. *La otbención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional em Europa*. Bolonha: Real Colégio de España, 2005.
- HUNTINGTON, S. *Transnational Organizations in world politics*. *World Politics*. V. 25, n. 3, p. 334-368, 1973.
- KALBI, L. *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano: adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*. Torino: Giapiccheli, 2012.
- MARÍA SILVA SÁNCHEZ, J. *La Expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.
- MARTÍN DIZ, F. *Los equipos Conjuntos de Investigación como técnica de cooperación procesal en la Unión Europea*. *Revista del Poder Judicial*, n. 78, p. 89-140, 2005.
- NAGY, J. *"About joint investigation teams in a nutshell."* *Issues of Business and Law*, vol. 2, annual 2010, pp. 104+. Gale Academic OneFile, link.gale.com/apps/doc/A347405427/AONE?u=anon~42ae0611&sid=googleScholar&xid=5b8ab79b. Accessed 9 Oct. 2023.

- PELLEGRINI GRINOVER, A. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- PELLEGRINI GRINOVER, A. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Coord). O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel. São Paulo: LTr, 1998.
- PLACHTA, M. *Joint investigation teams: a new form of international cooperation in criminal matters*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, v. 13, n. 2, p. 284-302, 2005.
- RAMAZZINI BECHARA, F. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: SaraivaJur, 2011.
- RIJKEN, C. *Joint investigation teams: principles, practice and problems: lessons learnt from the first efforts to establish a JIT*. Utrecht Law Review, v. 2, n. 2, p. 99-118, 2006.
- SALGADO, D.; QUEIROZ, Ro. *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- SCHÜNEMANN, B. *Solution Models and principles governing the transnational evidence-gathering in the EU*. In: RUGGIERI, Stefano. Transnational evidence and multicultural inquiries in Europe. London: Springer, 2014.
- SCARANCE FERNANDES, A. O direito processual penal internacional. In: SCARANCE FERNANDES, A.; ALEXANDRE COELHO ZILLI, M.(Orgs.). Direito processual penal internacional. Atlas, 2013.
- SÉRGIO ALTIEIRI DE MORAES PITOMBO, A. Organização Criminosa: nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: 2009.
- SLUITER, G. *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*. Oxford: Intersentia, 2002.
- TOURME JOUANNET, E. A short introduction to international law. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2014.
- TULLIO LIEBMAN, E. Estudos sobre o processo civil brasileiro. Araras: Bestbook, 2001.
- WALSH, D. *Police Cooperation Across the Irish Border: Familiarity Breeding Contempt for Transparency and Accountability*. Journal of Law and Society, v. 38, n. 2, p. 301-330, 2011.
- UNIÃO EUROPEIA. *Conselho da União Europeia. Manual da Equipa de Investigação Conjunta – Eurojust e Europol*. Disponível em: <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/pt.pdf>.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** N° 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 23-36
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas

Civil responsibility for medical errors in plastic surgery

Isabella Henrique Bonadio¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Lourenço de Miranda Freire Neto²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Priscila Luciene Santos de Lima³

Universidade Federal da Paraíba

Sumário: 1 Introdução; 2 Responsabilidade Civil Médica e o Erro Médico Nas Cirurgias Plásticas; 2.1 Cirurgia Plástica como Obrigação de Meio ou Resultado; 2.2 Caracterização de Responsabilidade Civil Médica nas Cirurgias Plásticas por Erro Médico; 2.3 A Díficil Conceituação De Resultado Embelezador; 3. Conclusões; Bibliografia.

Resumo: Com o Brasil no pináculo da lista dos países que mais realizam cirurgias plásticas no mundo, é indubitável que a consequência direta disso é a demanda, no Poder Judiciário, de indenizações por erro médico. A responsabilidade civil do médico sempre será aferida mediante a culpa stricto sensu, carecendo, para tanto, uma ampla produção de provas, mormente de análises profissionais. Destarte, buscamos mostrar a importância e o

¹ Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. <http://lattes.cnpq.br/4046770708438466>, e-mail: isabellahenriquebonadio@adv.oabsp.org.br.

² Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, em regime de co-tutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca -Espanha, com o reconhecimento de tese "sobresaliente cum laude". Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Conselho Editorial da Juruá Editora. Parecerista da Revista Direito Mackenzie e da Revista Internacional de Direito do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação. Professor Associado na Universidade Presbiteriana Mackenzie. <http://lattes.cnpq.br/6791493674146117>, <https://orcid.org/0000-0002-5278-6768>, e-mail lourenco.freire@mackenzie.br.

³ Realizando Estágio Pós-doutoral no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Pós-Doutora em Novas Tecnologias e Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Professora de Graduação e Pós-Graduação – Grupo Educacional Faveni, Gestora Pedagógica e Advogada. <http://lattes.cnpq.br/7325012453913306>, <https://orcid.org/0000-0002-0798-2866>, e-mail: pritysantoslima@hotmail.com.

Recibido: 15/02/2024

Aceptado: 20/05/2024

DOI: 10.5281/zenodo.11305032

funcionamento da relação médico- paciente, perfazendo-se nevrálgica para obtermos o binômio esclarecimento-consentimento, instrumento eficaz para efetivar as garantias de acesso à saúde e à informação, conforme estudo novel junto à Constituição Brasileira de 1988. Nesse contexto, buscamos demonstrar que a relação médico-paciente possui alicerces do Código de Defesa do Consumidor, sendo, portanto, uma relação consumerista. Ademais, construímos um pensamento acerca da diferença entre obrigação de meio e resultado, enfrentando os dilemas e detectando uma posição equivocada do Superior Tribunal de Justiça ao caracterizar a cirurgias plásticas com fins meramente estéticos como obrigação de resultado. Assim, quando constatado o equívoco, trabalhamos em cima de argumentações plausíveis e suficientes para afastá-lo, mormente no sentido de que o conceito de belo é subjetivo e, portanto, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza. A partir disso, propomos uma revisão desse paradigma jurisprudencial equivocado, para que as mudanças sejam implementadas no nosso ordenamento jurídico na toada médica.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Erro Médico. Código de Defesa do Consumidor. Subjetividade. Beleza.

Abstract: *With Brazil at the pinnacle of the list of countries that most perform plastic surgery in the world, there is no doubt that the direct consequence of this is the demand, in the Judiciary, for compensation for medical errors. The doctor's civil liability will always be assessed through strict sensu guilt, requiring, therefore, a wide production of evidence, especially professional analysis. Thus, we seek to show the importance and functioning of the doctor-patient relationship, making it nerve-wracking in order to obtain the binomial clarification-consent, an effective instrument to effect guarantees of access to health and information, according to a novel study with the Brazilian Constitution of 1988 In this context, we seek to demonstrate that the doctor-patient relationship is based on the Consumer Protection Code, being, therefore, a consumerist relationship. In addition, we built a thought about the difference between obligation of means and result, facing the dilemmas and detecting a wrong position of the Superior Court of Justice when characterizing plastic surgeries for purely aesthetic purposes as an obligation of results. Thus, when the mistake is found, we work on plausible and sufficient arguments to remove it, especially in the sense that the concept of beauty is subjective and, therefore, it is possible for an individual to find deformity where another sees beauty. Based on this, we propose a review of this mistaken jurisprudential paradigm, so that the changes are implemented in our legal system in the medical field.*

Keywords: *Civil Liability. Medical error. Consumer Protection Code. Subjectivity. Beauty*

1 INTRODUÇÃO

O termo responsabilidade é derivado da raiz latina *spondeo*. Mais especificamente, do verbo *respondere*, voltado à ideia de segurança, restituição e compensação de um bem sacrificado.

À luz de tal informação, acreditamos ser um tema de extrema relevância e importância nos tempos atuais, por oferecer a proteção mínima e necessária contra danos e fatores de perecimento acarretados por condutas culposas de outrem, legitimando-se, destarte, como uma ferramenta jurídica garantidora de bens imateriais e materiais violados.

Ademais, mister ressaltar que a responsabilidade civil é um instituto integrante do direito obrigacional, pois da prática de um ato que gera dano, nasce, para o seu autor, a obrigação de indenizá-lo e, conseqüentemente, o direito do credor contra o devedor, tendo por objeto certa prestação. Assim, a responsabilidade civil é o próprio problema do direito e, neste sentido, cristalizamos o conceito de responsabilidade civil com o seguinte

entendimento o qual é todo o direito assenta na ideia da ação, seguida da reação, com intuito de restabelecer a harmonia fragmentada.

Com esboço no esboçado acima, o Brasil, no seu Código Civil de 1916, adotou a teoria subjetiva, que exige a demonstração de dolo ou culpa do causador do dano para que caracterize a obrigação de repará-lo. Posteriormente, o atual Código Civil brasileiro, de 2002, conquanto manteve a mesma estrutura do *códex* anterior, tratou a responsabilidade civil com mais complexidade, adotando também a responsabilidade objetiva, que é fundada na teoria do risco. E, a partir dessas duas teorias, desenvolveremos este estudo para tratar da responsabilidade civil por erro médico.

Ademais, compulsando o site do Conselho Nacional de Justiça, verificamos a expressividade do número de demandas judiciais em razão de erro médico, pois em pesquisa realizada entre os anos de 2014 e 2017, foram ajuizadas 83.728 ações demandando indenizações por “erro médico”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, trouxe enormes conquistas teóricas, resguardando, dentre outros, o direito à saúde e à vida em vários de seus dispositivos, devendo-se ressaltar que é classificado como direito fundamental social. Sob ótica das referidas inteligências, bem como de outros diplomas legais que abordaremos ulteriormente, trasladaremos tais teses à responsabilização dos profissionais de medicina, mormente na atuação dos cirurgiões plásticos.

A respeito disso, no ano de 1798, Pierre Joseph Desault anatomista e cirurgião plástico da era moderna, pela primeira vez atribuiu a palavra *plastiqué* como termo da especialidade médica: cirurgia plástica.

A temática em apreço afigura-se extremamente importante e relevante na medida que dados apontam o nosso território nacional como o país líder e de maior número de procedimentos estéticos realizados no mundo.

Para tanto, vale lembrar que as cirurgias plásticas ganharam enorme desenvolvimento no Brasil, tal qual criou-se o Estatuto Brasileiro de Cirurgia Plástica, bem como a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. Outrossim, no âmbito da cirurgia plástica para efeitos estéticos, esta ganhou até disposição no Código de Ética Médica anterior, em seu artigo 51.

Com base neste ponto, lecionamos, desde já, que possuem uma circunstância específica como profissionais, vez que a doutrina majoritária e a jurisprudência os tratam de maneira discrepante dos outros médicos, qual seja a atração de culpa presumida.

Nessa esteira, em razão da amplitude do assunto, focar-se-á na análise da responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas traçando paralelos e apontando as diferenças entre cirurgia estética (obrigação de resultado) e reparadora (obrigação de meio), expondo divergências doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais no âmbito da atuação médica.

Posto isso, surge uma importante indagação a ser aqui trabalhada: deve o cirurgião plástico responder por uma obrigação de resultado, com culpa presumida, por resultado não embelezador nos casos de cirurgias meramente para fins estéticos?

O Brasil é líder mundial na realização de cirurgias plásticas e muito tem se discorrido acerca do entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se posiciona radicalmente a favor da caracterização da obrigação de resultado nas cirurgias plásticas meramente estéticas, por meio da culpa presumida, diferenciando-se de outros médicos.

Acreditamos, entretanto, que embora a obrigação do cirurgião plástico seja de resultado, em decorrência das suas atribuições e da própria natureza de sua especialidade médica, conforme a jurisprudência, é importante revisitar e revistar cada caso antes de simplesmente impor a vez que a doutrina e a jurisprudência os tratam de maneira discrepante dos outros médicos, qual seja a atração de culpa presumida do profissional. Nessa toada, ressalta-se a extrema importância da perícia médica para constatar se houve erro médico durante o procedimento cirúrgico, bem como a razão do resultado adverso.

Ademais, adotamos o método hipotético dedutivo, iniciado com um problema no conhecimento científico, passando pela formulação de hipóteses e por uma inferência dedutiva, falseando e refutando-a, em busca de uma resposta conclusiva para o problema

em questão, qual seja se o cirurgião plástico deve responder dentro desse contexto por uma obrigação de meio ou de resultado.

Desse modo, o desenvolvimento do presente trabalho dar-se-á com arrimo neste raciocínio preliminar, sobrescrevendo o atual tratamento e funcionamento do jurídico brasileiro concedido pela responsabilidade civil por erro médico em cirurgias plásticas, viabilizando-se a discussão do conceito de resultado embelezador, diferenciando o conceito de cirurgia plástica para fins estéticos e reparadores, analisando a relação médico-paciente no sistema de saúde brasileiro, e a caracterização de responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas por erro médico.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E O ERRO MÉDICO NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS

2.1 CIRURGIA PLÁSTICA COMO OBRIGAÇÃO DE MEIO OU RESULTADO

A partir de tal enfoque, salutar o avanço do trabalho ao exame da discrepância entre a cirurgia plástica como obrigação de meio ou resultado. Para tanto, dada, notadamente, a natureza como importância de desenvolvimento, faz-se primordial a abordagem da diferença entre as cirurgias plásticas meramente embelezadoras, as quais são feitas com intuito de melhorar a aparência e autoestima do indivíduo, das cirurgias plásticas necessárias, com fins terapêuticos, afastando-se uma abordagem excessivamente abstrata.

Assim como o Direito, a Medicina é uma arte³. O médico, conhecedor da ciência para dar segurança ao paciente, deve se comprometer a tratar o cliente com zelo, utilizando-se de diligências e meios adequados para curar o doente, mas nunca se obrigando a tal. A mesma situação se dá com o advogado ao assumir uma causa: possui uma obrigação de meio e não de resultado, mas sempre buscando as melhores ferramentas para lograr êxito na demanda contraída.

Em outras palavras, o médico possui deveres, sendo transmitir segurança e obrigar-se a empregar toda sua técnica e seus conhecimentos da melhor maneira, com perspicácia, na tentativa de curar ou minorar dos males do paciente, mas nunca podendo garantir a cura, mesmoporque a vida e a morte são valores que pertencem a âmbitos espirituais e naturais da vida.

Entende-se a obrigação de meio como àquela em que a sua realização não está condicionada ao alcance de um resultado específico, mas tão somente ao emprego de determinado meio.

Todavia, em algumas ocasiões a jurisprudência entende a obrigação médica ou paramédica como de resultado, como por exemplo na cirurgia plástica meramente para fins estéticos e em procedimentos técnicos laboratoriais como radiografias e ressonâncias magnéticas.

A obrigação será de resultado quando o devedor se comprometer a realizar um certo fim, como, por exemplo, transportar uma carga de um lugar para outro, ou consertar e pôr em funcionamento uma certa máquina (será a garantia se, além disso, ainda afirmar que o maquinário atingirá uma determinada produtividade). O médico a assume, por exemplo, quando se compromete a efetuar uma transfusão de sangue ou a realizar uma certa visita.⁴

Conquanto a supra citação esteja desatualizada, o tema em apreço merece uma passagem dos ensinamentos do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que estava aposentado do Superior Tribunal de Justiça desde 2003, em razão da relevância para a relação do direito com a medicina.

⁴ ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, R. "Responsabilidade civil do médico", *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, S.(Coord.), Del Rey, Belo Horizont, e 2000. p. 138-139.

Portanto, torna-se incontroverso que a obrigação de resultado é a promessa de um resultado em que, caso não seja alcançado, fomentará na chance de propositura de ação condenatória para apuração dos danos e, ulteriormente, na indenização civil. Entretanto, cremos necessário aferir do porquê não se obteve o resultado almejado.

À luz de tal inteligência, entendemos que a obrigação de meio e de resultado não significa uma variação na configuração da relação obrigacional, mas sim que existe uma promessa e garantia do devedor em desempenhar determinada atividade, sendo esta a prestação, objeto da obrigação, como meio para produzir o resultado útil (a entrega ou transferência de certa coisa, no nosso caso o resultado embelezador almejado) que satisfaz o interesse do credor (função obrigacional).

Nesse sentido, uma parcela da doutrina e a jurisprudência, tanto dos Tribunais de Justiça quanto do Superior Tribunal de Justiça⁵, se predispõem à atribuição das cirurgias plásticas meramente para fins estéticos na qualidade de obrigação de resultado, enfatizando que o fato da obrigação ser de resultado não modifica a natureza da responsabilidade subjetiva, mesmo alterando o ônus da prova para o *expert*, conforme demonstrado anteriormente.

Embora seja nessa toada o entendimento de uma parte doutrina e do Superior Tribunal de Justiça, constatamos em nossa pesquisa a existência de um descompasso doutrinário muito pertinente, plausível e correto acerca do debate da natureza obrigacional assumida pelo médico nas cirurgias meramente estéticas, sob o argumento de que a álea é a mesma de qualquer outra cirurgia, motivo pelo qual a obrigação do médico deveria ser considerada de meio.

Ressalta-se que o então do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior⁶, *in memoriam*, um dos maiores norteadores do nosso estudo em apreço, se posicionava contra a ligação da obrigação de resultado com as cirurgias plásticas meramente estéticas, sob argumento de o dever do médico é tão somente o emprego de determinado meio, esforçando-se para alcançar a cura do paciente.

É nossa opinião concreta, portanto, que sob nenhum aspecto, a cirurgia plástica deve ser considerada como obrigação de resultado, já que é uma classificação extremamente insana e difundida, sem qualquer reflexão para os leigos.

Sob ótica desse entendimento doutrinário distinto ao do Superior Tribunal de Justiça, por tudo quanto já foi dito, acreditamos que esse posicionamento minoritário se mostra conclusivo, devendo a obrigação de resultado ser apartada, e a obrigação de meio prevalecer sempre, inclusive nas cirurgias plásticas meramente para fins estéticos, já que a beleza um conceito subjetivo.

O que se exige do médico, seja qual for a sua especialidade, é a prestação de serviços zelosos, atentos, conscienciosos, a utilização de recursos e métodos adequados de agir conforme as aquisições da ciência. O que não se pode admitir, sempre com a máxima vênia, é uma corrente jurisprudencial em desalinho com a realidade moderna dos avanços da ciência médica e da ciência jurídica.⁷

Por óbvio que somente os indivíduos, bem de saúde, procuram um médico somente para melhorar algum aspecto seu, o qual considera desagradável, almejando exatamente esse resultado, não se submetendo a uma operação plástica se não for para obter um determinado resultado, porém, isso não torna, automaticamente, a premissa de culpa dos cirurgiões plásticos.

Com a evolução dos conceitos, se considera atualmente a saúde não apenas o bem estar físico, mas também e incolumidade psíquica e social, não havendo espaço para

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.180.815/MG. RECURSO ESPECIAL 2010/0025531- 0*. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador T3- TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 19/08/2010. Data de publicação: 26/08/2010.

⁶ MINISTRO aposentado Ruy Rosado morre aos 81 anos em Porto Alegre. STJ, 24 ago. 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-aposentado-Ruy-Rosado-morre-aos-81-anos-em-Porto-Alegre.aspx>. Acesso em: 03 nov 2021.

⁷ JANE MAGRINI, R. "Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.92, n.809, p.137-163, mar. 2003. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35489>. Acesso em: 03 nov 2021.

dúvidas sobre a finalidade curativa da cirurgia estética.⁸

Faz-se essencial ressaltar que além do comportamento do médico, o sucesso das cirurgias meramente estéticas também está subordinado com o próprio comportamento do paciente, já que envolve reações metabólicas, comportamento da pele humana, cuidados posteriores com pomadas, acompanhamento médico, cintas e drenagens, que, se não o fizer e por esse motivo originar o resultado adverso, rompe o nexo causal.

Nessa seara, é fundamental analisar, por meio de perícia médica, se houve erro médico durante o procedimento, bem como a razão do resultado adverso.

Isto porque, além do conceito embelezador ser subjetivo, toda intervenção cirúrgica pode apresentar resultados inesperados, com ou sem ausência de erro médico, por isso o meio probatório afigura-se essencial para a reparação de eventual dano ou não.

Assim, não pode olhar para o cirurgião plástico de maneira tão radical de êxito sempre, pois o correto é decidir pelas circunstâncias de cada caso, sempre aferindo a culpa do médico.

Portanto, exsurge-se a necessidade de impormos a cirurgia plástica estética como obrigação de meio, sendo necessária a revisão do entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do cirurgião plástico. Não pode se olvidar que a cirurgia plástica é equiparável a todos os demais procedimentos e tratamentos cirúrgicos, e que as reações do organismo humano são imprevisíveis, ainda que toda a técnica e recursos disponíveis e prudência seja empregada, não podendo, assim, o médico ser culpado pelo infortúnio, por ele também não almejado.

A toda revolucionária da obrigação de meio para a cirurgia plástica para fins meramente estéticos também atingiu a doutrina estrangeira, que se manifesta sobre o tema por meio das lições de Ricardo Rabinovich-Berkman⁹, que vai além e levanta diversos outros questionamentos, tais como as condições mentais do paciente que, lúcido e capaz, se submete a cirurgia plástica em busca de corrigir o que considera um defeito, uma característica que foge aos padrões do que considera beleza, tratando aquele “desvio estético” como verdadeira doença.

Com relação a prova a ser produzida na obrigação de meio, é axiomático o ônus do autor (paciente), porém, é cabível a sua inversão probatória, caso seja hipossuficiente e vulnerável, bem como verossímil as alegações dos autos, conforme incumbidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

De outra parte, o ônus da prova na obrigação de resultado é do fornecedor (médico e réu na ação indenizatória), porém, bem como na obrigação de meio, é possível a inversão do ônus da prova, caso o paciente seja hipossuficiente e vulnerável, bem como verossímil as alegações dos autos.

Nos casos de resultados ruins, em que se procure comprovar um erro médico, o que se deve considerar, antes de qualquer coisa, além do nexo causal e do tamanho do dano, são as circunstâncias do atendimento e o grau da previsibilidade do autor em produzir o resultado. Nunca, categoricamente, prender-se a um pensamento no qual afirma-se sempre que o não sucesso da cirurgia plástica se deu por culpa do médico, que fez seu papel para chegar ao resultado celebrado na relação contratual.

Outrossim, nas cirurgias plásticas meramente para fins estéticos as partes não estão confinadas ao programa contratual típico, podendo escolher o procedimento a ser realizado, bem como convencená-lo, obviamente com a orientação e auxílio do médico, posto que a obrigação imposta a esse médico nesse caso é de resultado. Com efeito, decorre a irrecusável conclusão de que o conteúdo da obrigação de resultado acarreta na concreta expectativa do paciente quanto ao resultado útil a ser alcançado pelo cirurgião plástico, a qual, de ordinário, vai de encontro com aquela prevista no tipo contratual.

A propósito, a identificação da expectativa gerada efetivamente no paciente, mostra-se preponderante, entre as diversas circunstâncias que devem ser levadas em

⁸ ROSENVALD, N.; DADALTO, L.; BEZERRA DE MENEZES, J. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Editora Foco, Indaiatuba, 2020. p. 111.

⁹ RABINOVICH-BERKMAN, R. apud ROSENVALD, N.; DADALTO, L.; BEZERRA DE MENEZES, J. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Editora Foco, Indaiatuba, 2020. p. 114.

consideração, mormente a análise das informações prestadas pelo médico ao paciente. Como afirmado anteriormente, a doutrina pondera que a obrigação do cirurgião plástico pode variar de conteúdo conforme o caso, tendo em vista, sobretudo, o motivo pelo qual foi realizado o procedimento.

Desta feita, se mostra salutar para diferenciarmos o entendimento e conceito de cirurgias plásticas meramente embelezadoras, das cirurgias plásticas necessárias, com finalidades terapêuticas, figuradas, por exemplo, na hipótese de o médico realizar procedimento cirúrgico em pessoa acidentada ou para a restauração da mama por consequência de um câncer.

A partir daí faz-se uma diferença entre a natureza jurídica da cirurgia plástica estética, quando o paciente é sob aquela ótica saudável e apenas quer melhorar sua aparência, e a cirurgia plástica reparadora ou reconstrutora que corrige anomalias congênitas ou resultados de traumas.¹⁰

Arrimando-se nesse referido entendimento, verifica-se clara e inegável que as cirurgias com finalidades terapêuticas, carregam em seu bojo a obrigação de meio, a qual o médico deve adotar as diligências necessárias para salvar o bem mais precioso do ser humano, não tendo o condão de atingir o resultado.

De outro viés, a obrigação de resultado é vista como a exigência da entrega integral, nos limites que cabem ao médico, de um determinado resultado.

Resta clarividente que seja a forma de obrigação de meio ou de resultado, perante o dano, o apurado será a responsabilidade do médico, aferindo o grau de culpa, dimensão do dano e nexo de causal, mormente em face das ações de indenizações por perdas e danos.

Destarte, em razão de todo exposto, não subsistem dúvidas acerca da diferença entre cirurgia plástica como obrigação de meio e obrigação de resultado, bem como do nosso entendimento acerca do tema abordado. Avançaremos, neste momento, para o próximo subtópico, qual seja, o da caracterização de responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas por erro médico.

2.2 CARACTERIZAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NAS CIRURGIAS PLÁSTICAS POR ERRO MÉDICO

Prosseguindo nosso estudo diante da temática da responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas, inauguraremos esse subtópico afirmando, inexoravelmente, que a responsabilidade médica é subjetiva. Disso emerge a conclusão de que para caracterizar a responsabilidade civil médica em decorrência de erro médico, sendo por cirurgia plástica ou não, é nevrálgica a incidência de culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imprudência, imperícia ou negligência do médico liberal.

Comprovação da culpa exigida na responsabilidade subjetiva decorre do lastro moral inerente a todo ser humano, no sentido de que ninguém pode responder sem ser o culpado. Daí decorre a compreensão de que a responsabilidade subjetiva deve ter por fundamento a comprovação da culpa para que só então surja o dever de reparar os danos decorrentes de uma conduta voluntária, seja negligência, imprudência e imperícia¹¹.

Para tanto, traremos à baila a imperícia, a qual deve ser dada e tratada com atenção redobrada na responsabilidade civil na seara da saúde, pois em curtos espaços de tempo são criadas inúmeras especialidades dentro da medicina. Desta feita, a imperícia médica está abarcada no profissional que não porta conhecimentos técnicos, teóricos e práticos para exercer determinada atividade médica, porém, mesmo assim, ele a pratica.

Na seara das cirurgias plásticas, reiteramos o exemplo citado anteriormente: o caso do “Dr. Bumbum”, que utilizou material sem respaldo e consenso dentro da comunidade médica, em vista da ausência de técnica cirúrgica para a sua remoção, qual seja o *polimetilmetacrilato* (PMMA), material altera algumas formas do corpo e é absorvido pelo organismo.

¹⁰ VELOSO FRANÇA, G. *Direito Médico*. 17. ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2021. p. 341.

¹¹ DE CARVALHO CAMPOS, V.; RONDINA MANDALITI, R. *Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião: a imprevisibilidade à Luz do Direito Civil*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019. p. 46.

Por sua vez, as palavras chaves da negligência são: ausência e omissão, porque é, de fato, a falta da utilização das precauções indispensáveis para a prática de determinados procedimentos, configurada pela ausência de atenção na atuação da atividade desempenhada, sendo acarretada por diversos fatores, quais sejam: distração, indolência, descaso e inércia.

Um exemplo de negligência no âmbito da cirurgia plástica é o médico que, ao realizar uma cirurgia de abdominoplastia, esquece um bisturi dentro do abdome do paciente, causando evento danoso.

Finalmente, entende-se a imprudência como o antônimo de previdência, sendo, sinônimo, portanto, de leviandade e a precipitação. Na toada da saúde, definir-se-á como a utilização de tratamentos e procedimento não recomendados ou vedados pela prática e ciência médica.

À imperícia, atualmente, deve ser dada atenção redobrada na responsabilidade civil na área da saúde, já que em curtos espaços de tempo são criadas diversas especialidades médicas. A título de exemplo cite-se a ortopedia, em que hoje existem especialistas para a coluna, membros superiores e inferiores, mãos, pés etc. Desse modo, o desempenho ou a perícia do médico pode receber questionamentos com maior rigor, dado o exigível conhecimento da área em que atue.¹²

Exempli gratia de imprudência na toada da cirurgia plástica, é o profissional, por falta de cautela, no procedimento de lipoaspiração, perfurar o órgão do paciente com a cânula utilizada para aspirar gordura, causando o evento danoso no paciente.

Uma vez inseridos e revisados todos os conceitos e exemplos das três modalidades de culpa *stricto sensu* na toada das cirurgias plásticas, faz-se necessário aplicar o hodierno e majoritário entendimento jurisprudencial, com fulcro no Superior Tribunal de Justiça, ladeado com os Tribunais de Justiça.

Este, por sua vez, é diferenciação da caracterização da obrigação de resultado e obrigação de meio, já que a estipulação de uma obrigação de resultado, aplicados casos de cirurgias plásticas meramente para fins estéticos, conta também com a responsabilidade subjetiva, mas com a culpa do médico presumida pelo resultado não embelezador.

Em qualquer hipótese, não milita, em desfavor do cirurgião plástico, nessas intervenções embelezadoras, presunção de culpa, nem tampouco se aplicam os princípios da responsabilidade sem culpa¹³.

Em vista de tal conjuntura, manifesta-se a jurisprudência majoritária no sentido de que o cirurgião deve ser responsabilizado, além dos três incidentes de culpa *stricto sensu*, por não ter alcançado êxito no procedimento cirúrgico no sentido de não trazer o resultado pretendido pelo autor, tendo em vista o bojo da obrigação de atingir determinado fim. Portanto, tem-se a obrigação de resultado a promessa de resultado que, se uma vez não alcançado, ensejará na propositura de ação de conhecimento indenizatória, para a ulterior reparação civil.

Com a máxima vênia, discordamos integralmente deste entendimento acerca da presunção da culpa médica pelo resultado não embelezador, por trata-se de um conceito subjetivo, expressando pontos de vista e julgamentos de valor da própria pessoa, além dos seus sentimentos, gostos e preferências, ventilado detalhadamente no subtópico seguinte.

Ou seja, acreditamos que nas cirurgias de com obrigação de resultado devem ser incidir responsabilidade civil do médico somente quando há culpa, como por exemplo, o esquecimento de um bisturi dentro do abdome do paciente na cirurgia de abdominoplastia; pela falta de cautela no procedimento de lipoaspiração, ocasionando a perfuração de órgão do paciente com a cânula aspiradora de gordura; e, ademais, pela utilização de material sem respaldo e consenso dentro da comunidade médica.

¹² TAVARES DA SILVA, R. (Coord). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. Saraiva, São Paulo, 2009. p. 17.

¹³ KFOURI NETO, M. *Culpa médica e ônus da prova*. 1. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002. p. 267.

A partir daí, vislumbra-se que as cirurgias plásticas com obrigação de meio, regra geral do nosso ordenamento jurídico, o médico deve adotar todas as diligências necessárias para conservar e salvar a vida do indivíduo, porém, sem o condão de atingir o resultado. Como apontado anteriormente, a cirurgia plástica com obrigação de meio está balizada para fins terapêuticos e não estéticos, como por exemplo a reconstrução de mama, com implante de prótese de silicone em decorrência de câncer.

Tendo em vista essa regra geral, o erro médico na obrigação de meio é simplesmente caracterizado pela verificação de culpa *stricto sensu*, adjetivando automaticamente a responsabilidade subjetiva, mas sem o adendo da culpa do médico presumida pelo resultado não embelezador.

Portanto, a caracterização da responsabilidade civil por erro médico nas cirurgias plásticas com obrigação de meio, cuja finalidade é a própria atividade do devedor, se dá apenas mediante a ocorrência de culpa, raciocínio o qual estamos em conformidade.

Sob o referido prisma, a jurisprudência enfatiza que o fato da obrigação ser de resultado não altera a natureza da responsabilidade civil médica, a qual continua sendo subjetiva, conquanto haja a presunção de culpa do médico pelo resultado não embelezador, além de se alterar o objeto do ônus da prova para o *expert* da medicina.

Assim, concluímos esse tópico expondo detalhadamente as diferenças e semelhanças da caracterização da responsabilidade civil por erro médico nos dois tipos de obrigação, apontando, outrossim, a maneira que avaliamos a discrepância que nosso ordenamento jurídico, por meio da jurisprudência e doutrina majoritária atual trazem a esse respeito.

A título de complementação do nosso raciocínio exposto, passaremos à análise do da difícil conceituação de resultado embelezador, fundamentado e alicerçado na subjetividade humana.

2.3 A DIFÍCIL CONCEITUAÇÃO DE RESULTADO EMBELEZADOR

Chegamos, enfim, ao ponto nevrálgico do nosso trabalho: a difícil conceituação de resultado embelezador.

A busca e preocupação pela beleza está enraizada na sociedade desde quando o “mundo é mundo”, já notado durante o período Paleolítico, retratado pela escultura Vênus de Laussel, na França, a qual representava a feminilidade da mulher por meio da idealização de seios volumosos, nádegas, coxas e vulvas salientes, como elementos de fertilidade, que perdura até a atual vida moderna, como mostra a conhecida frase do poeta Vinícius de Moraes: “As muito feias que me perdoem, mas beleza é fundamental”.

No que concerne ao alarmante número de cirurgias plásticas no Brasil, iniciado ainda ao final do século XX, são lembrados como um momento em que o culto ao corpo tornou-se uma obsessão, transformando-se em um estilo de vida, buscado por homens e mulheres, principalmente por estas. Isto porque, existe uma associação entre o corpo e prestígio social, a qual coloca o corpo em um capital físico na cultura brasileira, justificando a enorme procura por cirurgias plásticas embelezadoras no país.

A prova disso, é a criação, já em 1933, da Escola Paulista de Medicina e, posteriormente, da fundação da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica em dezembro de 1948.

Somente no Brasil, foram registradas mais de 1 milhão de cirurgias plásticas anuais, além do *quantum* de 969 mil procedimentos estéticos não submetidos à cirurgia¹⁴. Dentre as justificativas para o quadro, nos deparamos frequentemente com a insatisfação da própria imagem, sendo a maioria motivada por demandas sociais, marcadas pela obsessão de um estilo de vida padronizado e incentivado pela indústria cultural, disseminadas com a proliferação dos veículos de comunicação que propagam a ideia de imagem corporal idealizada, a qual exige das pessoas mais do que elas podem e se sentem capazes de fazer.

¹⁴ COLTRO, P. *O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo*. SBCP Blog, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2020/02/13/lider-mundial/>. Acesso em: 29 out. 2023.

Justamente em razão dessa grande obsessão pela própria imagem que se torna natural dentro da sociedade a busca por um padrão de gosto, uma regra capaz de conciliar as diversas opiniões dos homens, um consenso estabelecido que talhe tanto a aprovação, quanto a uma condenação de uma opinião.

Entre as intervenções mais procuradas, o aumento mamário com prótese de silicone, indicado para tratar mamas pequenas, flácidas e pouco projetadas, aparece em primeiro lugar. Os implantes variam em formato e em tamanho: existem aqueles chamados “redondos” (que projetam mais o colo) e aqueles ditos “anatômicos” (com aspecto mais natural).

A escolha é sempre individualizada, baseada no desejo e na estrutura corporal da paciente. A cirurgia de prótese de silicone leva cerca de duas horas, em média, e não necessita internação hospitalar, de modo que a paciente recebe alta para casa no mesmo dia da operação.¹⁵

A lipoaspiração está na segunda colocação. A técnica remove acúmulos de gordura localizada em áreas como abdome, cintura, costas, coxas e braços. Como resultado, temos a modelagem do contorno corporal, com a melhor definição das regiões trabalhadas.¹⁶

Filosoficamente, porém, há uma negação da existência de um padrão de gosto qualquer, sustentando que a beleza não é uma qualidade das próprias coisas, pois existe somente no espírito que as contempla, e cada espírito perceba uma beleza discrepante, conforme aduz David Hume.

À luz desse raciocínio, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza, e cada um deve ceder ao seu próprio sentimento, sem a pretensão de controlar o de outrem, tornando o conceito de belo, portanto, algo totalmente subjetivo, ou seja, é a opinião pertencente ao sujeito pensante e seu íntimo.

Segundo a disposição dos órgãos corporais, o mesmo objeto tanto pode ser doce como amargo, e o provérbio popular afirma com muita razão que gosto não se discute. É muito natural, e mesmo absolutamente necessário, aplicar esse axioma ao gosto espiritual, além do gosto corporal, e dessa forma o sensocomum, que diverge com tanta frequência da filosofia, sobretudo da filosofia cética, pelo menos num caso concorda com ela, proferindo uma decisão idêntica.¹⁷

Entretanto, conquanto o conceito de belo seja indubitável e indiscutivelmente subjetivo e a filosofia negue a existência de um padrão qualquer, verificamos a busca incessante dos indivíduos para chegar ao padrão social predeterminado, insatisfeito com a sua beleza, busca a realização de cirurgias plásticas para buscar maior aceitação meio aos ambientes sociais.

Psicologicamente, isso existe em decorrência da ideia de que os indivíduos fisicamente serem mais atraentes, mais bem aceitos e receberem uma atenção diferenciada em inúmeras situações cotidianas, quando comparados àqueles que não possuem beleza.

Essa percepção não só continuou como aumentou excessivamente após a era moderna, haja vista os desenhos, desde a infância, que retratam um contato com o modelo de corpo padronizado do século XXI, reproduzido pelas princesas da Disney, especialmente a boneca Barbie, um ícone da estética corporal (magra e bem delineada), que contribui para o crescimento da identidade com os ideais midiáticos, os quais veiculam concepções distorcidas de beleza.

Ou seja, o conceito de belo está diretamente ligado ao que a pessoa imagina e

¹⁵ COLTRO, P. *O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo*. SBCP Blog, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2020/02/13/lider-mundial/>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹⁶ COLTRO, P. *O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo*. SBCP Blog, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2020/02/13/lider-mundial/>. Acesso em: 29 out. 2023.

¹⁷ DUARTE, R. *O belo autônomo: textos clássicos de estética*. 2. ed. Editora Autêntica, São Paulo, 2012.

idealiza como tal, ponderando a sua característica totalmente subjetiva, mas que sofre com os pensamentos externos enraizados profundamente dentro da sociedade, que cresce a cada dia com os ideais midiáticos, consoante o exemplo supramencionado.

Unindo os pensamentos das duas ciências mencionadas, quais sejam a filosofia e a psicologia, ao lineamento histórico, concluímos que conquanto o conceito de belo seja subjetivo, afigura-se extremamente importante para os indivíduos estarem dentro dos padrões da sociedade, sobressaindo, muitas vezes, os padrões impostos socialmente sobre a subjetividade de cada um.

Por tais razões, o resultado embelezador almejado pelo paciente está diretamente ligado com a satisfação da própria imagem perante outrem, marcada principalmente pela obsessão de um estilo de vida padronizado e incentivado pela indústria cultural, pois, estando nos “moldes” sociais, indubitavelmente terá o resultado embelezador, e a prova disso são estudos que versam sobre a motivação dos indivíduos a fazerem cirurgia plástica estética em virtude da insatisfação com o próprio corpo e a baixa autoestima em relação ao mesmo.

Surgidas desde meados do século XX, muitos pesquisadores começaram a construir as ideias, conceitos e as teorias das mídias digitais, e um dos autores, Michael Heim¹⁸, tratou da filosofia do mundo virtual conectado. Asseverou, outrossim, que o mundo digital, por meio de computadores e celulares, entra em nosso ambiente mental, operando, inclusive, por meio de uma intersecção digital.

Ademais, por meio do ciberespaço, os indivíduos compartilham informações e pensamentos que tem, sendo um espaço para imensos fluxos para os participantes trocarem opiniões, debaterem e alastrar mais ainda, conseqüentemente, o estilo de vida padronizado e incentivado pela indústria cultural.

A prova disso, conforme nos mostra a pesquisa do Ibope Inteligência, é que 52% dos internautas brasileiros seguem influenciadores digitais em redes sociais, além de mais da metade afirmar que se sente influenciada em relação aos produtos, serviços e padrões que essas personalidades, os quais são chamados de influenciadores ou *blogueiros*, indicam nas plataformas.

Assim, concluímos que os padrões midiáticos enraizados, por entrarem na mente das pessoas, acabaram fazendo com que muitas vezes se sobressaíam perante a subjetividade inerente ao ser humano que, por conseguinte, relacionará o resultado embelezador com a aprovação externa, os indivíduos fisicamente serem mais atraentes, mais bem aceitos e receberem uma atenção diferenciada em inúmeras situações cotidianas, quando comparados àqueles que não possuem beleza.

Transladando-se para o âmbito da atuação médica, entendemos que se durante cirurgia estética não ocorreu erro médico, bem como se o profissional realizou os procedimentos da melhor maneira e alertou o paciente de todos os riscos inerentes ao procedimento, não poderá ser responsabilizado se o conceito de beleza dele for discrepante ao do paciente.

Ante o exposto, concluímos esse trabalho entendendo e afirmando que é injusto o médico responder civilmente por uma indenização com culpa presumida (negligência, imprudência ou imperícia), simplesmente porque o conceito de resultado embelezador para o paciente é diferente do médico, já que, consoante à filosofia de David Hume, cada espírito percebe uma beleza discrepante, isto é subjetividade, e, portanto, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza.

3. CONCLUSÕES

A ascensão e consolidação da modernidade, ladeada com a busca e a preocupação incessante pela beleza, transformaram o culto ao corpo em uma obsessão, bem como em um estilo de vida, buscado por homens e, principalmente, por mulheres.

Isto porque, somente o Brasil líder entre os países que mais realizam procedimentos estéticos no mundo. Para tanto, as justificativas são alicerçadas na

¹⁸ HEIM, M. apud SÁ MARTINO, L. *Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes, redes*. Vozes, Petrópolis, 2014. p. 40.

insatisfação da própria imagem, sendo a maioria motivada por demandas sociais, a obsessão de um estilo de vida padronizado, os quais são incentivados pela própria indústria cultural e disseminadas pelos veículos de comunicação que propagam a ideia de imagem corporal idealizada.

Justamente em virtude dessa obsessão pela autoimagem, aumentou-se, outrossim, a incidência de erros médicos em cirurgias plásticas e, consequentemente, as ações indenizatórias, as quais sempre devem ser fomentadas por negligência, imprudência ou imperícia, englobadas pela culpa *stricto sensu*, já que a responsabilidade do médico sempre será subjetiva.

Nesse sentido, acreditamos que as ações indenizatórias por culpa médica são entranhadas por questões multifacetadas de direito material e processual de difícil superação e solução. Para tanto, o nosso maior desafio como operadores do direito nessas demandas é, indubitavelmente, operacionalizar um juízo valorativo que tem como substrato de atuação a conduta *expert* da medicina no caso concreto.

É uma questão alarmantemente tormentosa, pois envolve necessária e indispensavelmente uma análise minuciosa do comportamento do médico durante todo procedimento e os efeitos daí decorrentes sob ótica da ciência médica, bem como o fator reacional de cada paciente diante do tratamento proposto.

Por tais razões, ressaltamos em nossa pesquisa a importância da perícia médica e da inversão do ônus da prova, peças chave do julgamento indenizatório por erro médico, trazendo à baila as permissões legais para tal, elencadas tanto no Código de Processo Civil, por meio do artigo 373, parágrafo primeiro, bem como Código de Defesa do Consumidor, com esteio no seu artigo 6º, inciso VIII, legislação matriz da responsabilidade civil médica, pois o médico é prestador de serviço e o paciente é um destinatário final, configurando-se, destarte, uma relação de consumo.

De outro viés, acreditamos que o direito à informação e ao resguardo do sigilo consagrado pela Constituição Brasileira, em seu artigo 5º, inciso XIV além de se aplicar nas relações médico-paciente, tendo em vista também a universalização do direito à saúde e à vida, afigura-se primordial para o liame entre o prestador de serviço e o consumidor, pois o consentimento esclarece os riscos da realização de qualquer procedimento e tratamento medicinal.

No seio da pesquisa jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a investigação concluiu que cirurgias plásticas meramente para fins estéticos são versadas como obrigação de resultado, sob o argumento de que a área é a mesma de qualquer outra cirurgia, motivo pelo qual a obrigação do médico deveria ser considerada de meio, da mesma maneira que as cirurgias plásticas com fins terapêuticos. Ademais, entendem ser obrigação de resultado em virtude da promessa de um resultado em que, caso não seja alcançado, fomentará na chance de propositura de ação condenatória, porém, certamente se olvidaram de dois aspectos importantes: a imprescindibilidade dos cuidados pós-operatórios pelo paciente, bem como da subjetividade do conceito de belo.

Em face disso, a obrigação do cirurgião médico não anula a do paciente em tomar os devidos cuidados e, se não houve erro médico durante o procedimento, automaticamente não há motivos para nascer uma obrigação indenizatória e muito menos presumir a culpa do cirurgião.

Para tanto, mostramos nossa opinião concreta acerca da temática em apreço, ponderando enorme equívoco jurisprudencial, porque, sob nenhum aspecto, a cirurgia plástica deve ser considerada como obrigação de resultado, sendo uma classificação extremamente difundida, mormente em virtude de o conceito de belo ser subjetivo. Logo, imbuídos deste norte, pondera o filósofo David Hume, cada espírito percebe uma beleza discrepante, isto é subjetividade, e, portanto, é possível que um indivíduo encontre deformidade onde outro enxerga beleza.

Arrimando-se no âmbito deste referido entendimento, verifica-se clara e inegável que tanto as cirurgias com finalidades terapêuticas, quanto as meramente para fins estéticos merecem ser tratadas igualmente, carregando em seu bojo a obrigação de meio, a qual o médico deve adotar as diligências necessárias para salvar o bem mais precioso

do ser humano, a vida, não tendo o condão de atingir o resultado.

Portanto, ao fim e ao cabo concluímos que a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça conduz um entendimento extremamente equivocado em relação a discrepância de tratamento dos cirurgiões plásticos, pois não deve este profissional responder por uma obrigação de resultado, com culpa presumida, por não cumprir a expectativa embelezadora nos casos de cirurgias meramente para fins estéticos.

Assim, propomos uma urgente revisão nesse paradigma jurisprudencial defasado e equivocado, ora adotado, para que as mudanças imediatas possam ser implementadas no nosso ordenamento jurídico em esfera médica, já que é frequente a busca por tratamentos estéticos no Brasil, conforme demonstramos *a priori*.

Logo, tal constatação responde devida e claramente a nossa pergunta problema aqui proposta, abrindo caminho para novas discussões acerca de outros entendimentos equivocados quais envolvem o direito e a medicina.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *REsp 1.180.815/MG. RECURSO ESPECIAL 2010/0025531-0*. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador T3- TERCEIRA TURMA. Data do julgamento: 19/08/2010. Data de publicação DOU: 26/08/2010.
- COLTRO, P. *O Brasil ultrapassou os Estados Unidos e se tornou o país que mais realiza cirurgias plásticas no mundo*. *SBCP Blog*, 13 fev. 2020. Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2020/02/13/lider-mundial/>. Acesso em: 29 out. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-ações/pj-justiça-emnumeros>. Acesso em: 02 nov 2023.
- DE SALVO VENOSA, S. *Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil*. 4. ed. Atlas, São Paulo, 2019.
- DE CARVALHO CAMPOS, V.; RONDINA MANDALITI, R. *Responsabilidade Civil do Médico Cirurgião: a imprevisibilidade à Luz do Direito Civil*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2019.
- DUARTE, R. *O belo autônomo: textos clássicos de estética*. 2. ed. Editora Autêntica, São Paulo, 2012.
- HEIM, M. apud SÁ MARTINO, L. *Teoria das mídias digitais: linguagens, ambientes, redes*. Vozes, Petrópolis, 2014. p. 40.
- IBOPE INTELIGÊNCIA. *O Brasil e os influenciadores digitais*. 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/11/Influenciadores-digitais-ibope.pdf>. Acesso em: 04 nov 2021.
- KFOURI NETO, M. *Culpa médica e ônus da prova*. 1. ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.
- MAGRINI, R. "Médico: cirurgia plástica reparadora e estética: obrigação de meio ou de resultado para o cirurgião". *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.92, n.809, p.137-163, mar. 2003. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/35489>. Acesso em: 03 nov 2023.
- RABINOVICK-BERKMAN, R. apud ROSENVALD, N.; DADALTO, L.; BEZERRA DE MENEZES, J. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Editora Foco, Indaiatuba, 2020. p. 114.
- ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, R. "Responsabilidade civil do médico", *Direito e medicina: aspectos jurídicos da medicina*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.), Del Rey, Belo Horizonte, 2000.
- ROSENVALD, N.; DADALTO, L.; BEZERRA DE MENEZES, J. *Responsabilidade Civil e Medicina*. 9. ed. Editora Foco, Indaiatuba, 2020.
- SANTO, N.; BISACCIA, C.; SANTO, L.; CIRILLO, M.; RICHET, G. Pierre-Joseph Desault (1738-1795) - a forerunner of modern medical teaching. *J Nephrol*, v. 16, n. 5,

p. 742-753, set./out. 2003. Disponível em:
<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/14733424/>. Acesso em: 04 nov 2023.
TAVARES DA SILVA, R. (Coord). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
VELOSO FRANÇA, G. *Direito Médico*. 17. ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2021.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 37-55
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Controle de legalidade de programas de incentivo tributário pelo TCU

Legality control of tax incentive programs by TCU

Hendrick Pinheiro¹

Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ

Sumário: 1. Introdução. 2. Características do controle externo de legalidade. 3. Medidas orçamentárias de compensação. 3.1 Omissão do chefe do Poder Executivo para propor medidas de compensação. 3.2. Responsabilidade do gestor público responsável pelo programa. 4. Cumprimento de requisitos pelos beneficiários. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: O artigo trata do controle de legalidade de programas de incentivo tributário pelo TCU. Busca entender como a corte pode exercer sua atividade controladora observando o princípio da legalidade. O trabalho analisa as características do controle externo de legalidade; expõe as medidas de compensação exigidas na perspectiva orçamentária como aspectos de legalidade que podem ser controlados, com foco no chefe do Executivo e no gestor do programa; e estabelece limites para a atuação do TCU quanto aos agentes privados beneficiários. Conclui-se que a implementação das medidas orçamentárias de compensação é um importante espaço de controle de legalidade a ser explorado pelo TCU; que o chefe do Executivo e os agentes públicos responsáveis pela gestão do programa podem ser responsabilizados na hipótese de descumprimento das condicionantes legais; que esse controle alcança os agentes privados beneficiários apenas se for comprovado seu interesse em relação a eventual dano ao erário.

Palavras-chave: Incentivos fiscais; Controle Externo; Medidas de Compensação; Gastos Tributários; Renúncia de Receitas.

Abstract: The article addresses the legality control of tax incentive programs by TCU. It seeks to understand how the federal court of accounts can exercise legality control over these programs. The paper analyses the characteristics of legality external control; exposes the budgetary compensation measures as aspects of

¹ Doutor e mestre em direito econômico, financeiro e tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor de direito tributário e financeiro da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado. hen_drick@usp.br.

legality to be controlled, focusing on the chief executive's and the public manager's conduct; and establishes the limits of the TCU's actions against private beneficiary agents. It concludes that the budgetary compensation measures are the main area of legality control to be explored by the TCU; that the head of the Executive and the public agents responsible for managing the program may be held responsible in the event of non-compliance with legal conditions; that this control reaches the beneficiary private agents only if their interest in relation to possible damage to the treasury is proven.

Keywords: Tax Incentives; External Control; Compensation Measures; Tax Expenditures; Waiver of Income.

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), ao tratar do controle externo da Administração Pública, estabelece que a fiscalização desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) pode tomar como base a legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70). Esses três vértices da fiscalização são parâmetros que "o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto".²

O controle de legalidade desenvolvido pelo TCU tem características muito específicas: o tribunal tem como foco a conduta de agentes públicos e não pode, como regra, se sobrepor à própria Administração para fazer valer sua vontade, devendo adotar uma postura de colaboração para o aprimoramento da atuação administrativa.³

Programa governamental "é o instrumento de organização da atuação governamental que articula um conjunto de ações que concorrem para a concretização de um objetivo comum".⁴ Incentivos tributários são modalidades de atuação que se utilizam de ferramentas do sistema tributário para estimular comportamentos.⁵ Eles podem ser incondicionados, quando não há a exigência de contrapartidas dos beneficiários para o acesso a condições favorecidas,⁶ ou condicionados, quando concedidos mediante o cumprimento de requisitos ou condições.⁷

O presente artigo questiona como o TCU pode realizar controle de legalidade sobre programas governamentais que, por meio de incentivos tributários, buscam concretizar um objetivo comum. A análise busca reconhecer as características da competência do órgão no controle da legalidade para entender como esse controle se comporta na fiscalização de programas de incentivo tributário, que estão sujeitos a um conjunto específico de regras emergentes do direito tributário e financeiro.

Propõe, na seção 2, uma reflexão sobre as características específicas do controle externo de legalidade dos programas de incentivo tributário. Na seção 3, volta a atenção para as medidas de compensação exigidas para a implementação

² SUNDFELD, C.A. e CÂMARA, J.A. "Competências de controle dos tribunais de contas: possibilidades e limites", em VV.AA. (Sundfeld, C.A., org.), *Contratações públicas e seu controle*, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 177-230, p. 182.

³ ROSILHO, A.J. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*, Quartier Latin, São Paulo, 2019, p. 233.

⁴ BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de contabilidade aplicada ao setor público*, 8. ed., Secretaria do Tesouro Nacional, Brasília, 2021, disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2019/26> (acesso em 04 nov. 2023), p. 74.

⁵ MACHADO, H.B. e MACHADO SEGUNDO, H.B. "Incentivos fiscais: regime automotivo do Norte, Nordeste e Centro-Oeste: titularidade e limites", *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 138, p. 115-122, mar. 2007, p. 116.

⁶ BORGES, J.S.M. *Teoria geral da isenção tributária*, 3. ed., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 79.

⁷ TORRES, R.L. "Anulação de benefícios fiscais: efeitos no tempo", *Revista dialética de Direito Tributário*, n. 121, p. 127-146, out. 2005, p. 142.

desses programas na perspectiva do orçamento público, para compreendê-las como aspectos de legalidade sujeitos ao controle do TCU, com especial atenção à conduta do chefe do Poder Executivo e dos gestores responsáveis pelo acompanhamento dos programas. Na seção 4, o centro da discussão é o papel da corte em relação ao eventual descumprimento de requisitos por agentes privados.

Trata-se de pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório-descritivo, estruturada a partir da análise de enunciados normativos do direito brasileiro, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União e de comentários doutrinais nacionais sobre os temas abordados.

2. Características do controle externo de legalidade

O controle de legalidade exercido pelo TCU tem como foco principal assegurar a validade das operações de execução do orçamento e implica o “exame da adequação da gestão financeira ao orçamento e às leis materiais dos tributos e da despesa pública, o que compreende inclusive os atos normativos da Administração”.⁸

Os programas de incentivo tributário representam uma forma de execução indireta do orçamento, podendo ser inseridos no contexto das chamadas despesas “*off budget*”, cuja execução não está sujeita às mesmas regras aplicáveis às despesas diretas e que ostentam certo grau de opacidade.⁹ Eles representam o manejo de instrumentos da política fiscal para realizar objetivos específicos e externos ao sistema tributário, o que provoca impactos financeiros decorrentes da renúncia de parcela da receita que, de outra forma, estaria disponível para a alocação orçamentária.

Para Odete Medauar, o princípio da legalidade aplicado à atividade de fiscalização desenvolvida pelos tribunais de contas “diz respeito à conformação do ato, medida ou atuação legislativa às respectivas normas embasadoras”.¹⁰ Essa lição retrata um juízo de legalidade executado por um observador externo, que confronta o resultado do agir da administração — ato, medida ou atuação — com as balizas estabelecidas pelo sistema para sua produção.

Pensar a atividade do controlador externo como um juízo sobre a conformidade dos atos produzidos pela Administração Pública pode levar a diferentes compreensões sobre a eficácia das decisões do TCU.

Para alguns autores, no campo do controle de legalidade, o TCU poderia ordenar a anulação ou anular diretamente ato eivado de ilegalidade.¹¹ A restauração da legalidade por ordem direta do tribunal seria uma exceção admitida diante da inércia ou omissão da autoridade em retirar o ato reputado ilegal.¹²

Porém, a partir da análise das competências específicas prevista no art. 71 da CRFB, é possível questionar a possibilidade de anulação direta de atos da administração pelo TCU em todos os casos.

⁸ TORRES, R.L. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*, 2. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2000, v. 5, p. 377.

⁹ GOMES, E.C.S. *O direito dos gastos públicos no Brasil*, Almedina, São Paulo, 2015, p. 444.

¹⁰ MEDAUAR, O. *Controle da administração pública*, 2. ed., RT, São Paulo, 2012, p. 131.

¹¹ Para Marçal Justen Filho, a atuação administrativa fora dos parâmetros legais transferiria ao órgão de controle o poder para editar atos desconstitutivos, havendo “desconstituição direta quando a decisão do órgão controlador externo for bastante e suficiente para acarretar a extinção do ato administrativo defeituoso, e a indireta quando a decisão do órgão controlador externo constituir-se numa determinação mandatória a que a Administração produza a extinção do ato administrativo defeituoso” (JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*, 12. ed., RT, São Paulo, 2016, p. 1.074).

¹² Nesse sentido: JACOBY FERNANDES, J.U. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*, 4. ed., Fórum, Belo Horizonte, 2016, p. 53 e FURTADO, J.R.C. “Controle de legalidade e medidas cautelares dos tribunais de contas”, *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 110, p. 66-70, 2007.

A forma como estão colocadas as competências do TCU na CRFB indica que a possibilidade de efeitos desconstitutivos diretos da decisão do TCU no controle de legalidade estaria restrita aos atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadoria, em relação aos quais o texto constitucional outorga poderes ao tribunal para “apreciar, para fins de registro, a legalidade” (art. 71, inciso III, da CRFB).¹³

A fórmula “apreciar” (verbo) + “a legalidade” (complemento) utilizada pelo texto constitucional denota uma competência direta para julgar se o ato é legal ou não. Se, no processo de controle, for identificada uma ilegalidade, caberia ao próprio tribunal apreciar o tema, podendo decidir sobre a manutenção ou retirada do ato do sistema.

Ao regular a competência do TCU sobre os atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadorias (sujeitos a registro), a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU (Lei n. Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992) reconhece que, caso estejam regulares, cabe ao tribunal registrá-los (art. 39). Caso identifique uma ilegalidade, a corte pode promover o *reexame* dos atos, procedimento no qual fixará prazo para o atendimento das diligências necessárias para o saneamento da irregularidade para, então, submeter “o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito” (art. 40).¹⁴ A ideia de reexame indica uma competência revisora sobre os atos produzidos pela Administração Pública, nesses casos específicos.

A CRFB e a LOTCU reconhecem que o TCU tem competência para decidir sobre a legalidade de um ato de admissão de pessoal e concessão inicial de aposentadoria. Isso significa que, confirmada a incompatibilidade do ato praticado com os parâmetros legais, o tribunal teria competência para desconstituir (anular) o ato.

Porém, essa competência para o reexame dos atos de admissão de pessoal e concessão inicial de aposentadoria é excepcional e não se manifesta em relação aos demais atos da Administração Pública.

A CRFB estabelece que, como regra, verificada uma ilegalidade, o tribunal deve “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (art. 71, inciso IX).¹⁵ O exame de legalidade pode dar origem a uma ordem para retificação do ato, ou seja, ele é externo e seus impactos são indiretos sobre o próprio ato.

Caso a legalidade do não seja restabelecida, em relação aos atos administrativos unilaterais, cabe ao tribunal a competência para sustar a “execução do ato impugnado” (art. 71, inciso X, da CRFB),¹⁶ ou, em relação aos contratos, comunicar ao Congresso Nacional a irregularidade e, em caso de omissão superior a noventa dias, decidir a respeito da sustação (art. 45, § 3º, da LOTCU).

A sanção possível para a omissão da Administração em retificar ou anular o ato ou contrato em que foi identificada uma irregularidade é a sustação de sua execução pelo TCU. A partir da Constituição da República e da LOTCU, não é possível construir norma de competência que outorgue ao tribunal o poder de anular diretamente e de maneira independente os atos e contratos que lhe são submetidos, exceto nos casos daqueles atos sujeitos a registro (admissão de pessoal e concessão de aposentadorias).

Baseado no seu poder geral de cautela, em caso de urgência, fundado receio de lesão ao erário, ao interesse público ou de risco de ineficácia da decisão de

¹³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm (acesso em 03 nov. 2023).

¹⁴ BRASIL. *Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992* (dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm (acesso em 03 nov. 2023).

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, op. cit.

¹⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, op. cit.

mérito,¹⁷ o TCU pode, motivadamente,¹⁸ conceder ordem de suspensão do ato ou do procedimento impugnado até que sobrevenha a decisão de mérito, com base no art. 276 do Regulamento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU).¹⁹ A suspensão, porém, jamais pode ser convertida em anulação do ato. Caso não sejam adotadas providências pela Administração para o cumprimento da lei e for constada a manutenção da ilegalidade do ato suspenso em sede cautelar, a decisão de mérito pode apenas decretar sua sustação definitiva (art. 71, inciso X, da CRFB), além de aplicar as sanções cabíveis aos responsáveis (art. 71, inciso VIII, da CRFB).

Quer-se ressaltar que a competência outorgada pela CRFB e pela própria LOTCU em relação aos atos (unilaterais) e contratos administrativos eivados de ilegalidades é para sustá-los, e não para anulá-los. O TCU é um “órgão de auditoria externa peculiar, não é órgão judicial e tampouco produz decisões judiciais”.²⁰ Ele age sobre sujeitos, e não diretamente sobre a função administrativa, ao que, como regra, “o tribunal não tem poder constitutivo ou destrutivo: não anula contratos e não toma decisões substitutivas dos atos da Administração”.²¹ A única exceção é a competência para reexame dos atos de admissão de pessoal e concessão inicial de aposentadoria (art. 71, inciso III, da CRFB).

Como aponta André Rosilho, as competências do TCU são diferentes daquelas outorgadas ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão ao qual a Constituição da República conferiu o dever de zelar pela “legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei” (art. 103-B, § 4º, da CRFB).²² O autor evidencia que “o CNJ, diferentemente do TCU, recebeu do próprio texto constitucional a atribuição para revisar os atos administrativos em geral praticados pelo Judiciário”.²³

Os tribunais de contas são órgãos de controle externo que agem sobre os responsáveis pela administração de bens e dinheiros públicos, e não uma instância revisora dos atos praticados pela Administração Pública.

Mesmo sobre os atos sujeitos a registro, em relação aos quais cabe o reexame de legalidade que pode, inclusive, terminar com a anulação do ato, os tribunais de contas não podem se substituir à Administração para decidir se o benefício deve ou não deve ser concedido. Eles atuam diante de um ato de concessão, praticado pela Administração, para avaliar sua legalidade. Esse entendimento foi esposado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu a inconstitucionalidade de uma norma da Constituição do Estado da Bahia que atribuía ao tribunal de contas estadual

¹⁷ CABRAL, F.G. *Medidas cautelares administrativas*, Fórum, Belo Horizonte, 2021, p. 80.

¹⁸ Para Juarez de Freitas, o poder geral de cautela dos tribunais de contas emergente da teoria dos poderes implícitos reconstruída a partir do art. 71 da CRFB configura um “poder-dever de, motivadamente, tomar providências assecuratórias da própria decisão final” (FREITAS, J. *Direito fundamental à boa administração pública*, 3. ed., Malheiros, São Paulo, 2014, p. 123).

¹⁹ O Regulamento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU), em seu art. 276, estabelece uma espécie de “poder geral de cautela”, conferindo ao relator, ao plenário ou ao presidente a possibilidade de adotar medidas, com ou sem a oitiva da parte interessada, para evitar “grave lesão ao Erário, ao interesse público, ou risco de ineficácia da decisão de mérito”, até que se julgue o mérito (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União*, disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_d_e_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf (acesso em 07 nov. 2023)).

²⁰ SUNDFELD, C.A., CÂMARA, J.A., MONTEIRO, V. e ROSILHO, A. “O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos”, *Revista Direito GV*, v. 13, n. 3, p. 866-890, dez. 2017, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000300866&lng=en&nrm=iso (acesso em 04 nov. 2023).

²¹ SUNDFELD, C.A. e CÂMARA, J.A. “Competências de controle dos tribunais de contas: possibilidades e limites”, op. cit., p. 195.

²² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, op. cit.

²³ ROSILHO, A.J. Op. cit., p. 233.

a competência para julgar recurso voluntário ou de ofício sobre decisão denegatória de pensão do órgão de previdência do Estado.²⁴ A manutenção dessa norma significaria, na prática, a conversão do tribunal de contas estadual em uma esfera recursal, com poder de reformar uma decisão que indeferiu o benefício para conceder a aposentadoria, quando, em realidade, suas atribuições se limitam a verificar a regularidade dos atos de concessão.

O controle exercido pelo TCU é *externo* à Administração e essa característica impacta na forma como o órgão exerce o juízo de legalidade. Suas decisões que adotam a legalidade como parâmetro têm como alvo atos jurídicos (*latu sensu*) praticados por agentes responsáveis pela gestão da coisa pública. Elas possuem natureza declaratória e, como regra, identificam as ilegalidades para ordenar que a própria Administração promova o retorno de sua conduta aos trilhos.

A posição do TCU como órgão externo à Administração também se reflete nas sanções que pode aplicar caso a ilegalidade não seja sanada. Como regra, o órgão tem o poder de sustar a execução dos atos e contratos inquinados de irregularidade não corrigida pela própria Administração no prazo fixado. Mesmo nos excepcionais casos de atos sujeitos a registro, em relação aos quais o tribunal tem poder de reexame (podendo anular os atos ilegais), esta competência é passiva, pois opera retirando do sistema um ato praticado pela própria Administração.

É possível vislumbrar um espaço importante de atuação do órgão na fiscalização do cumprimento das medidas de compensação orçamentárias decorrentes das renúncias de receita e em relação ao cumprimento das condições de acesso e permanência dos beneficiários nos programas de incentivo tributário condicionado.

3. Medidas orçamentárias de compensação

Os programas de incentivo tributário podem implicar renúncia de receitas e, caso isso ocorra, sua concessão ou ampliação “deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes”, nos termos do art. 14, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).²⁵

O impacto orçamentário, a que faz referência do art. 14 da LRF, passa pela estimativa do volume da renúncia envolvida em cada programa e a proposição de medidas de compensação, que deverão ser incluídas no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) (art. 4, § 2º, inciso V, da LRF).

Na LDO, o objetivo da norma que obriga a consideração dos impactos é evitar que tais programas prejudiquem o equilíbrio orçamentário, dado que a renúncia pode afetar o volume de receitas disponível.²⁶ Não é por outro motivo que, na LDO, esse

²⁴ Como registrou o Min. Carlos Velloso, relator do processo: “assinale-se, por primeiro, que ao Tribunal de Contas da União compete apreciar, para fins de registro, a legalidade das concessões de aposentadorias, reformas e pensões (art. 71, III), não lhe competindo julgar recurso, de ofício ou voluntário, de decisão denegatória de pensão. Denegada a pensão, por ato da administração, abre-se prazo ao interessado, se não concordar com a decisão, procurar obter a tutela jurisdicional, que deverá ser prestada pelo Poder Judiciário e não pelo órgão auxiliar do Legislativo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 461/BA*, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 08 jul. 2002, DJ 06 set. 2002).

²⁵ BRASIL. *Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000* (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm (acesso em 03 nov. 2023).

²⁶ Como observa Heleno Taveira Torres: “É certo que estímulos fiscais podem ser concedidos, mas segundo critérios de controle das fontes de receitas suficientes para sua cobertura. A Lei de Responsabilidade Fiscal cumpre, assim, a tarefa constitucional de assegurar critérios de estabilidade do orçamento, mas não como obrigação de ‘equilíbrio orçamentário’, por prevalecerem sobre ela o atingimento dos fins constitucionais do Estado.” (TORRES, H.T. *Direito constitucional financeiro*, Saraiva, São Paulo, 2014, p. 385).

impacto considera o exercício de vigência e os dois seguintes, em consonância com a periodicidade aplicável ao regime de metas fiscais (art. 4, § 1º, da LRF).

Além da previsão na LDO, a quantificação estimada dos impactos da renúncia derivada de cada programa deve ser prevista no Demonstrativo de Gastos Tributários (DGT), bem como as medidas de compensação devem ser consideradas na apuração da receita disponível no Projeto de Lei Orçamentária Anual (PLOA) (art. 5, inciso II, da LRF).

Fazer constar no PLOA a estimativa do volume das renúncias e medidas de compensação tem o objetivo de garantir que seus *efeitos* sobre as receitas sejam considerados, como determinam o art. 156, § 6º, da CRFB e o art. 12 da LRF.

As medidas de compensação previstas nos incisos do *caput* do art. 14 da LRF ressaltam que o foco do regime orçamentário das renúncias é a preservação da estimativa de receita, uma vez que tal “despesa virtual” verte sobre os ingressos orçamentários.²⁷

No inciso I do art. 14 da LRF é arrolada como possível medida de compensação a demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da Lei Orçamentária Anual (LOA) e que não afetará as metas fiscais da LDO. Considerar na LOA, nesse contexto, significa deduzir o impacto da desoneração do volume de receitas estimadas para o exercício no PLOA, evitando que, com isso, sejam impactados os resultados fiscais previstos na LDO.

Os resultados primário e nominal previstos na LDO partem de uma estimativa de receita. Considerando que o resultado primário é a diferença entre receitas e despesas não financeiras e o resultado nominal é o produto do confronto entre receitas e despesas totais do exercício,²⁸ a redução de receitas tributárias tem impacto direto nos patamares de despesas estabelecidos como base para fixar esses dois indicadores financeiros.

Assim, para que sejam preservados os resultados fixados pela LDO, ou bem se demonstra que o impacto da renúncia também foi considerado na estimativa de receita usada como base para a fixação dos resultados, ou será necessário que a dedução da receita na LOA venha acompanhada de um corte de despesas, de forma a manter o equilíbrio estabelecido no Anexo de Metas Fiscais da LDO.

A implementação da medida de compensação do inciso I do art. 14 da LRF depende de inserção dos impactos tanto na LDO quanto na LOA, o que desloca para o processo orçamentário a tarefa de neutralizar a perda de arrecadação futura.²⁹

O inciso II do *caput* do art. 14 estabelece que o impacto negativo das renúncias na receita também pode ser compensado pelo aumento de tributos. Como essa medida recompõe a receita, não haveria imediato impacto nas metas fiscais fixadas na LDO. Troca-se uma receita por outra, mantendo-se, em tese, os níveis de equilíbrio estabelecidos originalmente no Anexo de Metas Fiscais. Nesse caso, a neutralização dos efeitos orçamentários da perda de receitas derivada de uma renúncia fica a cargo de outra norma tributária.

O art. 14 da LRF, ao condicionar a concessão ou ampliação de benefícios tributários à adoção de medidas de compensação enumeradas nos incisos do *caput*,

²⁷ TORRES, R.L. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*, op. cit., v. 5. p. 335.

²⁸ Como conceitua a Secretaria do Tesouro Nacional: “O resultado nominal é o conceito fiscal mais amplo e representa a diferença entre o fluxo agregado de receitas totais (inclusive de aplicações financeiras) e de despesas totais (inclusive despesas com juros), num determinado período. [...] O resultado primário corresponde ao resultado nominal excluída a parcela referente aos juros nominais (juros reais mais a atualização monetária) incidentes sobre a dívida líquida.” (BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de estatísticas do boletim resultado do Tesouro Nacional*, nov. 2016, disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:28153 (acesso em 03 nov. 2023)).

²⁹ ANDRADE, J.M.A. “Responsabilidade fiscal dinâmica e incentivos tributários: de quem é o dever de apresentar os números do impacto fiscal?”, *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*, v. 10, n. 19, p. 189-213, mar./ago. 2021, p. 197.

utilizou a expressão “atender [...] a pelo menos uma das seguintes condições”,³⁰ a partir da qual é possível reconstruir duas limitações: a) estas são as únicas formas de neutralização dos efeitos das renúncias de receita; e b) sua adoção é alternativa.

Quando questionado sobre a exclusividade das medidas de compensação previstas nos incisos do art. 14 da LRF, o TCU já se manifestou ressaltando que outros caminhos — como a utilização do potencial excesso de arrecadação indiretamente decorrente do fomento à atividade econômica — não poderiam ser trilhados para fins de mitigação dos efeitos das renúncias, sendo admitidas apenas a dedução na receita ou aumento de tributos.³¹

A corte de contas federal também se manifestou sobre o caráter alternativo das medidas, afirmando que a consideração dos impactos negativos da renúncia na fixação da receita na LOA dispensa a adoção do aumento de tributos.³²

A implementação das medidas de compensação destinadas a neutralizar o impacto das renúncias de receitas no ciclo orçamentário é um aspecto de legalidade dos programas de incentivo tributário e pode ser objeto de controle do TCU. Em razão das competências para sua implementação, a atividade de controle pode ter como alvo o chefe do Poder Executivo ou o gestor público responsável.

3.1. Omissão do chefe do Poder Executivo

Como o chefe do Poder Executivo é o titular de iniciativa legislativa privativa em matéria orçamentária, nos termos do art. 165, *caput*, da CRFB,³³ cabe exclusivamente a ele a responsabilidade de adequar as leis do orçamento aos impactos das renúncias de receita, ainda que estes sejam decorrentes de alterações na legislação tributária promovidas por projetos de lei provenientes do Congresso Nacional.

O STF reconhece a competência do Poder Legislativo para propor alterações na legislação tributária, mesmo que elas possam impactar negativamente na arrecadação.³⁴ Porém, caso o faça, a adequação do orçamento para neutralizar os impactos dessas medidas depende do envio de um projeto de lei pelo Poder Executivo, em face de sua competência exclusiva em matéria orçamentária.³⁵

³⁰ BRASIL. *Lei Complementar n. 101*, op. cit.

³¹ Nesse sentido já se manifestou o Tribunal de Contas da União: “9.10.1 Com relação aos atos que entraram em vigor no exercício de 2008 que usaram como medidas de compensação excesso de arrecadação ou ajustes na execução orçamentária, entende-se que não atenderam o art. 14 da LRF. Isso porque o dispositivo não prevê tais mecanismos como medidas de compensação. As medidas que podem ser utilizadas para compensar renúncias de receitas são somente aquelas expressamente estabelecidas no inciso II do art. 14.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 747/2010*, rel. Min. Augusto Nardes, Plenário, jul. 14 abr. 2010).

³² Como já consignou o próprio TCU: “9.3.2 além das exceções expressamente previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 14 da Lei Complementar 101/2000, o atendimento ao inciso I do art. 14 dessa Lei Complementar, com a demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da Lei Orçamentária Anual, na forma do art. 12 da Lei Complementar 101/2000, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da Lei de Diretrizes Orçamentárias, torna não obrigatórias a previsão e a implementação de medidas de compensação, na forma do inciso II do art. 14 da Lei Complementar 101/2000, dado que as condições dos incisos I e II do art. 14 dessa Lei Complementar são alternativas, sendo legalmente possível cumprir apenas um desses incisos.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2692/2021*, rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, j. 17 nov. 2021).

³³ CONTI, J.M. “Iniciativa legislativa em matéria financeira”, em VV.AA. (Conti, J.M. e Scaff, F.F., coord.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, RT, São Paulo, 2011, p. 283-307.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 286/RO*, rel. Min. Maurício Correia, Tribunal Pleno, j. 22 maio 2002, DJ 30 ago. 2002.

³⁵ ANDRADE, J.M.A. “Responsabilidade fiscal dinâmica e incentivos tributários: de quem é o dever de apresentar os números do impacto fiscal?”, op. cit., p. 197.

Mesmo que o Poder Legislativo aprove, por iniciativa própria e de maneira simultânea, uma desoneração acompanhada do aumento de outro tributo, de forma a atender o art. 14, inciso II, da LRF, os impactos das duas medidas (renúncia e aumento) dependem da adequação do orçamento para incorporar os impactos negativos em uma modalidade de receita e os positivos em outra na LOA e na LDO, e essa alteração depende do envio de um projeto de iniciativa exclusiva do chefe do Executivo.

Diante de uma renúncia de receitas, cabe ao Poder Executivo promover a adequação dos seus impactos no ciclo orçamentário. Ainda que se trate de uma competência exclusiva, não lhe cabe “selecionar o que aprova ou que não aprova em matéria tributária” antes de promover as adequações orçamentárias necessárias.³⁶ Pelo contrário, a exclusividade da competência converte o envio de projeto de lei para equacionar os impactos da renúncia de receita em dever atribuído ao chefe do Poder Executivo, cuja inércia representaria o descumprimento do comando legal do art. 14 da LRF.

Reconhecer a responsabilidade ao chefe do Executivo em decorrência de sua competência privativa em matéria orçamentária é aceitar: que a responsabilidade fiscal é avaliada a partir dos atos de “gestão” da coisa pública (art. 1º, *caput*, da LRF); que ela pressupõe “ação planejada e transparente” (art. 1º, § 1º, da LRF) por parte dos agentes responsáveis; e que, no campo das receitas, depende de uma previsão acurada das disponibilidades (art. 11 da LRF), que deve considerar e incorporar “os efeitos das alterações da legislação” (art. 12 da LRF).³⁷ Qualquer omissão do chefe do Poder Executivo em incorporar na previsão de receitas os impactos decorrentes da alteração da legislação tributária implicaria, portanto, uma postura de irresponsabilidade fiscal, que teria impacto nos resultados fiscais, que são o guia para a proteção do equilíbrio fiscal.

A omissão do chefe do Poder Executivo em propor as alterações orçamentárias necessárias para incorporar as medidas de compensação no orçamento poderia configurar uma ilegalidade, passível de controle pelo TCU. Identificada a irregularidade, a corte de contas poderia assinar prazo para que a irregularidade seja purgada, com o envio de projeto de lei para readequação das previsões de receita e metas fiscais na LDO e do impacto na LOA (art. 71, inciso IX, da CRFB e art. 45 da LOTCU). Caso não seja atendido, caberia aplicação de multa pelo descumprimento da decisão, possível responsabilização pelo dano ao erário emergente, acompanhada de multa proporcional (art. 71, inciso VIII, da CRFB e arts. 45, § 1º, inciso III, e 58 da LOTCU), além de representação pelas irregularidades e abusos praticados (art. 71, inciso XI, da CRFB e art. 1º, inciso VIII, da LOTCU).

3.2. Responsabilidade do gestor público responsável pelo programa

O TCU tem pouco espaço para o exercer controle externo a partir do parâmetro da legalidade sobre os programas incentivo tributário incondicionados, pois a concessão do benefício aos destinatários deriva da incidência de uma norma tributária, o que configura o caráter indireto de sua execução, não atrelada à atuação do responsável pela gestão do programa. Nesse contexto, qualquer juízo do TCU sobre a legalidade dos benefícios em si considerados representaria uma manifestação de controle abstrato de constitucionalidade sobre a norma tributária, o que ultrapassa suas competências segundo o STF.³⁸

³⁶ ANDRADE, J.M.A. “Conflito entre poderes no processo orçamentário e tributário: análise de um caso”, em VV.AA. (Takano, C.A. e Barreto, S.R.C., coord.) *Direito tributário e interdisciplinaridade: homenagem a Paulo Ayres Barreto*, Noeses, São Paulo, 2021, p. 309-337, p. 318.

³⁷ BRASIL. *Lei Complementar n. 101*, op. cit.

³⁸ O STF já se manifestou em pelos menos duas oportunidades pela impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade pelo TCU (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35.410/DF*, rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão

Em relação aos programas de incentivos condicionados que indicam como medida de compensação o aumento de tributo, a própria vigência da norma fomentadora está atrelada à implementação da compensação prevista. Nessa linha, atos de concessão ou ampliação de incentivo têm sua vigência condicionada à implementação da medida que conduzirá ao aumento de outra receita (art. 14, § 2º, da LRF). Essa regra abre outro flanco de controle para os programas de incentivo tributário pelo TCU.

Nos casos de incentivos condicionados, embora o art. 14, § 2º, da LRF não vede que sejam exarados os atos de concessão ou ampliação do incentivo atrelados ao aumento de outros tributos, sua vigência fica condicionada à implementação da medida de compensação destinada a neutralizar os impactos orçamentários.³⁹ Nesse contexto, cabe ao TCU fiscalizar se a condição suspensiva foi observada pela Administração Pública.

Identificada a concessão de incentivos com a atribuição de vigência à norma desonerativa antes da implementação das medidas de compensação do inciso II do art. 14 da LRF, o TCU poderia assinar prazo para que seja regularizada a situação (art. 71, inciso IX, da CRFB e art. 45 da LOTCU).

O destinatário dessa ordem seria o agente responsável pela gestão do programa, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei n. 10.180, de 06 de fevereiro de 2001. Nos programas de incentivo tributário, cabe ao responsável pela sua execução, acompanhamento e avaliação o dever de prestar contas ao TCU, por se tratar de uma modalidade de gerenciamento de recursos públicos (art. 5, inciso I, da LOTCU). Trata-se de modalidade de aplicação indireta de recursos, via renúncia de receita, na realização de determinada finalidade.⁴⁰

Mantida a irregularidade após o prazo conferido, o órgão poderia sustar a produção de novos atos de concessão do incentivo condicionado (art. 71, inciso X, da CRFB e art. 45, § 1º, inciso I, da LOTCU), além de aplicar ao responsável multa pelo descumprimento de decisão (art. 45, § 1º, inciso III, da LOTCU e art. 58 da LOTCU), apuração de eventual dano ao erário público (art. 71, inciso VIII, da CRFB), que virá acompanhada de multa a ele proporcional (art. 57 da LOTCU), e representar o responsável aos outros órgãos de controle sobre as irregularidades praticadas (art. 71, inciso XI, da CRFB).

A jurisprudência do STF, por meio da Súmula n. 544, reconhece que a onerosidade dos benefícios, que sujeitam os particulares ao cumprimento de condições nos programas de incentivo condicionados, impede sua livre supressão.⁴¹ Diante do cumprimento das contrapartidas, na visão da corte, “corre em favor do contribuinte o instituto do direito adquirido”.⁴²

Ante a imutabilidade dos benefícios condicionados em situação de adimplência, não haveria que se falar em sustação dos atos de concessão exarados antes da implementação das medidas de compensação. Assim, os agentes privados

monocrática, j. 15 dez. 2017, DJe 18 fev. 2018 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 25.888/DF*, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 22 mar. 2006, DJ 29 mar. 2006).

³⁹ MOREIRA NETO, D.F. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 149.

⁴⁰ Identificando falta de clareza sobre os órgãos responsáveis pela administração de programas que implicam renúncia de receita na esfera federal (não expressamente identificados na norma instituidora ou no regulamento do programa), o TCU, por meio do Acórdão n. 1.205/2014, recomendou a criação de mecanismos de acompanhamento e avaliação, com a identificação dos agentes responsáveis (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.205/2014*, rel. Min. Raimundo Carreiro, Plenário, 14 maio 2014).

⁴¹ Súmula 544 do STF: “isenções tributárias concedidas, sob condição onerosa, não podem ser livremente suprimidas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 544*, j. 03 dez. 1969, DJ 12 dez. 1969).

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 169.880/SP*, rel. Carlos Velloso, 2ª T., j. 29 out. 1996, DJ 19 dez. 1996.

beneficiários de programas de incentivo condicionados que cumprem os requisitos e contrapartidas permaneceriam gozando do benefício.

Como a implementação de medidas de compensação é uma atribuição da Administração Pública, não se vislumbra a possibilidade de o particular beneficiário ser instado a recompor eventual dano ao erário emergente do gozo do benefício outorgado por um programa de incentivo tributário cujos impactos orçamentários não foram neutralizados por medidas de compensação.

Embora haja impactos econômicos positivos para o particular, representados pela desoneração gozada, não seria possível configurar seu interesse especificamente em relação à omissão ilegal da Administração Pública em implementar as medidas de compensação exigidas pelo art. 14 da LRF, condição exigida pelo art. 16, § 2º, "b", da LOTCU para extensão da responsabilidade aos agentes privados.⁴³

4. Cumprimento dos requisitos pelos beneficiários

Um outro ponto relativo à legalidade que pode ser objeto de controle do TCU sobre os programas de incentivo tributário refere-se às condições estabelecidas na lei instituidora para o gozo dos benefícios pelos destinatários da atividade administrativa de fomento.

Essa atividade tem como foco específico os programas de incentivo tributário condicionado, posto que, nos programas de incentivo incondicionado, a condição tributária favorável é concedida de maneira uniforme a todo o universo de sujeitos pela própria norma tributária sem a exigência do preenchimento de requisitos ou entrega de contrapartidas, o que garante a realização dos princípios da igualdade na tributação e da capacidade contributiva (arts. 150, inciso II, e 145, § 2º, da CRFB).⁴⁴

Justamente por não existirem requisitos legais a serem preenchidos, nos programas incondicionados a condição benéfica é automaticamente derivada da norma tributária e não depende da produção de um ato de concessão pela Administração Pública, pelo que não haveria espaço para sindicar a legalidade na atividade de produção dos atos concessivos.

A situação é diferente nos programas de incentivo tributário condicionado. Nesses casos, a norma tributária cria *condições de legitimação* para o acesso ao benefício e *requisitos e contrapartidas legais* que devem ser mantidos durante sua vigência.⁴⁵

Condições de legitimação são aquelas previstas na lei que institui o programa de incentivo tributário condicionado para que determinados sujeitos sejam elegíveis para a fruição do benefício.⁴⁶ Uma vez comprovado o preenchimento dessas condições (aspecto material), dá-se a emissão do ato administrativo, um aspecto procedimental necessário para o reconhecimento da configuração dos pressupostos para outorga do direito subjetivo ao contribuinte.⁴⁷ O preenchimento dessas condições é, portanto, anterior à concessão do benefício e diz com a própria legalidade do ato de concessão.

⁴³ Como aponta Fernando Facury Scaff: "quem tem o controle macroeconômico da economia do setor público é o gestor público do nível federativo correspondente, e não a empresa que vier a ser diretamente beneficiária daquele incentivo fiscal. Logo, se tal regra for descumprida, a penalidade deve ser aplicada ao gestor, e não à empresa, que só será afetada indiretamente, pois os incentivos concedidos podem vir a ser cassados com efeitos futuros — e mesmo assim, observados outros aspectos envolvidos — sem qualquer possibilidade de cobrança retroativa." (SCAFF, F.F. *Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*, Fórum, Belo Horizonte, 2018, p. 448).

⁴⁴ SAMPÁIO DÓRIA, A.R. *Direito constitucional tributário e "due process of law"*, 2. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 149

⁴⁵ TORRES, R.L. "Anulação de benefícios fiscais: efeitos no tempo", op. cit., p. 142.

⁴⁶ TORRES, R.L. "Anulação de benefícios fiscais: efeitos no tempo", op. cit., p. 142.

⁴⁷ FALCÃO, A.A. "Isenção tributária: pressupostos legais e contratuais: taxa de despacho aduaneiro", *Revista de Direito Administrativo*, v. 67, p. 317-340, 1962, p. 321.

Uma vez preenchidas as condições de legitimação, considerando que a cobrança de impostos é “atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3º do Código Tributário Nacional – CTN),⁴⁸ a concessão dos benefícios configura um direito dos contribuintes.⁴⁹ Não há espaço para discricionariedade administrativa (pura) nesse campo e há garantia de acesso a todos os contribuintes que desempenham atividades alvo da atividade administrativa de fomento. Trata-se de uma condição de igualdade horizontal.⁵⁰

Não se ignora que no direito tributário existam atos mais ou menos vinculados.⁵¹ Porém, quer-se ressaltar que, nos incentivos condicionados, não existe espaço para uma discricionariedade administrativa pura, tomada como poder de disposição outorgado ao gestor responsável para escolher, a partir de sua conveniência e oportunidade, se concede (ou não) um benefício ou quais condições favoráveis outorgará.⁵²

A Constituição de 1988 determina que qualquer incentivo tributário “só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas” (art. 150, § 6º).⁵³ Essa previsão constitucional outorga o poder de disposição sobre o tema ao legislador ordinário (e não ao gestor), que deve estabelecer, em lei específica, quais são os efeitos benéficos derivados, além de fixar tanto as condições de legitimação quanto os requisitos e contrapartidas legais.

Uma vez estabelecido o programa de incentivo tributário por meio de lei, o gestor responsável recebe “o poder-dever de reconhecer o direito de uma determinada pessoa a usufruir um ‘incentivo fiscal’ em razão de preencher um requisito técnico ou científico”.⁵⁴ Porém, tal competência não configura uma modalidade de discricionariedade administrativa pura, apenas o dever de aplicar a norma legal nos casos em que se identifique o preenchimento dos requisitos.

Embora se reconheça que, no momento da concessão, existe algum espaço para o Administrador interpretar as normas aplicáveis para identificar os requisitos e seu cumprimento e estabelecer os efeitos para o contribuinte, o exercício desta competência está integralmente atrelado aos critérios previstos em lei. Em um paralelo com o direito privado, é possível reconhecer nos incentivos tributários condicionados algo semelhante a um “contrato de adesão”, no qual tanto os requisitos exigidos quanto as condições favoráveis outorgadas são expressamente previstos em lei.⁵⁵

⁴⁸ BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966* (dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm (acesso em 03 nov. 2023).

⁴⁹ BORGES, J.S.M. *Op. cit.*, p. 87.

⁵⁰ Sampaio Dória destaca que as isenções contratuais “devem, para serem válidas perante o princípio da igualdade, alcançar a toda uma categoria de indivíduos ou atividades idênticamente situados” (SAMPÁIO DÓRIA, A.R. *Op. cit.*, p. 149).

⁵¹ POLIZELLI, V.B. *Contratos fiscais: viabilidade e limites no contexto do direito tributário brasileiro*, Tese, Universidade de São Paulo, 2013, p. 80.

⁵² Para Marcos Augusto Perez, o lançamento tributário é um exemplo de ato em que a vinculação é aparentemente total: “o administrador tributário não tem margem de liberdade para decidir se, uma vez ocorrido o fato gerador, o tributo deve ou não ser lançado”. Porém, o autor pondera que, embora haja vinculação quanto ao dever de produzir o ato em si, haveria alguma liberdade para eleição do momento em que deveria ser produzido. Essa liberdade indicaria a existência de algum grau de discricionariedade na edição desse ato. (PEREZ, M.A. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2020, p. 37).

⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, *op. cit.*

⁵⁴ SEIXAS FILHO, A.P. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal*, Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 30.

⁵⁵ Carlos Victor Muzzi Filho entende que os benefícios fiscais de natureza tributária têm natureza contratual, na medida em que a manifestação de vontade do contribuinte é requisito

Nos incentivos condicionados, não é outorgada ao Administrador a faculdade de escolher — ainda que motivadamente — se concede ou não o benefício a um agente que comprove a sua adequação aos critérios estabelecidos em lei. Uma vez preenchidos os requisitos, a emissão do ato de concessão converte-se em dever do administrador e direito do contribuinte, ou seja, um ato vinculado.

Reconhecer que a lei que concede incentivos fiscais deve ser específica é aceitar que a competência para inovar a ordem jurídica criando-os é do Poder Legislativo, que deve prever todos os critérios que devem ser identificados para sua concessão e os efeitos derivados da aplicação do regime benéfico. Como já reconheceu o STF, qualquer tentativa de conferir discricionariedade administrativa pura (poder de disposição) ao Poder Executivo sobre essa matéria (por meio de delegação legislativa) seria inconstitucional por ofensa ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa.⁵⁶

Nessa linha, a produção do ato de concessão pelo gestor responsável nos incentivos condicionados não é fruto de uma escolha administrativamente discricionária de um agente público, mas da submissão do caso concreto aos critérios estabelecidos em lei, pelo que configura o exercício de uma competência vinculada.

O controle do TCU em relação aos atos de concessão nos incentivos condicionados tem como alvo o atendimento dos requisitos legais pelos destinatários (como ocorre nos atos vinculados). Como não há espaço de escolha dos gestores responsáveis sobre a conveniência e oportunidade de conceder o incentivo, fica prejudicada a possibilidade de sindicatizar os motivos que embasaram o ato de concessão (como ocorre nos atos administrativamente discricionários).

Uma vez concedido o incentivo condicionado, a manutenção do *cumprimento dos requisitos e contrapartidas* garante o direito adquirido ao regime jurídico favorável.⁵⁷ Essa avaliação é simultânea ao gozo do benefício pelo contribuinte e a manutenção das condições previstas em lei é condição de legalidade da manutenção do ato de concessão.

O CTN outorga condição de irrevogabilidade aos benefícios concedidos por prazo certo e mediante determinadas condições, desde que o destinatário se mantenha adimplente em relação às condições legais.⁵⁸ Porém, “sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor” (art. 155),⁵⁹ o benefício poderá ser revogado. Embora esse enunciado faça referência à moratória, sua aplicação estende-se a todo e qualquer incentivo condicionado.⁶⁰

O direito subjetivo aos benefícios decorrentes de programas de incentivo tributário condicionado está atrelado tanto à existência originária das condições de legitimação quanto à manutenção do cumprimento dos requisitos e contrapartidas legais durante o seu gozo.⁶¹ Caso se identifique que o sujeito em relação ao qual foi

essencial para a adesão ao regime jurídico mais favorável, cujos efeitos derivam diretamente do contrato firmado entre fisco e contribuinte e indiretamente da própria lei instituidora, que traz as balizas para a realização da avença (MUZZI FILHO, C.V. “A vontade do contribuinte no direito tributário: existem ‘contratos fiscais’?”, *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual - Minas Gerais*, n. 48-50, p. 11-32, out., 2002/2003, p. 27-28).

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.296/PE*, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14 jun. 1995, DJ 10 ago. 1995 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.247/PA*, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17 ago. 1995, DJ 08 set. 1995.

⁵⁷ TORRES, R.L. “Anulação de benefícios fiscais: efeitos no tempo”, op. cit., p. 142.

⁵⁸ SEIXAS FILHO, A.P. *Teoria e prática das isenções tributárias*, 2. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 164.

⁵⁹ BRASIL. *Lei n. 5.172*, op. cit.

⁶⁰ TORRES, R.L. “Anulação de benefícios fiscais: efeitos no tempo”, op. cit., p. 132.

⁶¹ Como destaca Aliomar Baleeiro, em comentário ao art. 155 do CTN, embora seja direito subjetivo do sujeito passivo obter o benefício “se reúne os requisitos e aceita as condições da lei, essa mercê pode ser revogada se, posteriormente, a autoridade apura erro de fato na

exarado ato de concessão de incentivos condicionados não preenche as condições originárias de legitimação ou descumpriu condições e contrapartidas legais durante o gozo do benefício, tem-se ilegalidade passível de controle pelo TCU.

O descumprimento de condições de legitimação significa que o gozo do benefício em um programa de incentivo tributário é ilegal desde o princípio. A ilegalidade, portanto, afeta o ato de concessão e todos os seus efeitos.

Diante dessa irregularidade, caberia ao TCU assinar prazo para que a própria Administração regularize o ato, caso seja possível (art. 71, inciso IX, da CRFB e art. 45 da LOTCU). Porém, a regularização dependeria da comprovação pelo beneficiário do cumprimento das condições de legitimação quando da concessão, dado que o ato que outorga o direito de fruir da condição favorável é *declaratório* em relação ao cumprimento dos requisitos iniciais.⁶²

Em relação aos requisitos e contrapartidas legais a que estão submetidos os beneficiários durante a vigência do benefício, o momento do descumprimento marca a origem da ilegalidade. Caso seja uma irregularidade sanável, a competência para assinar prazo pode ser usada pelo TCU para ordenar que a Administração Pública tome medidas para que a legalidade seja restaurada, de forma a evitar a revogação do benefício (art. 71, inciso IX, da CRFB e art. 45 da LOTCU).

Nesse ponto, é importante destacar que o destinatário da ordem é o gestor do programa, que está sob alcance da competência do TCU na condição de responsável pela execução, acompanhamento e avaliação do programa, na forma prevista pelo art. 7, inciso I, da Lei n. 10.180/2001.⁶³ Ou seja, cabe a ele (responsável) tomar as medidas para garantir que o particular beneficiário seja reconduzido à condição de regularidade ou excluído do programa.

Caso a irregularidade não seja sanada, seria possível que o órgão aplicasse multa pelo descumprimento da determinação (art. 45, § 1º, inciso III, e art. 58 da LOTCU) e ordenasse a suspensão dos efeitos do ato de concessão (art. 71, inciso X, da CRFB e art. 45, § 1º, inciso I, da LOTCU).

Embora o destinatário dessa ordem seja o gestor público responsável pelo programa, que fica obrigado a tomar as medidas necessárias para cessar os efeitos do benefício condicionado, a decisão do TCU de suspender o ato de concessão tem eficácia imediata e autônoma, afetando diretamente a possibilidade de o particular gozar do benefício. Nessa hipótese, o provimento do TCU não tem como destinatário direto o particular beneficiário, mas ele é indiretamente afetado pela suspensão do ato de concessão.

Em uma fiscalização por meio de tomada de contas especial, também pode haver o julgamento de uma irregularidade da qual decorra dano ao erário como resultado de do ato de gestão (art. 16, inciso III, "c", da LOTCU).

Caso se identifique uma ilegalidade referente às condições de legitimação objeto do ato de concessão inicial, todo o período de vigência do benefício seria considerado para apuração do dano. No caso do descumprimento dos requisitos e condições durante a vigência, seria considerado apenas aquilo que deixou de ser recolhido a partir do descumprimento.

A quantificação desse dano pode ser realizada a partir de bases reais ou estimadas a partir de dados provenientes da atividade do destinatário, que tem dever de prestar contas ao TCU,⁶⁴ apurando-se o quanto o sujeito beneficiário deixou de recolher durante a vigência do ato de concessão.

Na quantificação do dano não cabe aplicar a mesma técnica utilizada para apurar as renúncias de receita no DGT, que parte de dados abstratos para imputar

verificação de tais requisito ou se não houve o cumprimento das condições" (BALEIRO, A. *Direito tributário brasileiro*, 11. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 850).

⁶² BORGES, J.S.M. *Teoria geral da isenção tributária*, op. cit., p. 87.

⁶³ BRASIL. *Lei n. 10.180, de 06 de fevereiro de 2001*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10180.htm (acesso em 03 nov. 2023).

⁶⁴ SCAFF, F.F. Op. cit., p. 448.

uma estimativa de impacto global do programa. É possível que o tribunal estime, a partir de dados reais de arrecadação ou do próprio contribuinte, uma cifra mais efetiva do montante que deixou de ser arrecadado, que configuraria o volume do dano ao erário.

O dano ao erário, nesse caso, poderia ser imputado, originalmente, ao agente responsável pela gestão do programa, que deixou de zelar pela legalidade ao conceder o benefício para um sujeito que não preenche os requisitos previstos em lei (art. 16, § 2º, "a", da LOTCU).

Como o particular destinatário do benefício ilegal auferiu benefícios indevidos, representados pelo montante de tributo que deixou de ser recolhido no período em que se manteve indevidamente condição de enquadramento, também seria possível sua inclusão como terceiro interessado e a correspondente imputação de responsabilidade em relação ao dano ao erário público (art. 16, § 2º, "b", LOTCU).

A imputação solidária do terceiro, com base no art. 16, § 2º, "b", da LOTCU, é aplicável exclusivamente ao dano ao erário, não se estendendo às penalidades, aplicáveis exclusivamente aos agentes públicos responsáveis pela gestão do programa.⁶⁵

Especificamente em relação à multa, que pode chegar a 100% do dano ao erário, prevista no art. 57 da LOTCU, ela está baseada na competência do art. 71, inciso VIII, da CRFB, que autoriza o TCU a "aplicar aos responsáveis [...] multa proporcional ao dano causado ao erário".⁶⁶ Ou seja, trata-se de uma competência restrita aos agentes públicos qualificáveis com "responsáveis" pela gestão de bens ou recursos públicos.

Um particular pode causar prejuízo ao Estado pelo descumprimento de um contrato sem que isso atraia a competência do TCU para fiscalizá-lo. Se não houver concurso do particular com um agente público, a corte de contas federal não pode buscar o ressarcimento do dano diretamente do particular, pois o prejuízo não derivou de um ato de gestão.⁶⁷

Essa mesma lógica pode ser aplicada aos beneficiários em programas de incentivo tributário condicionado. O agente privado beneficiário, na condição de interessado, somente pode ser reconhecido como solidário se "de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano imputado" (art. 16, § 2º, "b", da LOTCU). Nesse caso, o TCU pode julgar irregulares as contas e fixar responsabilidade solidária em relação ao "dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao [sic⁶⁸] antieconômico" (art. 16, inciso III, "c", da LOTCU). Ou seja, a solidariedade

⁶⁵ Embora não se manifeste sobre a possibilidade de imputação de responsabilidade sobre o dano ao erário, Fernando Facury Scaff é contundente quanto à impossibilidade de penalidades alcançarem as empresas: "logo, uma coisa é o dever de prestar contas, e outra é a aplicação de sanções. Quem está sob análise é o gestor público que eventualmente tenha cometido alguma irregularidade na concessão ou fiscalização daquele benefício fiscal de renúncia de receitas." (SCAFF, F.F. Op. cit., p. 448).

⁶⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, op. cit.

⁶⁷ Como ilustra Bento José Bugarin, "[...] não se insere na jurisdição do TCU o particular que cause dano ao erário em decorrência do descumprimento de cláusula contratual legitimamente acordada, e sem que tenha havido o concurso de agente público na prática do ato irregular. É o caso do correntista que deixa de pagar empréstimo que tomara junto ao Banco do Brasil. Nessas situações compete ao Tribunal verificar se a entidade estatal adotou as devidas providências para se ressarcir dos prejuízos causados pelo particular. Não pode, porém, atuar diretamente contra o particular, pois a Constituição não pretendeu dar tal alcance ao TCU, e, se tivesse dado, o Tribunal seria incapaz de cumprir a missão, porquanto não conseguiria atuar junto a todos os particulares que causam prejuízos ao erário. O Tribunal de Contas existe não para esta finalidade, mas sim para fiscalizar os atos de gestão praticados por agentes públicos ou por particulares no exercício de funções públicas. Esse é o alcance da jurisdição do Tribunal." (BUGARIN, B.J. "O controle externo no Brasil: evolução, características e perspectivas", *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 31, n. 86, p. 338-352, 2000, p. 341).

⁶⁸ É raro encontrar erros de grafia em textos legais, mas existem. Aqui o correto seria: "... ilegítimo **ou** antieconômico".

prevista na LOTCU restringe-se ao dano ao erário, o que não inclui a multa proporcional, a que alude o art. 57 da LOTCU.⁶⁹

5. Conclusão

A fiscalização sob o parâmetro da legalidade realizada pelo TCU adota a perspectiva de um controle externo, que jamais substitui a Administração Pública, mas colabora com a manutenção de um estado de regularidade em relação à execução dos programas governamentais. Isso significa que, identificada alguma irregularidade, o tribunal deve comunicar ao responsável, oportunizando a recondução da atividade administrativa aos trilhos da legalidade, assistindo ainda ao órgão o poder de suspender a execução dos atos inquinados caso a irregularidade não seja sanada.

A implementação das medidas de compensação destinadas a neutralizar os efeitos das renúncias de receitas são um espaço no qual o controle de legalidade pode ser exercitado pelo TCU em relação aos programas de incentivo tributário.

A omissão do chefe do Poder Executivo em encaminhar projetos de alteração da lei orçamentária necessários à incorporação dos impactos no ciclo orçamentário configura irregularidade, sob o paradigma da legalidade, cabendo à corte assinar prazo para a correção da situação e, caso seja mantida a irregularidade, aplicar multa pelo descumprimento da decisão.

Nos programas de incentivos condicionados, em relação aos quais a neutralização dos efeitos das renúncias de receita depende de aumento de tributos, a expedição de atos de concessão antes da implementação da medida de compensação pode ser apontada como ilegalidade, decorrente do desrespeito à cláusula suspensiva de eficácia prevista no art. 14, § 2º, da LRF.

Nesses casos, o TCU poderia assinar prazo para regularização da situação e, caso não seja atendido, determinar a suspensão da concessão de novos benefícios até que as medidas de compensação sejam efetivadas.

Ainda seria possível a imputação de responsabilidade ao agente público gestor do programa em relação ao dano ao erário público decorrente da concessão irregular de incentivos, extensível aos particulares que gozaram dos benefícios irregulares, desde que fique comprovada a sua condição de terceiro interessado. Também seria possível a imputação de multa proporcional ao dano exclusivamente ao agente público responsável pela gestão do programa.

Os particulares envolvidos na atividade de controle dos programas de incentivo tributário — seja como beneficiários nas modalidades incondicionadas ou como contraparte que deve preencher requisitos e se comprometeu a realizar contrapartidas nos condicionados — somente seriam alcançados pela competência do TCU com a demonstração da condição de terceiro interessado. Esta circunstância demonstra a diferença entre os gestores públicos responsáveis e os agentes privados perante o controle realizado pelo TCU.

Uma das manifestações que evidenciam essa diferença de tratamento jurídico entre gestores responsáveis e agentes privados está na restrição da responsabilidade destes ao dano ao erário decorrente, uma vez identificado seu interesse. Por essa linha, não haveria que se falar em aplicação da multa prevista no art. 57 do LOTCU — que tem como destinatário o gestor público responsável — para os agentes privados.

6. Referências

ANDRADE, J.M.A. "Conflito entre poderes no processo orçamentário e tributário: análise de um caso", em VV.AA. (Takano, C.A. e Barreto, S.R.C., coord.)

⁶⁹ BRASIL. *Lei n. 8.443*, op. cit.

Direito tributário e interdisciplinaridade: homenagem a Paulo Ayres Barreto, Noeses, São Paulo, 2021, p. 309-337.

ANDRADE, J.M.A. "Responsabilidade fiscal dinâmica e incentivos tributários: de quem é o dever de apresentar os números do impacto fiscal?", *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDDE*, v. 10, n. 19, p. 189-213, mar./ago. 2021.

BALEEIRO, A. *Direito tributário brasileiro*, 11. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2005.

BORGES, J.S.M. *Teoria geral da isenção tributária*, 3. ed., Malheiros, São Paulo, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm (acesso em 03 nov. 2023).

BRASIL. *Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000* (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm (acesso em 03 nov. 2023).

BRASIL. *Lei n. 10.180, de 06 de fevereiro de 2001*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10180.htm (acesso em 03 nov. 2023).

BRASIL. *Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966* (dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm (acesso em 03 nov. 2023).

BRASIL. *Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992* (dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm (acesso em 03 nov. 2023).

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de contabilidade aplicada ao setor público*, 8. ed., Secretaria do Tesouro Nacional, Brasília, 2021, disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/manual-de-contabilidade-aplicada-ao-setor-publico-mcasp/2019/26> (acesso em 04 nov. 2023).

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. *Manual de estatísticas do boletim resultado do Tesouro Nacional*, nov. 2016, disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:28153 (acesso em 03 nov. 2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 461/BA*, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 08 jul. 2002, DJ 06 set. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 286/RO*, rel. Min. Maurício Correia, Tribunal Pleno, j. 22 maio 2002, DJ 30 ago. 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.296/PE*, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 14 jun. 1995, DJ 10 ago. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.247/PA*, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 17 ago. 1995, DJ 08 set. 1995.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 35.410/DF*, rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, j. 15 dez. 2017, DJe 18 fev. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 25.888/DF*, rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 22 mar. 2006, DJ 29 mar. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 169.880/SP*, rel. Carlos Velloso, 2ª T., j. 29 out. 1996, DJ 19 dez. 1996.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 544*, j. 03 dez. 1969, DJ 12 dez. 1969.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.205/2014*, rel. Min. Raimundo Carreiro, Plenário, 14 maio 2014.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2692/2021*, rel. Min. Aroldo Cedraz, Plenário, j. 17 nov. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 747/2010*, rel. Min. Augusto Nardes, Plenário, jul. 14 abr. 2010.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Regimento Interno do Tribunal de Contas da União*, disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/2A/C1/CC/6A/5C66F610A6B96FE6E18818A8/BTCU_01_de_02_01_2020_Especial%20-%20Regimento_Interno.pdf (acesso em 07 nov. 2023).
- BUGARIN, B.J. "O controle externo no Brasil: evolução, características e perspectivas", *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 31, n. 86, p. 338-352, 2000.
- CABRAL, F.G. *Medidas cautelares administrativas*, Fórum, Belo Horizonte, 2021.
- CONTI, J.M. "Iniciativa legislativa em matéria financeira", em VV.AA. (Conti, J.M. e Scaff, F.F., coord.), *Orçamentos públicos e direito financeiro*, RT, São Paulo, 2011, p. 283-307.
- FALCÃO, A.A. "Isenção tributária: pressupostos legais e contratuais: taxa de despacho aduaneiro", *Revista de Direito Administrativo*, v. 67, p. 317-340, 1962.
- FREITAS, J. *Direito fundamental à boa administração pública*, 3. ed., Malheiros, São Paulo, 2014.
- FURTADO, J.R.C. "Controle de legalidade e medidas cautelares dos tribunais de contas", *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 110, p. 66-70, 2007.
- GOMES, E.C.S. *O direito dos gastos públicos no Brasil*, Almedina, São Paulo, 2015.
- JACOBY FERNANDES, J.U. *Tribunais de contas do Brasil: jurisdição e competência*, 4. ed., Fórum, Belo Horizonte, 2016.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*, 12. ed., RT, São Paulo, 2016.
- MACHADO, H.B. e MACHADO SEGUNDO, H.B. "Incentivos fiscais: regime automotivo do Norte, Nordeste e Centro-Oeste: titularidade e limites", *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 138, p. 115-122, mar. 2007.
- MEDAUAR, O. *Controle da administração pública*, 2. ed., RT, São Paulo, 2012.
- MOREIRA NETO, D.F. *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- MUZZI FILHO, C.V. "A vontade do contribuinte no direito tributário: existem 'contratos fiscais'?", *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual - Minas Gerais*, n. 48-50, p. 11-32, out., 2002/2003.
- PEREZ, M.A. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, Fórum, Belo Horizonte, 2020.

- POLIZELLI, V.B. *Contratos fiscais: viabilidade e limites no contexto do direito tributário brasileiro*, Tese, Universidade de São Paulo, 2013.
- ROSILHO, A.J. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*, Quartier Latin, São Paulo, 2019.
- SAMPÁIO DÓRIA, A.R. *Direito constitucional tributário e "due process of law"*, 2. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1986.
- SCAFF, F.F. *Orçamento republicano e liberdade igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*, Fórum, Belo Horizonte, 2018.
- SEIXAS FILHO, A.P. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: a função fiscal*, Forense, Rio de Janeiro, 1995.
- SEIXAS FILHO, A.P. *Teoria e prática das isenções tributárias*, 2. ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999.
- SUNDFELD, C.A. e CÂMARA, J.A. "Competências de controle dos tribunais de contas: possibilidades e limites", em VV.AA. (Sundfeld, C.A., org.), *Contratações públicas e seu controle*, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 177-230.
- SUNDFELD, C.A., CÂMARA, J.A., MONTEIRO, V. e ROSILHO, A. "O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos", *Revista Direito GV*, v. 13, n. 3, p. 866-890, dez. 2017, disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000300866&lng=en&nrm=iso (acesso em 04 nov. 2023).
- TORRES, H.T. *Direito constitucional financeiro*, Saraiva, São Paulo, 2014.
- TORRES, R.L. "Anulação de benefícios fiscais: efeitos no tempo", *Revista dialética de Direito Tributário*, n. 121, p. 127-146, out. 2005.
- TORRES, R.L. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na Constituição*, 2. ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2000, v. 5.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 56-70
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Migrants' human rights in Brazil: state of the art* *Direitos humanos dos migrantes no Brasil: estado da arte*

Pedro Augusto Vale¹

Federal University of Rio Grande do Norte

Thiago Oliveira Moreira²

Federal University of Rio Grande do Norte

Summary: 1. Introduction. 2. Methodological procedures. 3. Migrants' human rights: a brief synthesis. 4. State of the art from 2012 to 2023: general characteristics of the studies. 5. Conclusion. Bibliography.

Abstract: The article examines the Brazilian academic production on migrants' human rights, focusing on postgraduate programs in Law. A mapping of available doctoral theses and master's dissertations was conducted using the CAPES (Brazil's Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel) Theses and Dissertations Catalog, employing entries such as "migrants", "immigrants", "refugees" and "stateless persons", associated with "human rights" in the "Law" evaluation area. The state-of-the-art methodology enabled not only data collection but also contextualization and problematization of academic production on the subject. A total of 233 works were analyzed. The results reveal an increase in production in the second half of the 2010s, with emphasis on the Brazilian legal framework regarding migrants' rights, reflecting a growing engagement in the implementation of these rights at the local level, besides a rise in interest on environmental migrants from 2020 forward.

* This text was initially crafted as the culminating assignment for the course "Methodology of Scientific Research", instructed by Professor Dr. Luciano Athayde Chaves within the Master's program in Law at the Federal University of Rio Grande do Norte. I extend my profound gratitude for Professor Luciano's invaluable contributions to both my academic and personal growth, without which the completion of this article would have been unattainable.

¹ Master's student in Law at UFRN. LLB from UFRN, with academic exchange at the University of Coimbra. Member of the International Human Rights Law and People in Vulnerable Situations Research Group. Member of the International Law Observatory of Rio Grande do Norte (OBDI). Volunteer researcher at the Brazilian National Committee for Refugees (CONARE). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7422-2285>. Email: pedro.vale.058@ufrn.edu.br.

² Professor at UFRN. PhD and Master in Law from the University of the Basque Country (UPV/EHU). Master in Law from UFRN. PhD student in Law at FDUC. Coordinator of the Postraduate Program in Law at UFRN. Leader of the International Human Rights Law and People in Vulnerable Situations Research Group. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6010-976X>. Email: thiago.moreira@ufrn.br.

Recibido: 08/04/2024

Aceptado: 25/05/2024

DOI: 10.5281/zenodo.11305367

Keywords: human rights; migrants; refugees; stateless persons; state of the art.

Resumo: O artigo examina a produção acadêmica brasileira sobre os direitos humanos dos migrantes, com foco nos programas de pós-graduação em Direito. Realizou-se um mapeamento das teses de doutorado e dissertações de mestrado disponíveis no Catálogo de Teses e Dissertações da CAPES, utilizando termos como "migrantes", "imigrantes", "refugiados" e "apátridas", associado a "direitos humanos" na área de avaliação "Direito". A metodologia de estado da arte permitiu não só a coleta, mas também a contextualização e problematização da produção acadêmica sobre o tema. Foram analisados 233 trabalhos. Os resultados revelam um aumento na produção na segunda metade da década de 2010, com destaque para o marco legal brasileiro sobre os direitos dos migrantes, refletindo um crescente engajamento na implementação desses direitos em nível local, além de um aumento no interesse em deslocados ambientais a partir de 2020.

Palavras-chave: direitos humanos; migrantes; refugiados; apátridas; estado da arte.

1. Introduction

Contemporary migration movements have sparked growing interest from academia across various fields of knowledge, such as sociology, anthropology, international relations, and law. This global phenomenon generates, among other things, obligations for states that stem from international norms, notably those concerning human rights. These obligations have spurred researchers to explore the complexities associated with migrants' human rights.

In the field of law, attention is directed, among other things, towards the adequacy and effectiveness of national and international legal frameworks governing migrants' rights. Research involving migration issues is necessarily dynamic and interdisciplinary, meaning it must engage with various areas of knowledge. This multidisciplinary approach underscores the importance of understanding not only the legal aspects but also the social, cultural, and political dimensions related to contemporary migration movements.

In Brazil, studies on the human rights of migrants have gained prominence in the face of significant events, particularly from the second half of the 2010s onwards. Before that, however, the year 1997 represented a crucial milestone: with the promulgation of the Public Law no. 9,474/97, also known as the Refugee Statute, Brazil began to establish guidelines for the protection and reception of individuals seeking refuge in the country, expanding the hegemonic definition of refugee in international law. This made Brazil a leading reference in the protection of the rights of the refugee population.

In 2017, the Brazil Migration Statute (Public Law no. 13.445/17) revoked the old Foreigner Statute and consolidated a more human rights-centered approach, considering human mobility in its various forms and reaffirming the commitment to promoting and protecting migrants' rights. Furthermore, it partially distanced itself from the security-related perspective that stemmed from the laws of the dictatorial period.

The emergence of various migratory flows to Brazil, notably but not limited to those of Bolivians, Haitians, Syrians, and Venezuelans, underscores the need for studies on the subject, especially regarding the realization of the rights of this population. These analyses provide a broader understanding of the legal, social, and humanitarian complexities involved, enabling the formulation of more effective public policies and the promotion of a fair and compassionate state response to the challenges presented by migratory movements

Thus, stemming from legislative innovations and the need for rapid responses to humanitarian crises generating massive migratory flows, a research area related to migrants' human rights has been developing and strengthening on the national scene. From this, arises the issue: what has been produced on migrants' human rights in the Brazilian academia, notably in *stricto sensu* postgraduate programs?

In this context, this article aims to analyze and map the academic production found in Brazil's Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel (CAPES) Theses & Dissertations Catalog (therefore referred as the "CAPES Catalog"), in the "Law" evaluation area, related to migrants' human rights, in order to understand the main trends and gaps in research on this topic.

To achieve this purpose, it is essential to go through several steps, namely: determine the appropriate methodological protocol for analyzing the mapped works; briefly study the foundations of the migrants' human rights; and finally, gather the relevant theses and dissertations on the topic of migrants' human rights in the "Law" evaluation area in the CAPES catalog, identifying the characteristics specified in the methodological protocol.

For the fulfillment of the objectives, the article is structured into three sections, apart from the introduction and the conclusion: the first one outlines the adopted methodological procedures, the second one consists of brief comments on the topic of migrants' human rights; and the third one, the presentation and analysis of the data and results.

The research is justified primarily by the scarcity of "state of the art" studies in law, and, in this case, in international human rights law produced in Brazil. In preliminary research, it was found that the mapping developed in this research has never been conducted before in the country.

Furthermore, this study is fundamental in light of the increasing migratory flows and contemporary social transformations. The analysis of previously conducted research can not only inform public policies, judicial practices, and academic debates on the protection of migrants' rights, but can also shed light on topics that are still underexplored.

Nevertheless, there is a notable presence of numerous scientific works dedicated to the analysis of the protection of migrants' rights in various contexts. However, there is still no overview of what has already been researched in the country on this topic.

Moreover, it is relevant to highlight that the researcher is a member of the research group on International Human Rights Law and People in Vulnerable Situations (DIDHPSV) and the Observatory of International Law of Rio Grande do Norte (OBDI), both affiliated with the Federal University of Rio Grande do Norte and registered in the Directory of Research Groups (DGP) of the National Council for Scientific and Technological Development of Brazil (CNPq). Additionally, this article stems from the research project entitled "International Human Rights Law and its Implementation in the Domestic Sphere".

Nonetheless, the Sustainable Development Goals (SDGs) of the UN's 2030 Agenda, specifically Goal 10 (Reduce inequality within and among countries), emphasizes the importance of attention to migrants, as established in target 10.7. This target stipulates that states should "Facilitate orderly, safe, regular, and responsible migration and mobility of people, including through the implementation of planned and well-managed migration policies". In light of this, it becomes evident that the migration issue holds high relevance on the public agenda, increasing the importance of its investigation. In this context, the expectation is that this research will stimulate academic debate on the topic and, indirectly, contribute to the enhancement of protection for this specific group, prompting an increase in the number of research endeavors.

2. Methodological procedures³

This study employs mixed methods⁴, as it starts with a quantitative analysis of the found productions and transitions to a qualitative study of Brazilian production in general. It has a basic nature⁵, as it does not address any specific problem. Regarding to its objectives, the research can be considered exploratory⁶. The predominant procedural technique is bibliographic research⁷, especially the literature review⁸ of the 'state-of-the art'⁹ type, which is the most suitable for addressing the chosen problem. The 'state of the art' technique allows the researcher to map what has been produced on a certain topic, making it evident what the trends and gaps are, and how events impact scientific production¹⁰.

Thus, the theses and dissertations available in the CAPES Catalog¹¹ were selected using the search entries "human rights" + "migrants"; "human rights" + "immigrants"; "human rights" + "refugees"; and "human rights" + "stateless persons", all within the filter "Area of Evaluation: Law"¹². The entries were chosen to encompass the main groups and categories of migrants, and the evaluation area was the chosen filter for the mapping. Future research could delve into how this topic is addressed in different areas of knowledge. The material collection procedure took place between September and December 2023.

³ The methodological protocol adopted in this study was inspired by that developed by Aline de Barros Vidal Gonçalves and Adriana A. Dragone Silveira in their study on the production related to the enforceability of the right to basic education in Brazil GONÇALVES, A. B. V.; SILVEIRA, A. A. D. "A exigibilidade do direito à educação básica no Brasil: estado da arte de teses e dissertações de 1988 a 2018", *Revista Educação e Políticas em Debate*, n. 10, v. 2, 2021, pp. 936–954.

⁴ According to John W. Creswell, mixed methods research involves the use of a combination of quantitative and qualitative approaches. CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*, Artmed, Porto Alegre, 2010, p. 238).

⁵ Basic research aims to contribute to the advancement of science, unlike applied research, which is intended to solve specific problems. HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*, Atlas, São Paulo, 2017, p. 102.

⁶ Exploratory research aims primarily to develop, clarify, and modify concepts and ideas, with the goal of formulating more precise problems or researchable hypotheses for subsequent studies GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*, Atlas, São Paulo, 2008, p. 27.

⁷ According to Antônio Carlos Gil, bibliographic research is conducted based on elaborated material, consisting mainly of books and scientific articles. GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*, Atlas, São Paulo, 2002, p. 44.

⁸ A literature review serves several purposes. It shares with the reader the findings of other studies closely related to the one being conducted. It connects a study to the broader and ongoing dialogue in the literature, filling gaps and expanding on previous studies. It provides a framework for establishing the significance of the study and also a reference point for comparing the results with other findings. CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*, Artmed, Porto Alegre, 2010, p. 51.

⁹ The state-of-the-art literature review aims to map and discuss a specific academic production across various fields of knowledge, attempting to answer which aspects and dimensions have been highlighted and privileged in different times and places. It explores how, in what ways, and under what conditions certain master's dissertations, doctoral theses, journal publications, and conference proceedings have been produced. These reviews are also recognized for employing an inventorying and descriptive methodology of academic and scientific production on the investigated topic, using categories and facets that characterize each work individually and collectively. Under these categories, the phenomenon is analyzed. FERREIRA, N. S. A. "As pesquisas denominadas 'estado da arte'", *Educação & Sociedade*, n. 23, v. 79, 2002, p. 258.

¹⁰ VOSGERAU, D. S. R.; ROMANOWSKI, J. P. "Estudos de revisão: implicações conceituais e metodológicas". *Rev. Diálogo Educ.*, v. 14, n. 41, 2014, pp. 165–189.

¹¹ Available on the website <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>.

¹² Since the research was conducted in Portuguese, the actual entries were "direitos humanos", "migrantes", "imigrantes", "refugiados", e "apátridas". The filter was "Área de Avaliação: Direito". We chose to present them in English for the reader's convenience.

Based on the selected criteria, 233 works were chosen for analysis, comprising 33 doctoral theses and 200 master's dissertations. The products identified through the mentioned descriptors were listed in a spreadsheet, with each row including the following information about the work: authorship, title, thematic group, year, academic level (master's or doctoral), supervisor, author's university, type of university (public or private), program concentration area, region, keywords, as well as the availability for downloading the work in a PDF file.

The 233 selected works on the theme of migrants' human rights were organized into twelve thematic groups for better evaluation: 1) International Migration Law, encompassing works dealing with international norms safeguarding migratory flows and the rights of migrants and refugees, as well as the application of human rights treaties in a broad sense to this specific group and institutes inherent to international law; 2) regional systems for the protection of human rights and international organizations, highlighting the role of these institutions in safeguarding migrants' human rights; 3) statelessness, comprising productions specifically dedicated to this particular group; 4) environmental displacement, concentrating on works connecting environmental and climate-related themes with forced displacement of people; 5) Brazilian legal framework, the group with the largest quantity of texts, compiling works dedicated to understanding the role of the Brazilian State in safe-guarding migrants' human rights, as well as studying notably Brazilian strategies, such as the *acolhida humanitária*; 6) migrant workers, with theses and dissertations seeking to understand the specificities of this group; 7) migration and social rights, compiling works that discuss migration in relation to themes such as the right to health, education, and social security; 8) migration and situations of vulnerability, focusing on works dedicated to studying the intersections of migratory situations with other vulnerability situations, such as gender, sexual orientation, childhood, and disabilities; 9) Venezuelan migrants, with researches dedicated to understanding the specificities of the largest group of migrants in vulnerable situations currently in Brazil; 10) migrants from other origins, encompassing studies aimed at understanding the specificities of different groups of migrants, such as Haitians, Bolivians, Senegalese, etc.; 11) philosophy and sociology of migrations, a group composed of predominantly theoretical works that engage with these areas of knowledge, and finally, 12) others, encompassing works without thematic affinity with the other groups.

3. Migrants' human rights: a brief synthesis

Before delving into the analysis of the data obtained from the research in the CAPES Catalog, we are interested in providing a brief introduction to the theme of migrants' human rights. In this context, international migration emerges as a central theme in international politics, challenging the traditional conception of the State. International mobility conflicts with the traditional idea of the connection between nation, territory, and state power. The migrant, by challenging these ideas, opens up space for an alternative configuration of the world, marked by deterritorialization, border permeability, and "hybridization of identity". Their very existence questions the liberal conception of state sovereignty¹³.

Although some aspects of migration are covered in existing instruments of International Law, primarily in specific treaties addressing refugee issues and migratory governance, there is still a lack of a comprehensive framework within the UN system that addresses migration as a whole. Thus, until a specific universal international instrument is created to regulate issues related to migration, people in situa-

¹³ DI CESARE, D. *Estrangeiros Residentes: uma filosofia da migração*, Âiyné, Belo Horizonte, 2020.

tions of international mobility, especially the vulnerable ones, rely on the general protection provided by the human rights treaties of the United Nations (UN) system¹⁴.

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR), proclaimed in 1948, recognizes the right to freedom of movement and the right to emigration, but does not explicitly guarantee the right to immigration¹⁵. Nonetheless, it affirms, in abstract terms, the right to asylum. Despite this, some researchers have been defending the recognition of a "*jus migrandi*", which would be the human right to migrate. This perspective is advocated by them as an existential and political act¹⁶.

On another note, the Sustainable Development Goals (SDGs) of the 2030 Agenda have emerged as a pivotal focus within the United Nations, with particular attention on target 10.7, which endeavors to foster safe and orderly migration. This crucial goal has served as a catalyst for the creation of the Global Compact for Safe, Orderly, and Regular Migration¹⁷, representing one of the cornerstone treaties in contemporary international migration governance.

More specifically, when we talk about the issue of refugees, the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees is a crucial legislation, as it provides a general definition of refuge and refugee, and imposes significant obligations on states, albeit limited. Article 22 of the Convention stipulates that refugees should receive treatment equivalent to that of nationals, and if such treatment is not possible, it requires that treatment be as favorable as possible. Additionally, the Convention ensures non-discrimination, equal treatment for refugee workers, and rights related to housing, public assistance, labor protection, and social security.

Additionally, it's worth noting that several other international agreements, including the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and a multitude of conventions established by the International Labour Organization (ILO), delve into the protection and promotion of migrants' rights. These documents collectively contribute to the comprehensive framework for safeguarding the rights and well-being of migrants worldwide. All migrants, regardless of their legal status, are entitled to the protection afforded by these instruments. However, in the ICESCR, certain provisions outline the gradual allocation of rights. For instance, Article 2(3) grants developing countries the discretion to determine the extent to which they will ensure economic rights recognized in the Covenant for non-nationals¹⁸.

When addressing the protection of migrants' labor rights, a thorough examination of the standards set forth by the International Labour Organization (ILO) is paramount. Notably, three conventions play a significant role in ensuring the right to work for migrants: Convention No. 97, Convention No. 111, and Convention No. 143. These conventions serve as essential frameworks for establishing guidelines and principles aimed at safeguarding the labor rights of migrants across different contexts and regions.

Convention No. 97 of the ILO requires that states ratifying it establish governmental measures to support migrant workers, prohibiting any form of discrimination or unequal treatment regarding public services and the workplace. Convention No. 111 of the ILO reiterates this purpose by prohibiting any type of distinction or discrimination concerning employment or occupation. In addition to the previ-

¹⁴ MOREIRA, T. O. *A Concretização dos Direitos Humanos dos Migrantes pela Jurisdição Brasileira*. Instituto Memória, Curitiba, 2019, p. 175.

¹⁵ MOREIRA, T. O. *A Concretização dos Direitos Humanos dos Migrantes pela Jurisdição Brasileira*. Instituto Memória, Curitiba, 2019, p. 175.

¹⁶ DI CESARE, D. *Estrangeiros Residentes: uma filosofia da migração*, Âyné, Belo Horizonte, 2020, p. 14.

¹⁷ SOLOMON, M. K.; SHELDON, S. "The Global Compact for Migration: From the Sustainable Development Goals to a Comprehensive Agreement on Safe, Orderly and Regular Migration". *International Journal of Refugee Law*, v. 30, n. 4, 2018, pp. 584–590.

¹⁸ MATTILA, H.S. "Protection of Migrants' Human Rights: Principles and Practice", *International Migration*, n. 38, 2001, pp. 55–56.

ously mentioned conventions, Convention No. 143 of the ILO, which has not been ratified by Brazil, specifically focuses on migrant workers in irregular situations. Apart from prohibiting discrimination in the treatment of these individuals, the Convention also demands that member states develop policies to regularize their status and proposes sanctions for labor traffickers and employers who exploit the vulnerability of irregular migrants to subject them to illegal conditions¹⁹.

Additionally, within the UN system, there are at least two agencies with exclusive mandates focused on the protection of refugees. The United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) serves as a central authority in addressing refugee issues globally. Specifically, the United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East (UNRWA) is tasked with providing assistance and protection to refugees originating from Palestine, offering vital support and services to this distinct refugee population in the region.

Moreover, within the broader scope of migration, the UN system has another agency dedicated to the protection and management of migrants. The International Organization for Migration (IOM) serves as the primary UN agency focused on addressing migration-related challenges worldwide. With a mandate spanning a wide range of migration issues, including migration management, such as migration and development, facilitating migration, regulating migration, and forced migration; as well as humanitarian assistance, and migration policy development, the IOM plays a crucial role in promoting the well-being and rights of migrants across various regions and contexts²⁰.

Regionally, to understand the protection of human rights in the Americas, it is essential to consider the Inter-American System of Human Rights (IASHR), which includes specific norms for the continent's reality. The Organization of American States (OAS) plays a crucial role in protecting the human rights of migrants through norms that emphasize that this protection is not linked to nationality. The implementation of the Inter-American Plan for the Promotion of the Rights of Migrants is a milestone, but most instruments are declaratory in nature, making it difficult to enforce these rights²¹.

Latin American and Caribbean countries have regionally adopted the Cartagena Declaration of 1984, the Decennial Declarations of San José on Refugees and Displaced Persons, and other initiatives to strengthen the protection of refugees²². The Cartagena Declaration, in particular, expanded the concept of refugee, recognizing the status for those who fled their countries due to threats to life, security, or freedom caused by violence, aggression, internal conflicts, or massive human rights violations²³.

The foundational treaties of the OAS, the American Declaration of the Rights and Duties of Man (American Declaration), and the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica), as well as the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights (or Protocol of San Salvador), also establish rights for the migrant population within the regional scope.

¹⁹ VILAS BOAS, M. S.; DANIELE, A. L. W. S; PAMPLONA, D. A. "Direito Humano ao Trabalho: políticas públicas para a inserção dos imigrantes, refugiados e apátridas no mercado de trabalho na região sul do país", in: ANNONI, D. (Coord.). *Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. Coord. Gedai/UFPR, Curitiba, 2018, pp. 231.

²⁰ IOM. "Who We Are". *International Organization for Migration*. [no date]. Available in: <https://www.iom.int/who-we-are>.

²¹ MOREIRA, T. O. *A Concretização dos Direitos Humanos dos Migrantes pela Jurisdição Brasileira*. Instituto Memória, Curitiba, 2019, p. 112.

²² CANÇADO TRINDADE, A. A. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. FUNAG, Brasília, 2017, pp. 418-419.

²³ CARVALHO RAMOS, A. "Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas", in: ALMEIDA, G. A.; CARVALHO RAMOS, A.; RODRIGUES, G. (Org.), *60 anos de ACNUR: perspectivas de future*, Editora CL-A Cultural, São Paulo. 2011, p. 26.

Additionally, the bodies that comprise the Inter-American System of Human Rights play a crucial role in ensuring rights, particularly in the realm of state accountability. These include the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) and the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR). Both have played an immensely significant role in safeguarding the human rights of migrants in the region.

In the advisory and contentious jurisdiction of the IACtHR, numerous decisions and advisory opinions have been issued regarding the human rights of migrants in the region. Interpretations provided by the Inter-American Court of Human Rights establish responsibilities and prerogatives related to migrants²⁴.

Through Advisory Opinion OC-16/99, for example, the Court determined that States must adopt affirmative measures to eradicate practices that infringe upon fundamental rights, while ensuring consular assistance to foreigners.

Advisory Opinion OC-18/03 underscores the imperative for immigration policies to uphold human rights, emphasizing the vulnerability of migrants and the imperative of safeguarding them against discrimination, particularly in the workplace and access to justice. This encompasses, among other things, the prohibition of denying educational access to this demographic.²⁵

Advisory Opinion OC-21/14 emphasizes the safeguarding of the rights of migrant children, covering access to justice, asylum, and the prevention of arbitrary detention. Finally, Advisory Opinion OC-25/18 outlines rights and duties related to asylum, prohibiting forced repatriations and ensuring equitable procedures for determining refugee status, without distinction and even beyond national borders.

In contentious cases judged by the Inter-American Court, various protection standards and rights related to migrants have been established and reiterated. In decisions such as *Tibi v. Ecuador* and *Acosta Calderón v. Ecuador*, the Court affirmed the right of individuals deprived of liberty to be informed about their right to contact family members, lawyers, or consular representatives before giving a statement.

The case of *Yean and Bosico v. Dominican Republic* underscored the significance of nationality as an inherent right of individuals, emphasizing states' responsibility to prevent statelessness and safeguard all individuals, irrespective of their origin. Additionally, in the *Case of Vélez Loor v. Panama*, the Court reiterated the necessity of guaranteeing due process of law for both nationals and migrants, highlighting principles of equality and non-discrimination, along with the critical importance of access to justice and legal assistance.

In other important decisions, such as *Nadege Dorzema y otros v. Dominican Republic* and *Familia Pacheco Tineo v. Bolivia*, the IACtHR emphasized the obligation of States to prove the absence of racial discrimination, as well as the right to asylum and non-extradition for political reasons. In the *Case of Dominican and Haitian Expelled Persons v. Dominican Republic*, the Court insisted on the need for an individual assessment of the circumstances of each individual subject to expulsion, condemning immigration policies based on arbitrary detentions.

Cases like *Wong Ho Wing v. Peru* highlight the Court's emphasis on the principle of *non-refoulement* in situations involving the risk of torture or the death penalty in another country. Similarly, the Court reiterated the crucial importance of due process for all migrants, particularly children, including notification and the opportunity to appeal unfavorable decisions in cases such as *Roche Azaña and others v. Nicaragua* and *Habbal and others v. Argentina*. These rulings underscore the Court's dedication

²⁴ Regarding the Inter-American protective standards on international human mobility, see DANTAS, B. L.; MOREIRA, T. O. "Desenvolvimentos recentes na proteção interamericana dos migrantes: um estudo à luz dos casos Roche Azaña y otros vs. Nicaragua e Habbal y otros vs. Argentina", *Revista Jurídica da UFERSA*, n. 13, v. 7, 2023, pp. 186-207.

²⁵ MOREIRA, T. O.; COSTA, A. C. F. "Direito Internacional à educação como ferramenta emancipadora dos imigrantes em situação de vulnerabilidade", in: BORGES, A. W.; GASPAR, R. A. *Uma Leitura do DIN a partir do Sul: Direito, Globalização e Cidadania*, LAECC, Uberlândia, 2022, pp. 111-129.

to protecting the human rights of migrants and ensuring their equal treatment under the law. Most recently, the Court addressed the principles of equality and non-discrimination in the case *Hendrix v. Guatemala*.

Discussions regarding the human rights of migrants in Brazil are still in their early stages and frequently approached from a security-oriented standpoint²⁶. Although there has been legislative advancement concerning migration-related matters, dedicated national programs tailored to the international migrant population are yet to be implemented²⁷⁻²⁸.

The 2017 Brazilian Migration Statute (Public Law no. 13.445/17) represented an advancement by replacing the Foreigner Statute, a law from the Brazilian dictatorial period that had a perspective detached from human rights. The new law acknowledges the universal rights of migrants, based on international obligations assumed by Brazil, and ensures equality in treatment and opportunities for migrants and their families, as described in Article 3.

This legislation provides specific guarantees, such as access to public services, the right to education, and labor protection, prohibiting discrimination based on nationality and migratory status. Additionally, since 1997, Brazil has adhered to the principles of the 1951 Geneva Convention and its 1967 Protocol, incorporated by the National Refugee Statute (Public Law No. 9,474/94), considered a global reference in Refugee Law. The Refugee Statute introduced “durable solutions”, such as the issuance of documents and local integration through work, aligning with UNHCR proposals to address the refugee issue in various legal, economic, and social dimensions²⁹.

While laws and treaties delineate obligations and rights, it is scientific research that underpins the development of legislation and public policies, as well as the evaluation of the practical impact of these norms. Thus, we proceed to analyze the mapping conducted on the theses and dissertations available in the CAPES Catalog.

4. State of the art from 2012 to 2023: general characteristics of the studies

Although no temporal limit was defined for the collection of works, the first study available in the database dates back to 2012. The temporal distribution of the 233 works started with 1 in 2012, 49 in 2019, which was the period with the highest annual production recorded, and 15 in 2023, representing a steep decline in the production on the topic.

These data show a significant increase in production in the second half of the 2010s, perhaps due to the massive influx of Venezuelan migrants to the country in 2016 and the publication of the Migration Statute in 2017, but also a significant decline from 2020 onwards, especially in 2023, that had a 57,14% decrease in production compared to the previous year. Perhaps due to the COVID-19 pandemic and the consequent decrease in mobility, interest in migrations may have decreased. It will be necessary to continue monitoring interest in the field to confirm this.

²⁶ Regarding the issue of integrative policies in Brazil: GUERRA, S.; CHALOUB, L. “Brazilian's integration policies and the public budget: a study of the main intersection factors within the migration governance framework”. *Cadernos de Direito Actual*, n. 19, 2022, p. 56-74.

²⁷ In 2024, several municipal, state, regional, and thematic conferences are scheduled to take (and have already taken) place with the aim of composing the II COMIGRAR (National Conference on Migration, Refugee, and Statelessness). One of the main objectives of the conferences is the elaboration of the National Policy on Migration, Refugee, and Statelessness, provided for since 2017 by the Migration Statute, but not yet implemented.

²⁸ OLIVEIRA, D. A. “O imigrante na política educacional brasileira: um sujeito ausente”, *Praxis Educativa*, n. 15, 2020, p. 10.

²⁹ BARRETO, L. P. T. F.; LEÃO, R. Z. R. “O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena”, *Forced Migration Review*. 2010, n. 35, pp. 45-46.

It is important to mention that one of the pioneering works in the field of migrants' rights was Liliana Lyra Jubilut's master's dissertation³⁰, which did not appear in the search results. It can be inferred that this occurred because the production predates the implementation of the Sucupira Platform, the system which hosts the CAPES Catalog. That said, it is possible that other works may have escaped mapping because they were not included in the chosen database.

When examining the criterion of institutional origin, it becomes apparent that the private sector exhibits a higher production rate, accounting for 57.08%. Notably, the philanthropic and community-based private sector, characterized by its nonprofit nature, constitutes the primary source of the produced works, comprising 36.48% of the total.

Despite the collective contribution of state and federal public networks falling short of constituting half of the total productions, with 42.02% of the total, the federal public network stands out when analyzed independently, emerging as the second-largest contributor in terms of the sheer volume of works produced: 29.61%. This highlights the significance of the federal public network's role in the overall landscape of production within this context.

Regarding the production level, it's noteworthy that there are no works stemming from professional master's degrees. Instead, academic master's dissertations dominate the landscape with 200 submissions, accounting for 85.84% of the total output. This is followed by 33 doctoral theses, which comprise 14.16% of the works produced. This distribution underscores the prevalence of academic research and scholarly contributions within the analyzed context.

Another interesting piece of data concerns the concentration area of the studies. From the research conducted, it was possible to ascertain that, up to this point, there is no postgraduate program in law in Brazil with a concentration area dedicated to the study of migrants' rights. The concentration area most closely related to the theme is the one linked to the Master's program in Human Rights at the Federal University of Mato Grosso do Sul (UFMS), which is dedicated to the study of "Human Rights, State, and Border". In general, the works produced on the topic stem from concentration areas in international law or human rights.

When examining the geographical distribution of the works by region of the country, it is evident that the South and Southeast regions concentrate the highest number of productions, accounting for over 70% of the total. The Northeast region is the third largest producer, with 18.02%, followed by the Central-West, with 8.15%, and finally, the North region, with 2.57%, despite being one of the regions most impacted by migratory flows into the country. This is justified as the North region currently holds only 6 Postgraduate Programs in the Law evaluation area³¹.

These numbers reflect the proportion of postgraduate programs in law distributed across the country. Despite efforts to distribute programs evenly across different regions of the country and thus ensure access to postgraduate education for people residing in peripheral regions, the vast majority of postgraduate programs are still concentrated in the South and Southeast regions.

In this regard, the research found that among the existing postgraduate programs in law in the country, those that produce the most studies on the subject at hand are the PPGD (postgraduate program in Law, acronym in Portuguese) at the University of São Paulo (USP), with 18 works, followed by the PPGD at UFMS, with 11 thesis and dissertations, and in third place, the PPGD at the Catholic University of Santos (UniSantos), with 10 studies.

³⁰ JUBILUT, L. L. O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

³¹ BRASIL. "Painel de Dados do Observatório da Pós-Graduação", Plataforma Sucupira. 2024. Available in: <https://sucupira-v2.capes.gov.br/sucupira4/painel/ReportSection5195196f249c6711e140>.

When it comes to the most engaged supervisors on the subject, the top three professors who supervised works on human rights of migrants were Ana Paula Martins Amaral, from UFMS, with 7 supervised works, followed by Liliana Lyra Jubilut, from UniSantos, and Giuliana Redin, from the Federal University of Santa Maria (UFSM), both with 5 works each.

Assessing the content of the works, the analysis of the keywords employed in the selected studies assumes importance due to its potential in highlighting the breadth of research, allowing the visualization of the theme beyond the title. The term "human rights" is the most recurrent, followed by "refugees" and "refuge". The presence of subthemes in the keywords is notable, such as "refugee women", "environmental displaced persons", and "Venezuelan migrants", as well as the reoccurring mention of the term "Brazil", indicating that the majority of research is centered on the country³².

To facilitate understanding of the most studied topics as well as existing gaps, the works were categorized into twelve thematic groups, considering that migratory studies are an extremely dynamic and interdisciplinary field, therefore categorization is somewhat imprecise. Nonetheless, based on the collected works, the mentioned list was developed, with the groups: **G1) International Migration Law**. Works that address international norms protecting the rights of migrants, refugees, and the application of human rights treaties in a broad sense to this group, exploring institutes of international Law. G1 was comprised of 41 studies; **G2) Regional Systems for the Protection of Human Rights and International Organizations**. Theses and dissertations that highlight the role of regional systems of human rights protection, international courts, and other international organizations in safeguarding the human rights of migrants. G2 was comprised of 12 studies; **G3) Statelessness**. Specific research on statelessness, addressing productions dedicated to understanding the peculiarities of this particular group of people. G3 was comprised of 8 studies; **G4) Environmental Displacement**. Concentrates works that explore the interactions between environmental and climatic issues and forced displacements of people. G4 was comprised of 18 studies; **G5) Brazilian Legal Framework**. Compiles texts dedicated to understanding the role of the Brazilian state in protecting the human rights of migrants, including strategies such as *acolhida humanitária*. G5 was comprised of 49 studies; **G6) Migrant Workers**. Theses and dissertations that seek to understand the particular characteristics of migrant workers, exploring their rights and challenges. G6 was comprised of 15 studies; **G7) Migration and Social Rights**. Works that address the intersection between migration and topics such as the right to health, education, and social security. G7 was comprised of 13 studies; **G8) Migration and Situations of Vulnerability**. Focuses on works that study the interactions between migratory situations and other forms of vulnerability, such as gender, sexual orientation, childhood, and disabilities. G8 was comprised of 26 studies; **G9) Venezuelan Migrants**. Research dedicated to understanding the specificities of the largest group of migrants currently in vulnerable situations in Brazil. G9 was comprised of 21 studies; **G10) Migrants from Other Origins**. Studies aimed at understanding the specificities of different migrant groups, such as Haitians, Bolivians, Senegalese, among others. G10 was comprised of 17 studies; **G11) Philosophy and Sociology of Migration**. This group comprises predominantly theoretical works that engage with the fields of philosophy and sociology, exploring fundamental concepts related to migration. G11 was comprised of 9 studies; **G12) Others**. This category encompasses works that do not fit thematically into the previous groups, exploring various perspectives and approaches in migration research, such as studies on

³² As in footnote 12, since the research was conducted in Portuguese, the keywords were translated into English for the reader's convenience.

Brazilian emigrants, as well as the role of a university outreach project in strategic litigation. G12 was comprised of 4 studies³³.

The group with the highest number of works, totaling 49 productions, focuses on the Brazilian State's efforts to ensure the rights of the migrant population. This includes legislative efforts, with several works dedicated to studying the Migration Statute, as well as specific public policies. Additionally, there are studies on the challenges of migration regulation, Supreme Court decisions impacting the protection of this population, as well as works dedicated to the Brazilian institute of *acolhida humanitária*.

Although broader in scope, the thematic group on International Law of Migrants is only the second most numerous. This group contains works on R2P (Responsibility to Protect), more general works on the protection of migrants' human rights at the international level, as well as works that address specificities of treaties and documents, such as the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, and the New York Declaration for Refugees and Migrants.

Although not the largest, the thematic group on environmental displacement gained volume from 2020 onwards, with only one work in the group produced before that year. The topic of environmental displacement is of utmost relevance in the current international relations arena, as it intertwines discussions on international migration governance and migrants' rights with environmental and climate discussions, which are currently at the center of international negotiations.

Aside from group 12, which compiles works not aligned with the other groups, the least expressive one is group 3, concerning statelessness. Despite being an extremely relevant topic in the realm of human rights, as it involves the total absence of ties with the State, its theoretical complexity may possibly be a deterrent to researchers' interest. That said, as a field of study, statelessness may be prominent, once it is not the most sought after.

On another note, considering only the migrant category (e.g., refugees, stateless persons, environmentally displaced people, migrant workers, etc.), the most specifically investigated category was undoubtedly the refugees, with 93 works dedicated to studying them. Followed closely, with 77 works, by the migrants *latu sensu*. In third place, corroborating the information regarding group 4, were environmental migrants, studied in 21 works.

Studies dedicated to exploring the specific role of the Inter-American System for the Protection of Human Rights were relatively scarce, representing only a small portion of the total analyzed works. Only eight studies focused on this regional human rights protection system in the Americas. This finding suggests that, despite the importance of the system in defending human rights in the region, there was limited interest among researchers in delving deeper into the functioning and effectiveness of this specific system. This gap may indicate a potentially fertile area for future research and more in-depth analysis on the subject.

Finally, it is worth mentioning the production of the Federal University of Rio Grande do Norte's (UFRN) PPGD, this study's host institution. So far, it has been identified the existence of 4 dissertations: one which addressess the international protection of migrant workers³⁴, one aimed at understanding Brazilian migration legislation in light of the Inter-American System for the Protection of Human Rights³⁵,

³³ It is important to note that a single work could be included in more than one thematic group. However, for the purposes of this work, this option was discarded. Therefore, to avoid imprecision, the works were allocated to the group that best represents their main objective.

³⁴ RODRIGUES, F. L. F. *A proteção internacional do trabalhador migrante frente ao direito brasileiro: avanços e lacunas na legislação e na efetivação dos direitos dos migrantes*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

³⁵ SILVA, T. R. *A (necessária) convencionalização da legislação migratória brasileira: uma análise da regulamentação da política migratória à luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.

one on the intersections between refuge and gender³⁶, and finally, an investigation into the realization of the human rights of Venezuelan migrants³⁷. Currently, at least one master's level work is being developed on the topic of human rights of migrants, specifically focusing on public policies instituted by the Brazilian State. In this institution, the most engaged advisor on the topic is Thiago Oliveira Moreira, with two completed supervised works and one in progress.

In general, it is observed that more works have been produced on the realization of rights than purely theoretical works, and there has been an emphasis on works with a focus on Brazil. This highlights an approach of the academia, particularly in law, an area historically more inclined towards theoretical studies, towards empiricism and understanding real-world issues.

5. Conclusion

International migration has become a key topic in global politics, challenging traditional state concepts and reshaping the global landscape. Despite some coverage in existing international legal frameworks, a comprehensive UN framework for migration is lacking. Consequently, individuals, particularly vulnerable ones, rely on broad UN human rights treaties for protection. This underscores the need for enhanced legal mechanisms to address the complexities of global migration. Therefore, comprehending the specificities of the scientific research developed in this area is essential.

The mapping of the production of theses and dissertations on the topic of migrants' human rights from 2012 to 2023 revealed a significant increase in interest in this subject, particularly in the second half of the 2010s, and a slight decline starting in 2020 (despite the significant increase in research on environmental displacement from this same period). This movement is possibly due to the fact that during the same period of increased production, there were also numerous massive migration flows to the country, as well as legislative changes, particularly with the publication of the Migration Statute in 2017.

Furthermore, a significant portion of the studies focuses on understanding the challenges and contributions of the Brazilian State, as well as the realization of rights outlined in international laws and treaties, rather than solely theorizing about them. Additionally, the majority of production is centered in non-profit private universities, followed by federal universities.

Regionally, the concentration of research reflects the distribution of postgraduate programs in law. The vast majority of works come from the Southeast and South regions, followed by the Northeast and the Center-West - the only region hosting a law postgraduate program with a concentration area close to migration studies. There are few works produced in the North region, despite it being one of the most affected by migration flows.

In conclusion, the research emphasizes the importance of not only fostering production in peripheral regions but also expanding scholarly inquiries into critical themes such as statelessness, the philosophy and sociology of law concerning migrations, and the role of the Inter-American System for the Protection of Human Rights in advocating for migrants' rights. Further exploration of these areas is essential for a comprehensive understanding of the complexities surrounding migration and for the development of effective policies and interventions aimed at safeguarding the rights and dignity of migrants globally.

³⁶ SILVA, W. M. N. P. *Mulheres e refugiadas: uma análise da proteção internacional dos direitos humanos conferidos às mulheres refugiadas sob a ótica interseccional entre gênero e refúgio*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

³⁷ CARDOSO, J. L. M. S. *Direitos humanos dos migrantes venezuelanos e sua efetivação pela justiça federal brasileira no contexto da pandemia da Covid-19*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2023.

Bibliography

- BARRETO, L. P. T. F.; LEÃO, R. Z. R. "O Brasil e o espírito da Declaração de Cartagena", *Forced Migration Review*. 2010, n. 35, pp. 45-46.
- BRASIL. "Painel de Dados do Observatório da Pós-Graduação", *Plataforma Sucupira*. 2024. Available in: <https://sucupira-v2.capes.gov.br/sucupira4/painel/ReportSection5195196f249c6711e140>.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Princípios do direito internacional contemporâneo*. FUNAG, Brasília, 2017.
- CARDOSO, J. L. M. S. *Direitos humanos dos migrantes venezuelanos e sua efetivação pela justiça federal brasileira no contexto da pandemia da Covid-19*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2023.
- CARVALHO RAMOS, A. "Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas", in: ALMEIDA, G. A.; CARVALHO RAMOS, A.; RODRIGUES, G. (Org.), *60 anos de ACNUR: perspectivas de future*, Editora CL-A Cultural, São Paulo. 2011, pp. 15-44.
- CRESWELL, J. W. *Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*, Artmed, Porto Alegre, 2010.
- DANTAS, B. L.; MOREIRA, T. O. "Desenvolvimentos recentes na proteção interamericana dos migrantes: um estudo à luz dos casos Roche Azaña y otros vs. Nicaragua e Habbal y otros vs. Argentina", *Revista Jurídica da UFRSA*, n. 13, v. 7, 2023, pp. 186-207.
- DI CESARE, D. *Estrangeiros Residentes: uma filosofia da migração*, Âiyné, Belo Horizonte, 2020.
- FERREIRA, N. S. A. "As pesquisas denominadas 'estado da arte'", *Educação & Sociedade*, n. 23, v. 79, 2002, pp. 257-272.
- GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*, Atlas, São Paulo, 2002.
- GIL, A. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*, Atlas, São Paulo, 2008.
- GONÇALVES, A. B. V.; SILVEIRA, A. A. D. "A exigibilidade do direito à educação básica no Brasil: estado da arte de teses e dissertações de 1988 a 2018", *Revista Educação e Políticas em Debate*, n. 10, v. 2, 2021, pp. 936-954.
- GUERRA, S.; CHALOUB, L. "Brazilian's integration policies and the public budget: a study of the main intersection factors within the migration governance framework". *Cadernos de Dereito Actual*, n. 19, 2022, p. 56-74.
- HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B. *Metodologia científica na pesquisa jurídica*, Atlas, São Paulo, 2017.
- IOM. "Who We Are". *International Organization for Migration*. [no date]. Available in: <https://www.iom.int/who-we-are>.
- JUBILUT, L. L. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- MATTILA, H.S. "Protection of Migrants' Human Rights: Principles and Practice", *International Migration*, n. 38, 2001, pp. 53-71.
- MIRANDA GONÇALVES, R. "The legal institute of refuge: a study on contemporary forced migration flows and the international responsibility of the state in the protection of refugees", *Revista Jurídica Unicuritiba*, v.5, n.72 pp. 01 - 27.
- MOREIRA, T. O. *A Concretização dos Direitos Humanos dos Migrantes pela Jurisdição Brasileira*. Instituto Memória, Curitiba, 2019.

- MOREIRA, T. O.; COSTA, A. C. F. "Direito Internacional à educação como ferramenta emancipadora dos imigrantes em situação de vulnerabilidade", in: BORGES, A. W.; GASPAR, R. A. *Uma Leitura do DIN a partir do Sul: Direito, Globalização e Cidadania*, LAECC, Uberlândia, 2022, pp. 111–129.
- OLIVEIRA, D. A. "O imigrante na política educacional brasileira: um sujeito ausente", *Praxis Educativa*, n. 15, 2020, pp. 1–15.
- RODRIGUES, F. L. F. *A proteção internacional do trabalhador migrante frente ao direito brasileiro: avanços e lacunas na legislação e na efetivação dos direitos dos migrantes*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.
- SILVA, T. R. *A (necessária) convencionalização da legislação migratória brasileira: uma análise da regulamentação da política migratória à luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.
- SILVA, W. M. N. P. *Mulheres e refugiadas: uma análise da proteção internacional dos direitos humanos conferidos às mulheres refugiadas sob a ótica interseccional entre gênero e refúgio*. Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- SOLOMON, M. K.; SHELDON, S. "The Global Compact for Migration: From the Sustainable Development Goals to a Comprehensive Agreement on Safe, Orderly and Regular Migration". *International Journal of Refugee Law*, v. 30, n. 4, 2018, pp. 584–590.
- VILAS BOAS, M. S.; DANIELE, A. L. W. S.; PAMPLONA, D. A. "Direito Humano ao Trabalho: políticas públicas para a inserção dos imigrantes, refugiados e apátridas no mercado de trabalho na região sul do país", in: ANNONI, D. (Coord.). *Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil*. Coord. Gedai/UFPR, Curitiba, 2018, pp. 229–245.
- VOSGERAU, D. S. R.; ROMANOWSKI, J. P. "Estudos de revisão: implicações conceituais e metodológicas". *Rev. Diálogo Educ.*, v. 14, n. 41, 2014, pp. 165–189.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 71-89
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Restorative justice as a possible path to access to justice in Brazil: the central role of the Judiciary and the creative translation based on the Euro-American theoretical and methodological framework¹

Bruno Makowiecky Salles²

Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Helena Schiessl Cardoso³

Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Centro Universitário Católica de Santa Catarina (CatólicaSC)

¹ This article is one of the many scientific products resulting from the partnership between Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) and Delaware Law School – Widener University, being produced with the support of the Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC).

² Post-doctoral researcher in Legal Science from the University of Vale do Itajaí (UNIVALI), with a post-doctoral internship at the Università Degli Studi di Perugia (UNIPG), Italy. Dottore di Ricerca in Scienze Giuridiche from the Università Degli Studi di Perugia (UNIPG), Italy. Ph.D. and Master's degree in Legal Science from the University of Vale do Itajaí (UNIVALI), Brazil. Specialist in Law and Judicial Management from the Judicial Academy of the Court of Justice of Santa Catarina (CEJUR) and Specialist in Civil Law and Civil Procedure from the Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), in partnership with the Higher School of Magistracy of the State of Santa Catarina – ESMESC, Brazil. Permanent Professor of the Stricto Sensu Postgraduate Program in Legal Science at the University of Vale do Itajaí (UNIVALI). Trainer and Tutor at the National School for Training and Improvement of Judges (ENFAM). Bachelor of Law from the Federal University of Santa Catarina (UFSC). Judge of Law in the State of Santa Catarina, also serving as Director of Research and Extension at the Judicial Academy. CV: <http://lattes.cnpq.br/7479543022697803> Email: brunomakowieckysalles@gmail.com

³ Post-doctoral researcher in Legal Science at the University of Vale do Itajaí (UNIVALI), Brazil, with a Fapesc scholarship in the Project to support the full internationalization of the doctoral academic course in Legal Science UNIVALI in double degree with Delaware Law School/Widener University (USA); Ph.D. in Law from the Federal University of Santa Catarina (UFSC) and Master's degree in Law from the Federal University of Paraná (UFPR), Brazil; Specialist in Criminal Law and Criminology from the Institute of Criminology and Criminal Policy (ICPC) and Bachelor of Law from the Federal University of Paraná (UFPR), Brazil; Researcher linked to the Research Groups "Law, Constitution and Jurisdiction" and "Governance, Constitutionalism, Transnationality and Sustainability" of PPCJ/UNIVALI and "Law, State and Globalization" of the Centro Universitário CatólicaSC, Brazil, and Culture of Peace and Democracy linked to Ratio Legis of the Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), Portugal; Professor at the Law School and Coordinator of the Postgraduate Course in Criminology, Criminal Policy and Restorative Justice at the Centro Universitário CatólicaSC, Brazil; Criminal Lawyer. CV: <http://lattes.cnpq.br/4797118172765966> Email: helena.schiessl.cardoso@gmail.com

Summary: 1. Introduction. 2. Defining access to justice: a possible state of art. 3. Criminal justice system in Brazil: restorative justice as a possible path to access to justice. 4. Restorative practices in Brazil: the predominance of the Judiciary and the creative translation based on the euroamerican influence. 5. Conclusions. 6. References.

Abstract: The article aims to investigate restorative practices in Brazil as a possible way to guarantee the right of access to justice for people involved in criminal conflict. The analysis is qualitative, based on bibliographic and documentary research. Thus, the article begins with a possible contemporary definition of the right to access to justice, in the double sense of access to courts and access to rights. Next, it problematizes the crisis of the Brazilian criminal justice system and indicates Restorative Justice as a possible path to achieving access to justice, considering that restorative practices propose the involvement of the victim, the offender and the community in the search for a solution that satisfies, if possible, everyone's needs. Finally, the research concludes, based on the available empirical data, that in Brazil, Restorative Justice had its institutionalization marked by the protagonism of the Judiciary and that, despite the strong influence of the Euro-American theoretical-practical framework and the predominance of peace circles, the translation of restorative practices in the country occurred in a creative way, considering that national, regional and local elements were incorporated to account for the specificities of the respective restorative programs.

Keywords: Access to Justice. Restorative Justice. Judicial Power. Euroamerican Influence. Brazil.

1. INTRODUCTION

In contemporary societies there is, to a certain extent, a consensus that the criminal justice system is in crisis. Victims often feel abandoned by the State. Offenders, as a rule, seek to evade their responsibilities. The prison system is unable to fulfill the preventive functions attributed to the sentence. In some countries, such as Brazil, the crisis of legitimacy is intensified due to the inhumane and violent reality of the system.

Considering the UN 2030 Agenda, in particular the objective "16 – Peace, Justice and Effective Institutions", there is a need to hold a qualified debate on the very meaning of justice and the paths through which it is possible to access it. Thus, the objective of this article is to investigate restorative practices in Brazil as a way of guaranteeing the right of access to justice. Regarding methodology, the analysis is qualitative, using bibliographic and documentary research techniques.

Therefore, this article will begin with a theoretical reflection on a possible contemporary definition of the right of access to justice, given the existence of a multiplicity of possible meanings. It will then problematize the reality of the Brazilian criminal justice system based on the Retributive Justice model and the deficiencies in relation to the realization of the human and fundamental right of access to justice for the victim, the perpetrator and the community.

Having outlined the central ideas of Restorative Justice, the article will verify to what extent it can be considered a possible way to guarantee access to justice for those involved in the conflict. Finally, in the light of existing empirical research on the field, it will seek to understand how the process of reception of the restorative movement took place in Brazil and what the current nature of existing restorative practices in the country is.

2. DEFINING ACCESS TO JUSTICE: A POSSIBLE STATE OF ART

Given the multiplicity of meanings of the expression Access to Justice (*latu sensu*) and the richness of the various aspects involved, it has already been observed

that “*Il est paradoxalement plus aisé de définir ce que n'est pas le droit d'accès au juge*”⁴. Access to Justice is one of those kaleidoscopic expressions, reflecting an idea that “*draws the mind to a multitude of questions about the sources of injustice and the legal systems around the world that have developed to help provide an avenue for redressing a wrong*”⁵. While some take narrow views, others encompass almost all of the problems in the justice systems⁶.

Currently, Access to Justice is considered an element of the category of Human Rights, it is entrenched in the Constitutions of several countries and can be seen, even in systems where there is no normative provision, as implicit in the rule of law⁷. Notably in the common law family, it is also a derivation of the due process clause⁸. Its underlying idea is to recognize each citizen's prerogative to claim a possible right, to have their claims analyzed and to have their rights assured under equal conditions⁹, either judicially or extrajudicially.

In this sense, Access to Justice has basically two prevailing conceptions¹⁰. The locution is intended to reference, in a first conception, “*la possibilità per ogni essere umano di accedere agli strumenti, generalmente giurisdizionali*”. But, in a second view, it also includes the extrajudicial instruments “*predisposti dall'ordinamento, posti a tutela dei propri diritti o interessi*”¹¹.

The famous Florence Access to Justice Project¹², for example, places certain focus on the input of a claim into the judicial system¹³ and the system's ability to conduct a fair process and deliver timely and adequate outputs. Thus, the Project adopts something more like an “*approccio procedimentale che si resolve con la*

⁴ DONIER, V.; LAPÉROU-SCHNEIDER, B.; GERBAY, N.; HOURQUEBIE, F.; e ICARD, P. “Propos introductifs”, in: DONIER, V.; LAPÉROU-SCHNEIDER, B. (sous la direction). *L'accès au juge: reserche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, p. 32. Translation: “Paradoxically, it is easier to define what is not the right of access to judge”.

⁵ RICE, T. H. S.; REISMAN B. L. “Access to justice for tort claims against a sovereign in the courts of the United States of America”, in: FRANCIONI, F.; GESTRI, M.; RONZITTI, N.; SCOVAZZI, T. *Acesso alla aiustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 257.

⁶ JOHNSON JR., E. “Thinking about access: a preliminary typology of possible strategies”, in: CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Access to justice*, v III: emerging issues and perspectives, Milano, Giuffrè, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1978-1979, p. 07-08.

⁷ MIRANDA, F. C. P. d. *Comentários à constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*, 3. ed, Tomo V, Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 104.

⁸ VELLOSO, C. M. da S. “Apresentação”, in: NALINI, J. R. *O juiz e o acesso à justiça*, 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 7.

⁹ CONFORD, T. “The meaning of access to justice”, in: PALMER, E.; CONFORD, T.; GUINCHARD, A.; MARIQUE, Y. *Access to justice: beyond the policies and politics of austerity*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 29.

¹⁰ ABREU, P. M. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, 2. ed. rev. e atual., Florianópolis, Conceito Editorial, 2008, p. 36.

¹¹ OSTI, A. *Teoria e prassi dell'access to justice: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 11. Translation: “the possibility of each human being to have access to instruments, generally jurisdictional”, “provided for in the legal system, made available for the protection of their rights or interests”.

¹² One of the main theoretical landmarks on Access to Justice is the Florence Project. It started in Italy, in 1971, in an International Conference on Civil Procedure and was completed in 1978. The result was a great publication, under the general direction of Mauro Cappelletti and Bryan Garth and the support of the Ford Foundation, the European University Institute in Florence and others, containing 04 (four) books distributed in 06 (six) volumes. The work had the participation of jurists, sociologists, economists, anthropologists, psychologists, politicians and academics of various continents, representing a highly influential study across cultures, either in civil law and common law.

¹³ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988, Original title: *Access to justice: the worldwide movement do make rights effective. A general report*, p. 08.

símplice equazione giustizia/sistema giurisdizionale"¹⁴. In broad terms¹⁵, the Florence Project begins with research into the needs of judicial systems to expand access by removing economic, social, temporal, organizational and procedural barriers.

The policy oriented¹⁶ study gave rise, in the western world, to three renewal waves in a chronological sequence¹⁷: the first aiming to provide legal assistance to the poor¹⁸, the second intending to protect collective and diffuse interests¹⁹ and the third designing systemic reforms in the organization of justice²⁰.

On the other hand, as mentioned above, there are complementary conceptions that prioritize, more directly, extrajudicial channels of Access to Rights, such as the view adopted by the Permanent Observatory of Portuguese Constitutional Justice²¹. This conception expands the idea of Access to Justice beyond the filing of a remedy in the judicial system. To this end, the entire socio-political context, the degree of legal information²² and the level of accessibility of citizens to rights are included in the analysis, even if the access occurs outside the judicial apparatus, whether in other public bodies, in arbitrations, in mediations or in other informal private conflict resolution agencies. In such a framework, the removal of barriers to Access become dependent not only on the Judiciary, presupposing a more ideal

¹⁴ OSTI, A. *Teoria e prassi dell'access to justice: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 05. Translation: "procedural approach that is resolved in the justice/jurisdictional system equation".

¹⁵ See: SALLES, B. M. *Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre civil law e common law*, v. 1, Belo Horizonte, Dialética, 2021.

¹⁶ CAPPELLETTI, M. "Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica", in: *Il Foro Italiano*, Roma, Società Editrice Del Foro Italiano, v. 102, 1979, p. 59.

¹⁷ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, Trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988, Original title: *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, p. 31.

¹⁸ The first wave, seen especially in Europe and United States in the 60, aimed to expand legal assistance to the poor, providing legal consultancy and private lawyers paid by the Government (*judicare* system), or public defenders and neighborhoods offices maintained by public authorities, or combining both models. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, Trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988, Original title: *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, p. 31-48.

¹⁹ The second wave began between 1965 and 1970 in the United States and, later, in Europe and other western countries. The goal was to protect collective and diffuse interests emerging with the complexity of social relations, such as the rights of consumers and the environment. This wave faced organizational obstacles, reviewing the individualistic procedural culture and idealizing techniques such as class actions, creation of regulatory agencies and expansion of legitimacy to stand before a Court. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, Trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988, Original title: *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, p. 49-66.

²⁰ The third wave, which emerged in the 1970s, projects a whole new approach to Access to Justice. It articulates against the plexus of barriers in a more comprehensive way, acting on the general set of institutions and mechanisms, people and procedures used to process and prevent disputes in modern societies. The proposal includes changes to forms of procedure, changes to Court organization, creation of new Courts, use of lay or paraprofessionals, modifications to substantive law designed to avoid litigation or facilitate resolution, and private or informal mechanisms for resolving disputes. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, Trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988, Original title: *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, p. 67-71.

²¹ The Observatory constitutes a research Department of the Center of Social Studies of the Faculty of Economics of Coimbra, whose research, published in 2002, was scientifically directed by Boaventura de Sousa Santos and coordinated by João Pedroso, Catarina Trincão, João Paulo Dias, with the participation of others. The research looked at the issue from the perspective of a decentralized Access to Rights, including employment, health, education, etc, not prioritizing granting them through the Courts. The studies cover civil law and common law systems, proving to be know in both families and, more notably, within civil law.

²² FOLLEVILLE, C. de. *L'accès au droit et à la justice*, Paris, ESF Éditeur, 2013, p. 21.

functioning of society and the Government²³. In this integrated information and dispute resolution system, the Courts are just one part²⁴.

As can be seen from polysemy and the two main conceptions, Access to Justice (*latu sensu*) consists of a complex construction, whose presence in legal systems appears today under varied formulas. Whether as a human right at the international level²⁵, or as a fundamental right explicit or implicit²⁶ in the Constitutions, Access to Justice has the attributes of the most relevant rights²⁷.

As a normative species, it is normally, but not always, presented as a principle. In any of the circumstances above, it emerges as an authentic right, even though it also has, connected and intimate, a guarantee function of allowing the access to other rights in public or private spheres, jurisdictional or not. Hence it is said that Access to Justice is genuinely a right, but a right also "*funzionale o servente*", contributing to "*l'adattamento dell'ordinamento ai diritti fondamentali*"²⁸.

The right of Access is commonly categorized as a provisional right²⁹, the promotion of which depends on state interventions (*facere*) to guarantee accessibility for all, under equal conditions, in Court or out of it. However, Access to Justice can also be seen as a type of fundamental freedom, prohibiting the Legislator (*non facere*) from acts that violate its core³⁰. Furthermore, there are relations between Access to Justice and political rights, since, through acts of demand, it is possible to actively participate in public decision-making, in an exercise of citizenship³¹. As if this combination of elements was not enough, the understanding of Access to Justice is not limited to relations between the Government and individuals, also presupposing joint action and the sharing of responsibilities between the Government and the civil society³².

It is worth mentioning that, throughout this vast terrain, Access to Justice involves a double dimension³³: the private and the public one. The first is represented by the resolution, case-by-case, of conflicts of interests, in order to benefit those directly interest in the outcome of the dispute. The second lies in the diffuse effect of the resolution, which restores violated legalities, stabilizes social and economic development and benefits the community.

Alongside all this, the role of the judges and interprets, in national and international spectrum, is essential for defining what should be understood as the

²³ SANTOS, B. de S. (dir.); PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P. (coord.). *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*, Coimbra, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OJP), 2002, p. 26.

²⁴ MENDONÇA, J.J. F. d. S. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, São Paulo, Almedina, 2016, p. 53.

²⁵ SALLES, B. M.; CRUZ, P. M. "Access to justice: a concept in the light of the european and american international systems", *Academia letters*, article 1420.

²⁶ MENDONÇA, J.J. F. d. S. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, São Paulo, Almedina, 2016, p. 15.

²⁷ MENDONÇA, J.J. F. d. S. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, São Paulo, Almedina, 2016, p. 122.

²⁸ OSTI, A. *Teoria e prassi dell'access to justice: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 11 and 12. Translation: "functional or servant" and "the adaptation of the law to the fundamental rights".

²⁹ MENDONÇA, J.J. F. d. S. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, São Paulo, Almedina, 2016, p. 55 e 197.

³⁰ OSTI, A. *Teoria e prassi dell'access to justice: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 22-23; and CONFORD, T., "The meaning of access to justice", in: PALMER, E.; CONFORD, T.; GUINCHARD, A.; e MARIQUE, Y. *Access to justice: beyond the policies and politics of austerity*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 33.

³¹ ABREU, P. M. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*, v. 3, São Paulo, Conceito Editorial, 2011.

³² About the topic: RAPOSO, M. "Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. III, Ano 44, p. 523-543, dezembro de 1984.

³³ OSTI, A. *Teoria e prassi dell'access to justice: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, p. 12.

content of Access to Justice. Such a definition depends not only on the degree of normativity of the right and the nature of the available means of protection and remedies, but also on the factual possibilities and restrictions established in the name of the public interest and the rationalization of public services. The subject is one more chapter of the permanent tension between normativity and real factors³⁴ that permeates the problem of the effectiveness of rights, the procedural practices and the political choices of each system³⁵.

Based on the content exposed, it is possible to risk summarizing what Access to Justice (*lato sensu*) means, in a difficult attempt to describe the state of the art:

Access to Justice is a human right at the international level and a fundamental right at the domestic level, commonly established in the form of a principle, but which can also be implicit in legal systems.

It has its own value, which is combined with an instrumental function and with a complex content. It encompasses public and private actors behaviors, but also incorporates aspects of freedoms and participation rights.

It is specified (*stricto sensu*) in the possibilities of (i) Access to Courts for judicial protection, through a fair trial and with all the guarantees of the due process, such as impartiality, reasonable duration, motivation of decisions, publicity and others, and (ii) Access to Rights in extrajudicial spheres, in terms of information, advice and effective alternative methods of conflict resolution.

All these notions interact and generate a non-absolute content that depends on the interpretative activity, in the tension between normativity and factual limitations³⁶.

Access to Justice is one of the most relevant and current concerns in the field of law. It combines theory and practice, is subject to studies from different angles and represents one of the main dilemmas of the contemporary society³⁷. More than this, it provides an "privileged analytical window" to radically reinvent theoretical, practical and political foundations in law³⁸.

3. CRIMINAL JUSTICE SYSTEM IN BRAZIL: RESTORATIVE JUSTICE AS A POSSIBLE PATH TO ACCESS TO JUSTICE

In Brazil, the criminal justice system deals with violence and situations endowed with social negativity by adopting an approach based on Retributive Justice. In other words, in general, the State investigates, prosecutes and judges the offender, imposing a criminal penalty at the end of the process, varying the severity of the punishment in terms of prison time according to the defendant's degree of reproach. From this perspective, doing justice does not mean resolving the conflict between perpetrator and victim. Doing justice is limited to punishing the perpetrator of the crime who violated criminal law according to his or her culpability.³⁹

³⁴ HESSE, K. *A força normativa da constituição*, Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1991. Original title: *Die normative Kraft der Verfassung*.

³⁵ MENDONÇA, J.J. F. d. S. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, São Paulo, Almedina, 2016, p. 158.

³⁶ SALLES, B. M.; CRUZ, P. M. "Access to justice: a concept in the light of the european and american international systems", *Academia letters*, article 1420.

³⁷ BENJAMIN, A. H. V. e. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*, BDJur, Brasília, DF. Available in: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>>.

³⁸ SANTOS, B. d. S. *Para uma revolução democrática da justiça*, 3. ed. rev. e ampl, São Paulo, Cortez, 2007, p. 04.

³⁹ According, among others: CARDOSO, H. S. "Justiça restaurativa judiciária como instrumento de acesso à justiça no Estado Democrático de Direito: a importância da avaliação das práticas restaurativas para a estruturação de políticas públicas eficazes", in: XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU – SC, Acesso à Justiça: Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça I, Florianópolis, CONPEDI, 2022, p. 124-142. Available in: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/7ci2bts7/H4p5qIa50v1s15KC.pdf>;

As pointed out by Jacinto Coutinho, the criminal process serves to resolve the "criminal case" which, "limitado linguisticamente pela imputação contida na inicial acusatória, fixa o conteúdo daquilo que poderá ser cognoscível e devidamente acertado através do exercício do poder jurisdicional."⁴⁰

Given that in Brazil, as a rule, criminal action is of unconditional public initiative, it is up to the Public Prosecutor's Office to deconstruct the defendant's presumption of innocence and prove the facts alleged in the complaint in order to obtain a conviction. In this context, the victim is not a party to the proceedings and participates in the investigation and process only as an element of evidence.

On the other hand, the defense must strategically choose between remaining silent, producing counter-evidence or carrying out evasive maneuvers to achieve, at best, acquittal - or alternatively, fight for the recognition of nullities, removal of circumstances that make the crime more serious or that increase the defendant's sentence; evaluate the convenience of using negotiated criminal justice institutions, etc.

Be it one way or another, within the framework of retributive justice, there is no real incentive for the defendant to assume responsibility for his actions, since the confession, combined with another probative element, will give rise to the certainty of his punishment, implying only the reduction of his sentence.

In this dialectical combat between the State and the defendant, theoretically governed by the principle of equality of arms, both sides seek to persuade the judge about the truth of their version of the facts, because – recalling Calamandrei's classic lesson of the "processo come giuoco"⁴¹ - "per ottenere giustizia non basta aver ragione"⁴², it is necessary to bring arguments capable of convincing the judge and arousing resonances and sympathies in his conscience.

CARDOSO, H. S.; GELAIN, I. L. "Justiça Restaurativa e Perdão no Ordenamento Jurídico Brasileiro", in: GELAIN, I. L. (org). *Pensamento em Movimento: direito, justiça e cidadania*, v. VI, São Paulo, Editora Dialética, 2024, p. 67-88.

⁴⁰ COUTINHO, J. N. d. M. "Caso penal e limites à cognição processual", *Revista Duc In Altum*, Cadernos de Direito, vol. 8, n. 14, jan.-abr. 2016, p. 12. Available in: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/3-12-1-pb.pdf>. Translation: "(...) linguistically limited by the accusation contained in the accusatory pleading, sets the content of what may be cognizable and properly adjudicated through the exercise of judicial power".

⁴¹ According to Calamandrei: "Affinchè la domanda proposta dall'attore possa esser accolta, occorre che sia filtrata attraverso la mente del giudice, e che riesca a farsi intendere da lui ed a persuaderlo: l'esito finale dipende dunque dall'incontro di queste due psicologie individuali e dalla forza di convinzione con cui le ragioni fatte valere dal richiedente riusciranno a suscitare risonanze e simpatie nella coscienza del giudicante." CALAMANDREI, P. "Il processo come giuoco", in: CALAMANDREI, P. *Opere Giuridiche*, A cura de Mauro Cappelletti, Volume Primo, Napoli, Morano Editore, 1965, p. 539. Translation: "For the claim proposed by the plaintiff to be accepted, it is necessary that it be filtered through the judge's mind, and that it manages to make itself understood by him and to persuade him: the final outcome therefore depends on the meeting of these two individual psychologies and on the strength of conviction with which the reasons put forward by the applicant will succeed in arousing resonances and sympathies in the conscience of the judge."

⁴² CALAMANDREI, P. "Il processo come giuoco", in: CALAMANDREI, P. *Opere Giuridiche*, A cura de Mauro Cappelletti, Volume Primo, Napoli, Morano Editore, 1965, p. 539.

The rules of this criminal procedural game⁴³ are set by the legal system, with the Constitution being a parameter⁴⁴ of legitimization and control of all state acts. These rules must be followed by the State and the defendant – both in the investigation phase, as well as in the procedural investigation and criminal execution phase. Within this context, “Constitutional Justice”⁴⁵ requires a structurally impartial judge who decides the criminal case in a well-founded manner in light of full and lawful evidence of the materiality and authorship of the crime, constructed in a dialectical manner by the parties, dosing the penalty in accordance with the criminal liability of the author. Criminal execution, on the other hand, must respect the fundamental human rights of the convicted person.

Consulting the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil⁴⁶, the design of a democratic criminal justice system can be seen. There are a series of commandments that are guarantees for citizens in the face of the punitive power of the State, namely: the principles of legality and culpability as prerequisites for crime and criminal sanction; the implicit presence of an accusatory criminal procedural paradigm; the guarantee of adversarial proceedings, of full defense, of due process of law, of presumption of innocence, of prohibition of illicit evidence; the requirement of publicity and reasoning in judicial decisions; the need for individualization of punishment; respect for the human dignity of the prisoner, etc.⁴⁷

However, an analysis devoid of naivety indicates a contradiction between what is and what should be, that is, a tension between constitutional commandments and the reality of the criminal justice system.⁴⁸

Historically, the criminal process and Brazilian legal culture are marked by an inquisitorial structure and a punitive inclination. Roughly speaking, the clientele of the criminal justice system has always been made up of the socially marginalized

⁴³ Applying Game Theory to criminal procedure, Alexandre Moraes da Rosa states that: “O processo penal se estrutura como uma modalidade de jogo processual no qual há (a) conjunto de normas jurídicas; (b) que estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos (recebimento/rejeição da denúncia; absolvição sumária; produção probatória (informação), condenação/absolvição – em diversas instâncias), (c) mediante jogadas temporalmente indicadas (denúncia/queixa, defesa preliminar, alegações finais, recursos, similares), (d) para os quais o Estado Juiz emite comandos (despachos, interlocutórias, decisões, acórdãos, similares) de vitória/derrota (total ou parcial).” ROSA, A. M. d. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013, p. 29-30. Translation: “Criminal procedure is structured as a type of procedural game in which there are (a) a set of legal rules; (b) that establish expectations of gain/loss at specific moments (receipt/rejection of the charge; summary acquittal; production of evidence (information), conviction/acquittal - in various instances), (c) through temporally indicated plays (charge/complaint, preliminary defense, final arguments, appeals, similar), (d) for which the Judge State issues commands (rulings, interlocutory decisions, judgments, similar) of victory/defeat (total or partial).”

⁴⁴ SCHIER, P. R. “Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988”, in: CLÈVE, C. M. (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*, 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Thomson Reuters, 2021, p. 57.

⁴⁵ CARDOSO, H. S. “Justiça Constitucional, sanção penal e sistema prisional”, in: CLÈVE, C. M. (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*, 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Thomson Reuters, 2021, p. 674-691.

⁴⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁴⁷ CARDOSO, H. S. “Justiça Constitucional, sanção penal e sistema prisional”, in: CLÈVE, C. M. (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*, 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Thomson Reuters, 2021, p. 674-691.

⁴⁸ CARDOSO, H. S. “Justiça Constitucional, sanção penal e sistema prisional”, in: CLÈVE, C. M. (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*, 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Thomson Reuters, 2021, p. 680.

population due to selective criminal social control supported by the “ideology of social defense”⁴⁹.

And despite the promulgation of a guarantor Constitution and the criminal procedural reforms of recent decades, to this day, more or less explicit “authoritarian permanences”⁵⁰ can be observed in the Brazilian criminal justice system that contravene constitutional normativity.

As an example, we can mention the maintenance in the contemporary criminal process of Summary 523 of the Federal Supreme Court (STF)⁵¹ – published in 1969 in the most violent context of the military dictatorship to validate, within a logic of “authoritarian legality”⁵², criminal processes marked due to a deficient technical defense of the accused –, stating that “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”⁵³.

This transplantation of the authoritarian logic of the military dictatorship to contemporary times, which deprives the right to full defense and contradiction, is a symptom of the still predominant “inquisitorial mentality”⁵⁴ in Brazilian lands, as well

⁴⁹ The ideology of social defense dominates the discourse of jurists, as well as common sense in society. It supports the idea that the criminal is a dangerous and violent person from whom society needs to be defended. Compare, in this sense, among others: ANDRADE, V. R. P. d. *Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*, Rio de Janeiro, Revan/ICC, 2012.; BARATTA, A. A *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, 3. ed., Trad: Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro, Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

⁵⁰ According, among others: CALDEIRA, T. P. d. R. “Violência, direitos e cidadania: relações paradoxais”, *Cienc. Cult.* [online], 2002, vol. 54, n. 1, pp. 44-46. Available in: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252002000100021&lng=en&nrm=iso; LUZ, D. “O ius commune latino-americano e o direito brasileiro: uma estratégia para superação das permanências autoritárias e democratização do processo penal”, *Cadernos de Direito Actual*, nº 20, Núm. Extraordinário (2023), pp. 58-75. Available in:

<https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/955/474>; LOPES JR, A.; KHALED JR, S. H. “Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal”, *Cadernos de Direito Actual*, nº 20, Núm. Extraordinário (2023), pp. 23-39. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/925/472>;

PASTANA, D. R. “Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo”, *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, pp. 27-47, jan.-abr. 2013. Available in: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/9039/9685>

⁵¹ PRADO, G. “Defesa técnica: da defesa deficiente ou de “quando o direito saiu de férias””, *Cadernos de Direito Actual*, nº 20, Núm. Extraordinário (2023), pp. 98-117. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/946/476>

⁵² According to the terminology employed by Anthony Pereira in analyzing dictatorship and repression in the dictatorial regimes of Brazil, Chile, and Argentina: “Apesar de todos eles terem chegado ao poder pela força, esses governantes despenderam grandes esforços para enquadrar seus atos num arcabouço legal, uma mistura do antigo e do novo. Em todos esses regimes houve, por um lado, uma esfera de terror estatal extrajudicial e, por outro, uma esfera de legalidade rotineira e bem estabelecida”. (PEREIRA, A.W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, Trad. de P. de Q. C. Zimbres, Paz e Terra, São Paulo, 2010, p. 53.) Translation: “Although all of them came to power by force, these rulers made great efforts to frame their actions within a legal framework, a mixture of the old and the new. In all these regimes, on the one hand, there was a sphere of extrajudicial state terror and, on the other, a sphere of routine and well-established legality.”.

⁵³ STF. *Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, data de aprovação: 03 dez. 1969*. Available in: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2729>

Translation: “In criminal proceedings, the lack of defense constitutes absolute nullity, but its deficiency will only nullify it if there is proof of harm to the defendant.”

⁵⁴ LOPES JR, A.; KHALED JR, S. H. “Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal”, *Cadernos de Direito Actual*, nº 20,

as the lack of political commitment to the democratic guarantees of the defendant and with the very idea of parity of arms between prosecution and defense.

In truth, it is an indication of the historical "fallacy of equality between the parties in criminal proceedings"⁵⁵, exposed by the imbalance in the material and budgetary structuring of the different state actors in the criminal justice system. The analysis of the Annual Budget Law for 2023 of the Union is illustrative, revealing the lack of material and human resources of the Public Defender's Office to cope with the avalanche of demands from its clients, considering that the Federal Public Defender's Office receives almost 7 times less than the public prosecution service and 11 times less than the police. Meanwhile, the Federal Public Prosecutor's Office and the Federal Judiciary Police have a presence throughout the national territory, with a budget allocation 18.3 times greater than that of the Federal Public Defender's Office.

The paradox of indeterminacy between democracy and authoritarianism in Brazil becomes evident when situations of institutional violence occur, eventually provoked by the operators of the criminal justice system themselves – as is the case of "torture"⁵⁶ in police stations, prisons and internment units, as well as summary executions of those individuals considered "unworthy of life"⁵⁷ justified in police operations through reports of resistance, especially affecting "the black body"⁵⁸. Added to this is the chronic state of "inhumanity"⁵⁹ in Brazilian prisons, with overcrowded and unhealthy prisons, marked by the risk of death, whether from infectious diseases or violent deaths. It is undeniable that the shortage of places and overcrowding in prison institutions are a structural obstacle to the provision of basic health and education services, as well as working conditions that allow dignified occupation during criminal execution.

In Brazil, therefore, there is a complex relationship between the official criminal system, which applies a custodial sentence, and the "underground criminal system"⁶⁰, which works with the violation of human rights and the indirect death penalty, implying a "legitimacy crisis"⁶¹ of the criminal justice system.

Given the scenario exposed so far, it is important to reflect on the functioning and impacts of the criminal justice system. The question arises: what does it mean to do justice? What does access to justice mean in situations involving crime?

It is reiterated: the criminal process does not focus on the conflict itself, much less on its resolution. The victim, who is the person harmed by the crime, is absolutely neglected by the criminal justice system. As a rule, she is not even part of the criminal process. She does not actively participate in the procedural game and appears before the police or judicial authority only as a probative element. No one asks about her needs. Nobody wants to know her opinion about the meaning of justice in the specific case. And, given the structural lack of the Public Defender's Office, which is unable

Núm. Extraordinario (2023), pp. 23-39. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/925/472>

⁵⁵ PAULA, L. C. d.; BARROS, V. D. M. d. "A falácia da isonomia entre as partes no processo penal brasileiro: quando a estruturação material e orçamentária importa!", *Cadernos de Direito Actual*, n.º 20, Núm. Extraordinario (2023), pp. 134-156. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/947>

⁵⁶ JESUS, M. G. M. d. *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*, 2009, Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Available in: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-05022010-171309/pt-br.php>

⁵⁷ ZACCONE, O. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Revan, 2015.

⁵⁸ FLAUZINA, A. L. P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*, 2. Ed, Brasília, Brado Negro, 2017.

⁵⁹ ALMEIDA, B. R. "Prison and inhumanity in Brazil: A critical based on the history of the present", *Cadernos de Direito Actual*, N.º 21, Núm. Ordinario (2023), pp. 144-158. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/923/491>

⁶⁰ ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito Penal Brasileiro*, v. I, 3. Ed, Rio de Janeiro, Revan, 2006.

⁶¹ ANDRADE, V. R. P. d. *Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*, Rio de Janeiro, Revan/ICC, 2012.

to assist even all defendants, the victim's legal assistance in the criminal justice system is basically limited to the actions of the Public Prosecutor's Office - which is made explicit in the usual rhetoric of their representatives when they justify the defendant's request for conviction in the jury court based on their role as "prosecutor of justice". In other words, in the criminal justice system the victim's right to access justice is reduced to obtaining a criminal sentence with the consequent punishment of the offender.

The defendant, in turn, finds himself in a criminal process marked by a warlike and inquisitorial logic. The core of the criminal process is not understanding the conflict. The fact alleged in the complaint is judged out of context with the history of the perpetrator and the victim. It is also not investigated whether the defendant has any needs that need to be met. And if he has actually committed the crime alleged in the complaint, the tendency is for the accused to do everything to avoid being convicted and sent to an inhumane prison, using in particular his right not to self-incriminate. Therefore, the criminal process does not favor the perpetrator of the crime taking responsibility for his actions. Therefore, the question remains about the degree of satisfaction of the defendant's right of access to justice within a criminal justice system marked by the authoritarian permanences outlined above.

In this context, the contemporary restorative movement - which was born in the 70s and was the object of plural theorization in the 80s and 90s - signals the possibility of a different path to thinking about the social challenges of violence, conflict, security and the sense of justice itself.⁶²

But similar to what happens with the term "access to justice", restorative justice is an expression with multiple meanings. According to Tony Marshall, restorative justice is not a private practice, but is "(...) a problem-solving approach to crime which involves the parties themselves, and the community generally, in an active relationship with statutory agencies."⁶³ It is based on the following set of principles:

- making room for the personal involvement of those mainly concerned (particularly the offender and the victim, but also their families and communities)
- seeing crime problems in their social context
- a forward-looking (or preventative) problem-solving orientation
- flexibility of practice (creativity).⁶⁴

For Howard Zehr, who is considered one of the main theorists of Restorative Justice in the West, restorative processes must prioritize repairing damage and meet the needs of everyone involved in the conflict (victim, offender and community). This is achieved through an inclusive, cooperative and empowering process for all parties that must take the needs of the victim as a starting point. The harm creates the obligation to correct the error, with the offender having the responsibility to seek a solution that satisfies the victim and the community.⁶⁵

⁶² According, among others: CNJ. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário*, Florianópolis, Fundação José Arthur Boiteux, 2018. Available in: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/284>; SILVA, E. L. d. "Justiça Restaurativa como meio alternativo de solução de conflito", *Arquivo Jurídico*, Teresina, v.1, n. 6, 2014, p. 22-38.

⁶³ MARSHALL, T. E. *Restorative justice an overview: A report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate*, 1999, p. 5. Available in: http://www.antonioacasella.eu/restorative/Marshall_1999-b.pdf

⁶⁴ MARSHALL, T. E. *Restorative justice an overview: A report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate*, 1999, p. 5. Available in: http://www.antonioacasella.eu/restorative/Marshall_1999-b.pdf

⁶⁵ According to ZEHR, H. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, Trad. de Tônia Van Acker, São Paulo, Palas Athena, 2008; and ZEHR, H. *Justiça Restaurativa*, Trad. de Tônia Van Acker, São Paulo, Palas Athena, 2015.

Thus, restorativism suggests replacing the retribution/punishment approach with the restoration/responsibility approach. Borrowing Howard Zehr's metaphor, it's about "changing lenses". Quoting the author, "restorative justice aims at helping offenders to recognize the harm they have caused and encouraging them to repair the harm, to the extent it is possible. Rather than obsessing about whether offenders get what they deserve, restorative justice focuses on repairing the harm of crime and engaging individuals and community members in the process."⁶⁶

With the contemporary expansion of the concept of the right of access to justice beyond mere "access to judicial protection" – as explained in the previous topic of the article –, Restorative Justice can be considered a means of realizing that right in its conception of "access to rights", considering that it proposes the satisfaction of the needs and rights of all those involved, as well as the pacification of the conflict based on consensual and dialogical tools. In particular, given the criticism regarding the actual functioning of the criminal justice system, Restorative Justice represents a possible path to be taken towards the realization of the fundamental human right of access to justice, provided for in article 5, item XXXV, of the Constitution of the Republic Federation of Brazil⁶⁷, whether inside or outside the Judiciary.

4. RESTORATIVE PRACTICES IN BRAZIL: THE PREDOMINANCE OF THE JUDICIARY AND THE CREATIVE TRANSLATION BASED ON THE EUROAMERICAN INFLUENCE

In Brazil, historically, Restorative Justice begins with initiatives from some magistrates, with later efforts by the National Council of Justice (CNJ) to standardize and encourage restorative practices in the country. Although the Judiciary is not the only possible place for the application of restorative justice, the focus of this study is centered on restorative practices within the framework of the criminal justice system because of the leading role of the Judiciary in the institutionalization of Restorative Justice in Brazilian lands.

At the outset, it is important to contextualize that there is no law in the strict sense that regulates Restorative Justice at a national level. However, there are some normative frameworks that seek to encourage and/or regulate restorative practices, with special emphasis on Resolution n. 225/2016 of the National Council of Justice (CNJ), which provides for restorative practices within the scope of the Judiciary.⁶⁸

By defining restorative justice, in article 1, as "um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado"⁶⁹, the CNJ adopted a perspective

⁶⁶ ZEHR, H. *Restorative justice? What's that?* Available in: <https://zehr-institute.org/what-is-rj/>

⁶⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁶⁸ According, among others: CARDOSO, H. S. "Justiça restaurativa judiciária como instrumento de acesso à justiça no Estado Democrático de Direito: a importância da avaliação das práticas restaurativas para a estruturação de políticas públicas eficazes", in: XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU – SC, Acesso à Justiça: Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça I, Florianópolis, CONPEDI, 2022, p. 124-142. Available in: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/7ci2bts7/H4p5qIa50v1s15KC.pdf>;

CARDOSO, H. S.; GELAIN, I. L. "Justiça Restaurativa e Perdão no Ordenamento Jurídico Brasileiro", in: GELAIN, I. L. (org). *Pensamento em Movimento: direito, justiça e cidadania*, v. VI, São Paulo, Editora Dialética, 2024, p. 67-88.

⁶⁹ CNJ. Resolução n. 225 de 31/05/2016. Available in: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289> Translation: "(...) an ordered and systemic set of principles, methods, techniques and specific activities, which aims to raise awareness about

that welcomes the methodological plurality of restorative practices. Following this, Resolution n. 225/2016⁷⁰ presents in article 2 a set of principles that should guide Restorative Justice in the country, namely: co-responsibility, reparation of damages, meeting the needs of everyone involved in the conflict, informality, voluntariness, impartiality, participation, empowerment, consensuality, confidentiality, speed and urbanity.

It should be noted that, in Brazil, Restorative Justice occurs as a substitute or concomitant to the traditional criminal process. Restorative processes require the free and prior consent of participants, with retraction being permissible (article 2, § 2). It is essential to inform the parties about the procedure and its possible consequences, and they have the right to request legal advice at any time (article 2, § 3). The recognition of the essential facts of the conflict as true does not imply a confession by the offender if there is subsequent criminal proceedings (article 2, § 1). Finally, restorative agreements cannot stipulate obligations that are not reasonable and proportionate (article 2, § 5).⁷¹

Considering that, as a rule, in Brazil criminal action is unconditionally public, the practices of Restorative Justice are concentrated primarily in the fields left open for consensus, opportunity or situations of multidisciplinary assistance to conflicts. In this sense, the application of restorativeness within the criminal justice system is, in general, limited to the following fields:⁷²

In socio-education, the Child and Adolescent Statute (ECA)⁷³ allows the childhood and youth prosecutor to offer “remission” as a form of forgiveness to adolescents between the ages of twelve and eighteen who commit an act defined as a crime (Art. 126). In turn, the Law of the National Socio-Educational Assistance System (SINASE) – Law n. 12,594/2012⁷⁴ provides for the prioritization of restorative practices to meet the needs of victims in the implementation of socio-educational measures (art. 35, III), signaling an explicit option from the legislator to restorativeness.

In crimes with less offensive potential, the Lei dos Juizados Especiais⁷⁵ (Law n. 9.099/1995) mitigates the principle of mandatory public initiative criminal action, allowing the “civil composition of damages” between offender and victim, as well as the “criminal transaction” between prosecution and defense, for criminal offenses with a maximum penalty of up to 2 years (article 72). Furthermore, it establishes the possibility of an agreement between the prosecution and defense with the consequent “conditional suspension of the process” for crimes with a minimum penalty of maximum 1 year.

Still in the field of negotiated criminal justice, the Criminal Non-Prosecution Agreement (ANPP), governed by article 28-A of the Brazilian Criminal Procedure Code

the relational, institutional and social factors that motivate conflicts and violence, and through which conflicts that generate damage, whether concrete or abstract, are resolved in a structured way”.

⁷⁰ CNJ. Resolução n. 225 de 31/05/2016. Available in: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>

⁷¹ CNJ. Resolução n. 225 de 31/05/2016. Available in: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>

⁷² CARDOSO, H. S. “Justiça restaurativa judiciária como instrumento de acesso à justiça no Estado Democrático de Direito: a importância da avaliação das práticas restaurativas para a estruturação de políticas públicas eficazes”, in: XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU – SC, Acesso à Justiça: Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça I, Florianópolis, CONPEDI, 2022, p. 124-142. Available in: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/7ci2bts7/H4p5qIa50v1s15KC.pdf>

⁷³ BRASIL. [Estatuto da Criança e do Adolescente]. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

⁷⁴ BRASIL. [Lei do SINASE]. Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm

⁷⁵ BRASIL. [Lei dos JECRIM]. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm

(CPP)⁷⁶, provides for the possibility of an agreement between the prosecution and defense for crimes committed without violence or serious threat with a minimum penalty of less than 4 years, as long as there is a confession of committing the criminal act. Thus, the ANPP can be an important transition instrument from the punitive paradigm to the restorative paradigm.⁷⁷

In domestic violence, the Maria da Penha Law – Law n. 11.340/2006⁷⁸ stipulates public policies to prevent domestic violence and the action of a multidisciplinary care team composed of professionals from the psychosocial, legal and health areas designed to care for the victim, the author and the family, with special attention to children and adolescents (art. 30), which is interesting for the development of restorative practices, whether they are parallel to the criminal process – in the cases of criminal action crimes of unconditional public initiative –, whether they are substitutes for the criminal process – in the cases of public-initiated criminal action crimes conditioned on the representation of the victim and private-initiative criminal action crimes.

With regard to the reality of restorative practices developed within the scope of the Judiciary, the research “Piloting Restorative Justice”⁷⁹, published by the National Council of Justice itself in 2018, covered the national territory and analyzed seven states of the federation - Rio Grande do Sul; São Paulo; Federal District; Bahia; Pernambuco; Minas Gerais; and Santa Catarina – based on a sample of 20 jurisdictional units or hubs.

It identified that in Brazil, given the central role of the Judiciary, the movement was basically translated as Judicial Restorative Justice. Furthermore, in light of the data from the restorative programs analyzed, the international hegemony of Howard Zehr (Lens theory) and Kay Pranis (peace circles) was observed as theoretical-methodological landmarks, together with Dominic Barter and Marshall Rosenberg (communication- non-violent). Other international references that appeared in the field were John Braithwaite (reintegrative shame theory and conference model) and Mark Umbreit. With regard to national references, the research highlighted the influence of Leoberto Brancher and Ana Paula Flores (State of Rio Grande do Sul), Egberto Penido, Marcelo Salmaso and Monica Mumme (State of São Paulo), Andre Gomma de Azevedo (Federal District), Juan Carlos Vezzulla (Florianópolis in the State of Santa Catarina), and Marcelo Pellizzolli (Recife in the State of Pernambuco).⁸⁰

Looking at the restorative meetings, in turn, the research pointed out the presence of varied modalities, that is, while some offer restorative conciliation or mediation (with different names), others carry out restorative circles or peacebuilding circles, based on the principles of non-violent communication. In any case, the

⁷⁶ BRASIL. [Código de Processo Penal]. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

⁷⁷ MENDONÇA, A. B. d.; CAMARGO, F. P. d.; RONCADA, K. H. M. L. “Acordo de Não Persecução Penal e a Justiça Restaurativa: mais um passo no caminho da transformação social”, in: BRANCO, P. G. G. et al. (org). *Direitos Fundamentais em Processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, ESMPU, 2020, p. 92. Available in: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/livro-completo-web-direitos-fundamentais-em-processo.pdf>

⁷⁸ BRASIL. [Lei Maria da Penha]. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

⁷⁹ CNJ. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário*, Florianópolis, Fundação José Arthur Boiteux, 2018. Available in: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/284>.

⁸⁰ CNJ. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário*, Florianópolis, Fundação José Arthur Boiteux, 2018. Available in: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/284>.

hegemony of peace circles prevails, followed by restorative circles, mediation (in different modalities) and conferences.⁸¹

Finally, seeking to describe the face of Brazilian Restorative Justice, the research concludes that, although there is a strong Euro-American influence in the process of judicial translation of Restorative Justice in Brazil, it is not a simple reproduction. There is, in fact, a continuous process of (re)creation, as we observe a "construction" that occurs through the combination of what is imported with national, regional and local elements, taking into account the contexts in which the programs and their participants are included.⁸²

5. CONCLUSION

Searching for a definition of access to justice is not an easy task due to the multiple approaches that can be given to the expression. At the same time, however, it is possible to conceptualize it as a human right (at the international level) and fundamental right (at the domestic level) with complex content that encompasses the possibility of access to courts for judicial provision, as well as the possibility of access to rights in extrajudicial arenas, which includes, among others, alternative methods of conflict resolution.

Looking at the criminal justice system in Brazil, it is clear that it is anchored in a Retributive Justice model. The focus is not on understanding or resolving the conflict, but on proving (or not) the accusatory thesis. This is an adversarial model, in which the dispute, as a rule, occurs between the Public Prosecutor's Office and the offender. This is because in public criminal actions, the victim is not a party to the proceedings and is only part of the criminal process as a probative element. This means that the act of doing justice essentially boils down to applying a criminal penalty to the perpetrator of the crime, if there is proof of the authorship and materiality of the punishable act.

It should be added that the Brazilian reality is still marked by authoritarian permanence, such as the inquisitorial logic in the mentality of many legal operators, the structural absence of parity of weapons between prosecution and defense, the institutional violence practiced by some state agents against suspects/accused/convicted, the inhumanity of most prisons in the country, etc.

Faced with the crisis scenario of the criminal justice system, the restorative movement proposes a new look at the problem of crime. The focus is on the people involved in the conflict and, although the needs of the victim constitute the starting point for the meaning of justice in the specific case, the needs of the perpetrator and the community are not neglected. Therefore, the victim, the perpetrator and the community must actively seek a solution that restores, as far as possible, what was violated by the crime and the best way to hold the offender accountable.

Therefore, considering the expanded concept of access to justice beyond the horizon of "jurisdictional protection", Restorative Justice can be a possible way to realize the right of access to justice for the victim, the offender and the community in the sense of "access to rights", whether inside or outside the Judiciary.

Finally, seeking a better understanding of the field regarding the reception of Restorative Justice in Brazil, the available empirical data indicate the strong role of the Judiciary in the institutionalization of restorative practices in the region. Furthermore, in light of the information collected in 20 jurisdictional units or hubs spread throughout the territory, the programs present a theoretical-practical

⁸¹ CNJ. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário*, Florianópolis, Fundação José Arthur Boiteux, 2018. Available in: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/284>.

⁸² CNJ. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário*, Florianópolis, Fundação José Arthur Boiteux, 2018. Available in: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/284>.

framework marked by a strong Euro-American influence, verifying the prevalence of the use of peace circles in restorative meetings. However, given the incorporation of national, regional and local elements into existing restorative practices, this is not a mere transposition of foreign ideas into the Latin American reality, which allows us to conclude that there was a creative translation of Restorative Justice in Brazil.

6. REFERENCES

- ABREU, P. M. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, 2ª ed. rev. e atual, Florianópolis, Conceito Editorial, 2008.
- ABREU, P. M. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*, v. 3, São Paulo, Conceito Editorial, 2011.
- ALMEIDA, B. R. "Prison and inhumanity in Brazil: A critical based on the history of the present", *Cadernos de Dereito Actual*, Nº 21, Núm. Ordinario (2023), pp. 144-158. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/923/491>
- ANDRADE, V. R. P. d. *Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*, Rio de Janeiro, Revan/ICC, 2012.
- BARATTA, A. *A Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, 3. ed., Trad: Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro, Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL. [Código de Processo Penal]. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm
- BRASIL. [Estatuto da Criança e do Adolescente]. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm
- BRASIL. [Lei dos JECRIM]. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm
- BRASIL. [Lei do SINASE]. *Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. Available in: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm
- BRASIL. [Lei Maria da Penha]. *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Available in: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm
- BENJAMIN, A. H. V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*, BDJur, Brasília, DF. Available in: <https://bdjur.stj.ius.br/jspui/handle/2011/8688>
- CALAMANDREI, P. "Il processo come giuoco", in: CALAMANDREI, P. *Opere Giuridiche*, A cura de Mauro Cappelletti, Volume Primo, Napoli, Morano Editore, 1965.
- CALDEIRA, T. P. d. R. "Violência, direitos e cidadania: relações paradoxais", *Cienc. Cult.* [online], 2002, vol. 54, n. 1, pp. 44-46. Available in: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252002000100021&lng=en&nrm=iso
- CAPPELLETTI, M. "Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica", *Il Foro Italiano*, Roma: Societa Editrice Del Foro Italiano, v. 102, p. 53-60, 1979.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1988. Original title: *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*.
- CARDOSO, H. S. "Justiça restaurativa judiciária como instrumento de acesso à justiça no Estado Democrático de Direito: a importância da avaliação das práticas restaurativas para a estruturação de políticas públicas eficazes", in: XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU – SC, Acesso à

- Justiça: Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça I, Florianópolis, CONPEDI, 2022, p. 124-142. Available in: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/7ci2bts7/H4p5qIa50v1s15K C.pdf>
- CARDOSO, H. S. "Justiça Constitucional, sanção penal e sistema prisional", in: CLÈVE, C. M. (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*, 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Thomson Reuters, 2021, p. 674-691.
- CARDOSO, H. S.; GELAIN, I. L. "Justiça Restaurativa e Perdão no Ordenamento Jurídico Brasileiro", in: GELAIN, I. L. (org). *Pensamento em Movimento: direito, justiça e cidadania*, v. VI, São Paulo, Editora Dialética, 2024, p. 67-88.
- CNJ. *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário*, Florianópolis, Fundação José Arthur Boiteux, 2018. Available in: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/284>
- CNJ. Resolução n. 225 de 31/05/2016. Available in: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>
- CONFORD, T. "The meaning of access to justice", in: PALMER, E.; CONFORD, T.; GUINCHARD, A.; e MARIQUE, Y. *Access to justice: beyond the policies and politics of austerity*, Oxford, Hart Publishing, 2016. p. 27-40.
- COUTINHO, J. N. d. M. "Caso penal e limites à cognição processual", *Revista Duc In Altum*, Cadernos de Direito, vol. 8, n. 14, jan.-abr. 2016. Available in: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/3-12-1-pb.pdf>
- DONIER, V.; LAPÉROU-SCHNEIDER, B.; GERBAY, N.; HOURQUEBIE, F.; e ICARD, P. "Propos introductifs", in: DONIER, V.; LAPÉROU-SCHNEIDER, B. (sous la direction). *L'accès au juge: reserche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 21-50.
- FLAUZINA, A. L. P. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*, 2. Ed, Brasília, Brado Negro, 2017.
- FOLLEVILLE, C. d. *L'accès au droit et à la justice*, Paris, ESF Éditeur, 2013.
- HESSE, K. *A força normativa da constituição*, Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1991. Original title: *Die normative Kraft der Verfassung*.
- JESUS, M. G. M. d. *O crime de tortura e a justiça criminal: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo*, 2009, Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Available in: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-05022010-171309/pt-br.php>
- JOHNSON JR, E. "Thinking about access: a preliminary typology of possible strategies", in: CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Access to justice*, v III, emerging Issues and perspectives, Milano, Giuffrè; Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1978-1979, p. 03-168.
- LOPES JR, A.; KHALED JR, S. H. "Pelo abandono da abstração racionalista moderna: por uma fenomenologia decolonial do processo penal", *Cadernos de Direito Actual*, n.º 20, Núm. Extraordinário (2023), pp. 23-39. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/925/472>
- LUZ, D. "O ius commune latino-americano e o direito brasileiro: uma estratégia para superação das permanências autoritárias e democratização do processo penal", *Cadernos de Direito Actual*, nº 20, Núm. Extraordinário (2023), pp. 58-75. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/955/474>

- MARSHALL, T. E. *Restorative justice an overview: A report by the Home Office Research Development and Statistics Directorate*, 1999.
- MENDONÇA, J.J. F. d. S. *Acesso equitativo ao direito e à justiça*, São Paulo, Almedina, 2016.
- MENDONÇA, A. B. d.; CAMARGO, F. P. d.; RONCADA, K. H. M. L. "Acordo de Não Persecução Penal e a Justiça Restaurativa: mais um passo no caminho da transformação social", in: BRANCO, P. G. G. et al. (org). *Direitos Fundamentais em Processo: estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, ESMPU, 2020, p. 92. Available in: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao/livro-completo-web-direitos-fundamentais-em-processo.pdf>
- MIRANDA, F. C. P. d. *Comentários à constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969*, 3ª ed, Tomo V, Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- OSTI, A. *Teoria e prassi dell'access to justice: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, Milano, Giuffrè Editore, 2016.
- PASTANA, D. R. "Estado punitivo brasileiro: a indeterminação entre democracia e autoritarismo", *Civitas*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, pp. 27-47, jan.-abr. 2013. Available in: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/9039/9685>
- PAULA, L. C. d.; BARROS, V. D. M. d. "A falácia da isonomia entre as partes no processo penal brasileiro: quando a estruturação material e orçamentária importa!", *Cadernos de Dereito Actual*, n.º 20, Núm. Extraordinario (2023), pp. 134-156. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/947>
- PEREIRA, A.W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, Trad. de P. de Q. C. Zimbres, Paz e Terra, São Paulo, 2010.
- PRADO, G. "Defesa técnica: da defesa deficiente ou de "quando o direito saiu de férias"", *Cadernos de Dereito Actual*, n.º 20, Núm. Extraordinario (2023), pp. 98-117. Available in: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/946/476>
- RAPOSO, M. "Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, V. III, Ano 44, p. 523-543, dezembro de 1984.
- RICE, T. H. S.; REISMAN B. L. "Access to justice for tort claims against a sovereign in the courts of the United States of America", in: FRANCIONI, F.; GESTRI, M.; RONZITTI, N.; e SCOVAZZI, T. *Acesso alla aiustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 257-304.
- ROSA, A. M. d. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.
- SALLES, B. M. *Acesso à Justiça e Equilíbrio Democrático: intercâmbios entre civil law e common law*, v. 1, Belo Horizonte, Dialética, 2021.
- SALLES, B. M.; CRUZ, P. M. "Access to justice: a concept in the light of the european and american international systems", *Academia letters*, article 1420.
- SANTOS, B. d. S. *Para uma revolução democrática da justiça*, 3ª ed. rev. e ampl, São Paulo, Cortez, 2007.
- SANTOS, B. d. S. (dir.); PEDROSO, J.; TRINCÃO, C.; DIAS, J. P. (coord.). *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*, Coimbra, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OJP), 2002.
- SCHIER, P. R. "Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988", in: CLÉVE, C. M. (coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais*, 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Thomson Reuters, 2021.

- STF. *Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, data de aprovação: 03 dez. 1969.*
Available in: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2729>
- SILVA, E. L. d. "Justiça Restaurativa como meio alternativo de solução de conflito", *Arquivo Jurídico*, Teresina, v.1, n. 6, 2014, p. 22-38.
- VELLOSO, C. M. d. S. "Apresentação", in: NALINI, J. R. *O juiz e o acesso à justiça*, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 07-11.
- ZACCONE, O. *Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, Revan, 2015.
- ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito Penal Brasileiro*, v. I, 3. Ed, Rio de Janeiro, Revan, 2006.
- ZEHR, H. *Justiça Restaurativa*, Trad. de Tônia Van Acker, São Paulo, Palas Athena, 2015.
- ZEHR, H. *Restorative justice? What's that?* Available in: <https://zehr-institute.org/what-is-rj/>
- ZEHR, H. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*, Trad. de Tônia Van Acker, São Paulo, Palas Athena, 2008.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 90-106
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

¿Necesita el mundo latino una concepción argumentativa del Derecho?¹

Does the Latin world need an argumentative conception of Law?

Pedro da Silva Moreira²

Instituto Mises Brasil

Sumario: 1. Introducción. 2. Una concepción argumentativa para el derecho del mundo latino: la propuesta de Manuel Atienza. 2.1. La objetividad de la moral y la centralidad de los derechos fundamentales. 2.2. La emancipación social y las implicaciones de una filosofía de los derechos. 3. ¿Qué filosofía del derecho para mi mundo latino? 3.1. El mundo latino de la "cordialidad": la dificultad de la legalidad en Brasil. 3.2. ¿Necesitamos una filosofía del derecho menos formalista y más argumentativa? 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

Resumen: En algunos de sus textos, Manuel Atienza defiende la necesidad de construcción de una filosofía del derecho para el mundo latino. Se trataría de una filosofía del derecho normativa, de naturaleza argumentativa y dirigida hacia el avance de la práctica por medio de lo que podríamos denominar "empresa de los derechos". Mi objetivo con este texto consiste en poner en tela de juicio esta concepción argumentativa, que es en realidad dominante en una parte del mundo latino. En "mi" mundo latino, Brasil, cuyo rasgo sociológico fundamental es la "cordialidad" (que implica una dificultad con la legalidad y con la dimensión autoritativa del Derecho), el acento en la dimensión valorativa del derecho resulta, a mi juicio, contraindicada: menoscaba no solo la autoridad de las leyes, sino también y, en particular, la autoridad de los derechos fundamentales.

Palabras clave: filosofía del derecho, mundo latino, argumentación, formalismo, autoridad.

Abstract: In some of his writings, Manuel Atienza advocates for the need to structure a philosophy of law tailored to the Latin world. This would be a normative philosophy of law, inherently argumentative and aimed at enhancing practice through the "pursuit of rights." My goal in this article is to question this argumentative approach, which is prevalent in a significant part of the Latin world. I focus on Brazil, characterized by a fundamental sociological trait of "cordiality" (which presents

¹Una primera versión de este texto ha sido presentada, como ponencia, en el I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (Alicante, España, 2016).

²Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Maestro en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Profesor de los cursos de posgrado del Instituto Mises Brasil (IMB). Contacto: psmoreira@gmail.com.

challenges to legal adherence), emphasizing the evaluative dimension of law is, in my view, ill-advised. This is because it potentially undermines not only the authority of laws, but also, and especially, the authority of fundamental rights.

Keywords: philosophy of law, Latin world, legal argumentation, legal formalism, authority.

1. INTRODUCCIÓN

Tras leer el artículo de Manuel Atienza – “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”³ – creo que deberíamos considerarlo en primer lugar una invitación. Y creo, desde luego, haber razones sustanciales para aceptarla. Con independencia del problema filosófico de fondo, en relación con la posibilidad misma de una filosofía del derecho de carácter regional, quizás merezca la pena tomar en serio la siguiente pregunta: ¿qué tipo de filosofía del derecho debería orientar nuestras prácticas? Y eso, por consiguiente, significa pensar en cómo tornar la filosofía del derecho una herramienta adecuada al manejo y enfrentamiento de los problemas que se suele identificar en la realidad de este nuestro “mundo latino”.

La razón para aceptar la invitación de Atienza tiene poco que ver con la idea – tal vez interesante, pero teóricamente trivial – de iniciar algo así como un club de juristas latinos, que presuntamente reunirían rasgos similares en la manera de hacer filosofía del derecho. El sentido de su invitación es claramente otro. Atienza hace hincapié en lo que es, a su modo de ver, algo que falta a los juristas involucrados en “nuestra tradición”: la comprensión de que el Derecho es una práctica social, una empresa y que, por lo tanto, esa práctica se mueve de acuerdo con el entendimiento que tenemos de ella. Ante todo, su escrito es casi un manifiesto: una categórica invitación a que los juristas latinos asumamos una perspectiva comprometida, es decir, una postura normativa ante el Derecho, de tal modo que la labor del jusfilósofo sea relevante para hacer avanzar la práctica.

Si así se entiende la invitación, no veo dificultades en aceptarla. El Derecho me parece que es más que un sistema de normas; o, por lo menos, es un sistema de normas practicado. Y esta práctica – que se manifiesta colectivamente – descansa sobre determinados valores y realiza determinados valores. Es cierto que esa sencilla aseveración podría dar lugar a una interminable disputa teórica (en la que no pretendo ingresar), pero me gustaría dar por sentado que acepto ver el Derecho como práctica social y, con ello, acepto pensar el tipo de filosofía jurídica que valdría la pena realizar en el “mundo latino”.

Pues bien. Sentada esa premisa, ahora estamos en posición de poner en tela de juicio lo que es, a mi modo de ver, el punto sustancialmente interesante del escrito de Atienza: no su invitación, sino más bien su propuesta. Atienza va más allá de una preocupación meramente conceptual o metodológica y nos dice de qué modo, a partir de qué valores y con qué objetivos deberíamos comprender el Derecho. Nótese bien: no cualquier Derecho, sino el Derecho del Estado Constitucional y, en particular, el Derecho de los Estados Constitucionales del mundo latino. En resumen: el autor elabora el eje de un proyecto de filosofía del derecho para el mundo latino. Así que la pregunta verdaderamente importante, y que constituye el objeto de este trabajo, es: *¿debemos formar parte de este proyecto?*

Con el objetivo de tomar en serio esa pregunta y, por supuesto, la propuesta de Atienza, creo que ya no resulta superfluo el problema de los diversos mundos que caben en la expresión “mundo latino”. A menos que se pudiera imaginar que en Francia el Derecho es practicado al igual que en Brasil, no debemos pasar por alto las diferencias – a lo mejor significativas – que existen en las distintas latitudes del universo latino. Si la idea es pensar el Derecho como práctica y, con ello, dirigir la

³ATIENZA, M. “Una filosofía del derecho para el mundo latino: Otra vuelta de tuerca”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, pp. 299-318.

filosofía del derecho hacia la “mejora” de esa práctica, me parece fundamental que empecemos por señalar cuales son los problemas a los que una filosofía jurídica de corte normativo deberá enfrentarse. En palabras sencillas, si quiero construir una jusfilosofía orientada hacia un contexto socio-cultural específico, debo intentar delimitar, con anterioridad, cuáles son los rasgos más elementales de ese contexto.

Teniendo en cuenta este horizonte y con la intención de responder si deberíamos suscribir el proyecto de Atienza, voy a dividir este artículo en dos momentos. En el primero, intentaré trazar más o menos lo que entiendo representar el núcleo de la propuesta de Atienza, además de señalar cuáles son, en mi opinión, sus principales implicaciones. En un segundo momento, y acudiendo a algunos de los clásicos del pensamiento sociológico brasileño, voy a tratar de evaluar si esa propuesta resulta adecuada como filosofía del derecho capaz de mejorar mi mundo latino (Brasil), la sociedad de la que formo parte y que – tal vez – corresponda a sólo uno entre todos los “mundos latinos” posibles.

2. UNA CONCEPCIÓN ARGUMENTATIVA PARA EL DERECHO DEL MUNDO LATINO: LA PROPUESTA DE MANUEL ATIENZA

Las tesis recogidas en “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca” no pueden considerarse novedosas para el que sigue con interés lo que ha escrito Manuel Atienza. Lo que se lee ahí no deja de ser un resumen de posiciones tuyas ya bastante conocidas. El propio proyecto de una filosofía jurídica del mundo latino, según nos cuenta Atienza, se viene dibujando hace ya algún tiempo e incluso aparece, si bien con menor profundización, en la edición n. 30 (2007) de la Revista *DOXA*⁴. De tal modo que lo que voy a mencionar aquí, en relación con el contenido de esa propuesta, puede sonar bastante obvio no sólo a quienes comparten la forma argumentativa de comprender el Derecho, sino también a quienes con frecuencia ponen de manifiesto sus discrepancias respecto de esa idea.

Conviene subrayar, antes de pasar al análisis de los rasgos de su proyecto, algo que me parece bastante importante para Atienza, una advertencia que a menudo se halla en sus escritos más recientes. Hay un esfuerzo por demostrar que su intención es construir un modo de comprender y manejar el Derecho que se aleje tanto del formalismo como del neoconstitucionalismo. Se trata, por tanto, de superar definitivamente el formalismo y de evitar, a la vez, el abandono de la forma, del procedimiento, esto es, el abandono de la dimensión autoritativa del derecho. Si entendí bien lo que quiere decir el autor, su idea es poner el acento en la dimensión axiológica del Derecho, y darle a ella alguna prevalencia en la práctica, sin que para ello sea necesario ignorar la autoridad de los materiales jurídicos positivos – de las normas jurídicas.

Vayamos a la propuesta de Atienza. A su modo de ver, la filosofía jurídica del mundo latino debería conjugar básicamente tres elementos: (1) el método analítico, (2) la objetividad moral, (3) y la implantación social. Esa estructura sería heredera de los rasgos más importantes de tres de las grandes tradiciones del pensamiento jurídico: el positivismo jurídico (que se vincula estrechamente con la la filosofía analítica) el jusnaturalismo (que, si bien no con exclusividad, supone algún nivel de cognitivismo ético) y la teoría crítica del Derecho (cuya preocupación con la transformación social no puede ser despreciada). Una filosofía del derecho con esa arquitectura podría calificarse como argumentativa, es decir, centrada en la dimensión argumentativa del Derecho y, según ese proyecto, ideal a la realidad del “mundo latino”.

Voy a detenerme, en cambio, tan sólo en los dos últimos ingredientes de la propuesta de Atienza – la objetividad de la moral y la implantación social. Es que la importancia del método analítico parece estar fuera de duda. No creo que pueda imaginarse el avance de la práctica sin que antes haya un esfuerzo con el fin de

⁴ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino”, *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30, 2007, pp. 661-663.

entenderla, sin una capacidad de distinguir sus componentes lingüísticos y de estudiar las relaciones que se establecen entre ellos⁵. Por eso, y por el evidente hecho de que Atienza reconoce la función indispensable del método analítico (lo que él nos pide es que vayamos más allá...), me centraré en los aspectos que considero definitivamente controvertidos y que, a depender del modo como se los entienda, pueden jugar un papel poco prometedor en la práctica del Derecho en el mundo latino.

2.1. LA OBJETIVIDAD DE LA MORAL Y LA CENTRALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En mi opinión, la pieza más importante en el diseño teórico de Atienza es la objetividad moral. No tiene sentido, a su juicio, hablar de justificación de la decisión judicial, pensar las decisiones en términos de corrección⁶ y tampoco elaborar una teoría de la argumentación si no se reconoce un mínimo de objetividad moral. Ese mínimo, que en verdad es definitorio para comprender lo que dice Atienza, tiene que ver con la idea de pretensión de corrección. Los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero esta pretensión de corrección, precisamente por el hecho de representar nada más que una pretensión, es falible y, así pues, abierta a la crítica; se modifica ante una argumentación moral "superior", que demuestre – otra vez de modo falible – su corrección⁷.

Por esa razón, un malentendido común consistiría en formular objeciones dirigidas hacia una objetividad en sentido fuerte, que implicaría necesariamente una reflexión en términos de verdad o falsedad de los juicios morales. No es así que Atienza plantea las cosas. Su propósito es sostener la posibilidad de que los juicios morales y también las decisiones judiciales (considerada la tesis de la unidad del razonamiento práctico, que él hace suya) puedan fundamentarse racionalmente. Si no fuera posible hablar de decisiones correctas o incorrectas, ya no sería posible hablar, vistas así las cosas, en racionalidad de la decisión.

Ahora bien, si el argumento se agotara aquí, me parece que su relevancia sería escasa y mi afirmación sobre la centralidad de la objetividad moral en el pensamiento de Atienza quedaría sin sentido. La sencilla tesis de que los juicios morales pueden justificarse, de que incorporan una pretensión de corrección, quizás sea teóricamente discutible, pero su relevancia en la práctica del Derecho me suena aún más discutible. Que un abogado, al enjuiciar una demanda, pretenda que su argumentación sea correcta, es decir, justificada moralmente y que el juez, al decidirla, también pretenda que su fallo sea correcto, es algo que a lo mejor anima una discusión conceptual en torno a las relaciones entre Derecho y moral, pero en definitiva dice muy poco con respecto a los criterios para considerar correcto un

⁵Una cosa es entender el método analítico en Derecho como una especie de ciencia de las distinciones, que incluso se relaciona con la dogmática. Su importancia es, creo, indudable. Otra cosa, bastante distinta, es entender el método analítico como la manera conceptualmente adecuada de comprender el Derecho, descriptiva y neutral. Aquí, suscribirlo ya no resulta tan sencillo. Véase, sobre ello, POSTEMA, Gerald J. "Jurisprudence: the sociable science", *Virginia Law Review*, v. 101, 2015, pp. 869-901.

⁶Con respecto a la idea de corrección y de los distintos sentidos en que se la aplica, véase CARBONELL B., F. "Sobre la idea de decisión judicial correcta", *Analisi e diritto*, 2015, pp. 11-46. Más allá de representar un ejemplo en sí mismo de la importancia del método analítico para hacer avanzar la práctica (creo que plantearse la pregunta ¿de qué estamos hablando cuando hablamos de eso? es fundamental), el trabajo propone una tipología de la corrección que puede resultar útil al entendimiento de esa idea en los trabajos del propio Atienza.

⁷ATIENZA, M. "Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino" (...), Ob. Cit., p. 302. Atienza subraya que los juicios morales no incorporan una pretensión de verdad absoluta, sino una pretensión de corrección.

enunciado. Aunque esos criterios correspondieran a las reglas del discurso⁸, tal y como Alexy ha expuesto en su Teoría de la Argumentación Jurídica^{9 10}, creo que la capacidad orientadora de esa idea sigue siendo bastante reducida.

De ahí que la importancia de la objetividad moral para el derecho argumentativo no radica solamente en la posibilidad de justificar moralmente una decisión (como si eso fuera todo), sino más bien en la posibilidad de justificarla moralmente con arreglo a los derechos fundamentales. Si la pretensión de corrección es relevante, tal y como la entiende Atienza, es porque implica la posibilidad de formularse juicios correctos – justificados racionalmente – sobre los derechos fundamentales^{11 12}. Por ello, lo que convierte la objetividad moral (aunque mínima) un ingrediente definitorio del proyecto de Atienza para la filosofía jurídica del mundo latino es su conexión con el significado del Estado Constitucional¹³, es su vinculación a los derechos fundamentales.

Ello me parece bastante claro cuando Atienza (en un famoso trabajo con Ruiz Manero) sugiere, de modo tajante, que dejemos atrás el positivismo jurídico¹⁴. Lo justifica de distintas formas, pero la principal, por lo menos en mi lectura, radica en el argumento de que el positivismo sería una teoría incapaz de dar cuenta de los valores del Estado Constitucional, dado que la dimensión valorativa de las normas sería, según los autores, un aspecto “descuidado” por los positivistas¹⁵. Una teoría argumentativa tendría precisamente la función de, ante todo, poner el acento en la dimensión valorativa del Derecho y, más allá de todo, orientar la práctica hacia el adecuado manejo de los derechos fundamentales, de la dimensión moral de nuestras constituciones.

Esos derechos fundamentales, por su parte, tendrían su fundamento en la moral: no en una moral más, sino más bien en la moral – “universal y crítica, racionalmente fundamentada”¹⁶. Me parece, en consecuencia, que el esquema teórico de Atienza sienta sus bases precisamente en esa moral racional y crítica que las constituciones de los Estados Constitucionales, sobre todo las del mundo latino, han incorporado. La teoría argumentativa del Derecho da por sentada, presupone la racionalidad de la moral contenida en los derechos fundamentales y, por consiguiente, sostiene la racionalidad de los juicios elaborados sobre la base de esos derechos. En palabras sencillas: no es que la centralidad de los derechos fundamentales corresponda a la centralidad de un conjunto de valores

⁸Atienza dice claramente que los criterios de corrección “son los que determina el procedimiento de la discusión racional”. In: ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino” (...), Ob. Cit., p. 315.

⁹Para Alexy, “una norma es correcta sólo si puede ser el resultado de un procedimiento definido a través de las reglas del discurso”. In: ALEXY, R. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 291.

¹⁰Se trata, por tanto, de una concepción procedimental de la corrección. Además de ello, el juicio sobre la corrección de la decisión es siempre provisional.

¹¹En mi opinión, al fin y al cabo, Atienza acaba utilizando la palabra “corrección” en un sentido “axiológico”, en cuanto “ajuste de tipo evaluativo entre una norma y un criterio moral” In: CARBONELL, B., F. “Sobre la idea de decisión judicial correcta” (...), Ob. Cit., p. 41.

¹²Este criterio moral, en su caso, correspondería a la “justificación” sobre la base de una “moral justificada”, que es la moral constitucional, la moral de los derechos fundamentales.

¹³El Estado Constitucional posee, a juicio de Atienza, los siguientes rasgos esenciales: (1) la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales; (2) derechos fundamentales “que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho”; (3) mecanismos de control de constitucionalidad de las leyes. Y añade: “el ideal del Estado Constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón”. In: ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2012, p. 17.

¹⁴ATIENZA, M. & RUIZ MANERO, J. “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, n. 27, Octubre de 2007, pp. 07-28.

¹⁵ATIENZA, M. & RUIZ MANERO, J. “Dejemos atrás el positivismo jurídico” (...), Ob. Cit., p. 23.

¹⁶ATIENZA, M. *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 29.

convencionales. Según Atienza, esos valores son moralmente objetivos, aunque ello signifique decir apenas que son racionalmente fundamentados.

Si esto es así, y si seguimos la línea de pensamiento de Atienza, llegaremos a su concepción sobre lo que debería ser la actividad del jurista en el Estado Constitucional y, así, al eje de su propuesta de filosofía jurídica para el mundo latino. La función del jurista (entendido como jurista práctico) consiste, por tanto, en maximizar los valores de la práctica. ¿De qué valores estamos hablando? Pues, de los valores recogidos en nuestras constituciones, o sea, de los derechos fundamentales. El jurista del Estado Constitucional debe hacer avanzar la empresa moral plasmada en las constituciones, debe contribuir a la mejora de la práctica a través de la argumentación racional a la luz de esos valores fundamentales, debe aceptar lo que le ha regalado la Constitución¹⁷ ¹⁸: una herramienta para decidir casi siempre de modo justo, sin que para ello sea necesario salirse del Derecho¹⁹. Aquí, la objetividad moral, como la ve Atienza, parece jugar un papel sustancial. Si esos derechos corresponden a una moral crítica y racionalmente fundamentada, y si la tarea del jurista consiste en maximizarlos por medio de juicios también fundamentados, se ha – para usar una expresión muy en boga en los trabajos de y sobre Robert Alexy – institucionalizado la razón²⁰.

Para resumir, y si entendí bien el pensamiento de Atienza, la filosofía jurídica del mundo latino debe ser una filosofía de inspiración constitucionalista: un modo de comprender el Derecho que supone la objetividad moral de los derechos fundamentales y que, por consiguiente, demanda del jurista un compromiso con la realización, con la maximización de esos derechos en la realidad. Si el Derecho es entendido como un instrumento para lograr finalidades y si esas finalidades corresponden a los valores recogidos en las constituciones²¹, una filosofía de corte normativo, centrada así en la mejora de la práctica, es, al fin y al cabo, una filosofía jurídica esencialmente al servicio de los derechos.

2.2. LA EMANCIPACIÓN SOCIAL Y LAS IMPLICACIONES DE UNA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS

Como ya se ha expuesto, el último ingrediente de la propuesta de Atienza para el mundo latino es la implantación social. Puesto que esa idea no viene desarrollada con detenimiento en la obra de Atienza (por lo menos no pude encontrar algo específico a ese respecto), parece ajustado concluir que esa “implantación social” corresponde más bien a la idea de “emancipación social” y que se conecta a la realización de esta empresa moral que es el constitucionalismo. Es el propio

¹⁷(...) la mejor interpretación (aquella, pues, por la que tendría que optar el intérprete) es la que (sin vulnerar el elemento autoritativo del Derecho: sin ir en contra el Derecho establecido) nos permite desarrollar al máximo los derechos fundamentales, entendidos de acuerdo con una determinada filosofía moral y política: la que mejor permita dar cuenta de nuestras Constituciones (o de cada una de ellas)”. In: ATIENZA, M. *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, Pasos Perdidos, Madrid, 2013, p. 93.

¹⁸Atienza viene a decir lo mismo, acudiendo a Dworkin, también cuando contesta las críticas de Ferrajoli a su “constitucionalismo principialista”. In: ATIENZA, M. “Dos versiones del constitucionalismo”, *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, 2011 (pp. 73-88), p. 82.

¹⁹“Nuestros Derechos – los Derechos del Estado Constitucional – incorporan, en mi opinión, muchos recursos de los que puede (debe) valerse el jurista que opera en ellos para lograr casi siempre una respuesta correcta: una respuesta justa y conforme con el Derecho. Pero eso no quiere decir que todo valga, esto es, que no haya límites”. In: ATIENZA, M. “Carta sobre la ponderación”, en ATIENZA, M. & GARCÍA AMADO, J.A. *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá 2012, p. 97

²⁰KLATT, M (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford University Press, New York, 2012.

²¹Creo que esa conclusión puede derivarse del listado de características definitorias de la idea del “Derecho como argumentación”. In: ATIENZA, M. *Curso de Argumentación Jurídica (...)*, Ob. Cit., pp. 55-56.

Atienza quien expresamente reconoce la necesidad de, dentro de este programa de filosofía del derecho de corte argumentativo, asumirse también un compromiso “con un proyecto político-ético de emancipación humana”²². Pues bien, creo que este es precisamente el punto que nos permite reflexionar – críticamente – sobre las implicaciones de esta propuesta de filosofía del derecho.

Vayamos, entonces, a las últimas líneas del escrito de Atienza que ha justificado este trabajo. Allí se dice lo siguiente: “la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática”²³. Yo no podría estar más de acuerdo con esta frase; y me imagino que nadie que tome efectivamente en serio el valor de la participación en la democracia podría estar realmente en contra de este planteamiento.

El problema es que no nos encontramos ante una teoría de la participación política o, por ejemplo, ante una teoría de la democracia deliberativa^{24 25}. Nos hallamos ante una teoría de la argumentación jurídica y, en particular, ante una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino. Así que la noción de “emancipación humana” – aquí – no parece depender de una teoría de la democracia o bien de la participación política de los miembros de una determinada comunidad (pensemos en una de las comunidades de nuestro mundo latino). El ideal de “emancipación social”, teniendo en cuenta el tipo de propuesta que estamos estudiando, descansa sobre la fuerza, sobre el valor de la realización de los derechos fundamentales en el mundo latino. Se trata de una emancipación dependiente de los derechos y ese sería un argumento más en favor de que nos comprometiéramos con la realización de los valores de la práctica.

Es obvio que uno siempre va a decir que es consciente del valor ineludible de la participación política en el proceso de “emancipación social”. ¿Quién no lo es? Lo que me parece fuera de duda – y Atienza lo pone de manifiesto con bastante claridad en su obra “Podemos hacer más” – es que el Derecho del Estado Constitucional, con su conjunto de valores moralmente justificados, es (en sus propias palabras) “uno de los instrumentos más potentes con el que cuentan [los ciudadanos] para llevar a cabo la ingente tarea de civilizar el mundo”²⁶. Si esto es así, este tipo de planteamiento da lugar a una pregunta muy importante: si los derechos fundamentales descansan sobre una moral objetiva y si los juristas deberían comprometerse con la realización de esos derechos, ¿quiénes serían los agentes civilizatorios?

Mi hipótesis, que por supuesto no es originariamente mía, pero la hago mía en este momento, es que la “emancipación social” a través de los derechos, con el trasfondo de la filosofía argumentativa desarrollada por Atienza, necesariamente depende del papel activo de los juristas, sobre todo de los jueces y más aún de los jueces constitucionales. Si de lo que se trata es de convencer a los jueces de que deben entender su actividad como una práctica social destinada a maximizar los derechos fundamentales (que son los valores de la práctica), ello implica una

²²ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino” (...), Ob. Cit., p.315.

²³ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino” (...), Ob. Cit., p. 317.

²⁴Piénsese, por ejemplo, en la idea de democracia deliberativa en la obra de Habermas y en la centralidad de la participación de los miembros de la comunidad en un discurso racional, dirigido hacia una especie de consenso ideal, que se deriva de su teoría. Conviene subrayar, pese a la controvertida noción de “consenso ideal”, el escepticismo de Habermas respecto de la teoría de los principios, además de su crítica al “principio monológico”, referente al juez, dotado de poderes cognitivos especiales, que alcanza *la moralidad constitucional* por medio de un ejercicio filosófico solitario. In: HABERMAS, J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (Trad. Willian Rehg), The MIT Press, Cambridge, 1996, p. 222.

²⁵Por ello, resulta, a mi juicio, muy difícil ver con claridad una estrecha vinculación entre la afirmación de Atienza sobre la capacidad argumentativa de los ciudadanos y las implicaciones de su filosofía argumentativa.

²⁶ATIENZA, M. *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho* (...), Ob. Cit., p. 60.

ineludible transferencia de poder político a ese conjunto de jueces, cuya principal misión será definir, en concreto, el contenido de esos derechos, comúnmente formulados de manera muy abstracta, como principios de elevada carga moral.

Ahora bien, me parece que para no asumir esa suerte de desplazamiento de poder político (o con el fin de amenizarla y justificarla) Atienza insiste en la relevancia de la objetividad moral. Pero me temo que toda esa discusión sobre la objetividad o no de la moral, sobre la posibilidad de conocer o no el contenido de la moral, sea muy poco relevante para el Derecho, y aún menos relevante para el Derecho entendido como práctica social. Uno puede aceptar que los derechos recogidos en nuestras constituciones (pensemos en la igualdad y en la libertad, por ejemplo) estén moralmente justificados, y – creo – uno podría incluso comprender esos derechos como algo absolutamente verdadero. La controversia en torno a los derechos del Estado Constitucional, en cambio, no reside ahí, no radica en la dimensión de justificación moral de esos derechos. Lo controvertido está exactamente cuando empezamos a discutir lo qué es la libertad o la igualdad en aras de decidir un caso específico con arreglo a esos derechos.

Estoy pensando, por ejemplo, en jusfilósofos más conservadores que aceptan todos los principios plasmados en nuestras constituciones, pero que discrepan de los filósofos de orientación más progresista en temas como el aborto o la eutanasia. Lo interesante es que estos jusfilósofos normalmente hablan en términos de verdades morales, no aceptan tesis no cognitivistas, pero niegan que estas cuestiones puedan decidirse por un conjunto de jueces, esencialmente porque – en el ámbito de la decisión judicial – la objetividad moral no sería relevante²⁷. No estoy seguro, pero quizás estas cuestiones (como el aborto o la eutanasia) sean de hecho moral y políticamente discutibles y quizás los que están en contra o a favor disputen argumentos moralmente defendibles dentro del espacio semántico de los derechos fundamentales; a menos, claro, que la “moral justificada”, con anterioridad a la discusión, diga algo más acerca del contenido de los valores constitucionales²⁸
²⁹.

Dicho eso, aunque una respuesta correcta exista, aunque aceptemos la existencia de una moralidad objetiva, universal y crítica, y aunque aceptemos que nuestros derechos fundamentales se justifican sobre la base de esa moralidad, lo que

²⁷Véase, por ejemplo, GEORGE, R. P. *Conscience and its enemies: confronting the dogmas of liberal secularism*, ISI books, Wilimington/Delaware, 2013.

²⁸Atienza afirma, al hablar de John Finnis, que este autor, a base de una versión aristotélico-tomista del derecho natural, acaba defendiendo tesis “extremadamente conservadoras a propósito de temas tales como el aborto, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo o el trato a los inmigrantes”. In: ATIENZA, M. “Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino” (...), Ob. Cit., p. 313.

²⁹Pues bien, si el término *extremadamente conservadoras* es una opinión política y moral de Atienza, no habría nada que comentar acerca de su observación, si bien yo eliminaría la palabra “extremadamente” por lo menos en relación con los dos primeros temas (aborto y eutanasia). Lo que me preocupa, en cambio, es la hipótesis de que una posición, por ejemplo, contraria al aborto, quede *necesariamente* fuera del ámbito de una “moral justificada” y objetiva, tal y como la sostiene Atienza, que debería imponerse por la vía del Derecho. No creo en absoluto que la propuesta de Atienza presuponga la objetividad (que ya no sería mínima) de una moral *de corte progresista*. Si esto fuera así, me temo que estaríamos fulminando la democracia misma y *naturalizando* lo que no es más que una perspectiva moral sobre los temas que a lo mejor dividen nuestras sociedades y justifican la participación en el debate público. Sin embargo, queda claro – por lo menos – que Atienza no considera moralmente justificadas las tesis conservadoras de John Finnis y que existe, al menos entre estos dos filósofos, un desacuerdo *fuerte* en términos morales y políticos. De ahí que me parece que Atienza tendría que suscribir una de estas dos alternativas: o bien la objetividad moral ya no es tan mínima y las tesis conservadoras (las de Finnis) no representan, con anterioridad al discurso, una lectura *justificada* de los derechos fundamentales; o bien el desacuerdo sobre la *corrección* de esas tesis y la falibilidad de un juicio moral sobre ellas convierten, a la postre, la *objetividad moral* en un ingrediente poco o nada relevante para el Derecho.

es cierto es que no disponemos de un método para acudir al contenido de esta moralidad. Nuestros juicios morales acerca de los derechos, por lo mejor fundamentados que estén, son juicios (y eso es reconocido por Atienza con tranquilidad) falibles. Si las cosas son así, todo ello implica que distintos jueces pueden llegar a distintas soluciones acudiendo al mismo conjunto de derechos moralmente justificados. La sencilla idea de la "objetividad moral" o mismo de la "pretensión de corrección" no orienta la actividad de los jueces en la práctica, en el sentido específico de que no suministran criterios para que sepamos cuál de las decisiones (suponiendo la hipótesis, claramente factible, de distintas soluciones) está de acuerdo con la "moral justificada"³⁰.

A mi juicio, ello implica un claro desplazamiento de poder hacia la jurisdicción, puesto que, si las respuestas judiciales moralmente justificadas pueden (y en general eso sí sucede) reflejar el mismo desacuerdo moral y político de la discusión pública, entonces alguien habrá que tomar la decisión y ese alguien, en nuestro mundo latino, normalmente es la jurisdicción constitucional. Este desplazamiento puede estar justificado por distintas razones, que no quiero presentar y tampoco discutir aquí. Hay, con todo, una consecuencia más que – creo – no debería despreciarse, y que tiene relación con la propia forma de entender la actividad judicial. Si el juez del mundo latino entiende su actividad en términos de justificación moral, y si la encuentra a través de un razonamiento a la luz de los derechos fundamentales; y si, a la vez, es verdad que la "moralidad" de esos derechos no suministra criterios que permitan zanjar el desacuerdo sobre su alcance y significado, de ahí se sigue – a mi juicio – que el juez del mundo latino ya no se somete a límite alguno³¹.

Quizás yo deba suavizar un poco esa conclusión en consideración al hecho de que Atienza, por repetidas veces, ha subrayado la importancia del elemento autoritativo del Derecho. Y a lo mejor la conclusión de que el juez ya no está sometido a límite alguno no corresponda a la realidad, sea – es probable – una afirmación muy apresurada. Sin embargo, creo que no sería desmesurado señalar que la propuesta de Atienza, su propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino, implica por lo menos lo siguiente: (1) pone el acento en la centralidad de los derechos fundamentales en el razonamiento judicial; (2) vincula la mejora de la práctica al compromiso con la realización de los derechos fundamentales; (3) atribuye al juez (y al jurista práctico en general) la función de maximizar los valores de la práctica, aunque esos valores sean controvertidos en su contenido y alcance. Y todo ello implica, a mi modo de ver, dar sustancial (no suave) prevalencia a la dimensión valorativa del Derecho, a su dimensión de justicia, a la dimensión moral de la Constitución.

Con ese conjunto de implicaciones en mente y con una idea más clara, aunque obviamente discutible, de la propuesta de Atienza para el mundo latino, pienso que ya nos encontramos en posición de hacer frente a la pregunta que es la razón de toda esta reflexión: *¿Debemos formar parte de este proyecto?*

³⁰Piénsese, por ejemplo, en una norma constitucional que uno considere injusta. Supóngase que una de las constituciones del mundo latino defina que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, excluyéndose la unión entre parejas del mismo sexo. ¿Estaríamos ante una hipótesis de norma constitucional contraria a la "moral justificada"? ¿Qué papel juega la "moral justificada" en la aplicación de esta norma? Si no juega ningún papel, si estamos dispuestos a afirmar que, aunque la "moral justificada" diga "x", la Constitución dice "z" y que, por lo tanto, vale lo que dice la Constitución, no acabo de ver la utilidad o los límites que una "moral justificada" podría imponer al razonamiento jurídico. A no ser que aceptáramos que solamente las constituciones pudieran contrariar la "moral justificada", lo que me suena bastante extraño, ya que, en tesis, es la propia Constitución que recoge principios morales de esta misma "moral justificada".

³¹Waldron concluye algo semejante al sostener la "irrelevancia de la objetividad moral". WALDRON, J. *Law and Disagreement*, Clarendon Press, New York, 1999, pp. 186-187.

3. ¿QUÉ FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA MI MUNDO LATINO?

En primer lugar, y si aún no ha quedado claro, por "mi mundo latino" me refiero a Brasil. Es verdad que incluso dentro de Brasil, considerado su vastísimo territorio, puede que haya más de un "mundo latino". Y seguramente hay más de un "mundo latino". Por ello, es tan difícil hablar de Brasil como unidad. Yo podría tener en mente mi lugar de nacimiento, Río de Janeiro; o la ciudad de Porto Alegre, más al Sur, donde desarrollé los estudios de Derecho, desde el grado hasta la maestría. Y si quisiera ir más lejos, podría imaginar otro "mundo latino", muy distinto a esos dos centros urbanos. Podría pensar, a modo de ilustración, en la provincia de Coruripe, en el pequeño Estado de Alagoas, donde está la historia de parte de mi familia y donde, aun en los días de hoy, podrían observarse rasgos sociales, económicos y políticos muy alejados de las promesas del Estado Constitucional.

Pero como todo localismo encuentra su límite y como nuestros análisis dependen, en larga medida, de distintas formas de generalización, voy a intentar poner el acento en algunos aspectos que considero muy marcados en nuestra sociedad y que, quizás, traduzcan lo que hay de unidad en Brasil. Evitaré hacer estipulaciones exclusivamente por mi cuenta. Mis comentarios y conclusiones descansan sobre mi interpretación acerca de lo que han dicho algunos intérpretes clásicos de la sociedad brasileña. Desde luego, registro la obviedad de que ellos pueden haber interpretado mal nuestra sociedad (de lo que dudo), o que yo mismo tal vez haya entendido mal sus ideas (lo que ya no es tan difícil). De todos modos, se trata de pensamiento, del modo de comprensión de una realidad y de pensar lo que sería más o menos adecuado a esa realidad. Que todo ello sea un proceso potencialmente arriesgado y controvertido es bastante evidente; pero también me parece bastante evidente el hecho de que merece la pena intentarlo.

3.1. EL MUNDO LATINO DE LA "CORDIALIDAD": LA DIFICULTAD DE LA LEGALIDAD EN BRASIL

Sergio Buarque de Holanda es el autor de un clásico del pensamiento sociológico brasileño – "Raízes do Brasil"³² –, un pequeño e imponente libro publicado originalmente en 1936. Dentro de esta obra, se hizo famoso un capítulo en particular, de pocas páginas y que lleva un título muy sugerente: "O homem cordial". La primera impresión, si uno se centra demasiado en el significado intuitivo de la palabra "cordial", es pensar que el autor se refiere a la amabilidad y simpatía del pueblo brasileño. El diccionario de la Real Academia Española, por ejemplo, define el adjetivo "cordial" como "virtud para fortalecer el corazón". Un hombre cordial sería un hombre simplemente afectuoso. Sin embargo, y aunque la amabilidad pueda caracterizar una virtud del brasileño, la palabra "cordial" tiene un sentido más refinado en la obra de Buarque de Holanda.

La amabilidad, la generosidad y el trato amigable sin duda pueden entenderse como virtudes, o sea, representan virtudes derivadas de una idea de civilidad, de educación e incluso de reconocimiento hacia el otro. Pero esa cordialidad, según Buarque de Holanda, se manifiesta por razones distintas en el modo de vida del brasileño. Somos cordiales no necesariamente porque aprendemos que la amabilidad es una manera adecuada y civilizada de relacionarse en comunidad. Somos cordiales porque proyectamos nuestras relaciones domésticas hacia el espacio público y ahí nos vinculamos de modo íntimo y emotivo³³.

La idea de una vida ritualista, en la que nos ocupamos con formalidades y nos conectamos al otro con cortesía, es bastante ajena a nuestra comprensión. Afirma Buarque de Holanda: "en la civilidad hay siempre algo de coercitivo, que

³²DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., Companhia das Letras, São Paulo, 2004.

³³DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 147.

puede expresarse en mandatos y sentencias”³⁴. Nuestra cordialidad no es, por tanto, la cordialidad de la civilidad, entendida casi como una especie de rito que lleva como finalidad el respeto al lugar ocupado por nuestro igual o, por lo menos, una clara delimitación de espacios. El brasileño concibe la vida en sociedad de manera bastante peculiar: nuestra “ética” de convivencia implica la expectativa de la amistad y, con ello, todo lo que se podría entender como perteneciente al ámbito de lo privado se traslada al ámbito de lo público (en cierta medida, al espacio de la forma).

Buarque de Holanda hace referencia al ejemplo de un comerciante norteamericano que, al instituir su negocio en Brasil, se daría cuenta de que para conquistar un cliente habría que establecer con él una relación de amistad³⁵. Esa dinámica, en verdad, se constata en la realidad de los negocios, de la política, de la administración, de la universidad. De hecho, el brasileño posee una intrínseca dificultad en asimilar con claridad la frontera entre su espacio de influencia personal – en el que se comunica a través de categorías inherentes a la afectuosidad – y el ámbito de lo público, entendido aquí simplemente en cuanto “rua” (calle), o sea, cualquier ambiente que se halle más allá de los límites de la casa³⁶.

Pero, como sabemos, la casa debería encontrar su frontera más marcada, más acentuada, precisamente en la esfera de los negocios públicos. La cordialidad inherente a la casa, y que a menudo se traslada a la vecindad o al comercio, es algo que existe precisamente para distinguir; o sea, constituye una huella que sólo tiene sentido, incluso como categoría lingüística, con el fin de establecer una diferencia, cualquier cosa de singular y doméstico que sea propio de una casa determinada y de ninguna más. Cuando esa forma de entendimiento se desplaza al ámbito de lo público, porque ni siquiera se reconoce adecuadamente la frontera, nace la imposibilidad de la igualdad – porque la igualdad general y abstracta implica precisamente el abandono de lo que “me distingue”, de lo que me vuelve “especial”.

De ahí que, en una sociedad donde prevalece el hombre cordial, hay una agravada dificultad en aceptarse “principios supraindividuales de organización”³⁷. El modo de interacción de los individuos es tendencialmente indiferente a la ley general, de tal manera que cada ciudadano afirma su posición en la sociedad no con arreglo a un elemento formal (como lo es la ley general), sino al poner de relieve características que establezcan una distinción en relación con los demás ciudadanos³⁸. Por esa razón, asevera Buarque de Holanda, “la ideología impersonal del liberalismo democrático nunca se ha convertido en un hecho natural entre nosotros”³⁹. La autoridad y la jerarquía son, a la luz de nuestra cordialidad, elementos puramente incómodos y nuestra idea de gobernante alude, una vez más, a la familiaridad, a la relación directa y personal.

Me parece que ha sido Raymundo Faoro, en “Os Donos do Poder” quien ha puesto de relieve con mayor detenimiento este nuestro culto a la personalidad. El libro de Faoro trata de los orígenes de un Estado patrimonialista⁴⁰, cuyo comando quedaría en manos de un estamento político privilegiado, correspondiendo exclusivamente al Estado la conducción de la sociedad. Y es precisamente en este contexto que Faoro subraya la conexión directa entre el “jefe” – el presidente, el

³⁴Traducción libre del original: “na civilidade há qualquer coisa de coercitivo – ela pode exprimir-se em mandamentos e sentenças”. DE HOLANDA, S.B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 147.

³⁵DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 149.

³⁶La distinción entre *casa* y *rua* la tomo de DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, 6ª ed., Rocco, Rio de Janeiro, 1997, p. 90.

³⁷Traducción libre del original: “Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós”. DE HOLANDA, S.B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 155.

³⁸DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 155

³⁹DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 160.

⁴⁰“A realidade histórica brasileira demonstrou (...) a persistência secular da estrutura patrimonial, resistindo, galhardamente, inviolavelmente, à repetição, em fase progressiva, da experiência capitalista”. In: FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ed., Globo, Rio de Janeiro, 2001, p. 869.

gobernador, el alcaide – y su pueblo. Es el soberano el que conduce. Y el soberano habla directamente al pueblo⁴¹, sin intermediarios, porque ahí se estableció un lenguaje familiar, propio de la casa, en la que todos se sienten más o menos especiales. Tanto es así que es común oírse (y no estoy hablando de épocas lejanas, sino de los días de hoy) algo como “esta casa/coche/trabajo me la dio fulano (el líder político)”. El gobernante es un amigo y todo lo que tenemos es fruto de su bondad⁴².

Una manera bastante ilustrativa de entender este nuestro “mundo latino de la cordialidad” es acudir a una pregunta común en el cotidiano de los brasileños y que corresponde al título de un célebre ensayo de Roberto DaMatta: “¿sabes con quién estás hablando?”⁴³. La pregunta en sí misma denuncia su sentido: quien la plantea, lo hace para distinguirse de otra persona, para aclarar que, en aquella relación, hay un superior. Uno puede imaginar que se trata sólo de afirmar una posición social, de recordar al otro cuál es “su lugar”. Eso es verdad, pero la tesis de DaMatta va más allá: el “¿sabe con quién estás hablando?” es invocado por cualquier persona, con independencia de la posición social y en el contexto de innumerables situaciones. La importancia sociológica de esta pregunta radica en la constatación de que, al fin y al cabo, todo acaba por trasladarse al dominio de las relaciones personales⁴⁴, precisamente en actividades en las que debería imperar la generalidad.

DaMatta acude a una distinción que me suena muy interesante. En nuestra sociedad, habría individuos y personas. A las personas, les reservamos la cordialidad subyacente a la relación personal. A los individuos, en cambio, les reservamos la ley⁴⁵. Solamente los individuos frecuentan las comisarías de policía, los tribunales, las interminables colas del sistema de sanidad pública y de toda la máquina burocrática. Ser individuo, añade DaMatta, es “revelarse no perteneciente a cualquier sector”⁴⁶, como alguien que no posee un familiar o un “padrino” para protegerle. Estamos siempre buscando personalizar la ley: ajustarla a una calidad personal, que nos liberte del peso de la condición de individuo y que nos lleve a un nivel de mayor dignidad en este nuestro “sistema de personas”⁴⁷.

Quizás sea por todo ello que Sergio Buarque de Holanda escribió: “la democracia en Brasil ha sido siempre un lamentable malentendido”⁴⁸. Una acepción mínima del término “democracia” la vincula a la idea de procedimiento – un procedimiento por el que todos los ciudadanos tienen derecho a participar y que produce como resultado un conjunto de decisiones colectivamente vinculantes. Pero eso presupone, ante todo, la plasmación de valores morales y políticos que constituyan la base de esa noción de que existe – y debe existir – algo que vincula a todos, al mismo tiempo y en la misma medida. Sin embargo, nada parece ser más ininteligible al brasileño. La idea de igualdad formal es, entre nosotros, rápidamente remplazada (no complementada) por la prevalencia difusa y confusa de lo que a nosotros nos gusta y nos conecta con nuestro modo de ser cordial: la igualdad “material” (y que a veces no es más que un privilegio) o cualquier suerte de

⁴¹FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro* (...), Ob. Cit., p. 875.

⁴²FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro* (...), Ob. cit., p. 875.

⁴³El ensayo se halla en DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro* (...), Ob. Cit., pp. 179-248.

⁴⁴DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro* (...), Ob. Cit., 195.

⁴⁵DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro* (...), Ob. Cit., p. 218.

⁴⁶DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro* (...), Ob. Cit., p. 236.

⁴⁷DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro* (...), Ob. Cit., p. 232.

⁴⁸Traducción libre del original: “A democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido”. DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil* (...), Ob. Cit., p. 160.

particularismo que nos identifique en cuanto personas, en su concreción y circunstancia, y no en la calidad de individuos.

3.2. ¿NECESITAMOS UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO MENOS FORMALISTA Y MÁS ARGUMENTATIVA?

Si todo lo anterior es correcto, si mi mundo latino es de hecho el mundo latino de la cordialidad, cuya tendencia es siempre convertir la ley general en algo más o menos particularizado y cuya principal dificultad consiste, precisamente en razón de ello, en la construcción de un espacio público común, ajeno al sentimiento doméstico propio de la casa; si todo eso es así, ¿es verdad que necesitamos una filosofía jurídica del argumento, del valor, de los derechos? ¿Es verdad que lo que falta al mundo latino (o por lo menos a mi mundo latino) son juristas comprometidos más con el valor y menos con la forma? Me pregunto si lleva la razón Manuel Atienza y si su propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino sirve a la realidad de mi mundo latino; me pregunto, con sinceridad, si nuestro pecado es, como parece creer Atienza, poner demasiado acento en la dimensión autoritativa del derecho y despreciar o dar poca atención a la dimensión valorativa del Derecho. ¿Es ese el pecado del hombre cordial?

Uno podría afirmar que deberíamos aceptar la propuesta de Atienza porque nuestras prácticas serían demasiado "formalistas". El propio Atienza escribió una especie de decálogo, en el que nos indica algunas estrategias para desenmascarar a un formalista⁴⁹. Lo que se expone ahí, y él mismo lo reconoce en la introducción a ese guía, es la forma como "dolencia", como vicio: una suerte de apego a la literalidad de los textos y a la oscuridad de la erudición; cierta tendencia a incurrir en contradicción y el recurso (equivocadamente concebido) a un supuesto rigor lógico. El "formalista" de Atienza es de hecho un mal jurista o, en particular, un mal juez. Su actitud ante el Derecho es básicamente autorreferente y la manera con la que venera la lógica y la certeza, además de su tono categórico y rebuscado al manejar el vernáculo, pone de manifiesto, a mi juicio, un jurista que no ha entendido bien ni la dimensión valorativa del Derecho y tampoco su dimensión autoritativa.

Ese culto a la forma, es verdad, también constituye un elemento de la comunicación – sobre todo jurídica – en mi mundo latino. El hombre cordial es asimismo un hombre seducido por la belleza de las palabras que poco o nada orientan, por las doctrinas extranjeras cargadas de falsa complejidad o de verdadera oscuridad. Machado de Assis, uno de los grandes de nuestra literatura, lo deja magníficamente claro en "Teoria do Medalhão", un pequeño texto publicado en un periódico de 1881⁵⁰. Se trata de un curioso diálogo entre padre e hijo, en el que el padre aconseja su hijo a como tener éxito en la vida: nada de originalidad, nada de ideas propias y espontáneas; es conveniente aprisionar el espíritu leyendo compendios de retórica o determinados discursos y, como la soledad es "oficina de ideas", no vale la pena salir a caminar sin compañía. Es importante, añade el padre, el empleo de "aforismos jurídicos", de palabras en latín y, por supuesto, el recurso a la metafísica. Y decreta: "condeno la aplicación, aplaudo la denominación"⁵¹.

Ahora bien, ese aplauso a la denominación, a la etiqueta y al adorno, esa falta de preocupación con la aplicabilidad de las fórmulas y teorías novedosas, y que a menudo nos conduce a la oscuridad, todo ello no deriva de un excesivo respeto a la dimensión autoritativa del Derecho o de un permanente sentimiento de vinculación a las normas generales y abstractas. Según Buarque de Holanda, nuestros hombres de ideas han estado siempre mucho más interesados en el rasgo artístico de las

⁴⁹ATIENZA, M. "Cómo desenmascarar a un formalista", *Isonomía*, n. 34, Abril de 2011, pp. 199-201.

⁵⁰El cuento puede encontrarse en MACHADO DE ASSIS, *Papéis Avulsos*, S.1., Lombaerts & C., 1882, disponible en: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000230.pdf>, Último acceso en: 29.11.2023.

⁵¹En el original, MACHADO DE ASSIS escribe: "condeno a aplicação, louvo a denominação".

palabras que en su valor en la práctica⁵². Eso, por supuesto, se manifiesta de modo más acentuado en el Derecho. La confianza en un sistema de palabras, aunque ese sistema pudiera estar lejos de la realidad, parece haber sido siempre un trazo del jurista de mi mundo latino: quizás, en su momento, una confianza excesiva en un sistema de códigos; quizás, en nuestros días, una confianza desmesurada en las palabras de la Constitución.

Pero todo ello – y deseo poner un acento especial en este punto – sin que hubiéramos desarrollado la confianza en la autoridad de las leyes y tampoco en la autoridad de la Constitución. Es decir: los juristas de mi mundo latino siguieron cordiales en lo que atañe a los valores formales de legalidad, autoridad, igualdad ante la ley y jerarquía, mientras mantuvieron su vinculación a la belleza de las formas, de las teorías y de las promesas (a veces vanas) de las palabras. Eso, a mi juicio, explica la muy cordial acogida – entre nosotros – de la teoría de los principios y, en particular, del mecanismo de la ponderación. Con independencia de su idoneidad teórica, los principios y la ponderación sí implican una flexibilización a la idea del imperio de la ley. Si nosotros nunca incorporamos con naturalidad los valores del imperio de la ley, me parece natural que una teoría que convierta la aparente rigurosidad en algo más dúctil sea celebrada en mi mundo latino. Y creo que podemos ir más allá: además de recibirla en un suelo de cordialidad, nuestra mirada hacia ella es la mirada del “formalista” que venera un objeto precisamente por su forma. Por ello, al momento de dar cuenta de la teoría y de sus mecanismos, aplaudimos la denominación y condenamos la aplicación.

Volvamos, entonces, a la pregunta fundamental: *¿debemos formar parte del proyecto de filosofía del derecho para el mundo latino propuesto por Manuel Atienza?* Si la intención de Atienza es utilizar una filosofía de corte argumentativo para ayudarnos a superar este “formalismo” en cuanto vicio, poniéndose de relieve el deber fundamentación, el lugar adecuado de la lógica, el estudio de las falacias e incluso la importancia de tener en cuenta las razones subyacentes de las normas, creo que deberíamos aceptar la propuesta. Sin embargo, el proyecto de Atienza no se destina esencialmente a este fin. El combate al “formalismo” como vicio me parece, por así decirlo, solamente un efecto colateral del proyecto. La base de la propuesta no es la contraposición entre la forma como vicio y la forma como virtud, sino más bien la contraposición entre la forma como virtud (la dimensión autoritativa del Derecho) y los valores que la práctica debe realizar, esto es, los valores de los derechos fundamentales.

Para Atienza, está claro que la “mejora de la práctica” supone una filosofía jurídica al servicio de los derechos, además de juristas comprometidos con la realización de la justicia plasmada en esos derechos, o sea, juristas comprometidos más con el valor y menos con la forma. A mi juicio, la propuesta de Atienza no es adecuada a mi mundo latino precisamente por dos razones. La primera estriba en el hecho de que su propuesta ya es, desde hace algún tiempo, el modo dominante de comprender el Derecho entre nosotros. De modo muy breve, me referí aquí a la ponderación de principios, pues se trata de una técnica ampliamente aceptada en la doctrina y en nuestros los tribunales. Pero no solamente porque se la considera una técnica simplemente útil, sino más bien porque ella forma parte de una comprensión del Derecho que hace hincapié en la centralidad de los derechos fundamentales, con el fin de alcanzar esencialmente lo que quiere Atienza: decisiones moralmente justificadas, es decir, decisiones justificadas a la luz de los derechos fundamentales; y, a la postre, decisiones casi siempre justas⁵³.

La segunda razón por la que pienso que no debemos aceptar esta propuesta es la más importante. Me parece que, por lo que respecta a las características de mi

⁵²DE HOLANDA, S. B. *Raíces do Brasil (...)*, Ob. Cit., pp. 163-165.

⁵³Sobre esa concepción del Derecho (el “constitucionalismo de los derechos”), véase el capítulo II de MOREIRA, P. S. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2019.

mundo latino, el proyecto de Atienza fracasa justo en el modo de concebir la “mejora de la práctica”. En el mundo latino de la cordialidad, si bien es esencial la práctica argumentativa, no lo es una filosofía del derecho argumentativa tal y como la entiende Atienza. Y ello porque esa filosofía implica, al parecer de modo necesario, cierta prevalencia de la dimensión valorativa del Derecho frente a la dimensión autoritativa del Derecho. Este tipo de jusfilosofía prescribe un trato más o menos dúctil a la ley y al procedimiento, en nombre del valor de los derechos, precisamente en un mundo donde la ley y el procedimiento no constituyen valores suficientemente plasmados y arraigados en la cultura de la sociedad y, en particular, en la cultura jurídica.

4. CONCLUSIÓN

Estoy convencido de que hay que tener en cuenta esos elementos si uno desea dibujar un proyecto de filosofía del derecho para esta región – Brasil o cualquier otra que pueda identificarse con la imagen de la cordialidad. Si es verdad que es posible idear una filosofía del derecho regional, que sirva al enfrentamiento de problemas muy marcados en un contexto determinado, también es verdad que esa posibilidad está condicionada a una adecuada descripción sociopolítica de este mismo contexto. Si no nos dedicamos a entender nuestro contexto – y creo que el análisis precedente constituye algo en realidad aún muy embrionario – los esfuerzos para pensar una filosofía jurídica regional pierden mucho de su sentido y relevancia. Es que si no es así, si no tomamos en serio las peculiaridades de cada uno de nuestros distintos mundos latinos, ¿de qué, al final, estamos hablando cuando pensamos en una filosofía del derecho argumentativa y centrada en la maximización de los valores de la práctica, de los derechos fundamentales?

Estamos hablando, me permito decirlo así, de algo como un sueño o una utopía. Y, para ilustrar lo que digo, también me permito acudir a una cita de un renombrado profesor de Derecho en Brasil – Luís Roberto Barroso – y que hoy, no por casualidad, es juez de nuestra Corte Suprema. Al comentar la importancia del “constitucionalismo democrático” como el ideal que nos queda, Barroso añade lo siguiente⁵⁴:

Ya no existen ideologías muy amplias a disposición. La revolución no ha venido. No vivimos en un mundo sin países, sin miseria, sin violencia. La desigualdad abismal, en el ámbito doméstico y en el ámbito internacional, sigue siendo un estigma al proceso civilizatorio y a la condición humana.

Al leer este influente jurista brasileño, pienso que Atienza comparte el mismo sueño y la misma pretensión de civilizar el mundo por medio de una filosofía jurídica centrada en los derechos y en la Constitución. Y creo que Barroso, como jurista práctico y comprometido, ha comprendido bien la tarea que nos propone Atienza y la intenta llevar a cabo. En la calidad de juez y de académico, ha expuesto que una de las funciones del juez (y del juez constitucional en particular) es “empujar la historia”, es – por ello – asumir una postura “iluminista”. Me parece que eso es perfectamente compatible con la idea de “hacer avanzar la práctica” sobre la base de los derechos.

Es innegable que ello supone un desplazamiento sustancial de poder político hacia la jurisdicción. Creo (y ahora no estoy en posición de justificar esa creencia), que eso ha generado en Brasil un fenómeno interesante: el personalismo que antes era propio de la política, lo que se suele llamar culto a la personalidad, quizás se haya trasladado a la jurisdicción. No sé en qué medida ello pueda ser deseable. Sin embargo, y con independencia de este comentario, me gustaría finalizar

⁵⁴Traducción libre. BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 400

rememorando una frase de Atienza con la que estoy totalmente de acuerdo: "la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática".

Pues bien. A mi juicio, no hay otra forma de reconocer la importancia de esa capacidad argumentativa sino por medio del refuerzo a los procedimientos de deliberación pública y, en consecuencia, a cierta deferencia a los resultados logrados en la arena parlamentaria, que parece ser, en realidad, el espacio de legítima representación argumentativa de los ciudadanos. La propuesta jusfilosófica de Atienza, en cambio, acaba por poner el acento en la capacidad argumentativa de los jueces y, sobre la base de esa premisa, justifica el desplazamiento de poder político hacia la jurisdicción. Una filosofía del derecho así entendida sienta sus bases no en el apoyo a la capacidad argumentativa de los ciudadanos, sino más bien en la continua desconfianza con respecto a los resultados de la deliberación política de los ciudadanos y de sus representantes.

Todo ello es aún más preocupante si estamos hablando de mi mundo latino, del mundo latino de la cordialidad. Si entendí bien las lecciones de algunos de los intérpretes de la sociedad brasileña, nuestra enfermedad radica precisamente en la ausencia de vinculación a las normas generales y abstractas, a las leyes aprobadas en deliberación pública y que deberían aplicarse a todos. Somos particularistas, personalistas y tendencialmente indiferentes al imperio de la ley. Así que la propuesta de Atienza no constituye un antídoto a la enfermedad de que padecemos nosotros. Al contrario, puede que sea – ella misma –, al hacer una entusiasmada apuesta en la dimensión valorativa del Derecho, un ingrediente más en el incremento de esta nuestra cordialidad. Y me parece que esto es perjudicial al propio sueño de Atienza. Si somos cordiales en relación con la autoridad de las leyes, ¿por qué no seremos cordiales en la aplicación y garantía de los derechos fundamentales?

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALEX, R. *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Trad. Manuel Atienza y Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ATIENZA, M. "Carta sobre la ponderación", en ATIENZA, M. y GARCÍA AMADO, J.A. *Un debate sobre la ponderación*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2012.
- _____. "Cómo desenmascarar a un formalista", *Isonomía*, n. 34, Abril de 2011.
- _____. *Curso de Argumentación Jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, 2013.
- _____. y RUIZ MANERO, J. "Dejemos atrás el positivismo jurídico", *Isonomía*, n. 27, Octubre de 2007.
- _____. "Dos versiones del constitucionalismo", *DOXA, Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, 2011.
- _____. *El Derecho como argumentación: concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2012.
- _____. *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho*, Madrid, Pasos Perdidos, 2013.
- _____. "Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014.
- _____. "Una propuesta de filosofía del derecho para el mundo latino", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 2007.
- BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- CARBONELL B., F. "Sobre la idea de decisión judicial correcta", *Análisi e diritto*, 2015.
- DAMATTA, R. *Carnaval, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Rocco, 1997.
- DE HOLANDA, S. B. *Raízes do Brasil*, 26 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2004.
- FAORO, R. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Globo, 2001.

- GEORGE, R. P. *Conscience and its enemies: confronting the dogmas of liberal secularism*, Wilimington/Delaware, ISI books, 2013.
- HABERMAS, J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Trad. Willian Rehg. Cambrigde, The MIT Press, 1996.
- MACHADO DE ASSIS, *Papéis Avulsos*, S.1., Lombaerts & C., 1882, disponible en <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000230.pdf>.
- MOREIRA, P. S. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2019.
- KLATT, M (ed.). *Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy*, New York, Oxford University Press, 2012.
- POSTEMA, Gerald J. "Jurisprudence: the sociable science", *Virginia Law Review*, v. 101, 2015.
- WALDRON, J. *Law and Disagreement*, New York, Clarendon Press, 1999.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 107-128
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La crisis humanitaria de los pueblos indígenas en Colombia: el riesgo de exterminio físico y cultural

The humanitarian crisis of indigenous peoples in Colombia: risk of physical and cultural extermination

Yanitza Giraldo Restrepo¹

Universidad Internacional de la Rioja

Sumario: Introducción. 2. Factores históricos y sociales. 2.1. Contexto y causas de la crisis humanitaria. 2.2. El derecho a la consulta previa, libre e informada. 3. El desplazamiento forzado como mecanismo de control y apropiación territorial. 3.1. Las condiciones de vida y acceso a servicios básicos. 3.2. La violación de los derechos humanos y el riesgo de exterminio físico y cultural. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Resumen: Las comunidades indígenas enfrentan un riesgo de exterminio físico y cultural debido a múltiples factores históricos y sociales. Las diferentes políticas estatales, la precaria capacidad institucional y presupuestal para implementar las políticas públicas necesarias, han contribuido a esta crisis. Otra de las causas es la falta del reconocimiento a la consulta previa y el consentimiento libre, previo e informado en proyectos que afectan sus territorios, violenta sus derechos y los deja vulnerables ante desplazamientos forzados. El desplazamiento forzado desarraiga a las comunidades de sus entornos naturales y culturales, exacerbando la pérdida de identidad y cohesión social. El objetivo de este artículo es destacar cómo todos estos factores estructurales y de discriminación histórica, suponen la obligación de activar una respuesta inmediata en los ámbitos de prevención y atención; urgentes para garantizar su supervivencia y dignidad.

Palabras clave: crisis humanitaria, exterminio físico y cultural, pueblos indígenas, estructural.

Abstract: Indigenous communities face a risk of physical and cultural extermination due to multiple historical and social factors. The different state policies and the precarious institutional and budgetary capacity to implement the necessary public policies have contributed to this crisis. Another cause is the lack of recognition of prior consultation and free, prior, and informed consent in projects that affect their

¹Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid máster en Derecho Público de la misma universidad. Profesora de Derecho Internacional Público. Universidad Internacional de la Rioja.

territories, violating their rights and leaving them vulnerable to forced displacement. Forced displacement uproots communities from their natural and cultural environments, exacerbating the loss of identity and social cohesion. The objective of this article is to highlight how all these structural factors and historical discrimination imply the obligation to activate an immediate response in the areas of prevention and care; urgent to ensure their survival and dignity.

Keywords: humanitarian crisis, physical and cultural extermination, indigenous people, structural.

1. Introducción

La situación de los pueblos indígenas es crítica porque siguen sufriendo graves violaciones a sus derechos humanos. Se mantienen los problemas estructurales que ya habían sido advertidos por diferentes Relatores especiales, en cuanto a: desconocimiento del derecho a la libre autodeterminación, a su autonomía, al territorio, y al manejo de los recursos, así como a la participación política y la consulta previa, libre y consentida. Es cierto que existe una legislación que protege sus derechos, como también, una amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional. No obstante, la falta de una respuesta efectiva por parte de las instituciones, sumado a la ausencia del Estado, en especial a nivel local, impide el ejercicio efectivo de sus derechos. Esa fragilidad estatal deja en una posición muy vulnerable a los pueblos indígenas y comunidades étnicas (ancestrales), frente a los grupos armados no estatales, organizaciones criminales, y entes económicos que actúan sin garantizar los derechos humanos. Para conseguir una Paz Total, es necesario que las medidas que se tomen sean reparadoras, integradoras, y sin duda, debe garantizarse "la protección efectiva y real de los Pueblos Indígenas"².

Señala CALÍ el desconocimiento y falta de protección de sus derechos humanos, es una de las causas por las cuales "71 Pueblos Indígenas en Colombia se encuentran en riesgo de extinción física y cultural"³. Es urgente que se reconozca sus derechos sobre los territorios ancestrales, los recursos y se debe analizar el daño ambiental que ha ocasionado la presencia de los grupos armados, empresas y organizaciones criminales. Las comunidades y pueblos indígenas no han sido tenidos en cuenta en los procesos de exploración y explotación de los recursos naturales. Por el contrario, han sido víctimas de la persecución y el asedio, por medio de diferentes estrategias de guerra utilizadas por los actores presentes en sus territorios. Como una forma de disuasión y de destrucción de su tejido cultural, social y económico.

Así las cosas, a pesar de los Acuerdos de Paz, de 2016, la situación de las comunidades indígenas no ha mejorado, al contrario, se ha recrudecido la violencia sobre ellos y sus territorios. La razón de esto es que las características del conflicto armado se han reconfigurado, ya que ahora hay un aumento exponencial de los grupos beligerantes, que se disputan el poder territorial y el manejo de los recursos naturales⁴. Por otro lado, se han creado alianzas con grupos armados no estatales y organizaciones criminales internacionales. Los pueblos indígenas son víctimas del conflicto de manera directa o indirecta, como también de la ocupación de sus territorios sagrados, con un impacto en las mujeres, niños, niñas y adultos mayores.

²ONU, Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Francisco Calí Tzay. *Declaración final del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Francisco Calí Tzay, al concluir su visita oficial a Colombia* [en línea]. 15 de marzo de 2024, p. 3. Disponible en: https://www.hchr.org.co/historias_destacadas/declaracion-final-del-relator-especial-de-las-naciones-unidas-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-francisco-cali-tzay-al-concluir-su-visita-oficial-a-colombia/

³ONU, Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Francisco Calí Tzay, op. cit., p. 3.

⁴ONU, Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Francisco Calí Tzay, op. cit., p. 4.

El pueblo Wayuu experimenta una grave situación humanitaria a causa de la explotación desproporcionada de los recursos naturales de la región, la destrucción del medio ambiente, lo que ha generado una afectación en el modo de vida y un riesgo para su seguridad alimentaria⁵.

En los Acuerdos de Paz, este no tuvo en cuenta a todos los actores armados que siguen activos en los territorios ni generó cambios estructurales necesarios para enfrentar las raíces de la violencia en el país. Además, no incluyó a todos los frentes de las antiguas FARC-EP e hizo falta la participación integral de los pueblos indígenas durante las negociaciones; aunque se incorporó el Capítulo Étnico en una etapa tardía del proceso. Esta omisión ha perpetuado la exclusión y la falta de representación de estas comunidades en las decisiones que afectan su futuro⁶.

Para los pueblos indígenas este acuerdo no ha supuesto mayores cambios porque la violencia continúa, de manera que se ha seguido conviviendo con el conflicto. Además de tener que hacer frente a los diferentes enfrentamientos en sus territorios ancestrales, por la lucha de la reconfiguración territorial, y el manejo de las actividades ilícitas asociadas con el narcotráfico y la explotación de los recursos naturales no renovables. Finalmente, las comunidades indígenas han tenido que hacer frente a todo este tipo de violaciones, sufrir el asedio de los actores armados, el desplazamiento forzado de sus territorios, por la ausencia del Estado y la falta de instituciones garantes de sus derechos humanos.

2. Factores históricos y sociales de la crisis humanitaria

La crisis humanitaria que se vive en Colombia tiene causas estructurales, se produce entre otras cosas, por el control de la tierra, la falta de credibilidad institucional, la redistribución de la riqueza, actividades relacionadas con el narcotráfico, la ausencia de políticas públicas y la falta de presencia estatal en ciertos territorios. En particular, la lucha por la tierra y la explotación de los recursos naturales, han sido factores determinantes en la perpetuación del conflicto. De ahí que, estas dinámicas han exacerbado la situación de los pueblos indígenas, toda vez que habitan y dependen de los territorios ancestrales⁷. Las acciones de los grupos armados y los proyectos extractivistas han generado el desplazamiento forzado masivo de la población; para las comunidades indígenas ha supuesto el desarraigo cultural y la pérdida de los medios de subsistencia⁸.

El desplazamiento forzado ha vulnerado los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, lo que implica un incumplimiento de las obligaciones de prevención y protección del Estado colombiano. Se han afectado sus derechos a la vida en condiciones dignas, a decidir su domicilio, el libre desarrollo de la personalidad, sus derechos económicos, sociales y culturales, a una alimentación adecuada, a los derechos de los niños, a la libertad de expresión y de asociación⁹.

En el Auto A-004/09, se estima que no son menos de 30 etnias que se consideraban en riesgo de exterminio cultural o físico, y destaca tres factores

⁵ Declaración final del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Francisco Calí Tzay, al concluir su visita oficial a Colombia. Marzo 15 de 2024, op. cit., p. 5.

⁶ LANGA MARTÍNEZ, L. *Reconfiguración de la guerra y violencia sociopolítica contra el pueblo Nasa en el Norte del Cauca a partir del Acuerdo final de Paz*, ed. Bogotá, septiembre de 2023, p. 23.

⁷ Corte Constitucional Sentencia T-445-22, de 06 de diciembre de 2022, punto 82. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-445-22.htm>

⁸ PÉREZ, T. "Conflicto y posconflicto en Colombia: una mirada a la política de seguridad democrática", *Separata Humanística*, 5 (10), 2011, p. 132

⁹ Auto 351/19 de la Corte Constitucional colombiana, de 27 de junio de 2019, punto 4. En este mismo sentido, en el Auto A-004/09, op.cit., había reiterado el peligro de exterminio de algunas comunidades como causa del desplazamiento y dispersión de sus miembros, como también, por la muerte natural o violenta de sus integrantes (numeral I). Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a351-19.htm>

principales que se ciernen sobre los pueblos indígenas del país y dependiendo de su ubicación geográfica, socioeconómica y cultural, se unen y actúan de forma distinta en cada comunidad. Por ejemplo, después de la incursión de los grupos armados ilegales en los territorios indígenas, sigue la militarización del territorio por la Fuerza Pública y la instalación de bases militares sin consulta previa; la instalación de minas antipersona y el abandono de municiones sin explotar. En muchos casos se han reportado víctimas indígenas a causa de este material (punto 2).

Otro método que se ha reconocido como un patrón estructural y reiterado, y, una de las causas de mayor violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, es el del señalamiento. Este consiste en acusar de forma individual o colectiva, sin ninguna prueba, a los miembros de las comunidades de ser colaboradores de un grupo armado opuesto o de la Fuerza Pública. Estos señalamientos terminan en amenazas, desapariciones, homicidios, y han sido conocidos como “falsos positivos” es decir, algunos miembros de las Fuerzas Públicas desaparecen a miembros de las comunidades indígenas, y, después los reportan “en forma infundada” como guerrilleros dados de baja en combate, sin demostrar efectivamente su vinculación¹⁰.

El Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto entre el Gobierno Nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo, el 24 de agosto de 2016, es un gran avance en un país que lleva décadas en conflicto. No obstante, no se han tomado las medidas efectivas para evitar las violaciones masivas a los derechos humanos de los pueblos indígenas, por los diferentes grupos armados, y la destrucción sistemática de sus territorios. Es fundamental la garantía de los acuerdos de paz, en relación con:

Primero, “Reforma Rural Integral” para la transformación estructural del campo, y la creación de las condiciones de bienestar para la población rural, con el objetivo de acabar con la pobreza, promover las condiciones de igualdad y el goce pleno de la ciudadanía. Segundo, la “Participación Política” como un instrumento esencial para la construcción de la paz y el fomento de un debate constante, así como, la creación de nuevas fuerzas políticas que puedan contribuir con ideas sobre los problemas del país.

Tercero, el “Cese al Fuego y de Hostilidades Bilateral y Definitivo y la dejación de las armas” con el objetivo de poner fin al constante enfrentamiento entre la Fuerza Pública y las FARC, que perjudica a la población civil, alcanzando un acuerdo final que permita recuperar la institucionalidad y la reintegración de las FARC en la vida civil. Cuarto, la “Solución al Problema de las Drogas Ilícitas” implica un compromiso en la lucha contra los cultivos y la comercialización de drogas ilegales, así como contra la criminalidad asociada, promoviendo y protegiendo los derechos humanos.

Quinto, las “Víctimas” con un acuerdo establece del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, que busca evitar la impunidad, asegurando la sanción y la investigación de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

Sexto, los “Mecanismos de Implementación y Verificación” tienen como objetivo el seguimiento del acuerdo para garantizar su cumplimiento, resolver las diferencias que puedan surgir en su aplicación y asegurar una implementación legislativa efectiva¹¹.

2.1. Contexto y causas de la crisis humanitaria

¹⁰En el Auto A-004/09, op. cit., punto 2.2.1.

¹¹ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA. Colombia, 24 de agosto de 2016. Disponible en: https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf

En primer lugar, para explicar la grave situación que atraviesan las comunidades indígenas, es preciso comprender qué se entiende por crisis humanitaria. Las Naciones Unidas y las ONG humanitarias utilizan diferentes criterios e indicadores distintos. No obstante, hay cuatro criterios generales comunes: "(1) niveles de mortalidad y malnutrición, (2) contagio de enfermedades o inicio de epidemias, (3) Emergencia alimentaria, y (4) vacíos en la respuesta (por agua, comida, sanidad y refugio)". Al combinar esos criterios, las organizaciones pueden determinar si se está ante una crisis humanitaria. La reducción de las cifras de esos indicadores es lo que establece si ha terminado la crisis. Entonces, se entiende por crisis humanitaria a una situación excepcional y general que amenaza a la vida humana, a la salud o subsistencia. Esto sucede por la falta de protección, derivada por lo general por causas estructurales de desigualdad, ocasionada en muchos casos por conflictos armados, catástrofe natural o humana¹².

La discriminación estructural se entiende como una perspectiva doctrinal que amplía el concepto tradicional de discriminación, incorporando la noción de opresión intergrupar. Esta se refiere a situaciones de desigualdad social, dominación y sometimiento de grupos, donde no es posible identificar una conducta específica ni un trato que viole explícitamente la prohibición jurídica de discriminación¹³. Además, se basa en la posición social, la definición de identidades y el poder de decisión, revelando una desventaja persistente para ciertos grupos, aunque no esto no se aprecie de una forma directa las situaciones arbitrarias definidas por el derecho¹⁴.

En segundo lugar, la violencia que viven las comunidades indígenas es un ejemplo de discriminación estructural¹⁵, y, aunque no hay una intencionalidad individual discernible, estas prácticas se reproducen en las instituciones, afectando tanto el ámbito público como privado y entrelazándose con diversas variables sociales. Estas dinámicas influyen en la toma de decisiones y en la formación de las preferencias. Por lo tanto, es crucial identificar los factores que condicionan las elecciones para desarrollar mecanismos que aseguren la autonomía y la capacidad de decisión de las personas. Cuando no se reconoce la discriminación estructural, se podría asumir

¹²PRANDI, M., CANO, J.A. y ARENAS, D. "Empresas y crisis humanitarias: dilemas y retos", *Escola de cultura de pau*, octubre de 2011. Disponible en: https://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/empresas_crisis_humanitarias.pdf

¹³ANÓN ROIG, M. J. "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", op. cit., pp.148-149.

¹⁴ANÓN, M.J. "La violencia contra las mujeres como discriminación", op. cit., p. 635.

¹⁵ Sobre la discriminación estructural que viven las comunidades indígenas a causa de la marginación económica, el despojo, el abandono legal, véase las sentencias de la Corte Constitucional colombiana: T-235 de 2011, T-445-22, 06 de diciembre de 2022, y el auto 009 de 2015, donde se hace seguimiento al auto 92 de 2008, por la persecución a mujeres indígenas, especialmente las niñas y adolescentes, quienes han sufrido diferentes tipos de violencia sexual, dentro del conflicto armado, como respuesta a la discriminación estructurales por razones étnicas. En este mismo sentido, el COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC). 42º periodo de sesiones, 2009, p. 12, habla sobre la "Discriminación sistémica" en la cual hay una discriminación hacia algunos grupos de manera general, persistente, y arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad, donde se dan actos de "discriminación indirecta y no cuestionada". Ahora bien, esta discriminación puede ser de todo tipo: normativo, político, acciones o actitudes prevalentes dentro del sector público o privado, que suponen una ventaja para determinados grupos de la sociedad, mientras que para otros no. Esto es precisamente lo que le sucede a los pueblos indígenas y comunidades étnicas de Colombia, que a pesar de la promulgación de las normas que protegen sus derechos, las instituciones, empresas, en la práctica desconocen sus obligaciones. Por otro lado, a nivel presupuestario no se cuenta con una continuidad en las políticas públicas con enfoque étnico, y a pesar de los diferentes fallos de la Corte Constitucional colombiana, se desconoce de manera persistente sus derechos individuales y colectivos. Disponible en: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/General%20Comment%202009_ESP.pdf

erróneamente que las decisiones individuales son completamente libres, cuando en realidad no lo son¹⁶.

En este sentido, sobre las prácticas discriminatorias que se llevan a cabo en el sector público, se destaca la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 10 de marzo de 2022. Donde se analiza la existencia de un hecho discriminatorio con un patrón de racismo estructural, del gobierno nacional y una parte de la sociedad colombiana en contra de las comunidades indígenas. Un funcionario del Departamento Nacional de Planificación (no identificado), en su condición de representante de dicha entidad, durante la intervención de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, profirió un insulto contra las comunidades. Al mismo momento que exponían sus argumentos frente al gobierno para la definición de la fecha de expedición del decreto, para la aclaración de los títulos de origen colonial, de manera abierta y pública, el funcionario incurrió en un acto de discriminación, racismo y un ataque contra los voceros de los pueblos indígenas(punto 5).

Esta sentencia destaca que la expresión del funcionario se realizó en un espacio de acuerdo entre el Estado y las comunidades y pueblos indígenas, donde los representantes del Estado tienen sin lugar a duda una posición de "poder y superioridad" (punto 63.3). De manera que esa reunión tuvo un carácter institucional, por tanto, de gran relevancia pública. Por consiguiente:

"La expresión fue inesperada en el contexto del espacio de concertación, un lugar en donde debe primar el diálogo y la garantía de respeto de los derechos provino de algún representante de las entidades del Estado participantes, recayó sobre sujetos de especial protección constitucional históricamente marginados por razón de su raza, y los colocó en un evidente estado de vergüenza y humillación que justificó las reacciones de pérdida de confianza ante la institucionalidad presente"¹⁷.

Por consiguiente, esa expresión fue un acto discriminatorio que afectó la dignidad humana de los pueblos indígenas. A su vez, fue en detrimento de la honra pues, hizo énfasis en la estimación que de sí mismos como indígenas, y del reconocimiento que de su dignidad esperan, negando el reconocimiento de la diversidad cultural que tiene el país desde la constitución de 1991. Y, en contra de la expresión deshonorosa, se debió tomar una postura institucional, por parte de todas las entidades participantes, para reconocer la dignidad de los pueblos y comunidades afectadas (punto 63.5 y siguientes).

Como se puede observar, se ha perpetuado la discriminación, el racismo y los ataques contra la población indígena, lo que sin duda ha legitimado todo tipo de violaciones a sus derechos humanos, con apenas respuesta del Estado y el repudio de la sociedad; desconociendo de forma permante su grave situación y el derecho a la asistencia humanitaria.

En relación con el caso de los pueblos indígenas y su riesgo de desaparición, había sido expuesto por el Relator Especial, Rodolfo Stavenhagen, sobre la emergencia humanitaria y la violación de los derechos humanos y derechos fundamentales, de los pueblos indígenas amazónicos. Donde el 40% sufrían los efectos del conflicto armado, los cultivos ilícitos, la destrucción del medioambiente y los proyectos extractivistas, los cuales generaban grandes problemas para su subsistencia, destruían su tejido social, y la pérdida de su identidad cultural; como también, el menoscabo a su salud¹⁸.

En este caso, ha hecho falta la intervención estatal para reducir las desigualdades socioeconómicas, y al asegurar los derechos económicos, sociales y culturales, de esta manera, sería posible progresar hacia una igualdad en el acceso al bienestar

¹⁶ AÑÓN ROIG, M. J. "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", op. cit.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, op. cit., punto 63.4.

¹⁸ GRUESO CASTELBLANCO, L. R., OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, Ed. ONU, 2011, p. 36.

social. Es importante resaltar que la vulnerabilidad genera una situación de desventaja para ejercer de forma plena los derechos y libertades, lo cual conduce a la estigmatización y marginalización. Es indispensable promover acciones integradoras que respeten sus derechos colectivos y respondan a sus necesidades de inclusión¹⁹.

Otra causa de la crisis, es la persecución de los defensores ambientales de forma persistente en Colombia. Las comunidades indígenas han tenido que enfrentar amenazas debido a la ocupación y destrucción de sus tierras ancestrales, causadas por varios factores históricos del conflicto: control territorial, narcotráfico y explotación de minerales. Estos conflictos ambientales se han originado por el choque entre un modelo de desarrollo basado en la explotación de recursos naturales y las culturas indígenas, que priorizan la protección del medioambiente. El conflicto se agravó por las decisiones de las autoridades ante la promulgación de normas y actos legislativos que fomentan las inversiones y contratos de concesión para la exploración y explotación minera en áreas protegidas por la autonomía indígena²⁰.

La concesión de licencias mineras constituye un grave problema, ya que la Agencia Nacional de Minería, en muchos casos, las concede sin llamar a consulta a los pueblos indígenas ni considerar un plan de manejo con una perspectiva étnica y cultural. Como resultado, las comunidades indígenas a menudo desconocen quiénes son los responsables de los contratos o títulos de exploración o explotación minera. Esta situación genera problemas ambientales que evidencian la falta de gobernabilidad y el desconocimiento de los derechos territoriales de las comunidades indígenas, además de la carencia de mecanismos que garanticen su participación en las decisiones. A estos problemas se le añade la eterna disputa del territorio, por parte de los grupos armados, que basan su economía en el narcotráfico²¹.

Para combatir el narcotráfico, el gobierno implementó programas de sustitución de cultivos ilícitos. Sin embargo, no se desarrolló una estrategia nacional efectiva que asegurara la protección de las personas involucradas en estos programas y que viven en las zonas afectadas por estas actividades ilegales. Como resultado, las mujeres indígenas y las comunidades carecen de mecanismos de defensa frente a los ataques. La sustitución de cultivos ha incrementado las amenazas de grupos criminales y paramilitares contra estas comunidades²².

Ahora bien, el medioambiente es un derecho humano que debe ser garantizado sin riesgos y de manera sostenible para proteger los derechos humanos. Por tanto,

¹⁹ROBLES OLARTE, J. L. *Enfoque diferencial. Origen y alcances*. Noviembre de 2021, pp. 17-24. Disponible en:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/enfoque-diferencial-origen-alcances.pdf>

²⁰ Un ejemplo es el de la Ley 692 de 2001, en el artículo 35(f) no reconoce el derecho de los pueblos indígenas a disponer de sus territorios cuando establece: "Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación: f) En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a 10 dispuesto por el Capítulo XIV de este Código". A pesar de que la misma ley dispone que en el artículo 124, la prelación de las comunidades indígenas para que las autoridades mineras les otorguen la concesión sobre los yacimientos ubicados en las zonas mineras indígenas.

²¹AYALA MOSQUERA, H.C. "Identificación y análisis de impactos de la actividad minera y la explotación ilícita de minerales en los ecosistemas del territorio colombiano", en MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, et. Al., *Documento técnico de Investigación científica y sociológica respecto a los impactos de la actividad minera y la explotación ilícita de minerales, en los ecosistemas del territorio colombiano*. Mayo 2019. Disponible en: <https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/06/Investigacion-cientifica-y-sociologica-respecto-a-los-impactos-de-la-actividad-minera-y-la-explotacion-ilcita-de-minerales.pdf>

²²GLOBAL WITNESS. *Última línea de defensa. Las industrias que causan la crisis climática y los ataques contra personas defensoras de la tierra y el medioambiente*. 2021, p. 14. Disponible en: <https://www.globalwitness.org/es/last-line-defence-es/>

es esencial que cualquier actividad, programa gubernamental o privado, vaya acompañada de evaluaciones de impacto ambiental y del análisis de los efectos que los proyectos puedan generar en el país. En la evaluación de proyectos deben participar las comunidades indígenas y las personas afectadas por la explotación de la tierra, examinando propuestas alternativas y los posibles impactos ambientales. Es crucial que la evaluación final de un proyecto cuente con un organismo independiente, capaz de analizar las consecuencias y daños que puedan causar estas acciones²³.

Sostiene IGLESIAS que "el desarrollo sostenible requiere la implicación efectiva y la participación activa de las autoridades legislativas y judiciales regionales, nacionales y subnacionales, así como de todos los grupos principales"²⁴. De manera que esto implica mejorar las condiciones de vida de los pueblos indígenas y de sus comunidades, a través del reconocimiento y apoyo de su cultura, prácticas y conocimientos ancestrales, manteniendo y garantizando aquellos enfoques no dirigidos a un mercado tal como se conoce en occidente, sino a mercados tradicionales, de desarrollo sostenible.

Por otro lado, la violencia ambiental ha desencadenado diferentes tipos de agresiones físicas, psicológicas, sexuales, económicas, sanitarias, laborales, afectando la libertad y la seguridad. En la Sentencia T-025/2004, la Corte Constitucional colombiana declaró un estado de cosas inconstitucional relacionado con el desplazamiento forzado y la situación de las mujeres, subrayando el riesgo que enfrentan de sufrir más violaciones a sus derechos debido al desplazamiento forzado. En el Auto 009 de 2015, la CC señaló que "el riesgo de violencia sexual sigue impactando de manera agravada a las mujeres y niñas que pertenecen a pueblos indígenas" (párr. 3.2.2). Las principales víctimas de esta violencia son mujeres indígenas de diversas comunidades ancestrales, rurales y, en muchos casos, menores de edad cuando ocurren los hechos.

El terror ha sido utilizado por diversos actores armados del conflicto como una herramienta de guerra para desalojar a las comunidades de sus territorios y como un mecanismo para intimidar a la población, buscando que renuncien a sus posturas de resistencia contra la usurpación de sus tierras²⁵. Esta violencia se emplea en lo que se denomina "guerras de recursos" o disputas territoriales, logrando así destruir el tejido social y reducir a aquellos que consideran enemigos²⁶.

En el seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional colombiana, señala los problemas que se presentan en la ayuda humanitaria de la política pública de atención a la población desplazada por la violencia. Cuando las personas desplazadas quieren solicitar las ayudas humanitarias a la administración, los recursos no llegan de manera efectiva, oportuna y completa, ni de forma igualitaria. Como resultado, se produce una vulneración a sus derechos fundamentales, porque precisamente ese es el carácter de la ayuda, inmediata o de urgencia, y esencial para cubrir las necesidades básicas. El programa está diseñado

²³CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. 10 de agosto de 2018, párr. 23. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/ref/themreport/unhrc/2018/es/128227>

²⁴IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. "Los pueblos indígenas y la protección del medioambiente: la indigenización del derecho internacional, derechos bioculturales y derechos de la naturaleza". *Cadernos de Dereito Actual*, nº 16, 2021, p. 224.

²⁵FIGUEROA, I., FRANCO NOVOA, N. M. "El marco jurídico del enfoque diferencial en políticas públicas para mujeres indígenas en Colombia", *Estudios Políticos*, nº 57, p. 75.

²⁶FIMI. Mairin Iwanka Raya. *Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia*. informe complementario al estudio sobre violencia contra las mujeres del secretario general de las Naciones Unidas. 2006, p. 36. Disponible en: https://25176774.fs1.hubspotusercontent-eu1.net/hubfs/25176774/Mairin-Iwanka-Raya.pdf?_hstc=155462692.11ec363fc67fc9b0f7cfdb104cb8f9e1.1717168856504.1717168856504.1717168856504.1&_hssc=155462692.1.1717168856504&_hsfp=2644604950&_ctaTracking=1b4c089d-43b1-47c2-bf20-2cc07499e0ce%7C039ac767-ec8e-4b90-8d18-c191b0cb25a8

para que la población víctima del desplazamiento por causa de la violencia, cuando llega a una ciudad receptora de las ayudas, tiene derecho a recibir una respuesta rápida a su solicitud, y, basta solo con la declaración ante el Ministerio Público, para poder recibir la ayuda humanitaria. Esta ayuda será prestada por las entidades municipales del nivel municipal²⁷.

Por último, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en particular, la sentencia T-445-22 6 de diciembre de 2022, hace referencia a que la atención humanitaria es “una expresión del derecho a una subsistencia mínima” y las autoridades deben garantizar a las personas desplazadas los derechos esenciales de una manera oportuna de acuerdo con las necesidades de la población (punto 177).

2.2. El derecho a la consulta previa, libre e informada

La consulta previa es un mecanismo fundamental para asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la autodeterminación, autonomía, territorio, planes de vida y sus propias concepciones de desarrollo²⁸. Este derecho está establecido en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, del cual Colombia es signataria desde 1991. Se impone la obligación a los gobiernos de consultar a los pueblos interesados, utilizando procedimientos adecuados, siempre que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles directamente. Dichas consultas deben realizarse de buena fe y ser adaptadas a sus necesidades específicas con el fin de alcanzar un acuerdo o su consentimiento.

Señala MILALEO²⁹ que la autodeterminación es la libertad colectiva sin ningún tipo de dominación, y está vinculada con “la voluntad del sujeto colectivo titular del derecho”. Para el caso de las comunidades indígenas, supone la preservación de su forma de vida, la posibilidad de hacer cambios de esas tradiciones cuando lo consideren necesario para el desarrollo de sus culturas y esos siempre vendrán de la mano de procesos colectivos de participación en sus pueblos. Por tanto, el derecho a la autodeterminación es un pilar fundamental para la garantía de los derechos humanos de los pueblos ancestrales y de la que se parte para el reconocimiento de sus derechos colectivos. Su desconocimiento implica que sus derechos no pueden ser ejercidos. Así que para ejercer la autodeterminación se debe tener el uso de los recursos naturales de los territorios de una manera autónoma: lo que sin duda está ligada al uso y la disposición del territorio.

La Constitución Política de Colombia en el artículo 330 establece que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe realizarse sin el deterioro de “la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”. En este sentido, el gobierno debe generar espacios de participación a las comunidades indígenas.

De igual manera, en el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, a la cual Colombia se adhirió en 2009, se reconoce que los Estados deben colaborar con los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que les afecten. El objetivo es obtener su consentimiento, siempre de manera libre, previa e informada.

La participación de las comunidades étnicamente diferenciadas permite que puedan expresar sus valores, en función de sus creencias e intereses, hace viable la legitimidad de las medidas que se utilicen y promueve la corrección y compensación de factores de discriminación históricos. A su vez, permite que se puedan crear

²⁷Auto 099, de 21 de mayo de 2013 (numeral II).

²⁸RODRÍGUEZ, J. *Derechos de los pueblos indígenas y consulta previa*, Ed.Jurídica, Bogotá, 2016, p. 153.

²⁹MILLALEO HERNÁNDEZ, S. “Guarda de la Naturaleza: Conocimientos Ecológicos Tradicionales de los Pueblos Indígenas y Estrategias de Protección”, *Cadernos de Dereito Actual*, n° 13, 2020, p.224.

herramientas reconocidas jurídicamente para que los pueblos indígenas tengan el control de su desarrollo económico, de sus propias instituciones y sus formas de vida.

Ahora bien, el derecho a la participación de las comunidades indígenas no se limita solo a que sean convocadas a las reuniones o asambleas donde se decida la ejecución de un proyecto, obra o actividad, sino que sus valores e intereses deben ser tenidos en cuenta. Así mismo, para que la participación de las comunidades indígenas sea activa y efectiva es necesario que se informe de manera oportuna sobre los proyectos que se desarrollan en sus territorios y la forma en que les puede afectar; así puedan manifestar las ventajas y desventajas de una manera libre, sin presiones, y, por supuesto, tener influencia en las decisiones que se tomen ³⁰.

Hay que mencionar, además, que la Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia SU 123 de 2018, ha explicado que existe afectación directa a las comunidades indígenas cuando:

“(i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento y (iv) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio”³¹.

Un caso concreto de vulneración del derecho a la participación se analizó en la sentencia SU 123 de 2018, donde se dispone que cuando existe un impacto en las tradiciones, usos y costumbre, la salud, o actividades que tengan una afectación en los medios de producción de los territorios indígenas, obstaculizando desempeñar sus oficios, esto se considera una afectación. Entonces, la comunidad Awa, quien reside entre Colombia y Ecuador, fue directamente afectada por un proyecto de explotación petrolera en Putumayo³², el cual vulneró sus derechos fundamentales y causó daños ambientales en sus territorios.

La ausencia de consulta previa en la concesión de permisos y licencias ambientales ha resultado en la devastación de los territorios indígenas, el deterioro del ecosistema y la amenaza a la sostenibilidad ambiental. En el caso concreto de proyectos ambientales y explotación de energías renovables, la Corte ha dispuesto que en este caso debe existir un impacto en la comunidad tradicional, o a nivel ambiental, en la salud, la estructura social o económica, del grupo indígena (punto 7.5). De cualquier manera, las disputas se tendrán que resolver, partiendo de la “justicia ambiental”, que tiene una conexión con la consulta previa, toda vez que permite a través de la participación, el reparto de las cargas ambientales entre los diferentes grupos sociales, y la defensa de la participación de aquellos grupos afectados por los proyectos que afecten o tengan consecuencias para el medioambiente (puntos 10.1 y 10.2).

La consulta previa constituye un derecho fundamental para las comunidades indígenas y los grupos étnicos, representando una garantía de reconocimiento como sujetos de derechos que merecen protección estatal. Para asegurar este derecho, es esencial garantizar su participación libre e informada en la toma de decisiones que impacten su subsistencia, identidad y cultura. Este mecanismo es fundamental para la protección y preservación de la identidad étnica de estas comunidades³³. Los artículos 329 a 331, la Constitución Política de Colombia, reconoce la conformación de entidades territoriales indígenas con plena participación, reconoce que los resguardos son de propiedad colectiva y no pueden ser enajenados. Tienen el derecho a tomar decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales de sus

³⁰Corte Constitucional colombiana, SU 121-22 (puntos 15, 16 y 17).

³¹SU 123 de 2018, op. cit., (punto 7.3). LLORENTE, M.V., et.al., *La consulta previa y la debida diligencia en derechos humanos: un análisis de su relación y avance*, ed. FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ (FIP), Bogotá, 2023, se analiza que: “Una afectación directa hace alusión a la intervención que una medida determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos étnicos” (p. 25).

³²Departamento ubicado al suroeste de Colombia, en la región amazónica.

³³Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-479/2018, 11 de diciembre de 2018.

territorios y cuando haya una afectación directa a su integridad cultural, social y económica.

Los derechos de las comunidades y grupos étnicos como sujetos de derecho es algo que se ha venido desconociendo de una manera sistemática. En concreto, en 1992, la Sociedad Portuaria Terminal Marítimo Muelles el Bosque S.A., actualmente Compañía de Puertos Asociados -COMPAS S.A, recibió un contrato de concesión portuaria para la ocupación y uso temporal de playas y zonas marinas, así como para la construcción y operación de un puerto de servicio público terrestre y acuático por un periodo de 20 años.

En 2016, COMPAS S.A. solicitó a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) modificar el contrato para expandir las áreas del proyecto portuario. Ahora bien, el argumento es que se desconoce la existencia de las comunidades y grupos étnicos, en la zona del proyecto, manifestando que su presencia no había sido certificada por la Dirección de Consulta Previa. Respecto a esto, la Corte Constitucional, señala que se deben tener en cuenta otros aspectos como las costumbres, tradiciones, los medios de subsistencia, entre otros. Por otra parte, se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, ya que la ANI programó una audiencia pública sin esperar los dos meses requeridos desde la última publicación de intención de modificación³⁴.

A pesar de estas irregularidades, la ANI aprobó la modificación contractual solicitada por COMPAS S.A., autorizando el relleno de un área marítima de 4,8 hectáreas, la ampliación del patio de carga y la línea de atraque, sin considerar el Plan de Ordenamiento Territorial. Esta decisión administrativa vulnera el derecho al debido proceso, altera el uso del suelo y afecta el medio ambiente en una zona crucial para la subsistencia de los pescadores, perturbando el ecosistema marino. Esto impacta los territorios étnicos y la estabilidad socioeconómica y cultural de la población.

En 2017, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior ignoró la presencia de comunidades negras, afrodescendientes, raizales o palenqueras en el área del proyecto "estudio de impacto ambiental para el terminal marítimo COMPAS". Por lo tanto, esta entidad incumplió con la obligación de realizar una visita de campo, según lo establecido en el artículo 16 del Decreto Ley 2893 de 2011 (T-479/2018, punto 12). En este caso, se desconoce la existencia de comunidades indígenas, vulnerando sus derechos fundamentales a la consulta previa, el debido proceso, la seguridad alimentaria, el mínimo vital y, en general, su identidad cultural.

Conviene subrayar que existe un argumento sistemático para desconocer el derecho a la consulta previa, de las comunidades étnicas, y, es que se encuentran fuera del área de afectación de un proyecto. En particular, en la Sentencia T-375/23, las empresas encargadas de ejecutar cinco proyectos mineros en un área del territorio ancestral del pueblo Yukpa, desconocieron la violación al derecho a la consulta previa; el argumento era que las comunidades étnicas no se encontraban en el área de influencia de las minas. En este caso se reconoció la afectación del pueblo, toda vez que no podían acceder a los lugares con un interés cultural y espiritual, tales como: ríos, cementerios, lugares de cacería, pesca, recolección, ya que se encontraban en el área de influencia minera. Conviene recordar que para las comunidades ancestrales todo lo relacionado con la parte cultural y espiritual está vinculado con la biodiversidad.

A su vez, se generó una afectación sobre el derecho a la vida, la salud, seguridad alimentaria y al medio ambiente sano, pues la explotación de las minas de carbón tiene un impacto en los ríos, la flora, la fauna, provoca la aparición de enfermedades, así como la mortalidad infantil. Asimismo, tiene un impacto nocivo en la seguridad alimentaria del pueblo Yukpa porque la explotación del carbón genera un efecto nocivo en la forma de la tierra, en el terreno, altera la fauna y la calidad

³⁴ Sentencia de la Corte constitucional, T-479/2018 de 11 de diciembre de 2018 (puntos 60 y 61).

del aire, además del uso de pesticidas que destruyen los ecosistemas y son una fuente de contaminación³⁵.

Aquí se señala el drama humanitario que vive el pueblo Yukpa, la vulnerabilidad frente a las autoridades y las empresas mineras, y la evidencia de los daños que ha ocasionado en el territorio ancestral. Este pueblo es considerado como uno de los que están en riesgo de extinción por atravesar “una tragedia social, económica y espiritual, debido a la desaparición y a la transformación del mundo que secularmente ha habitado”³⁶. A su vez, se determina que sobre los proyectos mineros que afectan al pueblo Yukpa y ya finalizaron o se encuentran en ejecución, a pesar de que no se garantizó la consulta previa, esta se mantiene incluso de forma posterior.

Es decir, se deben tomar medidas para garantizar los derechos fundamentales de los proyectos en curso, así como, las reparaciones por los daños ocasionados, tomando como referencia las particularidades de la comunidad étnica y sus necesidades. A pesar de que los proyectos mineros tienen un impacto en el desarrollo económico del país, es necesario que se ejecuten teniendo en cuenta la justicia ambiental. Tomando como referencia, la justifica distributiva y participativa, donde las comunidades étnicas sin duda deben tener una intervención en todas las cuestiones que les afecten de manera directa o indirecta.

Es importante destacar que, en el caso de este pueblo Yukpa, se recuerda por la Corte que el derecho a la consulta previa no se limita solo a los terrenos titulados, sino también a los que tienen un significado espiritual, económico, ambiental, social y cultural³⁷. A su vez, otro problema estructural con el pueblo Yukpa, es la falta de claridad sobre el territorio que ocupan y les pertenece, lo que dificulta establecer la responsabilidad de las empresas que ejecutan los proyectos mineros. Esto ha sido una excusa para desconocer de manera previa sus derechos. Esto sin duda es responsabilidad de las autoridades que se han demorado en el reconocimiento del territorio ancestral Yukpa.

Conviene señalar que las empresas³⁸ están obligadas a crear unas políticas empresariales y de gestión responsable, a evaluar e identificar los riesgos que puedan generar los proyectos, obras u otro tipo de intervenciones, actividades. A su vez, a detener, prevenir o de reducir los impactos negativos, como también, hacer el seguimiento a la implementación y resultados de sus intervenciones. Todas estas acciones son una obligación de las empresas sin importar su tamaño, además, debe

³⁵Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-375/23, de 25 de septiembre de 2023, cit. punto 156-158.

³⁶T-375/23 de 25 de septiembre de 2023, punto 163.

³⁷ Sobre el territorio y su significación el artículo 14 del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) señala:

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

³⁸ Sobre las obligaciones de las empresas, es importante hacer mención de los "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para 'proteger, respetar y remediar'". New York y Ginebra: NACIONES UNIDAS, 2011. En el artículo 3, a la obligación del Estado de hacer cumplir las leyes “o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas” y exigir a las empresas a que expliquen el impacto de sus proyectos en los derechos humanos. En el artículo 12, la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos de poblaciones o grupos específicos “y deberán prestarles una atención especial cuando vulneren los derechos humanos de esas personas”.

ser algo permanente porque los impactos sobre los derechos humanos pueden cambiar conforme a las actividades y el contexto donde intervengan las empresas³⁹.

Por consiguiente, el pueblo Yukpa tiene derecho a una reparación de los daños causados, por las empresas que operaban en la explotación minera. Esta se debe hacer teniendo en cuenta el enfoque diferencial, las particularidades de la comunidad. En este caso, se tomarán medidas, la adopción de actividades que busquen la reparación, recomposición, o la recuperación del tejido social, económico, cultural, ambiental, que haya sufrido la comunidad. Esto es lo que la Corte denomina como etnorreparación⁴⁰, por tanto, no se limita a una reparación económica, sino a la restauración del tejido social de la comunidad, a buscar la justicia y el reconocimiento de la discriminación estructural que han sufrido de manera históricas los pueblos indígenas y étnicos. Toda vez debido a los daños ocasionados, es imposible volver atrás y reparar la destrucción que se ha causado al territorio y a las tradiciones ancestrales.

Entonces, en la etnorreparación lo que se busca es que las víctimas gocen de una manera efectiva de sus derechos. Es preciso recordar que la relación de las comunidades ancestrales con el territorio es "simbiótico" por lo que la destrucción supone un riesgo para la subsistencia de estas y de su integridad territorial.

3. El desplazamiento forzado como mecanismo de control y apropiación territorial

El desplazamiento es una de las principales causas de la crisis humanitaria, y de la que derivan las violaciones de derechos humanos. En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana ya había alertado sobre los peligros relacionados con el desplazamiento forzado en su Auto 092-2008, de 14 de abril de 2008, subrayando la vulnerabilidad de las mujeres en el contexto del conflicto armado, especialmente las mujeres indígenas y afrodescendientes. En este sentido, se destacaron los riesgos derivados de la discriminación y la fragilidad, que afectan de manera más pronunciada a estas mujeres debido a su desprotección social y económica, la violencia y el abandono, así como la falta de tierras propias y suficientes.

De hecho, la Corte Constitucional declaró esta violencia vinculada al desplazamiento como un "Estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado" (Sentencia T-025 de 2004), ordenando a las autoridades implementar medidas urgentes para detener las violaciones de derechos humanos, con especial atención a la vulnerabilidad de mujeres, menores y grupos étnicos. Por ejemplo, en lo que respecta a la prestación de servicios de salud para mujeres indígenas desplazadas, no se ha adoptado un enfoque étnico diferencial que adapte la asistencia a su cultura (Auto 092, 2008).

Como se han señalado previamente, la Corte Constitucional, en el Auto 004 de 2009, destacó la violencia continua y sistemática contra los diversos grupos indígenas provocada por el despojo de sus tierras. Esta situación fue calificada como un "Riesgo de exterminio de pueblos indígenas por desplazamiento o muerte natural o violenta de sus integrantes", derivado de la explotación de recursos naturales y los cultivos ilícitos.

Para IGLESIAS, al no reconocer los derechos de estas comunidades, se está ignorando la esencia de su humanidad, lo que podría interpretarse como un "etnocidio, que supone la desaparición del grupo que comparte características comunes. Al respetar el derecho a sus tierras ancestrales, no solo se reconoce su tierra originaria, sino también su identidad, ya que difícilmente pueden atender a las exigencias materiales y espirituales si se les niega o dificulta el goce de aquella"⁴¹.

³⁹ LLORENTE, M.V., et.al, op. cit., p. 15

⁴⁰ T-375/23, op. cit., punto, 186.

⁴¹ IGLESIAS VÁZQUEZ, M. op. cit., p. 218.

Entonces, estas prácticas etnocidas pretenden no solo destruir el cuerpo sino destruir el modo de vida que sea diferente al o de la comunidad⁴².

Se puede decir que los pueblos y naciones indígenas del norte del país viven en un estado de total abandono por parte del Estado. A pesar de la existencia de instrumentos como el del CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL-CONPES 3944 de 2017, que, debido a la severa sequía de 2014, el departamento de la Guajira ha experimentado un marcado deterioro en las condiciones de vida y la seguridad alimentaria de sus habitantes, lo que llevó a la Gobernación a declarar la calamidad pública. La falta de acceso a servicios sociales de calidad, el bajo desempeño económico, la debilidad institucional y el deterioro ambiental han agravado esta situación. Sin embargo, no se ha observado un cambio significativo en cuanto a la protección de sus derechos humanos. Esto se debe a la falta de voluntad de los gobiernos para implementar y cumplir con estos marcos jurídicos y normativos.⁴³

De la misma forma, a los pueblos indígenas les afecta la intervención de empresas multinacionales en territorios ancestrales, que llevan al desplazamiento, y, por ende, a la crisis humanitaria en la región norte del país. Se puede observar que la participación de las empresas multinacionales, cuentan con un respaldo gubernamental, lo que genera grandes desafíos para la preservación de la cultura y los derechos de los pueblos indígenas. Como hemos señalado, el caso específico de La Guajira y la instalación de parques eólicos ilustra cómo estas intervenciones pueden llevar a la división y desintegración de comunidades indígenas, en concreto, cuando se realizan e imponen contratos que ellos no han aprobado previamente y van en contra de sus intereses colectivos.

Por otro lado, la crisis humanitaria en la región Norte se vio agudizada por los paros del grupo armado, el Clan del Golfo, del 05 al 09 de mayo de 2022, donde prohibían el paso de las comunidades indígenas, vulneraron su derecho a la autonomía y a la seguridad alimentaria. Esto muestra cómo la violencia y el conflicto armado tienen un impacto desproporcionado en los pueblos indígenas, como el Pueblo Zenú en Sucre y Córdoba⁴⁴. El confinamiento forzado de estas comunidades no solo vulnera sus derechos fundamentales, sino que también agrava aún más la situación de violencia y precariedad en la que se encuentran.

En definitiva, la vulnerabilidad e indefensión de las comunidades es manifiesta porque no pueden hacer valer sus derechos territoriales, su seguridad y bienestar general. Asimismo, subraya la urgencia de abordar estas cuestiones desde una perspectiva integral que respete y proteja los derechos y la autonomía de estas comunidades.

La CIDH en 2022, otorgó medidas cautelares a favor de los Resguardos Río Murindó y Río Chageradó, así como a los indígenas Emberá Eyábida, debido a las amenazas contra su vida e integridad personal. La comunidad informó sobre la instalación de minas antipersona en los caminos principales de sus territorios por parte del grupo guerrillero Ejército de Liberación Nacional, con el fin de combatir a las Autodefensas Gaitanistas de Colombia y a los militares que las apoyan. Los solicitantes de estas medidas cautelares también reportaron casos de embarazos de mujeres jóvenes causados por actores armados, quienes las utilizan como medio de control social sobre las comunidades⁴⁵. Todas estas violaciones sistemáticas los llevan a huir de sus territorios para poder salvar sus vidas.

⁴²AVILA, M. Un acercamiento al etnocidio y al genocidio desde Pierre Clastres. La construcción de la otredad en las últimas dictaduras militares del Cono Sur latinoamericano. *Hermenéutica Intercultural: revista de filosofía*, 2018, nº 29, p. 178.

⁴³Observatorio de DDHH, ONIC, Afectaciones a los Derechos Humanos en los Pueblos Indígenas de Colombia, Segundo Trimestre, Informe 2, 2022, p. 12.

⁴⁴Observatorio de DDHH, ONIC, op. cit., p. 13.

⁴⁵CIDH. *Medida Cautelar No. 858-21 Familias de los Resguardos Río Murindó y Río Chageradó del Pueblo Indígena Embera Eyábida respecto de Colombia*, 1 febrero de 2022, pp. 1-10. Disponible en:

https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/MC/2022/Res_5-22_MC_858-21_CO_ES.PDF

3.1. Las condiciones de vida y acceso a servicios básicos

Como ya hemos señalado, hay varios indicadores que determinan cuándo estamos ante una crisis humanitaria. En el caso de los pueblos indígenas, se observa por la falta de acceso a servicios de salud adecuados y a un entorno saludable. Por ejemplo, la explotación de forma legal e ilegal de sus recursos naturales, el uso de retroexcavadoras que destruyen la capa vegetal, y contaminan los ríos con los sedimentos y el mercurio⁴⁶. Generan un entorno peligroso para las poblaciones indígenas y conducen al desplazamiento forzado hacia las ciudades, sin tener ningún lugar donde vivir, condenándolos en muchos casos a la mendicidad; han sido una de las causas que han deteriorado su estado de salud, sin la respuesta adecuada e inmediata de las instituciones estatales.

El derecho a la salud⁴⁷ debe ser asegurado para todas las personas de manera oportuna y asequible, sin discriminación alguna basada en raza, edad o pertenencia a un grupo étnico. Esto abarca la promoción de la salud y la implementación de políticas que garanticen la igualdad de trato y acceso en la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación. El artículo 2 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, dispone que la salud es un servicio público esencial y obligatorio, gestionado bajo la dirección del Estado, y, en el artículo 6, señala la obligación del Estado de reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a la salud integral, teniendo en cuenta las tradiciones ancestrales, el respeto por sus costumbres y lo que significa la salud, desarrollado dentro del marco del Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural. El sistema con enfoque diferencial tiene en cuenta, normas, principios, recursos e instituciones, tomando como referencia la vida en comunidad, los saberes de los pueblos indígenas y partiendo del respeto y protección por la tierra de cada pueblo. El sistema propio de salud se coordina con el Sistema General de Seguridad Social.

Para los pueblos indígenas la salud tiene una magnitud integral partiendo de la dimensión espiritual y todos los factores que contribuyen a la misma. Lo que incluye el derecho a convivir de forma pacífica, su relación con la naturaleza (SU 123/2018), la paz de toda la comunidad; entonces, la salud representa el bienestar del cuerpo, el espíritu, el equilibrio de la población y la preservación de su legado ancestral. Para CEVALLOS, garantizar la salud a los pueblos indígenas de acuerdo con su cultura, es necesario que haya una armonía a nivel individual entre la parte física y emocional, como también, a nivel colectivo; el respeto de sus saberes tradicionales, la estructura política, social, económica, cultural y espiritual como un todo.

La Corte Constitucional colombiana, en la sentencia T-920/2011 de 7 de diciembre de 2011, conoce el caso del Cabildo indígena de Intiyaku, al cual no se le reconoció el derecho a realizar un traslado colectivo a una Entidad Promotora de Salud Indígena (EPS-I). El fallo determina que a estos se les vulneró sus derechos fundamentales a la consulta previa y concertación de los pueblos indígenas, a la integridad étnica y cultural, al debido proceso y a la libre afiliación colectiva al sistema de salud. Las comunidades indígenas tienen derecho a la salud y al respeto a la identidad étnica, con un enfoque diferenciado, donde se respeten sus condiciones culturales y de salud, favoreciendo las prácticas y tradiciones de los usos de medicina tradicional (punto 2.4.3); a través de la creación de entidades de salud que permitan estas prácticas y el derecho a escoger en asamblea general la EPS-I que ofrezca servicios teniendo en cuenta sus particularidades étnicas y culturales (punto 2.6.1).

⁴⁶RESTREPO, E., "Afrodescendientes y minería: tradicionalidades, conflictos y luchas en el Norte del Cauca, Colombia", *Vibrant*, 14 (2), p. 10.

⁴⁷El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, establece que el derecho a la salud es un derecho fundamental, está vinculado con la dignidad de las personas y es esencial para garantizar su bienestar. Es un derecho que se garantiza de acuerdo con "los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad". Es una función del Estado crear una reglamentación que permita la implementación de políticas en salud

Esta sentencia destaca que cuando una comunidad indígena no está reconocida en el censo reconocido por el Departamento Nacional de Estadística (DANE), entidad encargada de la recolección, análisis y difusión de las estadísticas en Colombia, pero "la información recogida por el DANE no es lo que determina si existe o no una comunidad indígena, pues dicha condición no depende de cómo se registre a una comunidad en una determinada base de datos" (punto 3.2.2).

En la sentencia T-036/17 de 26 de enero de 2017, dispone que los servicios de salud deben adecuarse a las necesidades de la población, partiendo de sus características, deben ser garantizados de manera universal y no se pueden negar por razones de capacidad económica. Estos serán prestados de manera equitativa y teniendo en cuenta las necesidades individuales y colectivas. Las personas que no tienen recursos suficientes tendrán acceso a la salud a través de un régimen subsidiado que se financiara con los aportes de la Nación, los departamentos, distritos y municipios. Sin embargo, en la práctica, estas personas reciben una atención diferenciada de los que son del régimen contributivo. A su vez, hay un tercer grupo que no tendrá cobertura en salud por no pertenecer a ningún régimen⁴⁸. Las comunidades indígenas, por ser una minoría y pertenecer al grupo de la población más pobre, están dentro del régimen subsidiado.

En la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-718/16, 15 de diciembre de 2016⁴⁹, se reconoce que las comunidades indígenas tienen problemas para el acceso a los servicios de salud, porque en muchas zonas no hay personal médico (punto 7.1.1), de manera que deben desplazarse a otras localidades para su atención, y, al vivir en zonas rurales, hacen falta vías de comunicación, sumado a los altos costes del desplazamiento y a los altos niveles de pobreza (punto 6.2). El servicio no se presta teniendo en cuenta la protección de la diversidad étnica y cultural.

En consecuencia, en la sentencia T-357/17 de 26 de mayo de 2017, se establece que como el Estado ha incumplido con sus obligaciones de proteger la salud, las comunidades indígenas se enfrentan a una pérdida progresiva de su cultura, por la falta de confianza en la medicina ancestral y su reemplazo por la "medicina tradicional". Esto es un gran problema porque estas prácticas ancestrales incluyen modelos de promoción y prevención en salud, el seguimiento de la dieta y nutrición durante las enfermedades, la realización de ejercicio que les permite resistir mejor el trabajo en la selva; son capaces de reconocer las plantas que son utilizadas para limpiar el organismo, y otras actividades importantes, que se están perdiendo, y, generan el deterioro de la salud de los indígenas (punto 53). Los servicios deben prestarse en cooperación con los pueblos y tener en cuenta sus condiciones políticas, económicas, sociales y sus tratamientos medicinales⁵⁰.

En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana dictó medidas urgentes para la protección de los menores de las comunidades indígenas del Chocó, ante la inexistencia de una política pública concreta que responda a las necesidades de los niños y niñas indígenas. En este caso se vulneraron los derechos fundamentales a la vida, la salud y a la igualdad. Ordenó tomar acciones adecuadas y teniendo en cuenta sus necesidades particulares, en relación con el acceso a la salud, agua potable. En

⁴⁸MARTÍNEZ, F. "La crisis de la seguridad social en salud en Colombia ¿Efectos inesperados del arreglo institucional? ", Bogotá, abril de 2013, pp. 3-4. Disponible en: https://www.fedesalud.org/documentos/EstudiosFD_15_Crisis-seguridad-social-salud-Colombia.pdf

⁴⁹En esta sentencia se solicita la protección del derecho fundamental a la salud de las personas que viven en las veredas Mocuare, Barranco Ceiba, Caño Yamu, Caño Mitare y los resguardos indígenas Jicu de Caño Mocuare y Barranco Ceiba Laguna Arahato, ubicados en el departamento del Guaviare,

⁵⁰CNDH. *El derecho a la salud de los pueblos indígenas*, Ed. CNDH, Ciudad de México, 2018. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/04-Salud-Pueblos-Indigenas.pdf>

Colombia, la mitad de la población indígena no tiene acceso al agua potable en su vivienda⁵¹.

En la sentencia T-080/2018 de 2 de marzo de 2018, en relación con la situación de los niños, las estadísticas son insuficientes y, por tanto, es difícil tener claro las acciones que se deben tomar, no hay coordinación en las políticas públicas necesarias para garantizar la salud de calidad, ni hay aprobación de un documento nacional para el acceso a estos derechos. Toda esta falta de planes y programas que tengan en cuenta las necesidades de los menores, contribuye al aumento de la mortalidad.

En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia 357/2017, reitera el incumplimiento del Estado de garantizar el acceso a la salud porque después de las visitas realizadas por la Defensoría del Pueblo a las comunidades indígenas, se verificó que la infraestructura de los centros de salud está en mal estado, no se cuenta con los medicamentos necesarios o están vencidos, los insumos médicos y el personal sanitario es insuficiente para la cobertura de la población indígena.

El derecho a la salud de los pueblos indígenas es reconocido en el Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, donde se establece el deber de los gobiernos de mejorar las condiciones de vida, el trabajo, la salud, educación de los pueblos indígenas. Todo ello teniendo en cuenta su participación y cooperación, en los planes de desarrollo nacional y regional que les afecte. Los gobiernos deben adoptar en la legislación nacional en coordinación con los pueblos indígenas, medidas que garanticen la protección en la contratación y condiciones de empleo cuando no estén protegidos por la legislación aplicada de manera general; la protección frente a condiciones de trabajo peligrosas para la salud.

A su vez, es una obligación del gobierno garantizar la seguridad social y salud con eficacia, o crear medios que les permitan organizar y prestar los servicios bajo su responsabilidad. Se debe entender la garantía de los servicios no solo desde la creación de hospitales, centros médicos, sino que engloba todos aquellos necesarios para tener una buena salud como: todos los recursos, las instituciones encargadas de velar por su buen funcionamiento y acceso, los procedimientos articulados por el Estado para la protección de la salud, el servicio de tratamiento y distribución del agua, el control de los residuos, los lineamientos para el funcionamiento de los centros de zoonosis. Y, todos los servicios básicos esenciales para garantizar la salud de las personas⁵².

3.2. La violación de los derechos humanos y el riesgo de exterminio físico y cultural

Se ha registrado un aumento de la violencia contra los pueblos indígenas en el segundo trimestre de 2022, con 203 incidentes que afectaron a 422,866 indígenas de 29 comunidades⁵³. El aumento en las violaciones de derechos humanos se debe a dos factores principales: primero, la intensificación del conflicto armado interno se presenta con permanentes disputas entre grupos armados no estatales y organizaciones criminales que buscan controlar territorios estratégicos; segundo, debido a las elecciones presidenciales de 2022, que han sido denominadas el periodo electoral más violento en los últimos tres ciclos electorales.

En el segundo trimestre de 2022 se reportaron 22 tipos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que afectaron

⁵¹CEPAL. *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala. Entre la invisibilización y la resistencia colectiva*, Ed. Cepal, Santiago, 2020, p. 14.

⁵²CURREA, V. "La salud como derecho humano. 15 requisitos y una mirada a las reformas", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, nº 32, 2005, pp. 1-128.

⁵³Observatorio de DDHH, ONIC, *Afectaciones a los Derechos Humanos en los Pueblos Indígenas de Colombia, Segundo Trimestre*, Informe 2, 2022, p. 4. Disponible en: <https://www.onic.org.co/images/noticias/2022/CO-RE-20221019-ES-Tercer informe afectaciones DDHH-ONIC-V2.pdf>

a los pueblos indígenas en Colombia⁵⁴. Las violaciones comprendieron el confinamiento, desplazamiento forzado, amenazas y homicidios, entre otras, como resultado del conflicto armado interno que agudiza la situación de crisis humanitaria en las comunidades indígenas. Esto ha provocado restricciones a la libre movilidad, en actividades esenciales como la caza y la pesca, esenciales para la supervivencia. También se han producido desplazamientos masivos, limitaciones al acceso humanitario, impedimentos para asistir a instituciones educativas y centros de salud, así como ataques a la infraestructura civil, bienes privados y lugares de importancia cultural y espiritual⁵⁵.

La Corte Constitucional en el Auto 351/19 ha reiterado que los pueblos indígenas se encuentran en peligro de ser exterminados cultural y físicamente por el conflicto armado interno; peligro que se ve agravado por la crisis humanitaria derivada de las condiciones de salud y desnutrición que sufren las comunidades indígenas del Departamento del Chocó. Ha determinado que a pesar de las diferentes órdenes proferidas para la protección de la vida de las comunidades indígenas y sus integrantes se mantiene la omisión del Estado ante las demandas de atención y protección.

Durante décadas han sido víctima de masacres, homicidios, retenciones, amenazas, desplazamiento forzado. Todo esto ha deteriorado la salud de los pueblos indígenas por los hostigamientos, el asedio, restricciones de entrada de medicamentos, de personas al territorio, bloqueo de carreteras que impiden el acceso a los servicios de salud y las prácticas propias ancestrales. Las comunidades que son desplazadas no siempre son reconocidas como tal y, por tanto, no pueden acceder a los servicios esenciales en salud. La forma de vida que tienen al dejar atrás su territorio aumenta las enfermedades preexistentes o el riesgo de padecer otras enfermedades⁵⁶. Durante la pandemia del COVID 19, las condiciones de vida de las comunidades indígenas empeoraron, fueron las que mayor índice de morbilidades padecieron, porque donde viven no tienen servicios de salud.

Por consiguiente, no participan en los programas de formación en salud básica lo que genera la malnutrición y muerte de los menores en mayor proporción que la población general. Esta es la situación entre otras, de los niños y niñas de las comunidades Wayuú que mueren por desnutrición y la falta de recursos médicos para su recuperación⁵⁷. A su vez, las actividades mineras han afectado la calidad del agua en las fuentes hídricas que los abastecen y el acceso de las comunidades del resguardo provincial que pertenecen a esta etnia⁵⁸.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitó la adopción de medidas cautelares a favor de niños, niñas y adolescentes del pueblo indígena Wayuú en la Guajira, dada su situación de vulnerabilidad y los riesgos que sufren por la falta de acceso al agua potable, aumento de la desnutrición y la muerte de 4.770 niños y niñas. También amplió estas medidas cautelares para la protección de las mujeres gestantes y lactantes del pueblo, al estar en riesgo por la falta de atención médica, los registros de altos niveles de desnutrición, por no tener alimentos y agua en la región⁵⁹.

En la Sentencia SU 123/2018, 15 de noviembre de 2018 señala que otra de las causas que más ocasiona la vulneración de los derechos de las comunidades y su afectación a la salud, son los proyectos de explotación de los recursos naturales, ya sea de forma legal o ilegal. La explotación de petróleo del Resguardo de Alto Lorenzo

⁵⁴Observatorio de DDHH, ONIC, op. cit., p. 5.

⁵⁵Observatorio de DDHH, ONIC, Afectaciones a los Derechos Humanos en los Pueblos Indígenas de Colombia, op. cit., p. 6.

⁵⁶Auto 004/09, op. cit.

⁵⁷HUMAN RIGHTS WATCH. *Colombia: Niños indígenas en riesgo de desnutrición y muerte*, 2020. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/08/13/colombia-ninos-indigenas-en-riesgo-de-desnutricion-y-muerte>

⁵⁸Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-614/19 16 de diciembre de 2019

⁵⁹CIDH. Medida Cautelar No. 51-15, 2017, p. 1.

Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/3-17MC51-15-CO.pdf>

y Cabildo Awá generó la contaminación de los humedales en las áreas cercanas al territorio indígena, produciendo su secamiento y desaparición; deteriorando la calidad del aire y aumentando los problemas de salud por el consumo de agua contaminada.

En la sentencia T-479/2018, de 11 de diciembre de 2018, se establece que la explotación de recursos ha generado un impacto ambiental sin que se reconozca el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa. Estos deben participar de forma libre en todos los proyectos y decisiones que afecten su ecosistema, la subsistencia y cultura. Es un derecho fundamental asegurar la supervivencia, el reconocimiento de la diversidad étnica, la protección de la cosmovisión, la toma de decisiones, las costumbres como grupo diferenciado, ejerciendo su derecho a la libre autodeterminación

La empresa de Carbones del Cerrejón Limited⁶⁰, lleva más de 30 años de operaciones en la región de la Guajira, sin que se realicen estudios de impacto ambiental o medidas para evitar los riesgos a la salud que se derivan de la explotación del carbón. De acuerdo con los estudios, las sustancias o residuos encontrados en el aire, afectan la sangre de los habitantes, que producen daños en las células, lo que se deriva en problemas respiratorios, problemas visuales, del corazón, dermatológicos y diferentes tipos de cáncer. El material particulado supera los niveles mínimos permitidos por la OMS⁶¹.

Como consecuencia de la pandemia de COVID-19, el Relator Especial de la ONU sobre derechos humanos y medioambiente solicitó a Colombia que de manera temporal suspendiera las actividades en la Región de Tajo Patilla en la mina de carbón el Cerrejón por el daño al medioambiente y la salud del pueblo indígena Wayúú⁶². De modo que, el deterioro de la salud de las comunidades indígenas no es un fenómeno natural, sino el producto de la combinación de las políticas sociales y económicas existentes en el país; que han perpetuado la desigualdad, la exclusión y marginación.

4. Conclusiones

Lo que se ha podido constatar es que la situación de los pueblos indígenas, a pesar de toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la normativa promulgada, sigue siendo crítica. Esto responde a una discriminación sistemática, el desconocimiento a sus derechos de autodeterminación, participación y decisión en los asuntos que le afectan positiva o negativamente, sea efectiva, y garantice la diversidad etnocultural. Es urgente que se tomen medidas de prevención del impacto desproporcionado que les genera el conflicto armado, y el desplazamiento forzado, tomando como referencia el enfoque cultural, étnico y espiritual. Ahora bien, si esas causas estructurales de discriminación no se eliminan no será posible garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, y necesariamente está ligado al reconocimiento de su derecho efectivo a la participación, la restitución de los lugares ancestrales de los que han sido obligados a dejar.

La indemnización por los crímenes que se han cometido debe contener la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición, pero teniendo en cuenta el concepto manejado por la Corte Constitucional de "etnorreparación" necesario para tener en cuenta lo que en realidad significa esto para las comunidades indígenas. Sin lugar a duda, esto conlleva el reconocimiento del territorio y la verdadera participación y decisiones que les afecten.

Al mismo tiempo, no es posible conseguir una Paz Total, si no hay una protección a los líderes, autoridades tradicionales, o todos aquellos miembros de las

⁶⁰El cerrejón es una de las minas más grandes del mundo a cielo abierto. La empresa utiliza explosivos durante toda la semana y 24 horas al día, lo que ocasiona material en suspensión, ruidos superiores a la normativa, olores de azufre o carbón, que llegan hasta las viviendas, afectando la salud, la seguridad alimentaria y el medio ambiente de la población, entre otros derechos fundamentales

⁶¹Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-614/19, op. cit.

⁶² CIDH. Medida Cautelar No. 51-15, op. cit..

comunidades indígenas, que luchan por la preservación y no destrucción del medioambiente. Ahora bien, esto supone medidas para proteger los territorios ancestrales que está reconocida su titularidad como los que están en proceso, para proteger la integridad de las comunidades que se encuentran en medio del conflicto bélico. En esta misma línea, el Estado debe garantizar que las empresas nacionales o extranjeras que se encuentran desarrollando diferentes proyectos u obras en el país, garanticen los derechos humanos de los pueblos ancestrales, étnicos. Para ello debe crear los mecanismos de seguimiento e información a los que puedan verse afectados por sus acciones.

De lo contrario, seguirá la violación de los derechos a la vida, la salud, la integridad física, el medioambiente sano y el acceso a los servicios mínimos. Así, para garantizar el derecho a la salud de los pueblos indígenas se debe fortalecer el servicio nacional de salud, sin ningún tipo de discriminación en la cobertura universal, teniendo en cuenta su cultura, saberes y las diferencias entre la población. Siempre con una coordinación entre la medicina tradicional y ancestral, incorporando el enfoque intercultural en los procesos de formación de personal sanitario que responda a las necesidades especiales de salud de los pueblos indígenas. Al mismo tiempo, se debe priorizar en los sistemas de promoción y prevención de la enfermedad y no solo acciones de diagnóstico o tratamiento.

De ahí que, es importante la elaboración de políticas públicas enfocadas a las personas pobres y vulnerables, entre las que son prioridad las comunidades indígenas. Por supuesto, nada de esto funciona si los programas de reacción frente a crisis humanitarias no funcionan, o los procesos burocráticos no permiten el acceso a las víctimas a estas ayudas de integración y desarrollo. Como se pudo observar, un patrón general es el desconocimiento por parte de las instituciones públicas o privadas y empresas, el rechazo a priori de la identidad de un pueblo indígena, comunidad, etnia, o cualquier otro grupo que se reconozcan como grupos étnicos. Por supuesto, frente a este panorama no es de extrañar la falta de confianza institucional que tiene los pueblos indígenas, y la indefensión en la que se encuentran frente a los diferentes grupos armados, instituciones o cualquiera que simplemente les quiera negar sus derechos.

5. Bibliografía

- ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACIÓN DEL CONFLICTO Y LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA. Colombia, 24 de agosto de 2016. Disponible en:
https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Fotos2016/12.11_1.2016nuevoacuerdofinal.pdf
- AVILA, M. "Un acercamiento al etnocidio y al genocidio desde Pierre Clastres. La construcción de la otredad en las últimas dictaduras militares del Cono Sur latino-americano". *Hermenéutica Intercultural: revista de filosofía*, 2018, n° 29, p. 178.
- AYALA MOSQUERA, H.C. "Identificación y análisis de impactos de la actividad minera y la explotación ilícita de minerales en los ecosistemas del territorio colombiano", en MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, et. Al., *Documento técnico de Investigación científica y sociológica respecto a los impactos de la actividad minera y la explotación ilícita de minerales, en los ecosistemas del territorio colombiano*. Mayo 2019. Disponible en:
<https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/06/Investigacion-cientifica-y-sociologica-respecto-a-los-impactos-de-la-actividad-minera-y-la-explotacion-ilicita-de-minerales.pdf>
- CEPAL. *El impacto del COVID-19 en los pueblos indígenas de América Latina-Abya Yala*. Entre la invisibilización y la resistencia colectiva, Ed. Cepal, Santiago, 2020.

- CIDH. *Medida Cautelar No. 858-21 Familias de los Resguardos Río Murindó y Río Chageradó del Pueblo Indígena Embera Eyábida respecto de Colombia*, 1 febrero de 2022, pp. 1-10. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/MC/2022/Res_5-22_MC_858-21_CO_ES.PDF
- CNDH. *El derecho a la salud de los pueblos indígenas*, Ed. CNDH, Ciudad de México, 2018. Disponible en: <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/04-Salud-Pueblos-Indigenas.pdf>
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2, párrafo 2 del PIDESC). 42º periodo de sesiones, 2009. Disponible en: https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/General%20Comment%2020_2009_ESP.pdf
- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*. 10 de agosto de 2018, párr. 23. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/ref/themreport/unhrc/2018/es/128227>
- CURREA, V. "La salud como derecho humano. 15 requisitos y una mirada a las reformas", *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n° 32, 2005.
- FIGUEROA, I., FRANCO NOVOA, N. M. "El marco jurídico del enfoque diferencial en políticas públicas para mujeres indígenas en Colombia", *Estudios Políticos*, n° 57.
- FIMI. Mairin Iwanka Raya. *Mujeres Indígenas Confrontan la Violencia*. Informe complementario al estudio sobre violencia contra las mujeres del secretario general de las Naciones Unidas. 2006, p. 36. Disponible en: https://25176774.fs1.hubspotusercontent-eu1.net/hubfs/25176774/Mairin-Iwanka-Raya.pdf?__hstc=155462692.11ec363fc67fc9b0f7cfdb104cb8f9e1.1717168856504.1717168856504.1717168856504.1&__hssc=155462692.1.1717168856504&__hsfp=2644604950&hsCtaTracking=1b4c089d-43b1-47c2-bf20-2cc07499e0ce%7C039ac767-ec8e-4b90-8d18-c191b0cb25a8
- GLOBAL WITNESS. *Última línea de defensa. Las industrias que causan la crisis climática y los ataques contra personas defensoras de la tierra y el medioambiente*. 2021. Disponible en: <https://www.globalwitness.org/es/last-line-defence-es/>
- GRUESO CASTELBLANCO, L. R., OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, Ed. ONU, 2011.
- HUMAN RIGHTS WATCH. Colombia: *Niños indígenas en riesgo de desnutrición y muerte*, 2020. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2020/08/13/colombia-ninos-indigenas-en-riesgo-de-desnutricion-y-muerte>
- IGLESIAS VÁZQUEZ, M.A. "Los pueblos indígenas y la protección del medioambiente: la indigenización del derecho internacional, derechos bioculturales y derechos de la naturaleza". *Cadernos de Dereito Actual*, n° 16, 2021.
- LANGA MARTÍNEZ, L. *Reconfiguración de la guerra y violencia sociopolítica contra el pueblo Nasa en el Norte del Cauca a partir del Acuerdo final de Paz*, ed. Bogotá, septiembre de 2023.
- LLORENTE, M.V., et.al., *La consulta previa y la debida diligencia en derechos humanos: un análisis de su relación y avance*, ed. FUNDACIÓN IDEAS PARA LA PAZ (FIP), Bogotá, 2023,
- MARTÍNEZ, F. *La crisis de la seguridad social en salud en Colombia ¿Efectos inesperados del arreglo institucional?*, Bogotá, abril de 2013, pp. 3-4. Disponible en: https://www.fedesalud.org/documentos/EstudiosFD_15_Crisis-seguridad-social-salud-Colombia.pdf

- MILLALEO HERNÁNDEZ, S. "Guarda de la Naturaleza: Conocimientos Ecológicos Tradicionales de los Pueblos Indígenas y Estrategias de Protección", *Cadernos de Derecho Actual*, nº 13, 2020.
- ONU, Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Francisco Calí Tzay. Declaración final del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, Francisco Calí Tzay, al concluir su visita oficial a Colombia [en línea]. 15 de marzo de 2024, p. 3. Disponible en: https://www.hchr.org.co/historias_destacadas/declaracion-final-del-relator-especial-de-las-naciones-unidas-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-francisco-cali-tzay-al-concluir-su-visita-oficial-a-colombia/
- PÉREZ, T. "Conflicto y posconflicto en Colombia: una mirada a la política de seguridad democrática", *Separata Humanística*, 5 (10), 2011.
- PRANDI, M., CANO, J.A. y ARENAS, D. "Empresas y crisis humanitarias: dilemas y retos", *Escola de cultura de pau*, octubre de 2011. Disponible en: https://escolapau.uab.cat/img/programas/derecho/empresas_crisis_humanitarias.pdf
- RESTREPO, E., "Afrodescendientes y minería: tradicionalidades, conflictos y luchas en el Norte del Cauca, Colombia", *Vibrant*, 14 (2).
- ROBLES OLARTE, J. L. *Enfoque diferencial. Origen y alcances*. Noviembre de 2021, pp. 17-24. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/enfoque-diferencial-origen-alcances.pdf>
- RODRÍGUEZ, J. *Derechos de los pueblos indígenas y consulta previa*, Ed.Jurídica, Bogotá, 2016.

Jurisprudencia

- Auto 351/19 de la Corte Constitucional colombiana, de 27 de junio de 2019, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a351-19.htm>
- Corte Constitucional colombiana T-614/19 16 de diciembre de 2019
- Corte Constitucional colombiana T-375/23, de 25 de septiembre de 2023, cit. punto 156-158.
- Corte Constitucional Sentencia T-445-22, de 06 de diciembre de 2022, punto 82. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-445-22.htm>
- Corte Constitucional colombiana T-479/2018, 11 de diciembre de 2018.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinário (2024), pp. 129-147
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

State crimes and neutralization: state responsibility for cruel sentences in Brazil¹

Crímenes de estado y neutralización: responsabilidad estatal por penas crueles en Brasil

Bruno Rotta Almeida²

Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Rafaela Beltrami Moreira³

Defensoria Pública del Estado de Rio Grande do Sul, Brasil

Vivian Pinheiro Schönhofen⁴

Universidade Federal de Rio Grande do Sul, Brasil

Sumario: 1. Introduction. 2. State crimes and violations of rights. 3. Techniques of neutralization and state crimes. 4. Neutralization and cruel sentences in Brazil. 5. State responsibility in the face of illicit sentence. 6. Considerations. References

Abstract: This Article explores techniques of neutralization in the context of State crimes, in order to expose the State responsibility for cruel sentence. Neutralization is a mechanism to absolve or justify one's illicit actions. The techniques of neutralization were first identified by Gresham Sykes and David Matza and developed by Eugenio Raúl Zaffaroni on the subject of State crimes. The analysis falls on Brazil's human rights violations in the penitentiary system. The aim is to investigate if the

¹ This article received financial assistance from the Programa de Apoio à Pós-Graduação – PROAP/CAPEX (Postgraduate Support Program of CAPES, Brazil).

² Postdoctoral studies in Criminology and Legal-Criminal Sociology (University of Barcelona, Spain). Doctorate and Master in Criminal Sciences (Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, Brazil). Professor at the Faculty of Law, the Graduate Program in Law and the Graduate Program in History (Federal University of Pelotas, Brazil). Collaborating professor of the Master's Degree in Penitentiary Law and Prison Issues: National and International Rights Protection Systems (University of Barcelona, Editorial Tirant lo Blanch, Spain). Member of the Southern Cone of Penitentiary Research Network and of the Americas Prisons Research Network. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6715-4299>

³ Master in Law (Federal University of Pelotas, Brazil). Specialist in Criminal Law and Criminal Procedure (Damásio College, Brazil). Bachelor of Law (Federal University of Pelotas, Brazil). Procedural Analyst at the Public Defender's Office of the State of Rio Grande do Sul, Brazil. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0575-7164>

⁴ Doctoral studies in Procedural Law (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil). Master in Law (Federal University of Pelotas, Brazil). Specialist in Public Law (Higher School Foundation of the Public Prosecutor's Office of Rio Grande do Sul, Brazil). Bachelor of Law (Federal University of Pelotas, Brazil). Procedural Analyst at the Public Defender's Office of the State of Rio Grande do Sul, Brazil. CAPES scholarship holder (Postgraduate Support Program of CAPES, Brazil). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1176-5426>

Brazilian State's can be held accountable at the international level, as a way of responding to and preventing State crimes and their massive harms. This Article provides a reflection on the State's responsibility for the protection of human rights in the global system and in the American system to demonstrate that Brazil's neutralizing criminal policy results in the application of cruel sentence and, consequently, in State crime.

Keywords: State Crimes, Techniques of Neutralization, Cruel Sentence, State Responsibility, Brazil.

Resumen: El artículo analiza las técnicas de neutralización en el contexto de los Crímenes de Estado, con el fin de exponer la responsabilidad estatal por penas crueles. La neutralización es un mecanismo para absolver o justificar actos ilícitos cometidos. Las técnicas de neutralización fueron identificadas por primera vez por Gresham Sykes y David Matza, y desarrolladas por Eugenio Raúl Zaffaroni en relación con los Crímenes de Estado. El análisis se centra en las violaciones de derechos humanos cometidas en el sistema penitenciario brasileño. El objetivo es investigar si Brasil puede ser considerado responsable en el contexto internacional por estas violaciones, como una forma de responder a estos Crímenes de Estado y prevenirlos, evitando sus daños masivos. El artículo promueve una reflexión sobre la responsabilidad estatal en la protección de los derechos humanos en el sistema global y en el sistema americano, con el objetivo de demostrar que la política criminal neutralizadora implementada por Brasil resulta en la aplicación de penas crueles y, en consecuencia, en crímenes de Estado.

Palabras clave: Crímenes de Estado, Técnicas de Neutralización, Penas crueles, Responsabilidad del Estado, Brasil.

1. Introduction

State crimes consist of massive violations of fundamental and human rights perpetrated by agents occupying high public positions, who use the state structure to commit crimes with the help—or at least with the connivance—of the States. These are highly harmful crimes, but they are governed by a scenario of great moral and scientific indifference, as criminology (by adopting a simply individual, local perspective, and focused on specific crimes) has not bothered to study crimes that, under the guise of legality, affect a large number of people and cause significant social harm.

The objective of this article is to study the techniques of neutralization in the context of State crimes and the neutralizing criminal policy in Brazil, especially in the penitentiary sphere, in order to investigate what state accountability is possible at the international level. To achieve this objective, a bibliographical study is carried out using the hypothetical-deductive approach method.

Initially, it discusses the concept of State crimes and the importance of a study focused on their characteristics, especially those that favor social indifference and impunity. Next, the origin and concept of the neutralization techniques are discussed from the perspective of State crimes, as well as an explanation of the neutralizing criminal policy developed by Brazil in the penitentiary sphere, with the consequent violation of human rights and the imposition of cruel sentence. Finally, the possibility of state accountability at the international level is studied, as a way of responding and preventing States crimes and their massive harms.

2. State crimes and violations of rights

The concept of State crimes is based on the idea of massive violations of fundamental and human rights committed by state agents who use the state structure to commit crimes either with the help or at least with the connivance of States. Penny Green and Tony Ward⁵ affirm that modern states kill and pillage on a scale that no criminal organization could imitate: The authors estimate that from 1900 to 1987 more than 169 million people were murdered by governments. The pretexts for the criminal activity of states are varied, ranging from wars to colonization, but always in contexts of repression and social control.

Eugenio Raúl Zaffaroni⁶ expressly states that the massive murders, a recurring phenomenon in the last century, are practiced by the punitive power (the State), and that, when it loses control, the Rule of Law gives way to the Police State. Furthermore, he also mentions that the massive crimes happen precisely when the punitive state force operates without restraint.

Despite being highly harmful, State crimes are governed by a scenario of great moral indifference. At this point, Stanley Cohen⁷ mentions the so-called social amnesia, a phenomenon from which society separates and forgets its past, either through a conscious desire not to remember or due to cultural slippage that makes information disappear, and cites examples. In this way, the author deals with the rhetoric developed to ensure the impunity of State crimes, which in his view have three determining elements. The first consists of the discourse preached by governments that "nothing happened", "there was no massacre, no one was tortured, people like us do not do that kind of thing". The second, from the response to the official discourse given by journalists, human rights organizations and victims, who denounce the occurrence of State crimes. Finally, when total denial is no longer accepted, the third presents itself as the excuse that "what happened was justified" for noble reasons: National security, fight against terrorism, in the name of revolution, in the name of democracy, by religious orientations (Islam, for example), among others.

Still on the negligence of both public opinion and scientific knowledge, Eugenio Raúl Zaffaroni⁸ suggests reasons that in his opinion contribute to the phenomenon. These are crimes that generally occur in non-central States, as well as they consist of crimes that challenge the sense of security we have in trusting the State and understanding Criminology (and the concept of crime) within epistemological boundaries already well delimited.

Penny Green and Tony Ward⁹ provide one more reason for the phenomenon: They claim that, as the States determine what is criminal, a State would only fit into this concept in the rare occasions when it recognizes the breach of its own laws. This is why, for the authors, despite notable considerations relating to individual criminality, criminology has never fully turned to the study of State crimes.

Aiming to denounce indifference at least in the scientific field, Wayne Morrison¹⁰, in the book *Criminology, Civilization and the New World Order*, focuses his analysis on the epistemological bases of Criminology in order to adapt them to

⁵ GREEN, P.; WARD, T. *State Crime: Governments, Violence and Corruption*, Pluto Press, London, 2004, p. 1.

⁶ ZAFFARONI, E. R. *Crímenes de masa*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2012a, p. 31.

⁷ COHEN, S. "Crimes of Previous Regimes: Knowledge, Accountability, and the Policing of the Past", *Law & Social Inquiry*, vol. 20, n. 1. 1995, p. 13-16.

⁸ ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006, p. 20-21.

⁹ GREEN, P.; WARD, T. *State Crime: Governments, Violence and Corruption*, Pluto Press, London, 2004, p. 1.

¹⁰ MORRISON, W. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2012.

the complexity and importance of massive crimes. The criminologist cites examples ranging from Auschwitz to Congo.

Thus, in the same sense as Penny Green and Tony Ward, Wayne Morrison¹¹ criticizes the fact that, throughout its history, criminology has adopted a simply individual and local perspective, focused on determined and specific crimes. Wayne Morrison understands that criminology has not bothered to study crimes that transcend the domestic borders of countries, affect a large number of people and cause significant social harm.

Eugenio Raúl Zaffaroni¹², when dealing with the work of Wayne Morrison, concludes that a global criminology that does not encompass State crimes is inconceivable; and these, in turn, can only be duly challenged from the confrontation of the techniques of neutralization that are used by criminal agents. For that, the author concludes that it is necessary for criminology to exercise a function of clear ideological criticism, as well as of constant self-criticism.

And it is precisely from Wayne Morrison that in the view of Iñaki Riveira Beiras et al.¹³, a new epistemological space emerges in Criminology, aimed at overcoming the negationist aspect that it presented (negative of State crimes, the death of thousands of people by genocide, hunger, lack of medicine, environmental damage, immigration problems, among others). In the absence of self-criticism, the authors also state that Criminology has developed itself selective and discriminatory, contributing to naturalization, banalization and perpetuation of violence and social harm. The authors conclude that this is a knowledge built not from natural selectivity, but politically decided. In the same direction, Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁴ corroborates the idea of selectivity of punitive power.

Regarding characteristics of our current society that favor the commission of State crimes, Eugenio Raúl¹⁵ highlights the importance of being aware of the state capacity to commit massive crimes especially in the current times of terrorism. Indeed, the author argues that we live under the domain of fear, so that the search for security at any cost is legitimized.

Thus, in the name of preventive and repressive measures against terrorism—an expression that does not encompass a well-defined concept, which in itself already allows for abuses—techniques of mass destruction are popularized, facilitating the occurrence of massive violations to human rights. Moreover, he summarizes two characteristics of State crimes that favor indifference and contribute to its impunity. At first, no State crime is committed without a justifying discourse; and, finally, that state agents who commit State crimes do not contradict the governing values of society, but on the contrary reinforce them. Thus, State crimes even occur with the help of legislation, using legitimizing discourses that manifest themselves in order to reinforce the current values of society and, not infrequently, are accepted by segments of the civil population, which makes the issue even more complex.

That said, Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁶ argues that it is essential to build a criminological about the crime that “sacrifices more human lives”. To the indifference of the effects resulting from these crimes was given the name banalization of evil,

¹¹ MORRISON, W. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2012, p. 04-06.

¹² ZAFFARONI, E. R. “Introducción a Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial de Wayne Morrison”, *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 2., Barcelona, Mar., 2012b, p. 16.

¹³ RIVERA BEIRAS, I.; BERNAL SARMIENTO, C. E.; CABEZAS CHAMORRO, S.; FORERO CUELLAR, A.; VIDAL TAMAYO, I. “Más allá de la criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados”. In: RIVEIRA BEIRAS, I. (Coord.). *Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2013, p. 24.

¹⁴ ZAFFARONI, E. R. *Crímenes de masa*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2012a.

¹⁵ ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006.

¹⁶ ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006, p. 21.

given the indifference of human beings with the loss of countless lives due to violent acts. To combat massive State crimes, Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁷ is dedicated to the study of the techniques of neutralization developed by Gresham Sykes and David Matza¹⁸.

3. Techniques of neutralization and state crimes

The techniques of neutralization were first identified by Gresham Sykes and David Matza, consisting of tools to legitimize criminal acts. The authors studied the phenomenon of juvenile delinquency and published the article *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency* in 1957. They challenged the theory of delinquent subculture of Albert Cohen – presented in *Delinquent boys: The culture of the gang* of 1955 – and asserted that most of the time the offender experiences feelings of guilt and generally values the respect for the laws¹⁹. They understood that juvenile criminality is best explained by what they called techniques of neutralization²⁰.

They adopted the theory of differential association of Edwin Sutherland as a premise, however, they stated that neutralizing techniques are justifications built prior to the practice of crime and that they make it possible, and not later as traditionally analyzed (called rationalizations). They serve to neutralize, return or deviate in advance social disapproval. The agent thus qualifies his conduct as acceptable, if not correct. It is in learning the techniques of neutralization that the individual becomes a delinquent, according to Sykes and Matza²¹.

The authors observed the presence of behaviors that they categorized into five techniques²². They asserted that the techniques of neutralization are tools to reduce the effectiveness of social controls and that they have been verified in a large portion of delinquent behavior.

Although initially designed to understand juvenile criminality, the application of the techniques of neutralization has been worked on by other criminologists, extending them to new areas of crime. As mentioned, Eugenio Raúl Zaffaroni²³, analyzing them from the perspective of massive State crimes, emphasizes that no State crime is committed without the support of a justifying discourse and that the flag of combating terrorism has been used disproportionately and abusively, serving as a justification for the massive harm and deaths of countless civilians. For this reason, he argues that the protection of human rights and the prevention of harm are urgently needed.

State criminals admit unwanted excesses or consequences as part of the process, considering them unavoidable. It can be considered that it is the most organized form of criminality, whose neutralizing discourse is built in advance and in line with the values of society (generally classical values, such as security, honor, protection of the family). The victimizing selectivity of State crimes is even more profound, affecting the less favored social strata. The magnitude of these crimes demands the exaltation of the image of the leader, promoting him as a hero or martyr. The denial arising from the practice of the techniques of neutralization is

¹⁷ ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006.

¹⁸ SYKES, G.; MATZA, D. "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, v. 22, n. 6, Chicago, Dec., 1957.

¹⁹ SYKES, G.; MATZA, D. "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, v. 22, n. 6, Chicago, Dec., 1957, p. 664.

²⁰ SYKES, G.; MATZA, D. "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, v. 22, n. 6, Chicago, Dec., 1957.

²¹ SYKES, G.; MATZA, D. "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, v. 22, n. 6, Chicago, Dec., 1957, p. 666.

²² SYKES, G.; MATZA, D. "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, v. 22, n. 6, Chicago, Dec., 1957, p. 667..

²³ ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006.

generally irreversible and alienates the agent from the guilt of the acts performed²⁴, as well as serving as a shield for the evils arising from these acts.

Eugenio Raúl Zaffaroni²⁵ analyzes the five techniques of neutralization described by Gresham Sykes and David Matza from the perspective of State crimes. As for the first, the denial of the responsibility, consists in denying the facts as if they had not occurred or that they did not take place as described, being led to the commission of the act by external factors. It is a simple defensive tactic, which often coexists with the true technique of neutralization. It states that neutralization by denial of responsibility occurs through the affirmation of lack of intention, with the effects of the act being inevitable consequences. For example, that in every war there are deaths and that innocent people are always and will be affected. It is justified by the extraordinary circumstances in which they acted and which were caused by third parties.

Regarding the second, the denial of injury, given the massive characteristic of the damage, is used to minimize the effects as far as possible and to the argument of self-defense. It is used in conjunction with the first and with the denial of the victim. Responsibility is reduced, the victim is denied and, thereby, the damage is reduced or denied.

The denial of the victim is the most common technique of neutralization when it comes to State crimes. The victims are the criminals, the State acting to defend the nation. Eugenio Raúl Zaffaroni highlights a vicious cycle of violence: Stigmatized groups react violently and, as a result, the response of the oppressors is violent to the same extent or even more intense. He cites the use of torture as a tool and emphasizes that victims are always inferiorized by state agents. Stigmatizing labels are used, such as a terrorist and enemy of the homeland. Giorgio Agamben²⁶ highlights the process of inferiorization and degradation of the victim when he talks about the medical experiments carried out by the Reich and also imposed on detainees and those condemned to the death penalty (particularly in the United States). These people due to their personal conditions were projected to an exception zone without the guarantee of rights, which is why the activities practiced were justified. That is, because they are not eligible as victims, there is no illegal act for the State.

The condemnation of the condemners stands out as a technique commonly used in State crimes, especially when they are directed against pacifists, dissidents of the system or political opponents. In trial courts, they morally disqualify judges, using the moment as a political scenario. It is used both in exceptional regimes and in democracies, with a strong criminalization of social movements that seek to denounce criminal practices²⁷.

Regarding the appeal to higher loyalties, Eugenio Raúl Zaffaroni²⁸ maintains that this is the technique of neutralization par excellence of State crimes. Duties of conscience or loyalty to idols or myths are invoked. According to him, all the superior values worshiped are mythical; some by nature itself (such as the utopia of a superior race) and others by the distortion of values (nation, culture, democracy, republicanism, religion, human rights, etc.). He points to security as the most evident currently.

The policies of Law and Order, Zero Tolerance (USA) and the Doctrine of National Security (used by Latin American dictatorships) stand out as legitimizing discourses, disseminated by governments as techniques of neutralization of public

²⁴ ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006, p. 25.

²⁵ ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006, p. 27.

²⁶ AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*, UFMG, Belo Horizonte, 2007, p. 151.

²⁷ SILVA FILHO, J. C. M. da. "Crimes de Estado e Justiça de Transição", *Sistema Penal & Violência*, v. 2, n. 2, Porto Alegre, July/Dec. 2010, p. 28.

²⁸ ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006, p. 30.

opinion and legitimization of the atrocities carried out, according to José Carlos Moreira da Silva Filho²⁹. It can be said that the Criminal Law of the Enemy, theorized by Günther Jakobs³⁰, is also a technique of neutralization, given that the enemy is treated as a being without rights. Eugenio Raúl Zaffaroni³¹ protests against the treatment of the human being as an enemy—initially designed to occur in a State of Exception—, but which is also verified in Democratic States of Law. The author understands that this treatment is incompatible with a democratic legal order.

The techniques of neutralization disseminated by the state criminals are much more elaborate and profound than those used by the juvenile delinquents studied by Gresham Sykes and David Matza, even relying in academic credibility, a scenario in which many are developed. Eugenio Raúl Zaffaroni³² indicates the need for Criminology in a critical way to focus on its own criminological discourses in order to avoid that they serve as a neutralizing support. He proposes, therefore, to seek to neutralize the neutralization.

Although they are never philosophically rational and irrationality is often manifest, as in the case of the Aryan race, the techniques of neutralization present themselves as a criminal ideology, creating a very elaborate system, external to the criminal. In medieval Europe, the phenomenon related to the war on witches can be observed, which caused the death of thousands of women and the reaffirmation of patriarchy.

These justification techniques are used in the context of State crimes not only as a way to legitimize destructive behavior, but also to camouflage the resulting social harm. The death of civilians and the destruction of cities, leaving many citizens without housing and minimal structures, are seen as inevitable or even necessary to achieve the objective of collective peace and security, for example, in the fight against drug trafficking or the terrorism. The treatment of actions as real wars is invoked.

In the national scene, the National Security Doctrine stands out as a technique of neutralization. José Carlos Moreira da Silva Filho³³ points out that the term legitimate for violence carried out by the State can lead to atrocities, which by holding the monopoly on violence is liable to provide the most disastrous results. Violence resulting from the Military Dictatorship in Brazil is characterized as a State crime of illegality masked by justifying techniques.

The practices of violence and torture employed in the dictatorial regime are perpetuated and can be seen in police actions to combat drug trafficking and in the prison units of the country. And they go back to Brazilian colonization and the empire, a period in which penal policy was intended to control the undisciplined and immoral masses. The prison has been used as a deposit of unwanted people—maintaining this characteristic to this day. At the end of the 19th century, new discourses were disseminated, aimed at reforming, correcting, cleaning and regenerating the deviant³⁴.

Despite the publication of international documents protecting human rights and fundamental rights guaranteed by the Brazilian Federal Constitution of 1988, the rates of imprisonment rise every year in Brazil, accelerating punishment through imprisonment. Notoriously, as neutralization of criminality—in fact, control of certain classes of individuals. It is noticed, in the opposite sense of the constitutional and

²⁹ SILVA FILHO, J. C. M. da. "Crimes de Estado e Justiça de Transição", *Sistema Penal & Violência*, v. 2, n. 2, Porto Alegre, July/Dec. 2010, p. 26.

³⁰ JAKOBS, G.; MELIÀ, M. C. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.

³¹ ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no Direito Penal*, Revan, Rio de Janeiro, 2014.

³² ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006, p. 34.

³³ SILVA FILHO, J. C. M. da. "Crimes de Estado e Justiça de Transição", *Sistema Penal & Violência*, v. 2, n. 2, Porto Alegre, July/Dec. 2010, p. 22.

³⁴ ALMEIDA, B. R. "Humanidades inumanas: dinâmicas e persistências históricas em torno do cárcere no Brasil", *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 179, 2018, p. 169.

legal precepts, an arbitrary penal policy that aggravates inequalities and inhumanity. This initial finding is verified by the selection of the prison population, consisting of marginalized social groups and by the reiteration of violations of fundamental rights³⁵.

Cruel penalties are illegal both nationally and internationally³⁶. The institutional violence against the population deprived of liberty offends human dignity and the distribution of policies committed to respect rights and assistance, particularly those regarding health and right to life, can be observed in the selectivity of the penal and penitentiary system. According to Eugenio Raúl Zaffaroni³⁷, prisons with degrading conditions become institutions that not only disrespect the norms, or disregard health care, but also cause decline in prisoners' self-esteem, putting their life at risk.

The mass violations of human rights in prison also present themselves as social harm and allow us to conclude that they result in cruel sentence. From this observation, it is intended to analyze in sequence the neutralizing criminal policy present in the national scenario and the illegality of the imposed sentences in order to demonstrate that they are characterized as a State crime.

4. Neutralization and cruel sentence in Brazil

The prison population in Brazil grows every year, aggravating the precarious conditions of the system. The policy of mass imprisonment as a form of social control has led the country to historic rates. Overcrowding far exceeds the acceptable level established by the United Nations (UN). According to the National Penitentiary Information Survey of June 2017 by Departamento Penitenciário Nacional (National Penitentiary Department), from 90 thousand inmates in 1990 it has risen to more than 726 thousand in 2017.

In 2019, the prison population was almost 750 thousand according to National Penitentiary Department and 812 thousand according to the Conselho Nacional de Justiça (National Council of Justice); in 2021, according to the National Council of Justice, the mark of 905 thousand people deprived of liberty has already been exceeded. Data show that in 30 years the prison population has increased tenfold. In this perspective, the current rate of imprisonment is more than 426 prisoners per 100 thousand inhabitants, while in 2017 it was almost 350. Brazil has the third largest prison population in the world³⁸ and occupies the sixth position in the ranking of the most populous countries, according to Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Brazilian Institute of Geography and Statistics).

The increase in the female rate of imprisonment also deserves attention, with drug trafficking being the crime most committed by women. In 2008, there were 21,604 female inmates and in 2020, it has already reached the mark of 36,999 women imprisoned, according to Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021 (Brazilian Yearbook of Public Security of 2021). The percentage of arrests for drug trafficking was 64.48 % in 2017, says National Penitentiary Department³⁹.

³⁵ ALMEIDA, B. R. "Humanidades inumanas: dinâmicas e persistências históricas em torno do cárcere no Brasil", *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 179, 2018, p. 175.

³⁶ ZAFFARONI, E. R. "Las penas crueles y la doble punición". In: ZAFFARONI, E. R. (dir.). *La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.

³⁷ ZAFFARONI, E. R. *Penas ilícitas. Un desafío para la dogmática penal*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2020.

³⁸ INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH. *World Prison Brief [WPB]*. Prison Population Total. Londres: WPB, 2021. Available at: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All

³⁹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional [DEPEN]. Levantamento Nacional

Data provided by the Brazilian National Penitentiary Department⁴⁰, show that there are currently 837,443 people deprived of liberty in the country. Among these, 654,704 inmates are in penitentiary units, 6,729 in police stations or other custody units, 175,528 under house arrest, and 482 in units of the federal penitentiary system. It is the third largest prison population in the world.

In 2000, 232,755 individuals were arrested. In 2016, the number of inmates exceeded 700,000, reaching its peak in 2019 with 755,274 incarcerated individuals. In 2022, there were 661,915 individuals in prison. Between 2000 and 2022, the number of incarcerated individuals increased significantly by approximately 184.4%⁴¹.

In Brazil, the incarceration rate is 310 people per every 100,000 inhabitants. In 2000, the rate was 137 people. Between 2000 and 2022, the prison population increased by 126.2%. In 2019, the country's incarceration rate was 359, 4 prisoners per every 100,000 inhabitants. Mass incarceration demonstrates social consequences associated with numerous features including overcrowding, degradation of structural conditions, and shortage of vacancies. Regarding the number of vacancies in the year 2022, there was a total deficit of more than 190,000 vacancies and an average occupancy rate of almost 140.8% in the country⁴².

The National Penitentiary Department reports show the selectivity of the prison system, made up mostly of young, black, poorly educated and poor people, whose vulnerability is aggravated in prison. Iñaki Rivera Beiras⁴³ criticizes the conduction of purely quantitative research, which does not analyze qualitative issues related to the living conditions of people deprived of liberty, emphasizing that the diffuse and widespread social harm caused by imprisonment is far greater than the harm it purports to contain.

The use of punitive power as a form of containment and social control is noticeable in the history of Brazil, present since colonization, when indians and Africans were subjected to slavery. During the period of the empire, the criminalization of behaviors such as vagrancy denotes the repression of stereotyped lifestyles in the scope of controlling social strata, according to Bruno Rotta Almeida⁴⁴. The author concludes that the execution of the sentence in Brazil is a reflection of authoritarianism, violence, repression, bureaucracy, patronage, violation of fundamental rights, selectivity and social inequality. He also indicates that deaths in prison custody resulting from torture, violence, suicides and lack of health care show significant rates. The number of deaths in 2019 was 1,069, rising to 1,309 in 2020, with the main highlight being factors indicated as natural or health (752); there were also 136 deaths from criminal causes, 104 from suicide, 5 indicated as accidental and 312 from unknown causes, according to Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2021⁴⁵. In this regard, it is important to mention that up to 21

de Informações Penitenciárias: Infopen. Atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça, 2019. Available at: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>

⁴⁰ SISDEPEN. Sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, 2022. Available at: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>

⁴¹ SISDEPEN. Sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, 2022. Available at: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>

⁴² SISDEPEN. Sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, 2022. Available at: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>

⁴³ RIVERA BEIRAS, I. *Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019, p. 53.

⁴⁴ ALMEIDA, B. R. "Humanidades inumanas: dinâmicas e persistências históricas em torno do cárcere no Brasil", *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 179, 2018.

⁴⁵ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021. São Paulo: Fundação Ford, Open Society Foundations, Federação Nacional das Empresas de Segurança e Transporte de Valores, 2021. Available at: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>

December 2020, 222 deaths were recorded by Covid-19 in the prison system, of which 129 were inmates and 93 were civil servants⁴⁶, and it is possible that the actual number is even higher.

The number of deaths in prisons continues to rise. Most recently data revealed a 42% increase in deaths between 2014 and 2019 caused by the coronavirus pandemic. In that same period, the annual average of deaths was 1.849. Conversely, the incarcerated population increased more than 20%. Between 2019 and 2022, the number of deaths increased by 13%.

In 2020, the National Penitentiary Department (DEPEN) reported a total of 2,443 deaths in physical cells and under house arrest⁴⁷. Taking into account the information on mortality in the year 2020, it is possible to observe a persistent increase in deaths by natural causes. Likewise, there was a significant increase in deaths by unknown causes. In 2021, there were 2,005 deaths in physical cells in the country, and another 423 deaths under house arrest.

In the year 2022, there were 2,453 deaths in the country's prison system (physical cells and house arrest). Increased mortality rate per 10,000 inmates revealed a continuous pattern prior to the coronavirus pandemic. The death rate peaked in 2020, dropping below the 2019 rate in the following years.

Diseases account for the majority of deaths cases recorded in the country. According to reports, deaths due to illnesses accounted for 59% of deaths that occurred from 2014 to 2019. Criminal deaths accounted for 21%, suicides 8%, deaths by unknown causes 8%, and accidental deaths accounted for 2% of all deaths in correctional institutions. Between 2020 and 2022, the percentage of deaths due to illness remained steady (58.4%). Criminal deaths, suicides, and accidental deaths decreased to 16%, 7.3%, and 1.8 %, respectively. In contrast, the proportion of deaths by unknown causes more than doubled, totaling 16.3% in those years.

The data highlight the inhumanity of Brazilian prisons and the state omission to dignify the ergastulum. They also point to the use of the punishment apparatus for social control and the neutralization of individuals, legitimized by justifying discourses. The neutralizing criminal policy is at the base of governmentality and accentuates inequalities, meaning not only immobilization, but also exclusion. Imprisonment implies other types of sentence in addition to deprivation of liberty, such as overcrowding, poor sanitation and food conditions and difficulty in accessing social rights such as health care, education and work⁴⁸.

The institutional violence rooted in the Brazilian prison leads the prison sentence to a sphere of non-law, meaning suffering intentionally caused with the purpose of degradation. Victimization, which begins with the organization of rules and discipline, in an exercise of domination, is accentuated by the degrading conditions of prison⁴⁹.

From this perspective, the imposition of a sentence in Brazil implies disproportionate suffering, characterized as a cruel sentence and covered with torture, and sanctions are expressly prohibited by the constitutional legal system. Eugenio Raúl Zaffaroni⁵⁰ points to the illegality of the prison sentence and states that in Latin America the punitive power is only exercised within the legal limits at the

⁴⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça [CNJ]. Registros de Contágios e Óbitos. Boletim de 23 de dezembro. Brasília: CNJ, 2020. Available at: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>

⁴⁷ SISDEPEN. Sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, 2022. Available at: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>.

⁴⁸ ALMEIDA, B. R.; MASSAU, G. C. "A arte de governar o mal e a gramática do desumano no sistema penitenciário brasileiro", *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 13, 2017.

⁴⁹ ALMEIDA, B. R. "Prisão e desumanidade no Brasil: uma crítica baseada na história do presente", *Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 74, 2019.

⁵⁰ ZAFFARONI, E. R. *Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.

normative level. He criticizes the absence of punishment for unlawful actions and the lack of legal provision for many harmful conducts, falling back as atypical. Police violence and torture, which he indicates as police lethality figures, are common illicit practices that rely on the omission of third parties (who act unlawfully through inertia). The precarious conditions of the system with massive violations of human rights also lead to the illegality of sentence.

The author demonstrates that punishment served in illegal situations, such as overcrowding, mean cruel, inhuman and degrading penalties prohibited by the American Convention on Human Rights and by all the Constitutions of Latin American countries. Furthermore, it emphasizes that the judicial stance in imposing sentences under these conditions also entails an illicit action and would be a new form of banalization of evil. Eugenio Raúl Zaffaroni⁵¹ states that imposing degrading penalties violates the principle of proportionality and proposes a compensatory measure for the excruciating sentence. The proposal consists of reducing the prison time (or extinguishing it) in view of the cruel conditions endured by the individual, as well as restricting provisional arrests, giving judges the task of complying with national and international law in order to restore the lawfulness of the sentence.

The Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R.) issued a Resolution on 22 November 2018 applying provisional measures with respect to Brazil in the case of the Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Plácido de Sá Carvalho Penal Institute), a prison that makes up the Bangu complex in Rio de Janeiro. In the decision, the I/A Court H.R. prohibited the entry of new detainees and determined the double counting of each day of deprivation of liberty served in the place in a degrading manner (except for crimes against life or physical integrity and sexual crimes). In the same sense, the Resolution of November 28, 2018 was issued by I/A Court H.R., regarding the Curado Penitentiary Complex, in Pernambuco.

In June 2021, the Fifth Panel of the Superior Tribunal de Justiça (Superior Court of Justice), when judging the Internal Interlocutory Appeal in Habeas Corpus No. 136,961/RJ, referring to the person arrested in the Plácido de Sá Carvalho Penal Institute, applied the I/A Court H.R. Resolution in compensation for the inhumanity of the sentence. Since the precedent of the Superior Court of Justice, judicial decisions are applying the Resolutions of the I/A Court H.R. to people imprisoned in these two penitentiary complexes.

Roberto Gargarella⁵² criticizes the adoption of compensatory measures to the imposition of degrading punishment, stating that this response ends up legitimizing the existence of unlawful punishment. The author opposes the retributive and consequentialist (or utilitarian) theories of punishment, presenting a proposal that seeks to effect proportionality away from the imposition of sentence through democratic and egalitarian participation in a republican philosophy. He affirms that the dominant penal responses make use of reintegrating discourses, but act in such a way as to promote exclusion and isolation, which proves to be nonsense. The Argentine jurist exposes the mistake in confusing democracy with penal populism, this being the propellant of hyperpunitivism. He also points to the use of criminal law by dominant sectors of an unequal society as a means of controlling and maintaining the apparatus of power. Therefore, in the conception of Roberto Gargarella compensating for cruel sentence results in maintaining the structures of power and legitimizing punishment instead of extirpating it.

Thus, the imposition of imprisonment in Brazil is a violation of human rights and causes massive damages, characterizing torture and, therefore, a cruel sentence. Based on this observation, the study of state accountability is carried out in view of the definition of such an act as a State crime.

⁵¹ ZAFFARONI, E. R. *Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.

⁵² GARGARELLA, R. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016.

5. State responsibility in the face of illicit sentence

The imposition of disproportionate suffering, the precarious conditions of the prison system and the massive violation of human rights that took place in the Brazilian prison sphere, as mentioned above, characterize a real kind of torture to detainees and, consequently, constitute a cruel sentence. Cruelty is understood as the characteristic of sentences capable of causing unbearable physical or psychological embarrassment to a human being.

The Constitution of the Federative Republic of Brazil, in its Article 5, item XLVII, expressly prohibits the imposition of atrocious sentences either by referring generically to the prohibition of cruel sentence or by specifically prohibiting the cruelty generated by the death penalty, of a perpetual nature, forced labor and banishment⁵³.

At the infraconstitutional level, Law No. 9,455/1997 complies with the criminalization warrant expressed in the Constitution and expressly provides as a crime of torture, among others, the submission of a person imprisoned to physical or mental suffering through the practice of an act not provided for by law or not resulting from a legal measure, as well as the submission of the person under its custody, power or authority to intense physical or mental suffering arising from violence or serious threat, as a way of applying personal sentence⁵⁴. Despite being prohibited at the legislative level, the non-compliance with the rules related to criminal execution, by itself, undeniably generates fatally cruel sentence, which consist of real torture of the detainees.

Internally, the existence of cruel sentence within the Brazilian prison system encounters little judicial reprisal. With emphasis, one can mention the *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (Allegation of Non-Compliance with Fundamental Precept) No. 347, in which the Supremo Tribunal Federal (Federal Supreme Court) declared the existence of an Unconstitutional State of Affairs in the Brazilian prison system, in order to compel the Political Powers to take measures to overcome the existing chaotic scenario. Since the preliminary injunction (from 2015), the Court had already imposed measures to overcome, or at least alleviate, the situation, for example, the holding of custody hearings and the release of contingent amounts from the *Fundo Penitenciário Nacional* (National Penitentiary Fund). Finally in October 2023, the Supreme Court concluded the trial and fully recognized the massive violation of fundamental rights in the Brazilian prison system. The Court gave six months for the federal government to draw up an intervention plan to resolve the situation, with guidelines to reduce prison overcrowding, the number provisional prisoners and stay in a more severe regime or for a period longer than the sentence⁵⁵. This plan, called “National Plan for Combating the Unconstitutional State of Affairs in Brazilian Prisons”, has been under development by Conselho Nacional de Justiça (National Council of Justice) since March 2024 and is far from being finalized⁵⁶. So, despite the progress represented by the Allegation No. 347, there is still a long way to go.

⁵³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: D.O.U., 05.10.1988. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁵⁴ BRASIL. *Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências*. Brasília: D.O.U., 08.04.1997. Available at: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal [STF]. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* [ADPF] nº 347. Brasília: D.J.E., 11.09.2015. Available at: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>.

⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça [CNJ]. *Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras – ADPF 347*. Brasília: CNJ, 2024. Available at: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/consultas-publicas/plano-nacional-para-o-enfrentamento-do-estado-de-coisas-inconstitucional-nas-prisoas-brasileiras-adpf-347/>

Therefore, it is at the international level that the neutralizing policy of the Brazilian prison system, identified as torture and as cruel sentence, can find an adequate accountability for State crimes. Caio Paiva and Thimotie Aragon Heemann⁵⁷ state that the prohibition of cruel and degrading sentence is part of the corpus juris for the protection of human rights, with corporal sentence being considered a form of torture and inhumane treatment by the International Law of the Human Rights. They also point out that the American Convention on Human Rights adopted in Article 56 the theory of positive special prevention as the purpose of the sentence. Thus, they emphasize that the competence of the Inter-American Court of Human Rights to rule on human rights violations remains perfectly established⁵⁸.

In fact, Brazil is a signatory to both the American Convention on Human Rights (known as Pact of San José from Costa Rica) and the Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture. Both international documents—from the scope of the American system of Human Rights—affirm the Brazilian commitment to not allow the occurrence of torture and to oppose the imposition of cruel sentence. Important protection is provided for in Article 5 of the American Convention.

In cases where this commitment is not fulfilled, the competence of the I/A Court H.R. to decide on human rights violations is established with emphasis on the case of torture and cruel sentence. In addition, in this regard, it is the jurisprudence of the I/A Court H.R. itself that, when judging a case involving the Brazilian State, did not accept a preliminary of incompetence and stated that “the special declaration of acceptance of the contentious jurisdiction of the Court according to the American Convention (...) allows the Court is aware of both violations of the Convention and other Inter-American instruments that grant jurisdiction to it”⁵⁹.

The I/A Court H.R. has already commented on the continuous or permanent violations that occurred in the Brazilian case of the detention facility known as Carandiru, “as a failure to comply with the obligation to investigate and punish the perpetrators of serious crimes against human rights, as well as the absence of full and effective reparation to the victims or their families”, says Caio Paiva and Thimotie Aragon Heemann⁶⁰. In this way, the competence of the I/A Court H.R. is unequivocally characterized and, consequently, the possibility of holding the Brazilian State responsible at the international level for the State crimes related to the prison context.

It is important to consider that Brazil submits to the Committee against Torture (CAT), the body responsible for monitoring the implementation of the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Sentences, a treaty signed within the scope of the global Human Rights system and to which Brazil is also a signatory. The aforementioned Committee has four protection mechanisms, namely periodic reports, inquiry procedure, interstate petitions and individual petitions, and since 2006 Brazil has accepted the competence of the Committee to receive and analyze these individual petitions, according to Caio Paiva and Thimotie Aragon Heemann⁶¹.

In 2023, the Committee against Torture published a report on Brazil, presenting conclusions on rights violations that characterize torture and issuing recommendations. These include improvements in prison conditions, overcrowding,

⁵⁷ PAIVA, C.; HEEMANN, T. A. *Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos*, Editora Cei, Belo Horizonte, 2020, p. 139.

⁵⁸ PAIVA, C.; HEEMANN, T. A. *Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos*, Editora Cei, Belo Horizonte, 2020, p. 405.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CORTEIDH]. Resolução de 22 de novembro de 2018. Medidas Provisórias a Respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf

⁶⁰ PAIVA, C.; HEEMANN, T. A. *Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos*, Editora Cei, Belo Horizonte, 2020, p. 548.

⁶¹ PAIVA, C.; HEEMANN, T. A. *Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos*, Editora Cei, Belo Horizonte, 2020, p. 618.

mass incarceration and the existence of structural racism. Declared the need of a national system for recording cases of torture, with continually updating and compiling and publishing statistical data on the number of complaints of acts of torture and ill-treatment registered in all bodies⁶².

In the same year, the first case relating to Brazil was admitted by the CAT. The request was submitted by the Public Defender's Office of the State of São Paulo and Conectas Human Rights regarding the events that occurred in 2015 involving offenses against human rights by criminal police officers from the Rapid Intervention Group against people arrested in Presidente Prudente, São Paulo⁶³.

In addition, Brazil is still subject to the universal jurisdiction of the International Court of Justice, the supreme jurisdictional body of the UN, in which Brazil participates. It is the most important forum for international settlement today, which has already expressly expressed for the accountability of countries that disrespect the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Sentences.

By the way, in the case *Belgium vs. Senegal* (Habré Case), the International Court of Justice held that the foundation that grants validity to universal jurisdiction over the practice of torture are the very precepts of the UN Convention against Torture, especially considering that "the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)"⁶⁴. Indeed, the case in question makes it clear. Former president Hissène Habré ruled Chad from 1982 to 1990 and became known for establishing a dictatorship in the country that ignored human rights, torturing and killing all those who opposed his regime (in other words, State crimes). When he lost office, he flew to Senegal, where he was granted asylum. Years later, Chad asked for the former president's repatriation so that he could answer for his crimes. Belgium entered the fray when victims of Habré's regime, with dual citizenship, decided to sue the Belgian judiciary. Belgium then took the case to the Hague, where the International Court of Justice ruled that Senegal was obliged to try Habré, in compliance with the UN Convention Against Torture. The judges explained that the investigation was not an option, but a real obligation of the country where the accused of torture crimes is located.

This is because, as Iñaki Rivera Beiras points out, it is essential that one understands torture from a juridical-political culture committed to the essential values of the rule of law: torture is a State crime and therefore can no longer be taken, by the juridical-criminal culture, as just another ordinary crime. In fact, the legal concept of human dignity, by virtue of its strength and its indefiniteness, has managed to give a "strong jolt" to criminal systems - and this shock has come from international bodies, such as the European Court of Human Rights and the European Committee for the Prevention of Torture, less involved in domestic debates and more attuned to the notion of dignity⁶⁵. The same logic can be applied to South America an, more specifically, to Brazil.

⁶² COMMITTEE AGAINST TORTURE [CAT]. Concluding observations on the second periodic report of Brazil. Seventy-sixth session (17 April–12 May 2023). CAT/C/BRA/CO/2, 2023, p. 16. Available at:

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2627&Lang=en

⁶³ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ONU admite denúncia de DPE-SP e Conectas contra Brasil por tortura e outras violações. São Paulo, 2023. Available at: <https://www.defensoria.sp.def.br/noticias/-/noticia/4885957>

⁶⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE [ICJ]. Reports of judgments, advisory opinions and orders. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422. Available at: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-BI.pdf>

⁶⁵ RIVEIRA BEIRAS, I. "Cuerpo, espacio y tiempo: vectores de la privación de libertad", *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas*, Dossiê Extensão

In these terms, the possibility of international accountability of the Brazilian State for the cruel sentence verified in the practice of the national prison system (identified as torture and, consequently, state crimes) is perfectly conceivable. So much so that the Inter-American Court of Human Rights has already ruled in several cases involving the violation of human rights within prisons in Brazil, including granting provisional measures.

For example, we can mention the cases of Penitenciária de Urso Branco (Porto Velho, Rondônia) (Urso Branco Penitentiary in Porto Velho, Rondônia), Complexo do Tatuapé da FEBEM em São Paulo (Taubaté Complex of FEBEM in São Paulo), Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira (Araraquara, São Paulo) (Dr. Sebastião Martins Silveira Penitentiary in Araraquara, São Paulo), Unidade de Internação Socioeducativa de Cariacica (Espírito Santo) (Cariacica Socio-educational Internment Unit at Espírito Santo), Complexo Penitenciário de Curado (Recife, Pernambuco) (Penitentiary Complex of Curado in Recife, Pernambuco), Complexo Penitenciário de Pedrinhas (São Luís, Maranhão) (Penitentiary Complex of Pedrinhas in São Luís, Maranhão) and Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro, Rio de Janeiro) (Plácido de Sá Carvalho Penal Institute in Rio de Janeiro, Rio de Janeiro)⁶⁶.

Among these, the aforementioned manifestation of the Inter-American Court on the Plácido de Sá Carvalho Penal Institute⁶⁷ stands out. In this case, it was understood that prison overcrowding is one of the main criminal factors in the prison environment, contributing directly to the brutalization and dehumanization of the prisoner, as well as providing the necessary conditions for the creation and expansion of criminal organizations⁶⁸.

Alejandro Forero-Cuellar, in the same vein, argues that prison over crowding can be equated with ill-treatment or torture under international law. Faced with such a broad phenomenon, the author highlights two elements that can help assess this circumstance: the existence of a minimum standard with regard to living space and the use of instruments to establish the existence of damage caused by inhumane conditions of imprisonment⁶⁹.

Forero-Cuellar, about the Plácido de Sá Carvalho Penal Institute case, mentions the I/A Court H.R decision (that echos a doctrine of unlawful punishment) and exemplifies ways to compensate such inhumane conditions. The punishment becomes illegal due to deteriorate conditions of the establishment when the suffer is over than that inherent and expected to the deprivation of liberty. The time of imprisonment is reduced by a reasonable calculation. Each day of actual deprivation of liberty in degrading conditions is computed at the rate of two days of lawful punishment⁷⁰.

The most important thing, however, is the attempt to overcome the degrading structural and operational conditions of the Brazilian prison system, as well as

universitária e sistema penal-penitenciário: aportes teóricos e experiências de luta, projetos e ações, v. 04, n. 1, 2018.

⁶⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CORTEIDH]. *Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 36: Jurisprudência sobre o Brasil*. San José, C.R.: Corte IDH, 2022, p. 255. Available at: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo36_2022_port1.pdf

⁶⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CORTEIDH]. Resolución de 22 de noviembre de 2018. Medidas Provisorias a Respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf

⁶⁸ PAIVA, C.; HEEMANN, T. A. *Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos*, Editora Cej, Belo Horizonte, 2020, p. 429.

⁶⁹ FORERO-CUÉLLAR, A, "Prison overcrowding and ill-treatment: sentence reduction as a reparation measure. A view from Latin America and Europe", *Torture Journal: journal on rehabilitation of torture victims and prevention of torture*, Vol. 33, n. 3, 2023.

⁷⁰ FORERO-CUÉLLAR, A, "Prison overcrowding and ill-treatment: sentence reduction as a reparation measure. A view from Latin America and Europe", *Torture Journal: journal on rehabilitation of torture victims and prevention of torture*, Vol. 33, n. 3, 2023.

overcome the recorded cases of torture and violation of the physical and bodily integrity of persons deprived of liberty (which, as already mentioned, represents violence and absence of the State in the security and control of these units). In other words, is essential to fight against the facts: there is for sure a serious depreciation of rights and, despite numerous supposedly protective norms, the invisibility regarding incarceration, deaths in prison custody and lives that are ignored remain⁷¹. Accountability at the international level exists precisely to combat the scenario where the “prison is a privileged place for the violation of human rights”,⁷² as expressed by Alessandro Baratta.

Therefore, since the reality of the Brazilian prison system makes the commission of torture and the configuration of cruel sentences notorious, it is imperative to recognize the commission of State crimes and the use of techniques of neutralization in the Brazilian context. Consequently, it is imperative to recognize the possibility of State accountability at the international level, notably as an attempt to protect fundamental and human rights.

6. Considerations

State crimes must be faced as one of the worst possible forms of criminality, especially considering that they consist of massive violations of fundamental and human rights (so that they generate immense widespread social damage), as well as considering that they are committed under the apparent aegis of legality, through the exercise of the monopoly of force by the State. In addition, the great moral and scientific indifference that governs the scenario of State crimes contributes even more to the perpetuation of the social damages generated by the crime, which is why an attempt to change this reality is necessary.

The analysis of the Brazilian prison environment allows us to conclude that there is a neutralizing criminal policy in Brazil, through which the existence of cruel sentence (which constitute real torture for detainees) is masked by labels of legality and inevitability.

The omission of the State combined with the responsibility for the ineffectiveness of the adopted measures, leads to the vulnerability of people deprived of liberty and their families, and indicates institutional violence characterized by the degradation of the prison structure, potentiating mortality. It is about the actual application of neutralizing techniques to the prison context and, ultimately, the actual commission of massive violations of human rights carried out by state agents with the connivance of the State—that is, it is about the very concept of State crimes envisioned in practice.

It is concluded that the reality of the Brazilian prison system makes the commission of torture and the configuration of cruel sentence notorious, so it is imperative to recognize the commission of State crimes and the use of techniques of neutralization in the Brazilian context. Consequently, there is the possibility of holding the State responsible at the international level, given the violation of commitments made both in the global system and in the American system for the protection of human rights. Finally, it is about to fight Baratta’s conclusion: prison may no longer be a synonymus with human rights violations.

⁷¹ ALMEIDA, B. R. “Letalidad carcelaria en Brasil: reconfiguraciones y tendencias”, In: RIVEIRA BEIRAS, I. ANITUA, G. I. (orgs.). *Muertes evitables: Violencia institucional y masacres en cárceles sudamericanas*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2023.

⁷² BARATTA, A. “Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos”, *Revista IIDH – Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 11, Jan./Jun., 1990, p. 20.

References

- AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*, UFMG, Belo Horizonte, 2007.
- ALMEIDA, B. R. "Humanidades inumanas: dinâmicas e persistências históricas em torno do cárcere no Brasil", *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 179, 2018.
- ALMEIDA, B. R. "Prisão e desumanidade no Brasil: uma crítica baseada na história do presente", *Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 74, 2019.
- ALMEIDA, B. R.; MASSAÚ, G. C. "A arte de governar o mal e a gramática do desumano no sistema penitenciário brasileiro", *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 13, 2017.
- ALMEIDA, B. R. "Letalidad carcelaria en Brasil: reconfiguraciones y tendencias", In: RIVEIRA BEIRAS, I. ANITUA, G. I. (orgs.). *Muertes evitables: Violencia institucional y masacres en cárceles sudamericanas*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 2023.
- BARATTA, A. "Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos", *Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n. 11, Jan./Jun., 1990.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça [CNJ]. Registros de Contágios e Óbitos. Boletim de 23 de dezembro. Brasília: CNJ, 2020. Available at: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça [CNJ]. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Brasília: CNJ, 2021. Available at: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça [CNJ]. Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras – ADPF 347. Brasília: CNJ, 2024. Available at: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/consultas-publicas/plano-nacional-para-o-enfrentamento-do-estado-de-coisas-inconstitucional-nas-prisoas-brasileiras-adpf-347/>
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: D.O.U, 1988. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Brasília: D.O.U, 18.02.1991. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: D.O.U, 09.11.1992. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm
- BRASIL. Decreto nº. 98. 386, de 9 de dezembro de 1989. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Brasília: D.O.U, 13.11.1989. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm
- BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília: D.O.U, 08.04.1997. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional [DEPEN]. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Infopen. Atualização junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça, 2019. Available at: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>

- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística [IBGE]. Estatísticas. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Available at: <https://paises.ibge.gov.br/#/mapa/ranking/brasil?indicador=77849&tema=5&ano=2020>
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal [STF]. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental [ADPF] nº 347. Brasília: DJE, 27.08.2015. Available at: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [STJ]. Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 136.961/RJ. Brasília: DJE, 21.06.2021. Available at: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=RHC%20136961>
- COHEN, S. "Crimes of Previous Regimes: Knowledge, Accountability, and the Policing of the Past", *Law & Social Inquiry*, vol. 20, n. 1. 1995.
- COMMITTEE AGAINST TORTURE [CAT]. Concluding observations on the second periodic report of Brazil. Seventy-sixth session (17 April–12 May 2023). CAT/C/BRA/CO/2, 2023, p. 16. Available at: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2627&Lang=en
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CORTEIDH]. Resolução de 22 de novembro de 2018. Medidas Provisórias a Respeito do Brasil. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CORTEIDH]. Resolução de 28 de novembro de 2018. Medidas Provisórias a Respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_06_por.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CORTEIDH]. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. 16 fev. 2017. Available at: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS [CORTEIDH]. *Caderno de Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos No. 36: Jurisprudência sobre o Brasil*. San José, C.R.: Corte IDH, 2022, p. 255. Available at: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo36_2022_port_1.pdf
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. ONU admite denúncia de DPE-SP e Conectas contra Brasil por tortura e outras violações. São Paulo, 2023. Available at: <https://www.defensoria.sp.def.br/noticias/-/noticia/4885957>
- FORERO-CUÉLLAR, A, "Prison overcrowding and ill-treatment: sentence reduction as a reparation measure. A view from Latin America and Europe", *Torture Journal: journal on rehabilitation of torture victims and prevention of torture*, Vol. 33, n. 3, 2023.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2021. São Paulo: Fundação Ford, Open Society Foundations, Federação Nacional das Empresas de Segurança e Transporte de Valores, 2021. Available at: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>
- GARGARELLA, R. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2016.
- GREEN, P.; WARD, T. *State Crime: Governments, Violence and Corruption*, Pluto Press, London, 2004.
- INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH. *World Prison Brief* [WPB]. Prison Population Total. Londres: WPB, 2021. Available at: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All

- INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE [ICJ]. Reports of judgments, advisory opinions and orders. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 422. Available at: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/144/144-20120720-JUD-01-00-BI.pdf>
- JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.
- MORRISON, W. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2012.
- PAIVA, C.; HEEMANN, T. A. *Jurisprudência Internacional dos Direitos Humanos*, Editora Cej, Belo Horizonte, 2020.
- RIVEIRA BEIRAS, I. "Cuerpo, espacio y tiempo: vectores de la privación de libertad", *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas*, Dossiê Extensão universitária e sistema penal-penitenciário: aportes teóricos e experiências de luta, projetos e ações, v. 04, n. 1, 2018.
- RIVERA BEIRAS, I. *Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2019.
- RIVERA BEIRAS, I.; BERNAL SARMIENTO, C. E.; CABEZAS CHAMORRO, S.; FORERO CUELLAR, A.; VIDAL TAMAYO, I. "Más allá de la criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados". In: RIVEIRA BEIRAS, I. (Coord.). *Criminología, daño social y crímenes de los estados y los mercados. Temas, debates y diálogos*, Anthropos Editorial, Barcelona, 2013.
- SILVA FILHO, J. C. M. da. "Crimes de Estado e Justiça de Transição", *Sistema Penal & Violência*, v. 2, n. 2, Porto Alegre, July/Dec. 2010.
- SISDEPEN. Sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança, 2022. Available at: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>
- SYKES, G.; MATZA, D. "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, v. 22, n. 6, Chicago, Dec. 1957.
- ZAFFARONI, E. R. *El crimen de estado como objeto de la criminología*, UNAM, 2006.
- ZAFFARONI, E. R. *Crímenes de masa*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2012a.
- ZAFFARONI, E. R. "Introducción a Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial de Wayne Morrison", *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 2., Barcelona, Mar./2012b.
- ZAFFARONI, E. R. "Las penas crueles y la doble punición". In: ZAFFARONI, E. R. (dir.). *La medida del castigo: el deber de compensación por penas ilegales*, Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.
- ZAFFARONI, E. R. *O inimigo no Direito Penal*, Revan, Rio de Janeiro, 2014.
- ZAFFARONI, E. R. *Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal*, Editores del Sur, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2020.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 148-164
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Aspectos constitucionais da contribuição destinada ao FUNDEINFRA instituída pelo Estado de Goiás

Constitutional aspects of the 'contribution' destined to "FUNDEINFRA" instituted by the State of Goiás

Pablo Ricardo Alves e Silva¹

Murilo Couto Lacerda²

Patrícia Spagnolo Parise Costa³

Universidade de Rio Verde

Sumário: 1. Introdução. 2. Das limitações constitucionais ao poder de tributar. 3. Do FUNDEINFRA. 3.1. Da ADI 7.363. 3.2 Da ADI 7.366. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Resumo: O tema do presente artigo é a contribuição destinada ao Fundo de Desenvolvimento da Infraestrutura instituída pelo Estado de Goiás através da Lei 21.670 de 06 de dezembro de 2022. O recorte da pesquisa são os aspectos constitucionais da referida contribuição, buscando delimitar a natureza jurídica da arrecadação. O problema versa sobre os prováveis vícios apresentados pela destinação dos valores arrecadados a fundo específico, prática vedada pela Constituição Federal. Justifica-se a presente abordagem pela relevância do tema, tendo em vista a significativa contribuição do agronegócio ao Produto Interno Bruto nacional e as questões de segurança alimentar que envolvem a produção agropecuária no país. O objeto geral é traçar um panorama sob os aspectos legais que envolvem o FUNDEINFRA, tendo como objetivos específicos: demonstrar a possível onerosidade da contribuição sobre a produção agropecuária; verificar se existem vícios de constitucionalidade na lei estadual; abordar os aspectos dos direitos fundamentais voltados à segurança alimentar; definir se a contribuição se trata ou não de um tributo disfarçado por uma suposta voluntariedade; além de abordar os desdobramentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 7.363 e 7.366 ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. O estudo adota o método dedutivo, pesquisa documental e estudo de caso.

¹ Mestrando em Direito do Agronegócio pela Universidade de Rio Verde. Membro da Comissão em Direito do Agronegócio – OAB – Subseção Rio Verde – Goiás. Professor. Advogado.

² Doutor em Direito pela UniCEUB. Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde e colaborador do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio da mesma instituição. Advogado.

³ Doutora em Direito pela Unisinos-RS. Mestre em Direito pela Unaerp-Ribeirão Preto-SP. Professora titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde e professora permanente do Mestrado em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da mesma instituição. Pesquisadora.

Recibido: 16/02/2024

Aceptado: 11/06/2024

DOI: 10.5281/zenodo.11583904

Palavras-chave: Fundo de Desenvolvimento da Infraestrutura. Agronegócio. Lei nº 21.670/2022.

Abstract: The theme of this article is the contribution destined to the Infrastructure Development Fund established by the State of Goiás through Law 21.670 of December 6, 2022. The problem consists of the vices presented by allocating the amounts collected to a specific fund, a practice prohibited by the Federal Constitution. This approach is justified by the topic's relevance, given the significant contribution of agribusiness to the national Gross Domestic Product and the food security issues that involve agricultural production in the country. The general objective is to outline an overview of the legal aspects involving FUNDEINFRA, with the following specific objectives: demonstrating the burden of the contribution that significantly impacts agricultural production; presenting possible vices of unconstitutionality in the state law; addressing aspects of fundamental rights related to food security; define whether or not the contribution is a tribute disguised by a supposed willingness; in addition to addressing the consequences of Direct Actions of Unconstitutionality n. 7,363 and 7,366 filed before the Federal Supreme Court. The study adopts the deductive method, documentary research, and case analysis.

Keywords: Infrastructure Development Fund. Agribusiness. Law No. 21.670/2022.

1. Introdução

O agronegócio é um importante vetor da economia brasileira, sendo que a participação do setor no Produto Interno Bruto (PIB) atingiu sucessivos recordes em 2020 e 2021. Referido biênio foi considerado um dos melhores da história recente do agronegócio brasileiro.⁴

Contudo, conforme dados divulgados em 17 de março de 2022 pelo Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA), da Esalq/USP, em parceria com a Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), o Produto Interno Bruto (PIB) do agronegócio brasileiro caiu 4,22% no ano de 2022.⁵

Um dos fundamentos para o cenário de queda em 2022 é a forte alta dos custos com insumos no setor, tanto na agropecuária quanto nas agroindústrias, que tem contribuído para a queda do PIB ao longo das cadeias de produção.

Acrescente-se à essa questão: (i) as dificuldades em acesso ao crédito, (ii) alto custo de produção, (iii) alta carga tributária, (iv) intempéries climáticas inerentes à agrariedade⁶, (v) endurecimento da legislação ambiental, que visa a tão almejada produção sustentável, mas em contrapartida gera entraves na produção e comercialização da atividade agropecuária, dentre diversos outros fatores.

A partir dessas considerações, nota-se que ainda assim o agronegócio continua sendo protagonista na economia nacional, sendo que sua participação continua representando cerca de 1/3 do total do Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil.

Conforme dados fornecidos pelo CEPEA, em parceria com a Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais (ABIOVE) divulgados em 22 de agosto de

⁴ CEPEA (Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada); CNA (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil). *PIB do agronegócio brasileiro*. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁵ CEPEA (Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada); CNA (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil). *PIB do agronegócio brasileiro*. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em: 25 abr. 2023.

⁶ Segundo MARTINS, 2019, a agrariedade constitui a essência do Direito Agrário. É o elemento dinâmico que gera e confere especificidade e conteúdo a esse novo ramo da ciência jurídica.

2023 – O Produto Interno Bruto (PIB) total da cadeia da soja e do biodiesel deve crescer 19,88% em 2023 em relação ao ano de 2022.

Segundo os pesquisadores do CEPEA/ABIOVE, esse desempenho demonstra os crescimentos estimados em todos os segmentos do PIB, de 6,2% para insumos, de 38,47% para a soja dentro da porteira, de 3,88% para a agroindústria e de 15,66% para os agrosserviços.

Deste modo, o valor do PIB agregado pela cadeia produtiva pode alcançar R\$ 691 bilhões em 2023, representando 28,5% do PIB do agronegócio brasileiro e 6,3% do PIB total do País⁷.

Tendo em vista o regime jurídico tributário que envolve a produção agropecuária, estabeleceu-se como problemática verificar os aspectos constitucionais da “contribuição” destinada ao Fundo de Desenvolvimento da Infraestrutura (FUNDEINFRA) instituída pelo Estado de Goiás através da Lei 21.670 de 06 de dezembro 2022.⁸

É latente a necessidade de análise e digressão sobre o tema. A título de exemplo, desde a sua instituição, o FUNDEINFRA já arrecadou R\$ 405 milhões, até ser suspenso pela liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.363⁹ proferida em 03 de abril de 2023. Tais valores foram informados pela Secretaria Estadual de Economia ao Jornal *O Popular* em 24 de abril de 2023.¹⁰

Para tanto, foi estabelecido como objetivo geral abordar os aspectos legais que envolvem o FUNDEINFRA, além de demonstrar se a onerosidade da contribuição impacta significativamente a produção agropecuária; apresentar possíveis vícios de inconstitucionalidade na lei estadual; abordar os aspectos dos direitos fundamentais voltados à segurança alimentar; definir se a contribuição se trata ou não de um tributo disfarçado por uma suposta voluntariedade; além de abordar os desdobramentos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 7.363 e 7.366¹¹ ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. Foi utilizado o método dedutivo, além de pesquisa documental e análise de caso que resultaram em dois tópicos.

No primeiro tópico, contextualizou-se sobre o poder de tributar e os limites constitucionais para o desenvolvimento dessa atividade estatal.

Na segunda parte, foram abordados os principais aspectos do FUNDEINFRA, sendo reservada a dois subcapítulos a reflexão das duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que foram submetidas à Corte Superior de interpretação constitucional.

O tema gerou diversas controvérsias, com ampla divulgação na mídia, sendo que a análise e o aprofundamento sobre os aspectos constitucionais do FUNDEINFRA

⁷ CEPEA (Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada); ABIOVE (Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais). PIB da cadeia da soja e do biodiesel pode crescer 20% em 2023; e empregos e exportações também avançam. Disponível em: <https://www.cepea.org.br/br/releases/cepea-abiove-pib-da-cadeia-da-soja-e-do-biodiesel-pode-crescer-20-em-2023-e-empregos-e-exportacoes-tambem-avancam.aspx>. Acesso em: 29 jun. 2023.

⁸ GOIÁS. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. *Lei nº 2.1670 de 06/12/2022*. Dispõe sobre a criação do Fundo Estadual de Infraestrutura - FUNDEINFRA. Disponível em: <https://www.economia.go.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao-tributaria/134-institucional/legisla%C3%A7%C3%A3o/tributaria/8531-leis-de-dezembro-de-2022.html>. Acesso em: 22 abr. 2023.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 7.363*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6596963>. Acesso em: 22 abr. 2023.

¹⁰ O POPULAR. Jornal de notícias goiano. *Governo de Goiás arrecada mais R\$ 187 milhões com 'taxa do agro'*. 24/04/2023. Disponível em: <https://opopular.com.br/opiniao/blog-fabiana-pulcineli/governo-de-goias-arrecada-mais-r-187-milh-es-com-taxa-do-agro-1.3021844>. Acesso em: 15 maio 2023.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 7.366*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6601013>. Acesso em: 22 abr. 2023.

podem contribuir para o enfrentamento jurídico e político dos problemas referentes à produção agropecuária.

Isso porque o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), ao revogar a liminar deferida pelo Ministro Dias Toffoli e restabelecer a cobrança do FUNDEINFRA no Estado de Goiás, pode gerar precedentes para a instituição da mesma contribuição em todos os estados do país, o que possivelmente desencadeará uma nova roupagem ao Direito Tributário Brasileiro.

2. Das limitações constitucionais ao poder de tributar

A Carta Magna impõe limites ao poder de tributar. Em outras palavras, são limites à atuação estatal no momento da instituição e arrecadação de determinado imposto.

Esses limites derivam, basicamente, dos princípios e imunidades de caráter tributário previstos no texto constitucional, precisamente nos arts. 150, 151 e 152 da Constituição Federal de 1988.¹²

Nesse sentido, segundo Eduardo Sabbag¹³, os princípios constitucionais tributários são considerados limitações constitucionais ao poder de tributar e todo o Direito Tributário deve ser considerado através do exercício da soberania estatal.

Dentre as facetas da soberania do Estado, é importante considerar o poder de tributar como relevante fragmento dessa soberania.¹⁴

Cumprir trazer à reflexão o conceito de poder de Norberto Bobbio, no qual o poder "é uma relação entre dois sujeitos onde um impõe ao outro sua vontade e lhe determina, mesmo contra vontade, o comportamento".¹⁵

A presente pesquisa, conforme será explanado adiante, demonstra que a instituição do FUNDEINFRA no Estado de Goiás se trata de um tributo, chamado de contribuição, disfarçado pela suposta voluntariedade ou facultatividade que estariam à disposição do contribuinte, disposições essas que desrespeitam vários limites constitucionais.

Ou seja, sua instituição ultrapassa limites constitucionais e destoa da natureza jurídica de tributo, tendo em vista que a compulsoriedade é justamente um dos elementos da sua natureza jurídica no sentido de que tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Partindo desta premissa, nota-se que o poder (*ius imperium*), inerente às organizações sociais, se desdobra em interações de vontades, sendo que uma necessariamente se sobrepõe à outra pela soberania financeira, cujo titular é o povo, que transferiu limitadamente essa titularidade ao Estado pelo contrato constitucional, permitindo-lhe arrecadar e gerir as finanças públicas.¹⁶

Ou seja, a arrecadação e gestão das finanças públicas são funções estatais essenciais de um governo para garantir o funcionamento dos serviços públicos, o desenvolvimento econômico e o bem-estar de toda a sociedade. Nesse sentido, é de primordial importância a coleta de receitas e a alocação desses recursos em todos os segmentos sociais.

Portanto, através deste pacto social, as disposições constitucionais, dentre outras atribuições, se destinam a estabelecer os poderes e limites do governo em relação à arrecadação e gestão das finanças públicas. Essas disposições incluem

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

¹³ SABBAG, E. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁴ BRITO MACHADO, H. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

¹⁵ BOBBIO, N. O significado clássico e moderno de política, *Curso de introdução à ciência política*, v. 7, 1982, p. 12.

¹⁶ TORRES, R. *Curso de Direito Financeiro Tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

regras sobre a aprovação do orçamento, a transparência na utilização dos recursos, a responsabilidade fiscal, sendo que tais aspectos são de grande relevância para o desdobramento aqui feito.

Sob esta perspectiva, destaca-se que a relação de tributação assume uma forma de “relação jurídica”, e não de “relação de força”, tendo em vista que, conforme os preceitos de Norberto Bobbio, o fato de a possibilidade de recorrer à força ser o elemento que distingue o poder político das outras formas de poder não quer dizer que o poder político se resolva através do uso da força: “O uso da força é uma condição necessária, mas não suficiente para a existência do poder político”.¹⁷

Assim, o poder de tributar é, em sua essência, um poder de direito, lastreado no contrato constitucional pelo consentimento do povo, destinatários de invasão patrimonial por parte do Estado, sendo que este, por fim, visa a percepção do tributo.

Desta forma, mesmo que atue através da coercitividade, esta parcela de força ostenta caráter de juridicidade pelo pacto social.

Portanto, o poder de tributar é, em verdade, um poder de direito, lastreado no consentimento dos cidadãos, destinatários da invasão patrimonial, tendente à percepção do tributo. Se há em seu emprego uma parcela de força, ela se mostra institucionalizada, dotada de juridicidade.¹⁸

Sabe-se que o Estado precisa (e deve) cooptar recursos financeiros em sua atividade precípua, de modo a disponibilizar ao cidadão o provimento de suas necessidades coletivas, além de, evidentemente, manter a estrutura estatal.¹⁹

Para a criação do FUNDEINFRA, o Governo de Goiás encaminhou dois projetos de lei para a Assembleia Legislativa. O fundo dispõe de autonomia administrativa, financeira e contábil, e os valores arrecadados são de destinação exclusiva para obras de infraestrutura, especialmente pavimentação e manutenção das rodovias goianas.

Após o restabelecimento da cobrança do tributo, o Governo do Estado de Goiás anunciou em 11 de agosto de 2023 a execução de 32 obras rodoviárias com investimento de mais de R\$ 2 bilhões do Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA). Os recursos e as obras do FUNDEINFRA são geridos de forma compartilhada pelo Governo de Goiás e o setor produtivo por meio do Conselho Gestor²⁰.

Por outro lado, mesmo que a arrecadação reflita em obras que beneficiam toda a Sociedade Goiana, esse poder de tributar deve seguir limites e parâmetros constitucionais.

Segundo Hugo de Brito Machado, o Direito Tributário existe para delimitar o poder de tributar, transformando a relação tributária, que antigamente foi uma relação simplesmente de poder, em relação jurídica.²¹

Por tal motivo, essa relação de poder no âmbito da arrecadação estatal e a invasão patrimonial do contribuinte se apresentam pela via da compulsoriedade, que devem estar umbilicalmente ligadas ao princípio da legalidade, o que demonstra a relação tributária como uma clara relação jurídica, e não “de poder”.²²

Dito de outro modo, a soberania estatal não é absoluta. Deve ser pautada por dispositivos constitucionais que delimitam a atuação estatal no seu inevitável exercício da tributação e invasão patrimonial, que pode desencadear atitudes arbitrárias por parte do Estado.

¹⁷ BOBBIO, N. O significado clássico e moderno de política, *Curso de introdução à ciência política*, v. 7, 1982, p. 12.

¹⁸ SABBAG, E. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁹ BRITO MACHADO, H. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

²⁰ GOVERNO DE GOIÁS. Portal de notícias. *Anunciadas 32 obras com R\$ 2 bilhões do Fundeinfra*. Disponível em: [https://www.goias.gov.br/servico/36-rodovias/128851-32-obras-rodovi%C3%A1rias-ser%C3%A3o-feitas-com-r\\$-2-bilh%C3%B5es-do-fundeinfra.html](https://www.goias.gov.br/servico/36-rodovias/128851-32-obras-rodovi%C3%A1rias-ser%C3%A3o-feitas-com-r$-2-bilh%C3%B5es-do-fundeinfra.html). Disponível em 29 de agosto de 2023.

²¹ IBID.

²² SABBAG, E. Op. cit.

É dizer que a Constituição Federal descreve o *modus operandi* para o exercício desse poder, sem interferir na liberdade e propriedade dos cidadãos, para que ocorra de forma justa e ponderada.

É assente o comando de que as relações de tributação entre Estado e contribuinte deverão ocorrer dentro do espaço modulado pelo texto constitucional, ou seja, de acordo com a norma jurídica que delimita o poder de tributar.

Tal delimitação é exteriorizada através das (i) normas jurídicas de competência tributária e (ii) dos princípios constitucionais tributários.

As normas jurídicas de competência tributária se destinam a delimitar o poder de tributar, a fim de que não ocorrem atuações desmedidas pelo poder estatal.

Nesse sentido, a própria Constituição faz a repartição da força tributante estatal entre as pessoas jurídicas de Direito Público: União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal, de forma clara e precisa (arts. 153, 155 e 156).

Sobre o tema, Carrazza leciona que a força tributante estatal não atua de forma livre, mas de acordo com os preceitos do direito positivo. Acrescenta que as pessoas políticas não possuem poder tributário (manifestação do *ius imperium* do Estado, e sim competência tributária (manifestação da autonomia da pessoa política e, assim, sujeita ao ordenamento jurídico constitucional). Desse modo, a competência tributária se determina pelas normas constitucionais, que são de grau superior às de nível legal, sendo que estas preveem as concretas obrigações tributárias.²³

Acrescente-se que os princípios constitucionais tributários, previstos nos arts. 150, 151 e 152 da Constituição Federal são pautados em valores explícitos pela norma constitucional.

São evidentes garantias constitucionais do cidadão em despeito do *ius imperium*, que assumem postura de nítidas limitações constitucionais ao poder de tributar, ou seja, o poder que o Estado tem de tributar sofre limitações que são tratadas como cláusulas pétreas. Portanto, insuscetíveis de supressão ou excepcionalização, mesmo que por Emenda Constitucional.

Concluindo, a Constituição Federal de 1988 trouxe várias normas que buscam inibir o poder do Estado no aspecto tributário, através de normas de imunidade tributária e as de proibição de privilégios e de discriminações fiscais.

No presente caso, cabe questionarmos, no âmbito tributário, como se dá esta relação entre o contribuinte e o Estado de Goiás, e se esta atuação está pautada pelos princípios e limitações constitucionais ao poder de tributar.

3. Do FUNDEINFRA

O Estado de Goiás, através da Lei nº 21.670 de 2022, criou o Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA) para "captar recursos financeiros destinados ao desenvolvimento econômico do Estado de Goiás".²⁴

O fundo em questão tem por objetivo gerar recursos advindos, além de outras fontes, da produção agrícola, pecuária e mineral, bem como implementar, em tal unidade, determinadas políticas e ações administrativas.

O artigo 5º da lei trouxe as receitas para o referido fundo:

Contribuição exigida no âmbito do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) como condição para: a) a fruição de benefício ou incentivo

²³ CARRAZZA, A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁴ GOIÁS. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. *Lei nº 21.670 de 06/12/2022*. Dispõe sobre a criação do Fundo Estadual de Infraestrutura - FUNDEINFRA. Disponível em: <https://www.economia.go.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao-tributaria/134-institucional/legisla%C3%A7%C3%A3o/tributaria/8531-leis-de-dezembro-de-2022.html>. Acesso em: 22 abr. 2023.

fiscal; b) o contribuinte que optar por regime especial que vise ao controle das saídas de produtos destinados ao exterior ou com o fim específico de exportação e à comprovação da efetiva exportação; e c) o imposto devido por substituição tributária pelas operações anteriores ser: 1. pago pelo contribuinte credenciado para tal fim por ocasião da saída subsequente; ou 2. apurado juntamente com aquele devido pela operação de saída própria do estabelecimento eleito substituto, o que resultará um só débito por período". Ela é cobrada "em percentual não superior a 1,65% (um inteiro e sessenta e cinco centésimos por cento) sobre o valor da operação com as mercadorias discriminadas na legislação do imposto; ou por unidade de medida adotada na comercialização da mercadoria."²⁵

Os produtos que foram escolhidos para sofrerem a incidência desta contribuição são em sua maioria aqueles relacionados ao setor do agronegócio, como se denota do Anexo XVI, do Regulamento do Código Tributário de Goiás (RCTE) conforme alteração pelo Decreto nº 10.187/2002.²⁶

A contribuição destinada ao FUNDEINFRA é cobrada mediante percentual de até 1,65% sobre o valor da operação com mercadorias discriminadas na legislação do imposto ou por unidade de medida adotada na comercialização da mercadoria.

Por exemplo, o referido anexo elenca o percentual de contribuição por mercadoria para o Fundo Estadual de Infraestrutura. Merece destaque o percentual destinado à soja: 1,65%; cana-de-açúcar: 1,2% e milho: 1,1%

Conforme o Decreto nº 10.258 de 08 de maio de 2023, foi determinado que a verba do tributo do setor produtivo seja integralmente destinada às obras definidas pelo Conselho Gestor do Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA).

Esta determinação se deu por conta do dispositivo da Desvinculação de Receitas Estaduais (DRE), prevista no art. 39 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Estadual de Goiás.

A regra estabelece uma separação de 30% de todas as receitas vinculadas a órgãos e entidades, fundos ou despesas. Contudo, esse mesmo dispositivo permite que, por meio de ato do Chefe do Executivo, os recursos desvinculados sejam utilizados livremente.

Com o novo decreto, o Estado de Goiás buscou demonstrar aos produtores rurais, destinatários da cobrança, que a arrecadação da taxa do agro seja integralmente destinada ao referido fundo e utilizada em obras definidas pelo Conselho Gestor.

No âmbito federal, também ocorre a desvinculação de receitas, criada em 1994, com a denominação de Fundo Social de Emergência (FSE), instituído para estabilizar a economia após o Plano Real.

No início dos anos 2000, a denominação foi alterada para Desvinculação de Receitas da União (DRU) e, em 2016, o instituto anteriormente restrito à União foi estendido aos Estados e Municípios, por meio da Emenda Constitucional Federal nº 93/2016.

A instituição da contribuição "facultativa" ou "voluntária" gerou grande insatisfação no setor do agronegócio, levando a manifestações na Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, onde agropecuaristas questionaram a legalidade da

²⁵ GOIÁS. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. *Lei nº 21.670 de 06/12/2022*. Dispõe sobre a criação do Fundo Estadual de Infraestrutura - FUNDEINFRA. Disponível em: <https://www.economia.go.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao-tributaria/134-institucional/legisla%C3%A7%C3%A3o/tributaria/8531-leis-de-dezembro-de-2022.html>. Acesso em: 22 abr. 2023.

²⁶ BRASIL. *Percentual de contribuição por mercadoria para fundo estadual de infraestrutura - FUNDEINFRA, instituído pela Lei nº 21.670, de 6 de dezembro de 2022*. Disponível em: https://appasp.economia.go.gov.br/legislacao/arquivos/Rcte/Anexos/ANEXO_16_PERCENTUAL_CONTRIBUICAO_FUNDEINFRA.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.

cobrança, sendo que foi amplamente divulgada a medida tomada pelo Governador do Estado Ronaldo Caiado.

Por exemplo, o Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM), que representa as maiores mineradoras que atuam no país, ao apresentar o balanço financeiro trimestral do setor realizado em 19 de abril de 2023, o diretor-presidente da entidade, Raul Jungmann, afirmou que a tributação sobre exportação é inconstitucional.

Demonstrando a insatisfação de todo o setor do agronegócio o Ibram trouxe que, no Brasil, há um consenso de não tributar as exportações, o que é de extrema relevância para a balança comercial e para o desenvolvimento industrial de todos os setores.

A lei aprovada em Goiás, e analisada no presente artigo, impacta sobremaneira todo o setor agropecuário, porque retira a competitividade econômica e posicionamento de mercado, além de diminuir investimentos e trazer insegurança jurídica, o que não é recomendável em um Estado Democrático de Direito.

Em outras palavras, a segurança jurídica tem o esboço de garantir que a sociedade, em específico o contribuinte, possa planejar suas ações e negócios com base nas regras tributárias existentes, sem o temor de mudanças arbitrárias ou imprevisíveis na legislação, como ocorreu no presente caso. Ou seja, em uma via reflexa, houve afronta à proteção dos direitos individuais e a manutenção da confiança no governo.

Nesse sentido, a segurança jurídica refere-se à previsibilidade e estabilidade das normas e decisões legais no ordenamento jurídico. Em relação ao poder de tributar, a segurança jurídica é fundamental para garantir que as normas e os procedimentos relacionados à tributação sejam claros, estáveis e previsíveis para os contribuintes e para o próprio Estado. É evidente que esse poder deve ser pautado dentro dos limites estabelecidos pela Constituição de 1988 e pelas leis tributárias em vigência no país, com vistas a garantir a segurança jurídica para os contribuintes.

Portanto, diante do tributo excessivo, caberá ao intérprete da norma, a difícil tarefa de delimitar o “efeito de confisco”, analisando o seu real conteúdo e aplicabilidade, e utilizar-se dos elementos normativos, constitucionalizados ou não, quais sejam, os princípios tributários que apresentam pertinência ao tema – isonomia tributária, capacidade contributiva, razoabilidade e proporcionalidade –, além de atenção ao direito de propriedade, considerado de matiz fundamental.

É da essência da própria norma constitucional que a carga tributária seja aceitável, motivo pelo qual o legislador dispõe o poder de tributar com as conhecidas limitações principiológicas a este poder, destacando-se, sobretudo, o dispositivo constitucional que veda o tributo com efeito de confisco. Conforme dispõe o art. 150 da Constituição Federal de 1988, além de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é proibido à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

Tal preceito é deveras restrito, abrindo-se para margem para interpretação e subjetivismos, pois tem-se limitado a afirmar que será confiscatório o tributo que extrapolar a capacidade contributiva sem, todavia, demonstrar critérios objetivos para a arrecadação.

Nesse sentido, há uma linha tênue entre a tributação excessiva (vedação ao confisco), em que deve ser analisado o nível ótimo de tributação, em que o tributo é possível e razoável²⁷, chegando-se ao extremo oposto, ponto da invasão patrimonial, a partir do qual será ela excessiva, indo além da capacidade contributiva do particular afetado, que, no presente caso, envolve todo o setor produtivo do agronegócio.

²⁷ SABBAG, E. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Para fins de dimensionamento, somente no setor minerário, segundo estimativa do IBRAM, a contribuição ao FUNDEINFRA geraria um impacto de R\$ 160 milhões ao ano na produção mineral de *ferroligas*, cobre e ouro²⁸.

O Governo do Estado de Goiás justificou a cobrança sob o argumento de que a contribuição é restrita a produtores que têm benefícios fiscais ou regimes fiscais especiais de tributação. Além disso, afirmou que a “taxa do agro” já existe em outros estados, como Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

O tema ganhou ainda mais destaque diante das recentes Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional da Indústria (CNI - Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.363) e Associação Brasileira dos Produtores de Soja (APROSOJA BRASIL – Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.366).

Ambas as ações foram distribuídas ao Ministro Dias Toffoli que deferiu liminar na primeira ADI para: *ad referendum*²⁹ do Plenário, para suspender a eficácia do art. 5º, I e parágrafo único, da Lei nº 21.670 de 2022.

Contudo, no dia 24 de março de 2023, o plenário do Supremo, por 7 votos a 3 revogou a liminar que suspendeu a contribuição sobre os produtos agropecuários, vencendo a maioria divergente e restando vencido o voto do relator³⁰.

Votaram com o relator os Ministros Luís Roberto Barroso e André Mendonça. Pela constitucionalidade da lei estadual, os ministros que formaram maioria: Édson Fachin, Rosa Weber, Carmen Lúcia, Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Nunes Marques e Gilmar Mendes.

O presente trabalho almeja demonstrar que tal “contribuição” onera demasiadamente a produção agropecuária, além de apresentar diversos vícios de constitucionalidade, que, com a devida vênia, evidenciam o equívoco do posicionamento da Corte Constitucional.

Isto porque, a criação do FUNDEINFRA fere os direitos fundamentais voltados à segurança alimentar.

Cabe salientar que o agronegócio tem sido a máquina propulsora do desenvolvimento do Brasil. Nesse sentido, há a necessidade de ampliação das fontes de suprimento da população no setor dos alimentos de base, e esta ampliação esbarra naturalmente nas questões fiscais³¹.

É notório que o produtor rural recebe inúmeros incentivos fiscais, e, mesmo assim, encontra diversas dificuldades da produção agrícola, seja em questões climáticas ou econômicas. Há, ainda, os percalços nas escriturações das movimentações de produção, animais ou valores, que devem ser levadas em consideração no planejamento fiscal do negócio.

A instituição do FUNDEINFRA, nos moldes em que foi criado, gera mais uma barreira à produção de alimentos no país.

A questão atinente à segurança alimentar é de tamanha relevância que em 2010 foi editado no Brasil o Decreto n. 7.272, que regulamenta a Lei no 11.346, de 15 de setembro de 2006, e cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – (PNSAN), estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, além de trazer outras providências.

²⁸ AGÊNCIA BRASIL. *Fundo criado por Goiás é criticado por mineradoras*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-04/fundo-criado-por-goias-e-criticado-por-mineradoras>. Acesso em 29 de agosto de 2023.

²⁹ Sujeito à aceitação posterior por parte do colegiado do Supremo; ato tomado isoladamente.

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portal de notícias do Tribunal. *STF restabelece tributação destinada ao Fundo Estadual de Infraestrutura do Estado de Goiás*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506229&ori=1>. Acesso em: 29 de junho de 2023.

³¹ HARET, F. *Tributação no agronegócio* / 2ª Edição – São Paulo: IDEA. 2015

Esta Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – PNSAN tem o objetivo geral de promover a segurança alimentar e nutricional, na forma do art. 3º da Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, bem como assegurar o direito humano à alimentação adequada em todo território nacional. Neste ponto, a criação do tributo em questão fere tais políticas de segurança alimentar instituídas no país.

O art. 187, I, da *Lex Major* determina que, respeitado o princípio da legalidade, a política agrícola será planejada e executada com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta especialmente os instrumentos creditícios e fiscais.

O segundo ponto que merece destaque é que a contribuição se trata de um tributo disfarçado por uma suposta voluntariedade ou faculdade que não ocorre na prática, além de desrespeitar os limites constitucionais ao aumentar os custos de produção que afetam produtores, trabalhadores rurais e toda a sociedade, tendo em vista que inevitavelmente os preços finais também são afetados.

Também desrespeita o princípio da isonomia/igualdade ao ter como foco produtos específicos do setor agropecuário (soja, milho, cana-de-açúcar, carne).

Há, ainda, descompasso ao princípio da isonomia a eleição dos produtos e o percentual da contribuição por delegação ao decreto, medida esta tomada sem qualquer parâmetro.

Ainda, a criação do fundo grava sobremaneira os produtos que se destinam à exportação (soja, milho, carne), em total dissonância com o que preconiza o texto constitucional no sentido de não gerar de qualquer forma, direta ou indireta, tais formas de arrecadações, além desrespeitar os limites estabelecidos no Convênio Confaz 42/2016.

Por fim, demonstra deturpação da atividade legislativa, tendo em vista que busca, de forma evasiva pelo termo “contribuição” e “facultatividade” escamotear o rígido Sistema Tributário Brasileiro, que traça várias formas de limitação ao poder de tributar, conforme já trazido anteriormente.

É evidente que se trata de questão controversa, para não dizer polêmica, no que tange à natureza jurídica de tributo da “contribuição” destinada ao FUNDEINFRA.

O Estado de Goiás, bem como a própria Advocacia Geral da União (AGU) em pareceres lavrados no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo, sustentam que a “taxa do agro” não seria um tributo, pois haveria uma facultatividade em sua arrecadação.

Nesse cenário de imprecisão jurídica deste tributo, considerando os argumentos sustentados pela CNI no sentido da natureza tributária da exação, e refutações trazidas pelo Estado de Goiás pela ausência de compulsoriedade, é tarefa complexa a definição exata da natureza jurídica da exação do FUNDEINFRA, prevista no art. 5º, I, da Lei nº 21.670/2021; razão pela qual é dispendiosa a tarefa de denominá-la qualquer que seja sua definição: “contribuição facultativa”, “contribuição voluntária”, “adicional de ICMS”, “taxa do agro”, “CIDE estadual” etc.

Como trazido, o legislador estadual justificou a instituição fundo com base no argumento de que os contribuintes poderiam deixar de optar pelo recolhimento da contribuição nas operações que incidem a contribuição.

Noutro giro, sabe-se que a compulsoriedade é um elemento que configura a natureza jurídico tributária, no sentido de que este ramo do direito é marcado pela compulsoriedade na tributação, pois dá margem à aplicação de sanções, em caso de inadimplemento obrigacional ou de infração tributária, como a multa, o regime especial de fiscalização, a interdição, o perdimento de bens, a apreensão de coisas etc.

Ainda assim, é pertinente o posicionamento doutrinário de que a compulsoriedade resulta de uma obrigação que obedece ao princípio da legalidade, sendo que a ocorrência do fato gerador ou hipótese de incidência não dependem da vontade das partes.

Realmente, este é um ponto de partida. Contudo, não esclarece questões complexas e pontuais, principalmente em relação à atividade estatal que

inevitavelmente pratica atitudes arbitrárias e excessivas ao exercer sua soberania no poder de tributar.

Nesse sentido, é necessário, inclusive, que se reflita sobre a nova noção de tributo, tendo em vista que o contexto atual impõe reflexões sobre sua natureza jurídica.

Segundo Fábio Calcini, a natureza jurídica do tributo deve ser extraída a partir de uma visão que não leve em consideração somente o aspecto legal, mas também da coercitividade na exigência do tributo, por meio do *ius imperium* que gera uma obrigação pecuniária com vínculo jurídico de direito público.³²

Ainda segundo o autor acima mencionado, há de se levar em consideração o fato de que, em vários momentos, a disfarçada voluntariedade, faculdade ou opção que estariam à disposição do contribuinte, na verdade não retiram dentro do contexto normativo a noção de compulsoriedade ou coercitividade.

Essa relação jurídica impõe ao cidadão um vínculo jurídico de direito público, em que a ocorrência do fato gerador continua a decorrer do princípio da legalidade, o que gera uma obrigação pecuniária que não faculta ao ele fraco da relação, única e exclusivamente pela autonomia da vontade, furtar-se à lei e aos seus efeitos de arrecadação.

Ocorre que há situações, inclusive na própria Constituição, que se tratam de regimes optativos e voluntários, e que mesmo assim não destoam da natureza jurídica tributária, como o dispositivo legal que trata do Simples Nacional no Texto Constitucional.

Em relação à contribuição destinada ao Fundo Estadual de Infraestrutura, realmente foi instituída através de lei. Contudo, possui a coercibilidade do Estado na sua arrecadação através de atos de autoridade e império, o que gera uma obrigação pecuniária com vínculo de direito público, denotando de forma clara e evidente o aspecto de coerção da atuação estatal.

Outra crítica presente é que essa contribuição consiste em típico tributo "mascarado" ou "disfarçado", pela sua semelhança com um adicional de imposto, notadamente o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Este disfarce ou ocultação da natureza jurídica de tributo decorre de várias circunstâncias no intuito de trazer subterfúgios ao Sistema Tributário Nacional.

A natureza tributária que se pretende ocultar ou disfarçar decorre de inúmeros aspectos ou razões.

O primeiro aspecto é o art. 5º da Lei nº 21.670/2022, que institui referida constituição. Assim dispõe "esta contribuição será exigida no 'âmbito' do ICMS"³³, ou seja, é notório o caráter de acessoriedade em relação ao imposto que já tributa a circulação de mercadorias e serviços, podendo até se falar no intolerável *bis in idem*, quando a cobrança duplicada é realizada pelo mesmo ente federativo, tendo em vista que a competência para instituição do ICMS é estadual.

O segundo aspecto é que todas as alterações da lei se deram através de atos tipicamente de natureza tributária que envolvem o ICMS, por exemplo em relação ao Código Tributário de Goiás.

Ainda em relação à similitude ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), as hipóteses de incidência da contribuição estão relacionadas ao "valor da operação com mercadorias" evidenciando a acessoriedade em relação ao

³² CALCINI, F. *Inconstitucionalidade da 'contribuição' do Fundeinfra pelo governo de Goiás*. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-14/direito-agronegocio-fundeinfra-inconstitucionalidade-contribuicao>. Acesso em: 03 maio 2023.

³³ GOIÁS. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. *Lei nº 21.670 de 06/12/2022*. Dispõe sobre a criação do Fundo Estadual de Infraestrutura - FUNDEINFRA. Disponível em: <https://www.economia.go.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao-tributaria/134-institucional/legisla%C3%A7%C3%A3o/tributaria/8531-leis-de-dezembro-de-2022.html>. Acesso em: 22 abr. 2023.

imposto que já arrecada valores provenientes de atividades dessa natureza (artigo 155, II, da Constituição Federal)³⁴.

As definições do fato jurídico tributário tanto da contribuição destinada ao FUNDEINFRA, como do ICMS, possuem a mesma roupagem, sendo que a “taxa do agro” tem destinação específica e o imposto, por outro lado, não possui. Aqui reside a problemática central da presente pesquisa.

A Lei Estadual nº 21.671/2022, ao criar referido tributo em similitude ao ICMS sobre exportações, viola direitos fundamentais dos contribuintes, em especial: (i) isonomia, inclusive na sua dimensão que impede a discriminação quanto à origem ou ao destino de bens e serviços; e livre concorrência.

Frise-se que as mercadorias produzidas em Goiás, objeto do Fundeinfra, terão seus preços majorados em razão da tributação sobre as exportações, colocando o contribuinte goiano em desvantagem em relação à concorrência, ou seja, produtores das mesmas mercadorias. Há, portanto, afronta a preceitos constitucionais, ao colocar o contribuinte goiano em desvantagem em relação a outros setores econômicos igualmente exportadores e que não sofrem a cobrança do Fundeinfra.

Sob esta ótica, não deve haver distinção entre exportadores de produtos agropecuários, primários ou não, e os que exportam outros bens, porque tal situação representa uma diferenciação em razão da função, o que não é permitido pela Constituição Federal.

A doutrina de Ricardo Lobo Torres afirma que qualquer ‘*discrimen*’ desarrazoado, que signifique excluir alguém da regra tributária geral ou de um privilégio não-odioso, constituirá ofensa aos direitos humanos, tendo em vista que desrespeitará a igualdade assegurada no art. 5º, da CF³⁵.

A afronta à isonomia na tributação pela contribuição goiana destinada apenas a produtos do agronegócio e da mineração ocorre na medida em que não há autorização constitucional no sentido de que tais mercadorias percam competitividade no mercado nacional e estrangeiro, por força da carga tributária.

O que ocorre é justamente o contrário.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 187, I, determina que o setor agrícola seja beneficiado por incentivos, ao dispor que a política agrícola nacional será planejada levando em conta instrumentos fiscais.

Ainda, a Constituição de 1988 apresenta a o agronegócio como atividade de interesse nacional, pois envolve questões de segurança alimentar, que naturalmente não pode ser reduzido pelo interesse local e de um único Estado.

Estes são objetivos da ordem econômica, que não podem nem devem significar mera recomendação, pois se trata de norma constitucional, de observância obrigatória.

A fim de melhor detalhar as insurgências das entidades representativas do agronegócio, passa-se à análise das duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal.

3.1 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7.363

No dia 17 de março de 2023, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) protocolou, no Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra a legislação do Estado de Goiás, sob o argumento de que a Lei nº 21.670 de 2022 pode ser encarada como criadora de novo tributo ou de uma parcela destacada do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

³⁵ TORRES, R. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Nesse sentido, mesmo que se entenda ser um novo tributo, ele está em desacordo com a competência constitucional atribuída aos Estados e a competência residual atribuída à União Federal, além de adotar o mesmo fato gerador e base de cálculo do referido imposto estadual (ICMS), o que não se admite no ordenamento jurídico brasileiro.

Trouxe que, caso se entenda a contribuição como parcela destacada do ICMS, há patentes inconstitucionalidades na sua instituição: (i) na parte que trata de substituição tributária, vez que viola o requisito de lei complementar; (ii) na tributação indevida das operações de exportação; e (iii) ao se destinar parcela de imposto a fundo, todas práticas vedadas nos termos da Constituição Federal.³⁶

Quando do ajuizamento da ação, alegou-se também que a lei em questão foi aprovada em dezembro de 2022 e desrespeita o princípio da noventena e da não surpresa, além de violar o direito adquirido dos contribuintes que gozam de benefícios fiscais concedidos sob condição onerosa.

Apontou afronta aos princípios da isonomia tributária, da não discriminação quanto à origem ou ao destino de bens e serviços, da livre concorrência, da neutralidade tributária, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por outro lado, o Estado de Goiás, na qualidade de interessado, pugnou pela improcedência da ação, ressaltando que as leis impugnadas criaram contribuição meramente facultativa, destinada a fundo de investimento em infraestrutura, e instituíram o FUNDEINFRA.

Alegou que “a técnica legislativa utilizada para a criação da contribuição consiste em simples ‘*pick and choose*’ de diferentes benefícios fiscais ou regimes especiais de fiscalização (no mister da arrecadação tributária) para condicioná-los à contribuição ao fundo destinado a investimento em infraestrutura”.

Ao analisar e conceder a liminar, o relator Ministro Dias Toffoli fundamentou no sentido da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o teor do art. 167, IV, da Constituição Federal, no sentido de que é inconstitucional a vinculação de receita de impostos, no que se inclui a receita de ICMS, a órgão, fundo ou despesa (exceto nos casos permitidos pelo próprio texto constitucional).

Trouxe diversos precedentes da Corte nos quais se verificou essa inconstitucionalidade, como, por exemplo, a ADI nº 1.689/PE, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJ de 2/5/03; ADI nº 2.529/PR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 6/9/07; e a ADI nº 422/ES, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 9/9/19.

Ou seja, fundamentou de forma acertada no sentido de que, no desenho institucional trazido para a separação de poderes, a Constituição Federal, no artigo 167, IV, veda a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa.

Assim, julgou de forma perfunctória que as disposições impugnadas pela Confederação Nacional da Indústria, naquilo em que se conectam com a matéria relativa à contribuição destinada ao FUNDEINFRA, violam o art. 167, IV, do texto constitucional, por resultarem justamente em vinculação indireta de receita advinda do ICMS a tal fundo.

Contudo, após o julgamento do referendo da medida cautelar, o relator foi voto vencido, sendo que, por maioria, o plenário do Supremo revogou a liminar a fim de reestabelecer a cobrança da contribuição destinada ao FUNDEINFRA.

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal (STF) restabeleceu a eficácia de normas do Estado de Goiás que estabelecem cobrança no âmbito do ICMS destinada ao Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA). Este posicionamento foi adotado em sessão virtual finalizada em 24 de abril de 2023 em que, por maioria de votos dos ministros, o colegiado do STF negou referendo à liminar deferida pelo ministro Dias Toffoli (relator).

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 7.363. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6596963>. Acesso em: 22 abr. 2023.

Na sessão virtual, o relator reafirmou os fundamentos apresentados na concessão da liminar, especialmente que dispositivos das leis estaduais 21.670/2022 e 21.671/2022 resultam em indevida vinculação, ainda que indireta, de receita de ICMS a órgão, fundo ou despesa, o que é vedado pelo artigo 167, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

Entendendo de forma contrário, prevaleceu o voto divergente do ministro Edson Fachin, que se posicionou pela negativa de referendo da liminar. O ministro Fachin trouxe entendimento anteriormente firmado pela Corte em situação semelhante (ADI 2056) no sentido da constitucionalidade de cobrança criada por outro estado - Mato Grosso do Sul.

Conforme o voto divergente, há vários outros fundos estaduais denominados "contribuições voluntárias" como condicionantes à fruição de incentivos e benefícios fiscais de ICMS que estão em vigência e aceitos pela jurisprudência.

O embasamento é de que, ao condicionarem a fruição de incentivos e benefícios fiscais ao recolhimento do FUNDEINFRA, as leis estaduais não implementam a afetação da receita de imposto nem alteram a relação jurídica tributária.

O ministro Fachin citou a manifestação do governo de Goiás, trazida aos autos da referida ADI 7363, que evidenciam a não afetação das receitas do ICMS recolhidas à conta única do tesouro estadual. Para a divergência, portanto, o artigo 167, inciso IV, da Constituição não pode servir de parâmetro de controle de constitucionalidade para cautelarmente suspender a eficácia dos dispositivos.

A seu ver, as leis estaduais em análise têm presunção de constitucionalidade e, em certa medida, estão amparadas por decisões do STF em situações análogas sobre esse mecanismo alternativo de arrecadação de receitas pelos estados da federação.

3.2 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 7.366

Logo após a ação ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, a Associação Brasileira dos Produtores de Soja (APROSOJA BRASIL) também propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

A Associação Brasileira dos Produtores de Soja (APROSOJA) apontou os dispositivos aparentemente inconstitucionais na legislação goiana, ressaltando que os artigos em questão instituíram verdadeiro tributo para custear o Fundo Estadual de Infraestrutura (FUNDEINFRA). Todavia, esse tributo não respeita as disposições constitucionais, o que o macula de forma irremediável.³⁷

Alegando basicamente as mesmas razões que a CNI, a APROSOJA asseverou que, como tributo, é necessário o encaixe da contribuição em alguma das 5 espécies tributárias admitidas pela Constituição.

Assim, a importância devida a título de recursos para o FUNDEINFRA busca se esquivar da sua definição tributária, porém veste a roupagem de ICMS ou adicional de ICMS, razão pela qual sua inconstitucionalidade é patente.

Como trazido anteriormente, a contribuição incide sobre o mesmo fato gerador do ICMS e sobre a mesma base de cálculo, sendo razão para a concessão de regime especial.

Também nas operações que se destinam à exportação, na hipótese de não se contribuir, o respeito à não cumulatividade é garantido apenas após a comprovação da exportação e ao último elo da cadeia. Ocorre que a realidade fática e jurídica demonstra a inviabilidade desse cenário.

Ao final, a APROSOJA pugnou pela suspensão, em caráter liminar, dos dispositivos legais ante a probabilidade do direito e o risco na demora para a prolação da decisão. A decisão liminar ainda não foi proferida.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 7.366. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6601013>. Acesso em: 22 abr. 2023.

O *periculum in mora* relatado tanto pela CNI, quanto pela APROSOJA, leva em consideração a grande onerosidade ao contribuinte, tendo em vista que o FUNDEINFRA já arrecadou R\$ 405 milhões, até a liminar na ADI nº 7.363 proferida em 03 de abril 2023, valores esses informados pela Secretaria Estadual de Economia ao Jornal O Popular em 24 de abril 2023.³⁸

A arrecadação continuará sendo exorbitante, tendo em vista que, após a apreciação pelo Plenário do Supremo, a cobrança voltará a ser exercida em todo o Estado de Goiás.

4. Considerações finais

Ao analisar os aspectos da criação do Fundo de Desenvolvimento da Infraestrutura instituída pelo Estado de Goiás através da Lei nº 21.670 de 06 de dezembro 2022, nota-se questões pontuais sobre a constitucionalidade da contribuição.

Diretamente ligada ao agronegócio, o tributo cria mais uma onerosidade ao setor, que enfrenta diversas outras dificuldades para a produção de alimentos (soja, milho, carne), que envolvem intempéries climáticas inerentes à agrariedade, a legislação ambiental, que visa a tão almejada produção sustentável, mas em contrapartida gera entraves na produção e comercialização da atividade agropecuária.

Isto porque, sob uma perspectiva econômica, a redução dos custos da produção agropecuária torna-se um ponto fundamental para a manutenção da competitividade do produtor no mercado. Nesta perspectiva, o aspecto tributário não apenas influencia a economia da produção, mas também atua como um fator preponderante na competitividade do produtor, incentivando o setor agrícola e viabilizando o abastecimento não apenas da população brasileira, mas também de todo o mundo.

Não é por acaso que o Brasil é reconhecido como um grande produtor de alimentos, devido à dimensão de terras cultiváveis e condições climáticas favoráveis para o fornecimento de uma parcela significativa das necessidades alimentares globais, contudo deve haver clareza na criação a arrecadação de impostos, o que, de certa forma, não houve na instituição do FUNDEINFRA.

Mas, ainda assim o agronegócio continua sendo protagonista na economia nacional, sendo que sua participação continua representando cerca de 1/3 do total do Produto Interno Bruto.

O trabalho demonstrou que a contribuição impacta significativamente a produção agropecuária, envolvendo inclusive questões de segurança alimentar. Apresentou vícios de inconstitucionalidade na lei estadual, e que a contribuição se trata de um tributo mascarado por uma suposta voluntariedade.

Atualmente, a liminar deferida na ADI n. 7.363 encontra-se revogada pelo plenário do Supremo, e a manutenção ou não da "taxa do agro" ainda é incerta tendo em vista que ainda não há um posicionamento definitivo pelo STF.

O presente estudo demonstrou a importância e relevância do tema, principalmente levando em consideração que a criação da lei pelo Estado de Goiás e o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, ao revogar a liminar deferida pelo Ministro Dias Toffoli e restabelecer a cobrança do FUNDEINFRA, pode gerar precedentes para que seja criada o mesmo tributo em todos os estados do país, o que possivelmente desencadeará uma nova roupagem ao Direito Tributário Brasileiro.

³⁸ O POPULAR. Jornal de notícias goiano. *Governo de Goiás arrecada mais R\$ 187 milhões com 'taxa do agro'*. 24/04/2023. Disponível em: <https://opopular.com.br/opiniaoblog-fabiana-pulcineli/governo-de-goias-arrecada-mais-r-187-milh-es-com-taxa-do-agro-1.3021844>. Acesso em: 15 maio 2023.

Referências

- AGÊNCIA BRASIL. *Fundo criado por Goiás é criticado por mineradoras*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-04/fundo-criado-por-goias-e-criticado-por-mineradoras>. Acesso em 29 de agosto de 2023.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.
- BRASIL. *Percentual de contribuição por mercadoria para fundo estadual de infraestrutura - FUNDEINFRA, instituído pela Lei nº 21.670, de 6 de dezembro de 2022*. Disponível em: https://appasp.economia.go.gov.br/legislacao/arquivos/Rcte/Anexos/ANEXO_16_PERCENTUAL_CONTRIBUICAO_FUNDEINFRA.htm. Acesso em: 22 fev. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 7.363*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6596963>. Acesso em: 22 abr. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 7.366*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6601013>. Acesso em: 22 abr. 2023.
- BOBBIO, N. O significado clássico e moderno de política, *Curso de introdução à ciência política*, v. 7, 1982.
- BRITO MACHADO, H. *Curso de Direito Tributário*. 29. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CALCINI, F. *Inconstitucionalidade da 'contribuição' do Fundeinfra pelo governo de Goiás*. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-14/direito-agronegocio-fundeinfra-inconstitucionalidade-contribuicao>. Acesso em: 03 maio 2023.
- CARRAZZA, A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CEPEA (Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada); ABIOVE (Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais). PIB da cadeia da soja e do biodiesel pode crescer 20% em 2023; e empregos e exportações também avançam. Disponível em: <https://www.cepea.org.br/br/releases/cepea-abiove-pib-da-cadeia-da-soja-e-do-biodiesel-pode-crescer-20-em-2023-e-empregos-e-exportacoes-tambem-avancam.aspx>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- CEPEA (Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada); CNA (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil). *PIB do agronegócio brasileiro*. Disponível em: <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em: 25 abr. 2023.
- GOIÁS. Assembleia Legislativa do Estado de Goiás. *Lei nº 21670 de 06/12/2022*. Dispõe sobre a criação do Fundo Estadual de Infraestrutura - FUNDEINFRA. Disponível em: <https://www.economia.go.gov.br/acesso-a-informacao/legislacao-tributaria/134-institucional/legisla%C3%A7%C3%A3o/tributaria/8531-leis-de-dezembro-de-2022.html>. Acesso em: 22 abr. 2023.
- GOVERNO DE GOIÁS. Portal de notícias. *Anunciadas 32 obras com R\$ 2 bilhões do Fundeinfra*. Disponível em: [https://www.goias.gov.br/servico/36-rodovias/128851-32-obras-rodovi%C3%A1rias-ser%C3%A3o-feitas-com-r\\$-2-bilh%C3%B5es-do-fundeinfra.html](https://www.goias.gov.br/servico/36-rodovias/128851-32-obras-rodovi%C3%A1rias-ser%C3%A3o-feitas-com-r$-2-bilh%C3%B5es-do-fundeinfra.html). Disponível em 29 de agosto de 2023.
- HARET, F. *Tributação no agronegócio* / 2ª Edição – São Paulo: IDEA. 2015
- MARTINS, Ruth de Souza Martins. *Trabalho de Conclusão do I Semestre do Curso de Especialização em Direito Agrário*. Universidade Federal de Goiás, 1977.

O POPULAR. Jornal de notícias goiano. *Governo de Goiás arrecada mais R\$ 187 milhões com 'taxa do agro'*. 24/04/2023. Disponível em: <https://opopular.com.br/opinioao/blog-fabiana-pulcineli/governo-de-goias-arrecada-mais-r-187-milh-es-com-taxa-do-agro-1.3021844>. Acesso em: 15 maio 2023.

SABBAG, E. *Manual de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TORRES, R. *Curso de Direito Financeiro Tributário*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TORRES, R. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, vol. III*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Portal de notícias do Tribunal. *STF restabelece tributação destinada ao Fundo Estadual de Infraestrutura do Estado de Goiás*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=506229&ori=1>. Acesso em: 29 de junho de 2023.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinário (2024), pp. 165-184
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Desafios da Regulação do Hidrogênio Verde no Brasil e na Índia: Uma Transição Energética Sustentável no BRICS?

Challenges of Green Hydrogen Regulation in Brazil and India: A BRICS Sustainable Energy Transition?

Claudia R. Pereira Nunes¹

Universidad Federal do Amazonas e Universidad Complutense de Madrid

Rafael Ribeiro Gonçalves²

Universidade de Lisboa e Universidade Católica Portuguesa

Sumario: 1. Introdução. 2. Aspectos Técnicos relevantes na produção de Hidrogênio. 3. BRICS: Brasil e Índia no âmbito energético. 4. Impactos Regulatórios do Hidrogênio Verde na Estratégia de Transição Energética do Brasil. 5. Impactos Regulatórios do Hidrogênio Verde na Missão da Transição Energética da Índia. 6. Conclusões. 7. Bibliografia.

Resumo: Este artigo ressalta os obstáculos enfrentados na regulamentação do hidrogênio verde em dois membros proeminentes do BRICS: Brasil e Índia. A pesquisa adota uma abordagem dedutiva, empregando revisão literária multidisciplinar e dados secundários. São utilizados documentos normativos dos países em questão, bem como da União Europeia, que é a precursora na regulação desse segmento de mercado. O objetivo é o de apontar em que estado da arte, ou

¹ Prof. Nunes é PhD em Direito pela Universidade Gama Filho e Pós-doutora em Novas Tecnologias e Direito, junto a ao Centro de Investigação Mediterranea International Centre for Human Rights Research, Reggio Calabria, Itália. Atualmente, Investigadora na Universidad Complutense de Madrid, Espanha e Professora Colaboradora do Programa de Pós Graduação em Direito da UFAM. Na Eslovênia, recebeu em 2023 o Emerging Scholar Award on Sustainability. Em 2018, recebeu a Medalha Sergio Vieira de Mello, como Embaixador da Cultura, Paz e Justiça no Mundo, pelo CIHM, Brasília. E-mail: claudrib@ucm.es

² Estudante do Mestrado em Ciências da Comunicação na Universidade Católica Portuguesa (UCP). Graduado em Relações Internacionais pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa. Durante o curso obteve bolsa ERAMUS+ e concluiu a Graduação no Institut Libre d'Étude des Relationships Internationales et des Sciences Politiques (ILERI) em 2022-2023, Paris, França. Foi distinguido com uma Moção de Louvor e Reconhecimento pela promoção da fraternidade Luso-Brasileira - Moção n. 6753/2018). Email: s-rrpgoncalves@ucp.pt

seja, o desenvolvimento em que se encontram as políticas públicas de hidrogênio verde e analisar os impactos regulatórios na estratégia de transição energética do Brasil e da Índia. O artigo é estruturado em três seções, permitindo uma comparação de suas similaridades e antagonismos. Conclui-se que, na qualidade de países em desenvolvimento e pertencentes ao mesmo Bloco Econômico – BRICS –, devem, cada qual, construir uma economia interna baseada no hidrogênio verde nos termos do contexto socioeconômico que possuem, mas intercambiar os seus resultados visando a finalidade de atingir as suas metas climáticas.

Palavras chaves: Hidrogênio Verde; Políticas públicas; Transição energética; Regulação Administrativa; BRICS.

Abstract: This paper highlights the obstacles faced in regulating green hydrogen in two prominent BRICS members: Brazil and India. The research adopts a deductive approach, employing multidisciplinary literary review and secondary data. Normative documents from the countries in question are used, as well as from the European Union, which is the forerunner in regulating this market segment. The objective is to point out state-of-the-art developments in public policies on green hydrogen and analyze the regulatory impacts on the energy transition strategy of Brazil and India. The article is structured into three sections, allowing a comparison of their similarities and antagonisms. It is concluded that developing countries belonging to the same economic block - BRICS - must each build an internal economy based on green hydrogen regarding their socioeconomic context and exchange their results to achieve their climate goals.

Keywords: Green Hydrogen; Public policy; Energy transition; Regulation; BRICS.

1. Introdução

O setor de energia assume uma posição crucial na transição energética, em resposta à demanda da COP 28. Brasil e Índia, sujeitos deste estudo, estão empenhados em modernizar seus sistemas energéticos, adotando digitalização e eletrificação para promover uma matriz energética mais limpa. No entanto, enfrentam novos desafios pós-covid-19, incluindo o desenvolvimento de programas nacionais de hidrogênio verde, em um contexto socioeconômico alterado, onde os consumidores e produtores buscam descentralizar os recursos energéticos e investir em energias renováveis de forma sustentável e acessível.

Nesse cenário, o hidrogênio verde emerge como um potencial substituto dos combustíveis fósseis. Assim, justifica-se esta pesquisa, que visa contribuir para o debate e reflexão sobre esse tema. A questão central da pesquisa indaga se os governos do Brasil e da Índia estão estabelecendo um ambiente regulatório eficaz para promover investimento aos programas de hidrogênio verde. O objetivo é o de apontar em que estado de desenvolvimento se encontram as políticas públicas do hidrogênio verde e analisar os impactos regulatórios do hidrogênio verde na estratégia de transição energética do Brasil e da Índia, avaliando, no âmbito energético dos BRICS, se estas são adequadas para promover a transição do combustível fóssil para a energia renovável.

A metodologia adotada é exploratória, com uma abordagem dedutiva para responder à questão de pesquisa, utilizando dados bibliográficos, históricos, documentais e comparativos, além de políticas públicas, programas e atos administrativos dos dois países. O enfoque é analisar a regulamentação deste segmento de mercado do hidrogênio verde dos dois países, em conformidade com o objetivo proposto.

As limitações deste estudo incluem o conhecimento limitado em engenharia dos autores, que se restringe aos aspectos relevantes da produção do hidrogênio visando analisar a regulação. Ressalta-se também que, o trabalho de pesquisa cinge-se ao

foco exclusivo nos obstáculos regulatórios dos dois países do BRICS - Brasil e Índia - sem mencionar o desenvolvimento do mercado de hidrogênio dos demais membros do grupo.

Ao final, pretende-se tecer considerações sobre o atual estágio de desenvolvimento da regulação e, se possível, oferecer algumas recomendações para a implementação das políticas públicas de hidrogênio verde, dentro do contexto da transição energética e no âmbito energético dos BRICS, para ambos os países.

2. Produção de Hidrogênio: Aspectos Técnicos

O hidrogênio representa uma matéria-prima diretamente utilizada como fonte de energia de baixo ou zero teor de carbono (dependendo do método de produção, seja ele verde ou azul), especialmente em setores onde a eletrificação é desafiadora. Além disso, pode funcionar como um meio de armazenamento de energia, facilitando a integração mais eficaz de fontes renováveis, como energia eólica e solar, entre outras. Dessa forma, o hidrogênio é reconhecido como um recurso com capacidade para integrar os mercados de combustíveis, eletricidade, e setores industriais, proporcionando uma maior eficiência no resultado de sua produção.³

O hidrogênio pode ser derivado de várias fontes, desde recursos naturais, como o hidrogênio geológico, até processos físico-químicos ou bioquímicos. O hidrogênio verde é aquele obtido a partir de fontes renováveis variáveis, principalmente solar, eólica, hidráulica, geotérmica e das marés, por meio da eletrólise da água. Embora a tecnologia de produção ainda não esteja totalmente desenvolvida, várias iniciativas foram lançadas para tornar a produção de hidrogênio verde viável. Essas iniciativas visam alcançar dois objetivos principais:

A) Impulsionar a economia no setor de produção de combustíveis; e

B) Acelerar a transição energética em áreas de mercado difíceis de descarbonizar, como transporte pesado, aviação, transporte marítimo, siderurgia, produção de fertilizantes, entre outros.

Além disso, o relatório do *Hydrogen Council*⁴ identifica a necessidade da redução de custos e o desenvolvimento da eficiência energética para a produção do hidrogênio proveniente de fontes renováveis.

³ "The European Union, particularly Germany, launched proactive strategies for developing markets for Green Hydrogen to accelerate the cost reductions of this technological route. Until 2021, the technology of "green hydrogen" presented great opportunities in the future in a scenario of accelerated reduction of investment costs in electrolysis and electricity generation with variable renewable sources (wind and solar, in particular). Economies' deep decarbonization commitments contribute to this scenario." (A União Europeia, particularmente a Alemanha, lançou estratégias proativas para o desenvolvimento de mercados para o Hidrogênio Verde, a fim de acelerar as reduções de custos desta rota tecnológica. Até 2021, a tecnologia do "hidrogênio verde" apresentava grandes oportunidades no futuro num cenário de redução acelerada dos custos de investimento em eletrólise e geração de eletricidade com fontes renováveis variáveis (eólica e solar, em particular). Os profundos compromissos de descarbonização das economias contribuem para este cenário - Tradução Livre). EUR-LEX (2020). *A hydrogen strategy for a climate-neutral Europe – COM (2020) 301 final*. Publication on Brussels, 8.7.2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0301&from=EN>. Acessado em 18 jan 2024.

⁴ Para que fosse conhecida os investimentos realizados para a produção de hidrogênio verde, criou-se o "Hydrogen Council is the global voice of clean hydrogen action. According to an analysis of 1,040 projects published by the Hydrogen Council, the global hydrogen economy is robust and growing from the project pipeline to deployment, highlighting strong growth across the project funnel, with total investments increasing by 35% from May 2022 to January 2023. 9% of total assets have reached the final investment decision, up 30% since May 2022. The report tracks projects globally that represent \$320 billion in direct investment between now and 2030, up from \$240 billion. Approximately half of the new project focuses on large-scale industrial applications, with the next largest segment (20%) related to mobility." (O Hydrogen Council é a voz global da ação do hidrogênio limpo. De acordo com uma análise de

O hidrogênio verde é uma fonte versátil de energia que pode ser utilizada de diversas formas, seja como matéria-prima, combustível ou transportador e armazenador de energia. Suas aplicações são vastas e abrangem diversos setores de mercado, como indústria, transporte, energia e construção, e ainda há muito a ser descoberto e explorado nesse sentido. Esse segmento de mercado está experimentando um crescimento rápido em escala global, refletindo o interesse crescente na busca por soluções energéticas mais limpas e sustentáveis.

O aspecto mais significativo do hidrogênio verde é sua característica de baixa emissão de carbono. Ao contrário de combustíveis fósseis, sua produção e uso praticamente não emitem dióxido de carbono (CO₂) no ar. Isso significa que contribui minimamente para o aumento do aquecimento global e para a poluição atmosférica, tornando-se uma alternativa atrativa para reduzir os impactos ambientais negativos associados à produção e consumo de energia.

3. Aspectos Técnicos relevantes na produção de Hidrogênio

O hidrogênio representa uma matéria-prima diretamente utilizada como fonte de energia de baixo ou zero teor de carbono (dependendo do método de produção, seja ele verde ou azul), especialmente em setores onde a eletrificação é desafiadora. Além disso, pode funcionar como um meio de armazenamento de energia, facilitando a integração mais eficaz de fontes renováveis, como energia eólica e solar, entre outras. Dessa forma, o hidrogênio é reconhecido como um recurso com capacidade para integrar os mercados de combustíveis, eletricidade, e setores industriais, proporcionando uma maior eficiência no resultado de sua produção.⁵

O hidrogênio pode ser derivado de várias fontes, desde recursos naturais, como o hidrogênio geológico, até processos físico-químicos ou bioquímicos. O hidrogênio verde é aquele obtido a partir de fontes renováveis variáveis, principalmente solar, eólica, hidráulica, geotérmica e das marés, por meio da eletrólise da água. Embora a tecnologia de produção ainda não esteja totalmente desenvolvida, várias iniciativas foram lançadas para tornar a produção de hidrogênio verde viável. Essas iniciativas visam alcançar dois objetivos principais:

C) Impulsionar a economia no setor de produção de combustíveis; e

1.040 projetos publicada pelo Hydrogen Council, a economia global do hidrogênio é robusta e cresce desde o pipeline do projeto até à implementação, destacando o forte crescimento em todo o funil do projeto, com os investimentos totais aumentando 35% de maio de 2022 a janeiro de 2023. 9% do total de activos chegaram à decisão final de investimento, um aumento de 30% desde maio de 2022. O relatório acompanha os projectos que representam globalmente 320 mil milhões de dólares em investimento directo entre agora e 2030, acima dos 240 mil milhões de dólares. Aproximadamente metade do novo projeto concentra-se em aplicações industriais de grande escala, com o segundo maior segmento (20%) relacionado à mobilidade - Tradução Livre). HYDROGEN COUNCIL (2023). *Hydrogen Insights*. Published May 11, 2023. Disponível em <https://hydrogencouncil.com/wp-content/uploads/2023/05/Hydrogen-Insights-2023.pdf>. Acessado em 30 jan, 2024.

⁵ "The European Union, particularly Germany, launched proactive strategies for developing markets for Green Hydrogen to accelerate the cost reductions of this technological route. Until 2021, the technology of "green hydrogen" presented great opportunities in the future in a scenario of accelerated reduction of investment costs in electrolysis and electricity generation with variable renewable sources (wind and solar, in particular). Economies' deep decarbonization commitments contribute to this scenario." (A União Europeia, particularmente a Alemanha, lançou estratégias proactivas para o desenvolvimento de mercados para o Hidrogénio Verde, a fim de acelerar as reduções de custos desta rota tecnológica. Até 2021, a tecnologia do "hidrogénio verde" apresentava grandes oportunidades no futuro num cenário de redução acelerada dos custos de investimento em eletrólise e geração de eletricidade com fontes renováveis variáveis (eólica e solar, em particular). Os profundos compromissos de descarbonização das economias contribuem para este cenário - Tradução Livre). EUR-LEX (2020). *A hydrogen strategy for a climate-neutral Europe – COM (2020) 301 final*. Publication on Brussels, 8.7.2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0301&from=EN>. Acessado em 18 jan 2024.

D) Acelerar a transição energética em áreas de mercado difíceis de descarbonizar, como transporte pesado, aviação, transporte marítimo, siderurgia, produção de fertilizantes, entre outros.

Além disso, o relatório do *Hydrogen Council*⁶ identifica a necessidade da redução de custos e o desenvolvimento da eficiência energética para a produção do hidrogénio proveniente de fontes renováveis.

O hidrogénio verde é uma fonte versátil de energia que pode ser utilizada de diversas formas, seja como matéria-prima, combustível ou transportador e armazenador de energia. Suas aplicações são vastas e abrangem diversos setores de mercado, como indústria, transporte, energia e construção, e ainda há muito a ser descoberto e explorado nesse sentido. Esse segmento de mercado está experimentando um crescimento rápido em escala global, refletindo o interesse crescente na busca por soluções energéticas mais limpas e sustentáveis.

O aspecto mais significativo do hidrogénio verde é sua característica de baixa emissão de carbono. Ao contrário de combustíveis fósseis, sua produção e uso praticamente não emitem dióxido de carbono (CO₂) no ar. Isso significa que contribui minimamente para o aumento do aquecimento global e para a poluição atmosférica, tornando-se uma alternativa atrativa para reduzir os impactos ambientais negativos associados à produção e consumo de energia.

4. BRICS: Brasil e Índia no âmbito energético

O BRICS é um bloco de países composto, basicamente, por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, com imenso potencial agrícola, tecnológico, cultural e turístico que ainda está pouco explorado.⁷ O bloco até a presente data não conseguiu estabelecer um caminho comum a curto, médio e longo prazo entre os seus membros para melhorar os seus números econômicos e seus índices de desenvolvimento.

⁶ Para que fosse conhecida os investimentos realizados para a produção de hidrogénio verde, criou-se o "Hydrogen Council is the global voice of clean hydrogen action. According to an analysis of 1,040 projects published by the Hydrogen Council, the global hydrogen economy is robust and growing from the project pipeline to deployment, highlighting strong growth across the project funnel, with total investments increasing by 35% from May 2022 to January 2023. 9% of total assets have reached the final investment decision, up 30% since May 2022. The report tracks projects globally that represent \$320 billion in direct investment between now and 2030, up from \$240 billion. Approximately half of the new project focuses on large-scale industrial applications, with the next largest segment (20%) related to mobility." (O Hydrogen Council é a voz global da ação do hidrogénio limpo. De acordo com uma análise de 1.040 projetos publicada pelo Hydrogen Council, a economia global do hidrogénio é robusta e cresce desde o pipeline do projeto até à implementação, destacando o forte crescimento em todo o funil do projeto, com os investimentos totais aumentando 35% de maio de 2022 a janeiro de 2023. 9% do total de activos chegaram à decisão final de investimento, um aumento de 30% desde maio de 2022. O relatório acompanha os projectos que representam globalmente 320 mil milhões de dólares em investimento directo entre agora e 2030, acima dos 240 mil milhões de dólares. Aproximadamente metade do novo projeto concentra-se em aplicações industriais de grande escala, com o segundo maior segmento (20%) relacionado à mobilidade - Tradução Livre). HYDROGEN COUNCIL (2023). *Hydrogen Insights*. Published May 11, 2023. Disponível em <https://hydrogencouncil.com/wp-content/uploads/2023/05/Hydrogen-Insights-2023.pdf>. Acessado em 30 jan, 2024.

⁷ O BRICS, no seu início, era um grupo de mercados emergentes com grande potencial para receber investimentos sem qualquer objectivo comum, até que a crise financeira global de 2007 lhes deu a oportunidade de se sentarem juntos e tomarem posições em torno do sistema financeiro global, como a criação do Banco de Desenvolvimento do BRICS. (...) Com a ausência da institucionalização do bloco, a aproximação comercial entre os países integrantes se dá principalmente através da formalização de acordos bilaterais, facilitados pelas frequentes reuniões e contatos entre as burocracias. NUNES, Cláudia Ribeiro Pereira (2014). *Fundo de investimento com capital estrangeiro ou com investidor não residente no Brasil do século XXI: natureza, características e funcionalidade*. Rio de Janeiro: Mídia Jurídica.

Em agosto de 2023, o BRICS convidou seis outros países para se juntarem ao agrupamento dos BRICS no próximo ano, a fim de criar um contrapeso geopolítico ao G7 e potencialmente um quadro para reduzir a dependência dos sistemas financeiros ocidentais.⁸ A expansão do BRICS pode ter importantes implicações para investimentos e comércio de energia, uma vez que reúne grandes detentores de recursos minerais e grandes produtores de petróleo, bem como alguns dos consumidores de energia de crescimento mais rápido.⁹

No âmbito energético, Brasil e Índia possuem uma relação significativa dentro do BRICS. Embora os detalhes específicos da cooperação energética entre Brasil e Índia possam variar ao longo do tempo, há alguns aspectos que podem ser destacados¹⁰:

A) *Cooperação em Energias Renováveis*: Tanto o Brasil quanto a Índia têm um grande potencial para o desenvolvimento de energias renováveis, como solar, eólica, biomassa e hidrelétrica. Ambos os países têm buscado promover a cooperação bilateral e multilateral para compartilhar experiências, tecnologias e melhores práticas no campo das energias renováveis.

B) *Participação em Fóruns Internacionais*: Brasil e Índia frequentemente se unem em fóruns e organizações internacionais para promover políticas e iniciativas relacionadas à energia, especialmente aquelas relacionadas à sustentabilidade e ao desenvolvimento energético. Isso inclui participação em conferências da ONU sobre mudança climática e outros fóruns globais relacionados à energia.

C) *Comércio de Energia*: Embora o comércio direto de energia entre Brasil e Índia possa não ser tão significativo, ambos os países participam ativamente do comércio internacional de produtos energéticos, como biocombustíveis, etanol, gás natural liquefeito (GNL) e tecnologias relacionadas à energia.

D) *Investimentos em Infraestrutura*: Brasil e Índia estão constantemente buscando investir em infraestrutura energética para atender às crescentes demandas de energia de suas economias em rápido crescimento. Isso inclui investimentos em redes de transmissão, geração de energia renovável, eficiência energética e tecnologias limpas.

No geral, a relação entre Brasil e Índia no âmbito de energia no BRICS é caracterizada por uma busca comum por soluções energéticas sustentáveis, cooperação em fóruns internacionais e potencial para parcerias comerciais e

⁸ BRICS was first formed with four countries in 2009, and one year later, South Africa joined the multilateral forum at the invitation of China. At the start of this week, Chinese President Xi Jinping advocated expanding the grouping to become a geopolitical rival to the G7. Twenty-three countries submitted applications to join the bloc. BRICS leaders selected six: Argentina, Egypt, Ethiopia, Iran, Saudi Arabia, and the United Arab Emirates (UAE). This is a significant change for a bloc that added its only members 13 years ago. The BRICS grouping started as an acronym for countries with widely varying economic output and trade and investment partners, and the expanded group would be even more heterogeneous. (O BRICS foi formado pela primeira vez com quatro países em 2009, e um ano depois, a África do Sul ingressou no fórum multilateral por convite da China. No início desta semana, o presidente chinês Xi Jinping defendeu a expansão do grupo para se tornar um rival geopolítico do G7. Vinte e três países apresentaram candidaturas para se juntar ao bloco. Os líderes do BRICS selecionaram seis: Argentina, Egito, Etiópia, Irã, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos (EAU). Esta é uma mudança significativa para um bloco que adicionou seus únicos membros há 13 anos. O agrupamento do BRICS começou como um acrônimo para países com produção econômica e parceiros comerciais e de investimento amplamente variados, e o grupo expandido seria ainda mais heterogêneo – Tradução livre). BASKARAN, G. (2023). "Six New BRICS: Implications for Energy Trade." *The Center for Strategic and International Studies (CSIS)*. Disponível em <https://www.csis.org/analysis/six-new-brics-implications-energy-trade>. Acessado em 25 mar 2024.

⁹ Baskaran, "Six New BRICS (...)", *Op. cit.* 2024.

¹⁰ Ao analisar os parâmetros econômicos, ambientais e institucionais dos BRICS, ainda na formação antiga, contando com 5 países, os autores limitam-se a investigar o âmbito energético e as energias renováveis no Brasil, Rússia, China e África do Sul (BRICS) entre 1988 e 2017. MEHMOOD, U. et al. 2022. "Socio-Economic Drivers of Renewable Energy: Empirical Evidence from BRICS" *International Journal of Environmental Research and Public Health* 19, no. 8: 4614. <https://doi.org/10.3390/ijerph19084614>

investimentos em energia. A produção de hidrogênio em ambos os países neste momento pode tornar-se um elemento de união dos dois países, se houver interesse em intercambiar os avanços tecnológicos e desenvolver um mercado sul-sul, estreitando, ainda mais as relações internacionais de ambos os países, particularmente por serem os dois países membros do BRICS.

Na Índia, os desafios regionais têm uma importância muito maior do que as questões internacionais, o que dificulta sua visão sobre o BRICS como algo relevante. A maior preocupação do país está relacionada ao equilíbrio de poder com a China dentro do bloco, uma relação que atualmente é delicada. Isso se deve à crescente rivalidade entre os dois países pela liderança regional, especialmente no contexto do Oceano Índico.¹¹

E que o Brasil, por sua vez, apresenta um quadro de desindustrialização em todas as suas regiões e também tem dificuldades para um crescimento equilibrado. Há diferenças abissais entre as regiões, dada as geolocalizações e seus nove biomas e estágios de desenvolvimento.¹²

Outra nota, há um contrasenso nos dois países, porque buscando o crescimento econômico diminuem o consumo de energias renováveis que são mais caras. Constata-se uma preferência por combustíveis fósseis para garantir o crescimento econômico de ambos.¹³

Afinal, apesar de um expressivo aumento do volume de negócio entre Brasil e Índia nos últimos anos, as relações tecnológicas com a Índia permanecem com um mesmo nível. No tocante ao intercâmbio ou parceria em projetos tecnológicos – como o de hidrogênio verde –, a Índia apresenta-se mais como um concorrente do que um parceiro. Ademais, a Índia não é um país cujas regiões sejam industrializadas

¹¹ Essa rivalidade pode impactar a coesão e a eficácia do bloco, colocando a Índia em uma posição delicada em relação ao seu envolvimento no BRICS. Assim, enquanto o país reconhece a importância do grupo, seus focos e prioridades muitas vezes estão voltados para questões regionais mais imediatas. PELFINE, Alejandro; FULQUET, Gastón (Coord.) (2015). Los BRICS en la construcción de la multipolaridad ¿Reforma o adaptación? Serie SUR-SUR. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Nueva Delhi: Ideas; Ciudad del Cabo: Codesria; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Flacso. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20151110035930/Interior.pdf>. Acessado em 22 mar 2024. Para outras informações vide: ARMESILLA CONDE, Santiago (2016). "ATCI vs. BRICS: consecuencias sobre la geopolítica y las relaciones internacionales del siglo XXI". Política y Sociedad, Vol. 53, Núm. 2: 621-637. DOI: http://dx.doi.org/10.5209/rev_POSO.2016.v53.n2.46758. Este estudo oferece uma análise detalhada das consequências dessas rivalidades para a estabilidade regional e para a evolução do sistema internacional no século XXI, fornecendo insights sobre o tema.

¹² No contexto brasileiro, um dos principais obstáculos enfrentados no âmbito energético é a infraestrutura deficiente, que abrange desde a precariedade das estradas em transporte público até a falta de investimento para a distribuição da energia. Além disso, a burocracia excessiva é um entrave significativo, tornando os processos de licenciamento e abertura de empresas energéticas ou que façam parte do mercado demorados e complexos. Outra questão relevante é a complexidade do sistema tributário brasileiro, que envolve uma carga tributária elevada e uma legislação fiscal intrincada, exigindo que o investidor contrate um especialista para poder pagar os tributos. Por fim, a qualidade geral da educação no país é um desafio, afetando a formação da mão de obra e a capacidade das empresas de energia poderem inovar e se manterem competitivas. Esses obstáculos criam um ambiente desafiador para as empresas brasileiras e desencorajam o investimento estrangeiro no país. NUNES, C. R. P. (2014). *Fundo de investimento com capital estrangeiro ou com investidor não residente no Brasil do século XXI: natureza, características e funcionalidade*. Rio de Janeiro: Mídia Jurídica.

¹³ Os governos devem implementar políticas ambientalmente amigáveis e aumentar o consumo de energia renovável para reduzir a poluição ambiental. (...) Constata-se que a qualidade do ambiente regulatório afeta a adoção ou não de energia renovável. UN - UNITED NATIONS (2021). *Global Champions Announced for UN High-level Dialogue on Energy*. Published on September 12, 2021. Disponível em <https://www.un.org/en/desa/global-champions-announced-un-high-level-dialogue-energy>. Acessado em 1º jan 2024.

com um equilíbrio e ainda dependem da intervenção federal, quase sempre inexistente, por haver uma demanda social que impede o seu desenvolvimento.¹⁴

Dentro de contextos complexos, faz-se mister entender cada uma das políticas de hidrogênio destes dois países, que embora ambos compreendam a importância da distribuição justa de renda e da qualidade ambiental para o desenvolvimento sustentável, ainda estão buscando enfatizar políticas institucionais sólidas para aumentar o consumo das energias renováveis visando alcançar um ambiente sano.

5. Impactos Regulatórios do Hidrogênio Verde na Estratégia de Transição Energética do Brasil

O Brasil possui uma das matrizes energéticas mais limpas do mundo. Em 2020, 48% da matriz energética brasileira era renovável (hídrica, biomassa, eólica e solar) e deverá se manter nesse patamar até 2030.¹⁵

O primeiro desenvolvimento brasileiro do hidrogênio como movimento energético ocorreu quando o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) lançou o Programa Brasileiro de Hidrogênio e Sistemas de Células a Combustível em 2002.¹⁶

Em 2005, o Ministério de Minas e Energia (MME) e o MCTI, peritos brasileiros e estrangeiros, empresas domésticas e internacionais, centros de investigação e institutos, agências reguladoras e institutos climáticos colaboraram no Planejamento para o Marco Brasileiro da Economia do Hidrogênio,¹⁷ que estipulou pressupostos importantes para orientação e um cronograma de 20 anos para o cumprimento das metas relacionadas a cada tópico proposto, além da previsão de lançamento de um Programa Governamental de Produção e Uso de Hidrogênio no Brasil após 2007. Mais tarde, um Programa Governamental para a Produção e Uso de Hidrogênio no Brasil estava agendado para ser introduzido após 2010.¹⁸

No entanto, com a descoberta do Pré-sal em 2006, houve uma alteração de prioridades na agenda da política energética. O Brasil não implementou o Programa Hidrogênio, embora outros programas, incluindo iniciativas tecnológicas de universidades e/ou institutos de pesquisa, continuassem em desenvolvimento. Isso impediu qualquer ação regulatória, mas algumas oficinas de pesquisa e atividades acadêmicas ocorreram até 2017, quando o Ministério de Minas e Energia (MME), entre outros órgãos do governo federal, estabeleceu a Associação Brasileira de

¹⁴ Mais ainda a insegurança jurídica, que como ocorre no Brasil, os investidores são frequentes surpreendidos com as mudanças na legislação e falta de clareza nas regras, o que dificulta o planejamento de longo prazo para os negócios. Nunes, *Fundo de investimento (...)* Op. Cit., 2014.

¹⁵ Estes dados foram fornecidos pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), que é uma empresa pública, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, instituída pela Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004. EPE - Energy Research Company (2021). *Technical Note - Bases for the Consolidation of the Brazilian Hydrogen Strategy (EPE-DEA-NT-003/2021)* Published on February 23, 2021. Disponível em [https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-datos-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-569/Hidroge%CC%82nio_23Feb2021NT%20\(2\).pdf](https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-datos-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-569/Hidroge%CC%82nio_23Feb2021NT%20(2).pdf). Acessado em 2 jan 2024.

¹⁶ Neste momento o programa ainda era embrionário e necessitava um maior desenvolvimento para ser apresentado aos investidores. EPE, *Technical Note (...)*, Op. cit. 2021.

¹⁷ Essa colaboração envolveu a definição de estratégias, metas e diretrizes para o desenvolvimento da economia do hidrogênio no país, visando aproveitar seu potencial como fonte de energia limpa e sustentável. EPE, *Technical Note (...)*, Op. cit. 2021.

¹⁸ Neste momento, os investidores estrangeiros foram chamados pelo governo brasileiro para conhecer o Programa do Brasil. A EPE, que tem por objeto a prestação de serviços na área de estudos e pesquisas, visando a subsidiar o planejamento do setor energético, como eletricidade, petróleo e gás natural e seus derivados, carvão mineral, fontes renováveis de energia e eficiência energética, entre outros, apresentou um estudo completo aos investidores. EPE, *Technical Note (...)*, Op. cit. 2021.

Hidrogênio (ABH2)¹⁹ como uma medida para melhor organizar as ações e os recursos (tanto públicos quanto privados) para o segmento de mercado de hidrogênio.

Em 2020, o Plano Nacional de Energia 2050 (PNE 2050)²⁰ reconheceu o Hidrogênio como uma tecnologia disruptiva e como elemento de interesse no contexto da descarbonização da matriz energética, destacando várias aplicações e usos, além de propor recomendações para a política energética, incluindo a elaboração de um sólido quadro jurídico-regulatório que promova a adoção de tecnologias em toda a cadeia do Hidrogênio (produção, transporte, armazenamento e consumo), bem como a necessidade de colaboração e coordenação com instituições internacionais.

No ano seguinte, em 10 de fevereiro de 2021, o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) estabeleceu as diretrizes de pesquisa, desenvolvimento e inovação no setor elétrico do país por meio da Resolução nº 2.²¹ Orienta a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e a Agência Nacional do Petróleo (ANP) que, no âmbito de suas competências, priorizem a alocação de recursos regulados do PDI, entre outros temas relacionados ao setor de energia elétrica para Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação em Hidrogênio. Em julho, o MME publicou o documento no âmbito da Proposta e Diretrizes do Programa Nacional de Hidrogênio (PNH2).²²

Antes da publicação do documento, o MME desenvolveu, no âmbito da Parceria Energética Brasil-Alemanha, o estudo "Mapeando o Setor Brasileiro de Hidrogênio: Panorama Atual e Potenciais para o Hidrogênio Verde",²³ que ofereceu um panorama

¹⁹ Com a perspectiva de ter uma Associação de apoiasse o Programa de Hidrogênio brasileiro, foi fundada em 5 de abril de 2017, a ABH2 para promover a cadeia de produção, armazenamento, distribuição e utilização de hidrogênio para fins energéticos no território brasileiro. A associação reúne ativamente os principais atores brasileiros envolvidos na tecnologia do Hidrogênio Verde e células a combustível, incluindo empresas, pessoas jurídicas e a comunidade científica interessada na comercialização, pesquisa, inovação e desenvolvimento profissional na indústria do hidrogênio. ABH2 (2017). *Ações para usos energéticos e industriais do hidrogênio no Brasil*. Disponível em <https://abh2.org/>. Acessado em 4 jan 2024.

²⁰ Para garantir a continuidade do programa de hidrogênio foi estabelecido o Plano Nacional de Energia de 2050, que é o conjunto de estudos que apoia o desenho da estratégia de longo prazo do planejador quanto à expansão do setor energético. MME (2020). *National Energy Plan 2050 (PNE 2050)*, Brasília: Governo Federal.

²¹ Conforme estabelece a Resolução 2, de 10 de fevereiro de 2021, no ponto de vista do sector eléctrico, o hidrogénio verde representa mais um elo na cadeia de tendências que impulsiona o crescimento da procura de electricidade, a par da digitalização, electrificação dos usos finais e aumento da eficiência energética. Como vetor energético, o Hidrogénio Verde pode ligar diversas indústrias e sectores económicos ao sector eléctrico que atualmente utiliza recursos não renováveis como fontes de energia e matérias-primas. Além disso, a capacidade de acumular hidrogénio em quantidades relevantes e a sua fácil reconversão em eletricidade poderá resultar em novas opções de armazenamento de energia para o funcionamento do setor elétrico.

²² Este documento apresentou o trabalho desenvolvido junto aos Ministérios da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) e do Desenvolvimento Regional (MDR), com apoio técnico da Empresa de Pesquisa Energética (EPE). MME (2021). *Programa Nacional de Hidrogênio – PNH2 – Proposta e Diretrizes*. Publicado em julho de 2021. Disponível em <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/mme-apresenta-ao-cnpe-proposta-de-diretrizes-para-o-programa-nacional-do-hidrogenio-pnh2/HidrogenioRelatoriodiretrizes.pdf>. Acessado em 7 jan 2023.

²³ "The research presents findings from an extensive survey involving over 100 stakeholders, who shared their insights and outlook regarding the potential hydrogen market within the country. Facilitated by the Brazil-Germany Energy Partnership (Energiepartnerschaft), a collaborative initiative between the German Ministry of Economy and Energy (BMWi) via Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, and the Brazilian Ministry of Mines and Energy (MME)." (O estudo traz os resultados de uma ampla pesquisa de opinião com mais de 100 atores, identificando suas impressões e expectativas sobre um mercado de hidrogênio no país. A Parceria Energética Brasil-Alemanha (Energiepartnerschaft) é um projeto de cooperação entre o Ministério Alemão da Economia e Energia (BMWi), por meio da Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, e o Ministério

do setor e dos principais líderes acadêmicos e institucionais. atores ativos no campo. Há também um destaque de como o Brasil está em torno do Hidrogênio, bem como um panorama dos diferentes caminhos de conversão, armazenamento e reconversão de energia elétrica que utilizam o Hidrogênio como vetor para a produção de combustíveis gasosos, líquidos ou sólidos. tecnologias de aplicação e seu estado de maturidade no Brasil em comparação com países líderes nessas tecnologias.

Em 24 de setembro de 2021, o Brasil co-liderou o Diálogo de Alto Nível sobre Energia das Nações Unidas, tendo apresentado um pacto energético sobre Hidrogênio. Os pactos energéticos são compromissos voluntários para acelerar o cumprimento das metas do Objectivo de Desenvolvimento Sustentável 7 (ODS 7), que tratam do acesso universal à energia limpa. O Pacto Energético do Hidrogênio busca incentivar o desenvolvimento da indústria e do mercado de hidrogênio no país, consolidando uma base de conhecimento sobre esse vetor energético no Brasil, baseada em três pilares²⁴:

A) *Políticas de pesquisa, desenvolvimento e inovação* - Este pilar visa estabelecer políticas governamentais que incentivem a pesquisa, o desenvolvimento e a inovação no campo do hidrogênio. Isso pode incluir investimentos em programas de pesquisa, parcerias público-privadas, incentivos fiscais e subsídios para empresas e instituições de pesquisa que trabalham com tecnologias relacionadas ao hidrogênio. O objetivo é promover avanços científicos e tecnológicos que impulsionem a indústria do hidrogênio no Brasil, estimulando a criação de novas soluções e o aprimoramento das existentes.

B) *Qualificação e treinamento* - Este pilar visa capacitar profissionais e trabalhadores para atuarem no setor do hidrogênio. Isso pode envolver programas de capacitação técnica, cursos de formação profissional, parcerias com instituições de ensino e treinamento prático em empresas do setor. O objetivo é garantir que o país tenha uma mão de obra qualificada e preparada para atender às demandas da crescente indústria de hidrogênio, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social.

C) *Criação de uma plataforma de consolidação e divulgação de informações sobre o Hidrogênio no país* - Este pilar visa estabelecer uma plataforma nacional que centralize e divulgue informações relevantes sobre o hidrogênio. Isso pode incluir dados sobre projetos em andamento, pesquisas em curso, políticas governamentais, oportunidades de financiamento, eventos e notícias relacionadas ao setor. O objetivo é criar um ambiente propício para a troca de conhecimento e experiências, facilitando o acesso à informação e promovendo a colaboração entre os diversos atores envolvidos na cadeia de valor do hidrogênio no Brasil.

Em 15 de julho de 2022, o MCTI publicou a Portaria nº 6.100, que institui a Iniciativa Brasileira de Hidrogênio (IBH2) no âmbito do MCTI, e a Portaria nº 6.101, que dispõe no âmbito do MCTI, o Sistema Brasileiro de Laboratórios de Hidrogênio (SisH2-MCTI). Além disso, em 4 de outubro de 2022, o Brasil publicou a Resolução Normativa nº 1.045 para abrir Consulta Pública para arrecadar subsídios para o aprimoramento da minuta da Chamada nº 23/2023 do Projeto Estratégico PDI intitulado "Hidrogênio Renovável no contexto da Economia Brasileira".²⁵ Para adesão

de Minas e Energia (MME) do Brasil - Tradução livre) DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT GMBH (2021). *German-Brazilian Energy Partnership*. Available at https://www.giz.de/en/downloads/Parcerias%20Energ%C3%A9ticas_BMWK_01_2022_EN.pdf. Accessed on 2 jan 2024.

²⁴ Neste artigo citam-se apenas três das principais características do Pacto Energético do Hidrogênio brasileiro pois interessam às considerações finais apresentadas. Para informações completas, vide UN - UNITED NATIONS (2021). *Global Champions Announced for UN High-level Dialogue on Energy*. Published on September 12, 2021. Disponível em <https://www.un.org/en/desa/global-champions-announced-un-high-level-dialogue-energy>. Acessado em 1º jan 2024.

²⁵ Para saber mais sobre a proposta estratégica do Brasil, vide CGEE (2023). *Critical and sensitive technologies in priority sectors. Energy hydrogen in Brazil. Subsidies for*

de empresas de energia elétrica ao Programa de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação, o Congresso Nacional brasileiro propôs uma Portaria 725/2022²⁶ que visa a regulamentar a inserção do Hidrogênio como fonte de energia no Brasil. Estabelece parâmetros de incentivo à utilização do Hidrogênio Sustentável com base na mudança para fontes de geração de energia menos poluentes e no progresso na descarbonização.²⁷

Em abril de 2023, a ANEEL propõe a abertura de Consulta Pública para arrecadar subsídios para o aprimoramento da minuta da Chamada nº 23/2023 do Projeto Estratégico de PDI intitulado "Hidrogênio Verde no Contexto do Setor Elétrico Brasileiro" para adesão de energia elétrica por empresas de energia vinculadas ao Programa de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação – PDI regulamentado pela ANEEL, mediante Resolução Normativa nº 1.045, de 4 de outubro de 2022, por meio da Nota Técnica nº 0047/2023 – SPE/ANEEL.²⁸

A Câmara dos Deputados instalou, em 31 de maio de 2023, a Comissão Especial de Transição Energética e Produção de Hidrogênio Verde no Brasil. A Comissão Especial acompanhará a implementação das medidas que estão sendo adotadas para a transição energética verde no Brasil, promoverá pesquisas e debates sobre o tema, levantará iniciativas legislativas em andamento no Congresso, avaliará, conduzirá as discussões e as ações do Executivo, além de dialogar com as diversas entidades representativas do setor. O plano de trabalho prevê 12 audiências públicas e visitas externas nas cinco regiões brasileiras para avaliar as políticas públicas que tratam do tema.

competitiveness policies: 2010-2025. Disponível em https://www.cgee.org.br/documents/10195/734063/Hidrogenio_energetico_completo_2210_2010_9561.pdf/367532ec-43ca-4b4f-8162-acf8e5ad25dc?version=1.5. Acessado em 5 de jan 2024.

²⁶ A Portaria 725/2022 utiliza a denominação Hidrogênio Sustentável, considerando os riscos concretos de apropriação intelectual ou disputas terminológicas. SENADO FEDERAL (2022). *Brazilian Sustainable Hydrogen Project of Law n. 725/2022*. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9096609&ts=1648597804854&disposition=inline>. Acessado em 7 jan 2024.

²⁷ Foram buscadas na área de comunicação do Senado Federal brasileiro várias notícias que tratassem do tema analisado. Três notícias sobressaíram-se: A) sobre a importância do hidrogênio verde para descarbonizar a economia brasileira; B) a que trata do potencial brasileiro sobre hidrogênio verde; e C) a que comentava a audiência pública para a instalação do Projeto Piloto de Hidrogênio Verde no Porto de Pacém, Ceará. Para mais notícias referentes às outras 11 audiências públicas, vide AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO SENADO FEDERAL (2023). *Brazilian Green Hydrogen*. Program Press. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/04/26/debate-aponta-importancia-do-hidrogenio-verde-para-descarbonizar-economia>; <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/05/17/brasil-tem-grande-potencial-de-producao-de-hidrogenio-verde-dizem-especialistas>; <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/23/comissao-do-hidrogenio-verde-faz-audiencia-no-ceara>; and <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2023/06/marco-legal-sobre-hidrogenio-verde-ja-esta-em-elaboracao>. Acessados em 15 mar 2024.

²⁸ A Nota Técnica é um documento emitido pelas Unidades Organizacionais e tem como objetivo subsidiar as decisões da Agência ANEEL. ANEEL (2023). *Nota Técnica nº 0047/2023–SPE/ANEEL (Arquivo: 48500.008476/2022-06)*. Publicado em 14 de abril de 2023. Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=50300&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp. Acessado em 7 jan 2024.

Em junho de 2023, o governo brasileiro publica um Livro Branco²⁹, destacando as implicações dos conceitos na seleção de indicadores e sua eficácia na orientação de políticas e medidas de eficiência e acordos internacionais, contribuindo para as discussões sobre eficiência energética, mudanças climáticas e transição energética, incluindo um capítulo sobre Hidrogênio Verde.

O plano da Comissão Especial prevê 12 audiências públicas e visitas externas nas cinco regiões brasileiras para avaliar as políticas públicas que tratam do tema.³⁰ A primeira audiência pública foi realizada no Porto do Pecém,³¹ no litoral oeste do Ceará, para conhecer a iniciativa de produzir energia de forma não poluente. O colegiado ouviu representantes do governo do estado cearense, do setor produtivo, do terceiro setor e da academia. Essas as políticas públicas e regulamentações relacionadas ao desenvolvimento econômico do segmento de hidrogênio verde devem seguir os ditames da sustentabilidade no Brasil.³²

Olhando para os acontecimentos acima, pode-se constatar o avanço na regulamentação do hidrogênio sustentável porque seguiram o plano assemelhado ao que se estão realizando na Europa. Primeiro, discutiu-se a descarbonização dentro do contexto da transição energética. Depois, criou-se o Programa Brasileiro de Hidrogênio Sustentável. Em seguida, realizaram-se audiências públicas, como a do Ceará, no Porto do Pacém, e estruturaram a planta industrial piloto para a produção do hidrogênio verde.

Para finalizar, faz-se mister apontar que, no dia 14 de junho de 2023, antes mesmo da visita ao Ceará, a Comissão responsável pelo desenvolvimento do Programa já trabalhava no Marco Legal do Hidrogênio Sustentável, que até a presente data não obteve deliberação. O maior desafio brasileiro é o de construir um

²⁹ O Livro Branco consolida ideias, análises e recomendações sobre indicadores de eficiência energética discutidos após webinar internacional sobre Eficiência Energética promovido pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE) em outubro de 2022, com a colaboração do MME. EPE (2023). *Livro Branco Conceitos e Indicadores de Eficiência Energética*. Publicado em junho de 2023. Disponível em <https://shre.ink/EPEwhitepaperpdf>. Acessado em 7 jan 2024.

³⁰ A Comissão Especial sobre Hidrogênio Verde esteve no Porto de Pecém, litoral oeste do Ceará, para conhecer a iniciativa de se produzir energia de forma não poluente. O colegiado ouviu representantes do governo estadual, do setor produtivo, do terceiro setor e da academia. TV DO SENADO FEDERAL (2023). *Comissão do hidrogênio verde faz audiência em Pecém, Ceará*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/tv/programas/noticias-1/2023/06/comissao-do-hidrogenio-verde-faz-audiencia-em-pecem-no-ceara>. Acessado em 7 jan 2024.

³¹ O Governo do Estado do Ceará, em conjunto com o Complexo do Pecém, a Federação das Indústrias do Estado do Ceará (Fiec) e a Universidade Federal do Ceará (UFC), lançaram, em fevereiro de 2021, o Polo Cearense de Hidrogênio Verde. O Polo de Hidrogênio Verde do Ceará tem como objetivo transformar o território cearense em um importante fornecedor mundial desse tipo de combustível, gerando empregos e renda e contribuindo diretamente para a descarbonização do planeta, uma das metas traçadas por diversos países para 2050. O Estado do O Ceará possui excelente potencial para produção de energia renovável, e sua localização geográfica é estratégica, bem como sua capacidade logística e de consumo de Hidrogênio Verde do Complexo do Pecém. A exportação de Hidrogênio Verde pelo Porto do Pecém será a mais curta entre a América do Sul e a Europa e, conseqüentemente, a de menor custo. As empresas que já assinaram memorando de entendimento com o Governo do Estado: Enegix Energy, White Martins, Qair, Fortescue, Eneva, Diferencial, Hytron, H2helium, Neoenergia, Engie, Transhydrogen, Alliance, Linde, Total Eren, AES Brazil, Cactus Energia Verde, Casa dos Ventos e H2 Green Power. Governo do Ceará (2022). Disponível em <https://www.ceara.gov.br/2022/04/29/hub-de-hidrogenio-verde-governo-do-ceara-assina-memorandos-de-entendimento-com-empresas-a-serem-instaladas-no-complexo-do-pecem/>. Acessado em 8 jan 2024.

³² As autoras destacam a importância de encontrar um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade para garantir um crescimento sustentável e equitativo. PEREIRA NUNES, C. R., PINTO SILVA, C. B. (2018). "Discussão entre desenvolvimento econômico e a sustentabilidade no Brasil: projeto fábrica da JAC Motors." *Revista Interdisciplinar Do Direito - Faculdade De Direito De Valença*, 16(1), 91-103. Disponível em <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/484>. Acessado em 20 mar 2024.

ambiente regulatório adequado aos investimentos nacionais e estrangeiros, que dê segurança ao investidor. Há boas ideias e iniciativas, mas a regulação organizada por partes e sem um planeamento real e não apenas pontual, como o do complexo do Pacém, por interesses políticos, gera insegurança jurídica.

6. Impactos Regulatórios do Hidrogénio Verde na Missão da Transição Energética da Índia

A energia na Índia está entre os principais mercados da sua economia e representa cerca de 6 a 7% do PIB. O mercado energético indiano é um dos cinco principais do mundo, dada a sua imensa população e o número de megacidades que o país possui, além de ser um dos que mais cresce a nível mundial por força das necessidades da sociedade indiana. A Índia gasta mais de 160 mil milhões de dólares em divisas estrangeiras em importações de energia. Aponta-se que a Índia duplicará as importações de energia nos próximos 15 anos, a menos que sejam tomadas medidas correctivas.³³

Devido a todo o movimento correctivo que tem como base a transição energética, o segmento do mercado energético indiano está passando por uma mudança significativa que redefiniu as perspectivas desta indústria. Pode-se citar que o país está fazendo as revisões de suas políticas públicas, criando iniciativas governamentais, no lado público. Já na iniciativa privada, têm-se fusões e aquisições substanciais no setor energético e uma série de investimentos significativos, tanto nacionais quanto estrangeiros, sempre tendo por foco as energias renováveis. Em 2023, o sector energético da Índia tornou-se muito dinâmico e o hidrogénio verde é fundamental para tornar o país autossuficiente e independente em termos energéticos.

Em junho de 2022, para ajudar no escopo da estratégia indiana de hidrogénio verde, o NITI Aayog³⁴ organizou um Grupo de Trabalho e estudou o segmento de mercado de Hidrogénio e publicou um relatório. O relatório destacou a oportunidade única de a Índia se tornar um líder global no ecossistema energético mundial do hidrogénio.³⁵ Salientou que, com o apoio político adequado, a acção da indústria, a criação e aceitação de mercados e o aumento do interesse dos investidores, a Índia pode posicionar-se como um centro de produção de baixo custo e com zero emissões de carbono, ao mesmo tempo que cumpre o seu desenvolvimento económico, a criação de emprego e a melhoria do desempenho público, objetivos de saúde. O relatório também explicou que os lados da procura e da oferta precisavam de um

³³ Todos os dados citados nesse parágrafo foram extraídos do World Bank a extração dos números deu-se através do relatório económico de 2022. Para outras informações vide WORLD BANK (2022). *India Power Sector Database*. Disponível em <https://databank.worldbank.org/source/india-power-sector-review-database>. Acessado em 9 fev 2024.

³⁴ Para acessar o relatório completo, vide NITI AAYOG - THE NATIONAL INSTITUTION FOR TRANSFORMING INDIA (2022). *Harnessing Green Hydrogen Opportunities for Deep Decarbonisation in India*. *Indian strategies documents and reports database*. Published on June 29, 2022. Disponível em https://www.niti.gov.in/sites/default/files/2022-06/Harnessing_Green_Hydrogen_V21_DIGITAL_29062022.pdf. Acessado em 3 jan 2024.

³⁵ "Green Hydrogen is considered a promising alternative for enabling the transition. Increasing renewable energy use across all economic spheres is central to India's Energy Transition." (O hidrogénio verde é considerado uma alternativa promissora para viabilizar a transição energética. O aumento da utilização de energias renováveis em todas as esferas económicas é fundamental para a Transição Energética da Índia - Tradução Livre). GOVERNMENT OF INDIA - MINISTRY OF NEW & RENEWABLE ENERGY (2023). *Summary of National Green Hydrogen Mission*. *Decarbonising India, Achieving Net-Zero Vision (RU-44-01-0067-210322/EXPLAINER)*. Published on March 6, 2023. Disponível em <https://www.india.gov.in/spotlight/national-green-hydrogen-mission#:~:text=The%20National%20Green%20Hydrogen%20Mission,Green%20Hydrogen%20and%20its%20derivatives>. Acessado em 6 jan 2024.

impulso político. Por exemplo, os incentivos à procura de aliviar as barreiras de elevado custo podem permitir a criação inicial do mercado e ser eliminados à medida que o mercado amadurece. Em última análise, o relatório esclareceu que isto poderia ser alcançado com uma combinação de incentivos³⁶ ligados à produção para eletrolisadores e células de combustível e requisitos para a indústria e os intervenientes privados implantarem estas tecnologias.

Depois de todos os movimentos políticos nacionais iniciados pelo NITI Aayog, em 4 de janeiro de 2023, a Missão Nacional de Hidrogênio Verde³⁷ foi aprovada pelo Gabinete da União Federal, presidida pelo Primeiro Ministro Indiano. Com esta aprovação, a Índia poderá tornar-se um campeão global em hidrogénio verde.³⁸ De acordo com a estratégia da missão, o Ministério das Energias Novas e Renováveis elaborará o quadro regulamentar para este segmento. No âmbito do Programa de Intervenções Estratégicas para a Transição Energética Indiana, a Missão Nacional de Hidrogénio Verde, possui dois mecanismos distintos de incentivo financeiro. Deve-se iniciar com incentivos tributários e subsídios na produção nacional de eletrolisadores e, depois haverá outros incentivos para a produção de hidrogénio verde.³⁹

A Missão Nacional de Hidrogênio Verde enfrenta um desafio regulamentar, o de considerar os custos adicionais para a infraestrutura de transporte de hidrogénio em distâncias mais longas porque a Índia, como o Brasil, tem dimensões continentais. A Missão enfatiza profundamente a criação de Centros de Hidrogénio Verde como incentivos infraestruturais. Também se observa que a própria Missão visa a identificar locais e desenvolver centros-chave de hidrogénio verde em toda a Índia, com potenciais locais cobrindo regiões com elevada presença de fertilizantes e unidades de refinaria perto de portos essenciais.

Os estudos posteriores à publicação da Missão destacam várias áreas emergentes dos centros, como Kerala. O estado de Kerala, na Índia, anunciou um investimento significativo de Rs 200 crore para a criação de hubs de hidrogênio verde nos próximos

³⁶ Alguns incentivos propostos são relativos ao “Green Credit Program”, quando estão vinculados à Missão da Transição Energética Indiana. Para maiores informações, vide GOVERNMENT OF INDIA - MINISTRY OF ENVIRONMENT, FORESTRY AND CLIMATE CHANGE (2023). *Green Credit Program*. Published on October 2023. Disponível em <https://moef.gov.in/wp-content/uploads/2023/06/Draft-GCP-Notification-Inviting-Comments-27062023.pdf>. Acessado em 12 fev 2024.

³⁷ “The mission aims to make India a Global Hub for producing, utilizing, and exporting Green Hydrogen and its derivatives. The mission will help India become energy independent and Decarbonisation of significant sectors of the economy.” (A missão visa tornar a Índia um centro global para a produção, utilização e exportação de hidrogénio verde e seus derivados. A missão ajudará a Índia a tornar-se independente da energia e a descarbonizar sectores significativos da economia - Tradução Livre). GOVERNMENT OF INDIA (2023). Cabinet approves National Green Hydrogen Mission. Press Information Bureau. Published on New Delhi, January 5, 2023. Disponível em <https://pib.gov.in/PressReleaseDetailm.aspx?PRID=1888545>. Acessado em 4 jan 2024.

³⁸ O Programa Governamental esclarece que o “Green Hydrogen is considered a promising alternative for enabling this transition. Increasing renewable energy use across all economic spheres is central to India’s Energy Transition.” (O Hidrogénio Verde é considerado uma alternativa promissora para viabilizar esta transição. O aumento da utilização de energias renováveis em todas as esferas económicas é fundamental para a Transição Energética da Índia - Tradução Livre). GOVERNMENT OF INDIA - MINISTRY OF NEW & RENEWABLE ENERGY (2023b). *India Aims to Become a Green Hydrogen Leader - The National Green Hydrogen Mission could prove instrumental for India’s transition to green hydrogen*. Published on April 4, 2023. Disponível em <https://rmi.org/india-aims-to-become-a-green-hydrogen-leader/>. Acessado em 5 jan 2024.

³⁹ A missão tem como objetivo tornar a Índia um Polo Global para produção, utilização e exportação de Hidrogênio Verde e seus derivados. A missão ajudará a Índia a se tornar independente energeticamente e a Descarbonização de setores significativos da economia. GOVERNMENT OF INDIA (2023). Cabinet approves National Green Hydrogen Mission. Press Information Bureau. Published on New Delhi, January 5, 2023. Disponível em <https://pib.gov.in/PressReleaseDetailm.aspx?PRID=1888545>. Acessado em 4 jan 2024.

dois anos. O plano visa promover o uso e a produção de hidrogénio verde como uma fonte de energia sustentável e renovável.⁴⁰

De acordo com o Ministério das Energias Novas e Renováveis da Índia também há iniciativas em:

A) *Tamil Nadu* - O governo estadual está promovendo a produção e utilização de hidrogénio verde em diversos setores, como transporte, indústria e geração de energia. Além disso, estão sendo desenvolvidos projetos piloto para avaliar a viabilidade e eficácia do uso do hidrogénio verde em diferentes aplicações.

B) *Maharashtra* - Estão sendo implementados programas para incentivar a pesquisa e desenvolvimento de tecnologias relacionadas ao hidrogénio verde. O estado também está trabalhando para criar infraestrutura adequada para a produção, armazenamento e distribuição de hidrogénio verde, visando a redução das emissões de carbono e a promoção do desenvolvimento sustentável.

C) *Odisha* - O foco está na integração do hidrogénio verde nas indústrias locais, especialmente aquelas que dependem fortemente de combustíveis fósseis. O governo estadual está colaborando com instituições de pesquisa e empresas privadas para desenvolver soluções inovadoras que permitam a transição para o uso de hidrogénio verde, contribuindo assim para a redução da pegada de carbono do estado.

De acordo com o Ministério das Energias Novas e Renováveis, estes centros podem ligar centros de produção de hidrogénio verde a centros de consumo em espaços de circuito fechado, ajudando a reduzir a necessidade de transporte de hidrogénio e permitindo a utilização partilhada de infraestruturas. Para o êxito da estratégia de circuitos fechados, no segundo semestre de 2023, os governos nacionais e regionais aprovaram alguns regulamentos nacionais sobre hidrogénio verde.⁴¹

Os projetos-piloto em setores de uso final e vias de produção emergentes recebem apoio do governo nacional. É essencial que os governos das regiões também incentivem a produção e o uso em grande escala de hidrogénio quando forem identificados e desenvolvidos como Centros de Hidrogénio Verde. O governo nacional apoia estes projectos-piloto em sectores de utilização final e vias de produção emergentes. Os governos das regiões precisam apoiar a produção e utilização em larga escala de hidrogénio quando identificadas e desenvolvidas como Centros de Hidrogénio Verde. O governo de Kerala foi o primeiro a fazer progressos ao alocar 2,4 milhões de dólares para produzir centros de hidrogénio verde em Trivandrum e Kochi em 2023.⁴²

Pode-se concluir que para implementar com sucesso os regulamentos nacionais da Índia no que tange ao hidrogénio verde, o país deve ter um ambiente de negócios específico para as partes interessadas dos setores público e privado, que precisarão

⁴⁰ Com esse investimento, Kerala demonstra seu compromisso em impulsionar a transição energética e reduzir as emissões de carbono, alinhando-se às metas globais de combate às mudanças climáticas. GOVERNMENT OF INDIA - MINISTRY OF NEW & RENEWABLE ENERGY, *India Aims to (...)*, Op. Cit. 2023b.

⁴¹ Espera-se que os hubs de hidrogénio verde contribuam para impulsionar a economia local, criar empregos e posicionar Kerala como um líder em energia limpa na Índia. Essa medida também reflete a crescente conscientização sobre a importância da energia renovável e da descarbonização em todo o mundo. ETENERGY WORLD (2023). *Kerala announces Rs 200 crore for setting up green hydrogen hubs over next 2 yrs. The writer is Aarushi Koundal*. Published on February 3, 2023. Disponível em <https://energy.economictimes.indiatimes.com/news/renewable/kerala-announces-rs-200-crore-for-setting-up-green-hydrogen-hubs-over-next-2-yrs/97573710>. Acessado em 4 jan 2024.

⁴² Além do apoio do governo central, é essencial que os governos estaduais também desempenhem um papel ativo no fomento à produção e ao uso em larga escala do hidrogénio verde, especialmente ao identificar e desenvolver Centros de Hidrogénio Verde. Esses centros podem se tornar catalisadores para a adoção generalizada dessa tecnologia limpa e renovável em diversas indústrias e setores. GOVERNMENT OF INDIA - MINISTRY OF NEW & RENEWABLE ENERGY, *India Aims to (...)*, Op. Cit. 2023b.

colaborar em toda a cadeia de valor do hidrogénio verde para desbloquear o potencial dos incentivos e tornar a Índia possível líder na produção de hidrogênio verde na Ásia.

7. Conclusões

Diante de toda a problemática exposta neste estudo, os autores alcançaram seus objetivos de apontar em que estado de desenvolvimento se encontram as políticas públicas do hidrogênio verde e analisar os impactos regulatórios do hidrogênio verde na estratégia de transição energética do Brasil e da Índia, avaliando, no âmbito energético dos BRICS, se estas são adequadas para promover a transição do combustível fóssil para a energia renovável. E, apresentarem a discussão, reflexão e análise dos obstáculos regulatórios do hidrogênio verde nos dois países separadamente, dentro de uma visão comparativa.

Quanto à questão problema, a resposta é parcialmente positiva porque os governos do Brasil e da Índia, embora em diferentes estágios porque a Índia já deliberou sobre o programa de hidrogênio verde e no Brasil ainda está em trâmite legislativo, estão, pouco a pouco, estabelecendo um ambiente regulatório para promover o mercado de hidrogênio verde. Contudo, ao introduzir estruturas regulatórias do hidrogênio verde com o intuito de facilitar a transição energética do combustível fóssil ao renovável, percebe-se que as questões socioeconômicas de, ambos os países, impactam o desenvolvimento dos programas de transição ecológica do combustível fóssil para uma energia limpa.

Consequentemente, o Brasil precisa votar o Marco Legal do Hidrogênio Sustentável (nome que designa o hidrogênio verde) e preparar um orçamento adequado para implementar todos os projetos necessários ao desenvolvimento das regiões do país. A Índia deve progredir com a sua Missão Nacional de Hidrogênio Verde, que já tem um marco regulatório, mas falta adequar o seu orçamento às necessidades regionais, dada a sua forma de Estado, que se caracteriza por uma certa autonomia das regiões. Além disso, o governo indiano deve permitir a descentralização da administração, permitindo que as regiões administrativas desenvolvam políticas regionais para atrair investimentos nacionais e estrangeiros, visando a colaborar com os objectivos nacionais da transição energética.

De acordo com a discussão e reflexão sobre o segmento de mercado de hidrogênio verde, os autores possuem algumas recomendações, que fazem agora:

A) O Brasil pode aprimorar os hubs de hidrogênio verde em regiões portuárias como o Ceará (projeto piloto no Porto de Pacém) ou Pernambuco (Porto de Suape), que representam modelos-chave para o desenvolvimento deste mercado no país. Essas áreas concentram a demanda interna de complexos industriais portuários e possuem facilidade para atender à demanda de exportação.

B) É crucial que o Brasil intensifique a produção de amônia verde para o segmento de transporte, considerando a demanda nacional devido à vasta extensão territorial do país e a escassez de oferta na América Latina.

C) A Índia deve implementar um programa nacional de hidrogênio verde para desenvolver suas infraestruturas, com foco em iniciativas que envolvam a utilização de amônia verde no transporte de cargas de longa distância. Além disso, o país deve subsidiar a compra de equipamentos para ampliar suas refinarias e trabalhar na construção de um modelo de negócio com características de circuitos fechados.

D) Outras regiões da Índia podem se beneficiar do projeto piloto realizado em Kerala para realizar uma transição rápida e eficaz para o ciclo do hidrogênio verde. Essas regiões devem implementar programas semelhantes, identificando-se como Centros de Hidrogênio Verde e buscando replicar as boas práticas observadas em Kerala.

Apesar dos progressos registrados em ambos os países, há muito trabalho pela frente para ambos países. Os projetos de energias renováveis, como é o caso do hidrogênio verde, até 2050 devem estar comprometidos a alcançarem as metas estabelecidas. Outra questão que precisa ser apontada é que o ambiente de negócios

em ambos os países é ineficiente devido às instabilidades políticas, sociais e económicas, especialmente após a pandemia da COVID-19. Os recursos e equipamentos são críticos para garantir a implementação dos projetos de fornecimento de hidrogénio verde, para evitar estrangulamentos nas infraestruturas e permitir instalações preparadas para a produção do hidrogénio verde para o uso interno e a exportação.

Em ambos os países, as ações governamentais e os regulamentos administrativos, estes últimos que são mais rápidos de serem aprovados, aceleram o ritmo da adoção do hidrogénio verde em setores vitais da economia de ambos os países analisados. Por exemplo, o aço, o transporte rodoviário pesado de longo curso e o transporte marítimo, que dada a exportação de bens primários e as balanças de pagamento em *commodities* dos dois países, serão fundamentais para auxiliar no cumprimento dos objectivos da transição energética de ambos países analisados.

Pode ser que, com o Marco Regulatório brasileiro e a Missão indiana ocorrendo paralelamente, os dois países se unam para fortalecer os seus projetos. Pode ser que não ocorra porque os dois países concorrem neste segmento de mercado. Tudo a depende do fortalecimento de suas relações internacionais e do mercado internacional, ao qual ambos países são fortemente dependentes. É verdade que o hidrogénio verde poder ser um caminho para a tão esperada independência energética do fóssil, a depender da evolução tecnológica mundial desse segmento de mercado.

8. Bibliografia

- ABH2 (2017). *Ações para o uso energético e industrial do hidrogênio no Brasil*. Disponível em <https://abh2.org/>. Acessado em 4 jan 2023.
- AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO SENADO FEDERAL (2023). *Debate aponta importância do hidrogênio verde para descarbonizar a economia*. Senado Federal Press. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/04/26/debate-aponta-importancia-do-hidrogenio-verde-para-descarbonizar-economia>. Acessado em 15 de mar 2024.
- AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO SENADO FEDERAL (2023). *Brasil tem grande potencial de produção de hidrogênio verde*. Senado Federal Press. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/05/17/brasil-tem-grande-potencial-de-producao-de-hidrogenio-verde-dizem-especialistas>. Acessado em 15 de mar 2024.
- AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO SENADO FEDERAL (2023). *Comissão do Hidrogênio Verde faz audiência no Ceará*. Senado Federal Press. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/06/23/comissao-do-hidrogenio-verde-faz-audiencia-no-ceara>. Acessado em 15 de mar 2024.
- AGÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO SENADO FEDERAL (2023). *Marco legal do Hidrogênio Verde já está em elaboração*. Senado Federal Press. <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2023/06/marco-legal-sobre-hidrogenio-verde-ja-esta-em-elaboracao>. Acessado em 15 de mar 2024.
- ANEEL (2023). *Technical Note nº. 0047/2023-SPE/ANEEL* (File: 48500.008476/2022-06). Published on April 14, 2023. Disponível em https://antigo.aneel.gov.br/web/guest/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=50300&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp. Acessado em 7 jan 2024.

- ARMESILLA CONDE, S. (2016). "ATCI vs. BRICS: consecuencias sobre la geopolítica y las relaciones internacionales del siglo XXI". *Política y Sociedad*, Vol. 53, Núm. 2: 621-637. DOI: http://dx.doi.org/10.5209/rev_POSO.2016.v53.n2.46758
- BASKARAN, G. (2023). Six New BRICS: Implications for Energy Trade. The Center for Strategic and International Studies (CSIS). Disponível em <https://www.csis.org/analysis/six-new-brics-implications-energy-trade>. Acessado em 25 mar 2024.
- CGEE (2023). *Critical and sensitive technologies in priority sectors. Energy hydrogen in Brazil. Subsidies for competitiveness policies: 2010-2025*. Disponível em https://www.cgee.org.br/documents/10195/734063/Hidrogenio_energetico_completo_22102010_9561.pdf/367532ec-43ca-4b4f-8162-acf8e5ad25dc?version=1.5. Acessado em 5 de jan 2024.
- DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR INTERNATIONALE ZUSAMMENARBEIT GMBH (2021). *German-Brazilian Energy Partnership*. Disponível em https://www.giz.de/en/downloads/Parcerias%20Energ%C3%A9ticas_BMWK_01_2022_EN.pdf. Acessado em 2 de jan 2024.
- EPE (2021). *Technical Note - Bases for the Consolidation of the Brazilian Hydrogen Strategy (EPE-DEA-NT-003/2021)*. Published on February 23, 2021. Disponível em [https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-datos-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-569/Hidroge%CC%82nio_23Feb2021NT%20\(2\).pdf](https://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-datos-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-569/Hidroge%CC%82nio_23Feb2021NT%20(2).pdf). Acessado em 2 jan 2024.
- ETENERGY WORLD (2023). *Kerala announces Rs 200 crore for setting up green hydrogen hubs over next 2 yrs. The writer is Aarushi Koundal*. Published on February 3, 2023. Disponível em <https://energy.economictimes.indiatimes.com/news/renewable/kerala-announces-rs-200-crore-for-setting-up-green-hydrogen-hubs-over-next-2-yrs/97573710>. Acessado em 4 jan 2024.
- EUR-LEX (2020). *A hydrogen strategy for a climate-neutral Europe - COM(2020) 301 final*. Publication on Brussels, 8.7.2020. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0301&from=EN>. Acessado em 18 jan 2024.
- GOVERNMENT OF INDIA (2023). *Cabinet approves National Green Hydrogen Mission*. Press Information Bureau. Published on New Delhi, January 5, 2023. Disponível em <https://pib.gov.in/PressReleseDetailm.aspx?PRID=1888545>. Acessado em 4 jan 2024.
- GOVERNMENT OF INDIA - MINISTRY OF NEW & RENEWABLE ENERGY (2023a). *National Green Hydrogen Mission*. Published on New Delhi, January 4, 2023. Disponível em https://mnre.gov.in/img/documents/uploads/file_f-1673581748609.pdf. Acessado em 4 jan 2024.
- GOVERNMENT OF INDIA - MINISTRY OF NEW & RENEWABLE ENERGY (2023b). *India Aims to Become a Green Hydrogen Leader - The National Green Hydrogen Mission could prove instrumental for India's transition to green hydrogen*. Published on April 4, 2023. Disponível em <https://rmi.org/india-aims-to-become-a-green-hydrogen-leader/>. Acessado em 5 jan 2024.
- GOVERNMENT OF INDIA - MINISTRY OF ENVIRONMENT, FORESTRY AND CLIMATE CHANGE (2023). *Green Credit Program*. Published on October 2023. Disponível em <https://moef.gov.in/wp-content/uploads/2023/06/Draft-GCP-Notification-Inviting-Comments-27062023.pdf>. Acessado em 12 fev 2024.
- GOVERNMENT OF INDIA - MINISTRY OF NEW & RENEWABLE ENERGY (2023). *Summary of National Green Hydrogen Mission. Decarbonising India, Achieving Net-Zero Vision (RU-44-01-0067-210322/EXPLAINER)*. Published on March 6, 2023. Disponível em <https://www.india.gov.in/spotlight/national-green-hydrogen-mission#:~:text=The%20National%20Green%20Hydrogen%20Mission,Green%20Hydrogen%20and%20its%20derivatives>. Acessado em 6 jan 2024.
- GOVERNO DO ESTADO DO CEARÁ (2022). Disponível em <https://www.ceara.gov.br/2022/04/29/hub-de-hidrogenio-verde-governo-do->

- ceara-assina-memorandos-de-entendimento-com-empresas-a-serem-instaladas-no-complexo-do-pecem/. Acessado em 7 jan 2024.
- HYDROGEN COUNCIL (2023). *Hydrogen Insights*. Published on May 11, 2023. Disponível em <https://hydrogencouncil.com/wp-content/uploads/2023/05/Hydrogen-Insights-2023.pdf>. Acessado em 30 jan 2024.
- MEHMOOD, U.; AGYEKUM, E. B.; TARIQ, S.; HAQ, Z. U.; UHUNAMURE, S. E.; EDOKPAYI, J. N.; AZHAR, A.. 2022. "Socio-Economic Drivers of Renewable Energy: Empirical Evidence from BRICS" *International Journal of Environmental Research and Public Health* 19, no. 8: 4614. <https://doi.org/10.3390/ijerph19084614>
- MME - Ministério de Minas e Energia (2020). *National Energy Plan 2050 (PNE 2050)*, Brasília: Governo Federal.
- MME - Ministério de Minas e Energia (2021). *National Hydrogen Program – PNH2 – Proposal and Guidelines*. Published on July 2021. Disponível em <https://www.gov.br/mme/pt-br/assuntos/noticias/mme-apresenta-ao-cnpe-proposta-de-diretrizes-para-o-programa-nacional-do-hidrogenio-pnh2/HidrogenioRelatorioretrizes.pdf>. Acessado em 7 jan 2024.
- MOLINA MORENO, V.; JIMÉNEZ BASTIDA, J. L. (2021). "Importancia actual de la Geoconomía: Algunas Consideraciones." *Revista Economía Industrial*, n. 420, pp. 35-46. Disponível em <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/420/Molina%20Moreno%20y%20Jime%CC%81nez%20Bastida.pdf>. Acessado em 18 mar 2024.
- NITI AAYOG - THE NATIONAL INSTITUTION FOR TRANSFORMING INDIA (2022). *Harnessing Green Hydrogen Opportunities for Deep Decarbonisation in India. Indian strategies documents and reports database*. Published on June 29, 2022. Disponível em https://www.niti.gov.in/sites/default/files/2022-06/Harnessing_Green_Hydrogen_V21_DIGITAL_29062022.pdf. Acessado em 3 jan 2024.
- NUNES, C. R. P. (2014). *Fundo de investimento com capital estrangeiro ou com investidor não residente no Brasil do século XXI: natureza, características e funcionalidade*. Rio de Janeiro: Mídia Jurídica.
- PELFINE, A.; FULQUET, Gastón (Coord.) (2015). *Los BRICS en la construcción de la multipolaridad ¿Reforma o adaptación? Serie SUR-SUR*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO; Nueva Delhi: Ideas; Ciudad del Cabo: Codesria; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Flacso. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20151110035930/Interior.pdf>. Acessado em 22 mar 2024
- PEREIRA NUNES, C. R., PINTO SILVA, C. B. (2018). "Discussão entre desenvolvimento econômico e a sustentabilidade no Brasil: projeto fábrica da JAC Motors." *Revista Interdisciplinar Do Direito - Faculdade De Direito De Valença*, 16(1), 91-103. Disponível em <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/view/484>. Acessado em 20 mar 2024.
- SENADO FEDERAL (2022). *Brazilian Sustainable Hydrogen Project of Law n. 725/2022*. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9096609&ts=1648597804854&disposition=inline>. Acessado em 7 jan 2024.
- TV DO SENADO FEDERAL (2023). *Comissão do hidrogênio verde faz audiência em Pecém, Ceará*. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/tv/programas/noticias-1/2023/06/comissao-do-hidrogenio-verde-faz-audiencia-em-pecem-no-ceara>. Acessado em 7 jul 2023.
- UN - UNITED NATIONS (2021). *Global Champions Announced for UN High-level Dialogue on Energy*. Published on September 12, 2021. Disponível em <https://www.un.org/en/desa/global-champions-announced-un-high-level-dialogue-energy>. Acessado em 1º jan 2024.

WORLD BANK (2022). *India Power Sector Database*. Disponível em <https://databank.worldbank.org/source/india-power-sector-review-database>. Acessado em 9 fev 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinário (2024), pp. 185-204
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Agronegócio e Arbitragem: uma análise acerca da ética do árbitro como principal fator para o sucesso da Arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural

Agribusiness and Arbitration: an analysis of the arbitrator's ethics as the main factor for successful Arbitration in Rural Lease agreements

Muriel Amaral Jacob¹

Fabício Muraro Novais²

Nycole Oliveira Dias³

Universidade de Rio Verde

Sumário: 1. Introdução. 2. Agronegócio, Contratos Agrários e Poder Judiciário. 3. Potencialidades da Arbitragem e sua utilização nos Contratos de Arrendamento Rural. 4. Da ética do árbitro como fator de sucesso da utilização da arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural. 5. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O estudo adota por tema Arbitragem nos Contratos Agrários, delimitando-se na ética do árbitro na resolução dos conflitos do Contrato de Arrendamento Rural, questionando-se como garantir o sucesso referente a utilização da arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural. Justifica-se pelas inúmeras vantagens que a

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP. Mestre em Direito pela UNIVEM - Marília/SP. Especialista em Direito Processual Civil. Professora da Universidade de Rio Verde (Faculdade de Direito) e Professora Permanente do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9420157848302360> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3937-8161>. E-mail: murieljacob@hotmail.com

² Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela USP - Largo São Francisco. Professor Adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento da Universidade de Rio Verde (UniRV). Ex-Assessor de Ministro Presidente do STF e de Ministra do STJ. Consultor Jurídico. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4254048439465264>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6367-530X>. E-mail: fabriciomuraro@uol.com.br

³ Mestranda em Direito do Agronegócio e Desenvolvimento na Universidade de Rio Verde. Graduada em Direito pela Universidade de Rio Verde. Pós Graduada em Direito do Agronegócio (EBRADI). Pós Graduada em Prática Penal Avançada (DAMÁSIO). Advogada. E-mail: nycoleodias@gmail.com

arbitragem pode oferecer ao Agronegócio, principalmente para os Contratos de Arrendamento Rural. Assim, a aplicação da arbitragem nesses modelos contratuais permitiria o contínuo desenvolvimento da atividade econômica com a diminuição da potencial litigiosidade. Objetiva estudar a ética do árbitro como fator primordial garantidor do sucesso quanto a utilização da arbitragem nestes tipos contratuais. A pesquisa é teórica de caráter exploratório, empregando revisão bibliográfica e método dedutivo. Não há óbice explícito nas legislações vigentes quanto ao uso da arbitragem nos contratos em comento, todavia, o instituto é pouco utilizado. Uma das formas de garantir sucesso, alargamento, confiabilidade de sua utilização é prezar pela conduta ética do árbitro, pois a falta da ética somado à falta de regras claras procedimentais, dificulta o desenvolvimento da arbitragem no Agronegócio, gerando confusões no procedimento, resultando em competições visando ganhos próprios dos árbitros.

Palabras clave: Agronegócio. Arbitragem. Arrendamento Rural.

Abstract: The subject of this study is Arbitration in Agricultural Contracts, focusing on the ethics of the arbitrator in resolving conflicts in Rural Lease Contracts, asking how to guarantee success in the use of arbitration in Rural Lease Contracts. It's justified by the countless advantages that arbitration can offer agribusiness, especially for Rural Lease Agreements. Thus, the application of arbitration in these contractual models would allow for the continued development of economic activity with a reduction in potential litigation. The objective's to study the ethics of the arbitrator as a key factor in ensuring the success of the use of arbitration in these types of contracts. The research is theoretical and exploratory in nature, using a literature review and the deductive method. There isn't explicit obstacle in current legislation to the use of arbitration in the contracts in question, however, the institute is little used. One of the ways of guaranteeing success, expansion and reliability in its use is to prioritize the ethical conduct of the arbitrator, because the lack of ethics, together with the lack of clear procedural rules, hinders the development of arbitration in agribusiness, generating confusion in the procedure, resulting in competitions aimed at the arbitrators' own gains.

Keywords: Agribusiness. Arbitration. Rural Lease.

1. Introdução

O estudo adota por tema Arbitragem nos Contratos Agrários, delimitando-se na ética do árbitro na resolução dos conflitos do Contrato de Arrendamento Rural. Partindo desta perspectiva, sucedeu-se o seguinte questionamento: como garantir o sucesso referente a utilização da arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural?

Neste sentido, observa-se que o Agronegócio evoluiu com passar dos anos, de maneira que tornou o seu conceito extremamente abrangente que concede importância a todos os participantes das cadeias, desde o pequeno produtor, até grandes empresas, uma vez que as atividades se complementam buscando maior produtividade e destinação adequada dos seus produtos.

Exatamente por se formalizar como um sistema complexo e envolver quantidade numerosa de pessoas em suas várias cadeias produtivas, é normal que surjam novos problemas, cada vez mais difíceis no setor do Agronegócio. Conflitos estes que para sua resolução demandam saberes especializados sobre o tema em questão, que muitas vezes fogem do conhecimento do magistrado.

Essas divergências são levadas ao Poder Judiciário para que sejam devidamente sanadas de maneira justa. Todavia, há uma falta de Justiça Especializada na via jurídica, existindo ainda o excesso de burocracia procedimental e morosidade do rito processual jurídico, que atrapalha o melhor desempenho das cadeias do Agronegócio.

Assim, a Arbitragem se mostra uma via interessante para solucionar conflitos oriundos dos Contratos Agrários, principalmente as divergências provenientes dos Contratos de Arrendamento Rural, isso porque esse modelo contratual permite aos agricultores acesso à terra para expandir suas atividades, resultando em maior produção, ao passo que estimula investimentos quanto a melhoria do terreno, empregando por exemplo infraestrutura de armazenamento, mais maquinários, bem como novos sistemas de irrigação, cumprindo dessa maneira a função social e otimizando a utilização da terra.

Dessa forma, a Arbitragem é relevante quanto a solução de conflitos oriundos dos Contratos de Arrendamento Rural, uma vez que se trata de um procedimento célere, sigiloso, flexível, que oferece decisões técnicas.

Nessa perspectiva, todos os conflitos que tratam de direitos patrimoniais disponíveis, podem ser resolvidos pela arbitragem, quando as partes forem capazes e não vulneráveis, uma vez que este estudo não se remete ao arrendatário hipossuficiente como aquele de quando o Estatuto da Terra fora criado, o trabalhador que direta e pessoalmente explora a terra contando somente com sua força braçal para o trabalho, ou com ajuda de sua família que reside com ele no imóvel rural, sem auxílio tecnológico.

Dessa forma, o uso da arbitragem para aquele não hipossuficiente, aquele em que se configura empresa rural, ou o próprio produtor da fazenda, mas que não trabalha de maneira isolada e que conta com conhecimento do engenheiro agrônomo, advogado, pessoas para gerenciar, administrar a fazenda. Para estes, que são os arrendatários de que trata esta pesquisa, não existe óbice nenhum quanto a instauração da arbitragem para solucionar os conflitos dos contratos de arrendamento rural.

Ademais, deve-se considerar ainda que para este tipo de arrendatário, que possui um novo contexto frente a evolução do Agronegócio, as normas estabelecidas como cláusulas obrigatórias para os Contratos de Arrendamento Rural, instituídas pelo Estatuto da Terra e Decreto nº 59.566/1966, foram consideradas defasadas, uma vez que não condiz mais com a atual realidade dos campos e da sociedade.

Por conseguinte, existem decisões do próprio Poder Judiciário, como será visto adiante, que admitem a validade contratual, ainda que estejam em desconformidade com as cláusulas impostas pelas legislações vigentes, analisada a não vulnerabilidade do arrendatário (não como aquele em se estabelecia quando o Estatuto da Terra fora criado), o costume local da época, o Princípio da Autonomia de Vontade das Partes e o *Pacta Sunt Servanda*.

Assim, por analogia, afirma-se que a decisão arbitral que admite a validade do contrato, ainda que este esteja contrária as legislações vigentes (Estatuto da Terra e Decreto nº 59.566/1966), diferente das cláusulas obrigatórias contidas na legislação, pode ser válida, considerando por óbvio, os mesmos requisitos que foram considerados pelo Poder Judiciário.

Posto isto, vários conflitos referentes aos contratos agrários, típicos (como o Contrato de Arrendamento Rural) ou atípicos, podem ser resolvidos pela arbitragem, pois de um lado existe a legislação arcaica, que regula os contratos típicos, e lado outro, há a falta de regulamentação contratual, reafirmando então a ideia de que de toda forma, exige-se do julgador uma especialização profunda no assunto, caracterizando mais uma vez a arbitragem como melhor caminho para sanar os problemas dos Contratos Agrários, uma vez que o árbitro pode ser um especialista no assunto em questão.

Apesar da possibilidade de a arbitragem ser utilizada para solucionar eventuais conflitos oriundos dos Contratos de Arrendamento Rural, além do fato da arbitragem oferecer diversas vantagens para o Agronegócio, na prática, essa utilização frequente não acontece, resultando no questionamento de como garantir o sucesso da arbitragem nos contratos de arrendamento rural.

Observa-se então a necessidade de se estudar a ética do árbitro frente as soluções de litígios nesses modelos contratuais, porque por um lado, as condutas

antiéticas dificultam o contínuo desenvolvimento da arbitragem em razão de gerar atrasos e confusões procedimentais, uma vez que se trata de um meio privado, que por diversas vezes deixa dúvidas referentes ao seu procedimento e regras aplicáveis, e por outro lado, pode haver por parte dos próprios participantes da câmara arbitral, o interesse em buscar reconhecimentos e ganhos próprios, resultando simplesmente em competições arbitrais.

Assim, para se garantir o sucesso da utilização do instituto o árbitro deve seguir os conceitos éticos na sua conduta, agindo sempre com imparcialidade, independência, diligência, discrição, competência, garantindo a transparência do procedimento, oferecendo segurança as partes envolvidas no conflito.

Para isto, o estudo tem como objetivo geral estudar a ética do árbitro como fator primordial que pode garantir o sucesso quanto a utilização da arbitragem nos contratos de arrendamento rural. Sendo os objetivos específicos: conceituar agronegócio e o relacionar com contratos agrários e Poder Judiciário; estudar arbitragem nos contratos de arrendamento rural; analisar a ética como principal fator para garantir o uso da arbitragem nos contratos de arrendamento rural.

Deste modo, a partir dos objetivos específicos, o presente estudo se dividiu em: Introdução; Agronegócio, Contratos Agrários e Poder Judiciário; Potencialidades da Arbitragem e sua utilização nos Contratos de Arrendamento Rural; Da ética do árbitro como fator de sucesso da utilização da Arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural; Considerações Finais.

A pesquisa é teórica de caráter exploratório, posto que reúne informações sobre a temática em análise. Faz uso da revisão bibliográfica, uma vez que parte das concepções de autores que retratam sobre o tema em artigos, periódicos, jurisprudências, doutrinas e legislações, sendo que para se concretizar o estudo, utilizou-se o método dedutivo, pois parte da norma geral para análise da realidade, nas suas particularidades.

2. Agronegócio, Contratos Agrários e Poder Judiciário

Sabe-se que o Brasil se destaca no Agronegócio, isso porque possui vantajosa capacidade produtiva, terras férteis, clima favorável, recursos hídricos e tecnologia de ponta que são aplicadas dentro e fora dos campos⁴.

Nesse sentido, pode-se afirmar que Agronegócio engloba toda atividade agrícola, pecuária, que parte desde o fornecimento de sementes, plantação, produção, acompanhamento da lavoura, colheita, armazenagem, comercialização, até a distribuição do produto final⁵.

Explica a Sociedade Nacional de Agricultura⁶ que o agronegócio é união de atividades que compreendem, a cadeia produtiva pecuária ou agrícola, na sua totalidade, podendo ser de maneira direta ou indireta. Dessa forma, o agronegócio abrange toda cadeia agroindustrial, se dividindo em: atividades antes da porteira (defensivos agrícolas, sementes, maquinários), dentro da porteira (agropecuária primária) e depois da porteira (distribuição e consumo dos produtos).

Dito isto, interessante ressaltar que um dos fatores que permite o contínuo funcionamento da atividade econômica, bem como interliga todos os participantes desta cadeia agroindustrial, são os contratos. Assim, o contrato se mostra como um importante instrumento para resguardar a segurança jurídica, uma vez que se reflete como um fundamental requisito para o desenvolvimento e ampliação dos negócios e organizações sociais⁷.

⁴ NOGUEIRA, M.; FRANCO, A. C.; PEREZ FILHO, A. M. "A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural", *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. e-ISSN: 2525-967. Jul/Dez. 2020. p. 81-96.

⁵ BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2018.

⁶ SOCIEDADE N. A. "A força da economia brasileira" *Sociedade Nacional de Agricultura*. Disponível em: < <https://www.sna.agr.br/agronegocio/>>. Acesso em: 07 nov. 2023.

⁷ BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2018.

Portanto, essa ferramenta se revela como base da economia do mercado, isso porque possibilita uma grande circulação de bens e riquezas⁸. Por essa perspectiva, os contatos agrários são indispensáveis para que a atividade agrária permaneça auferindo lucro, visto que registram acordos para o uso de imóvel rural, posse da terra⁹, para atividades rurais.

Estes podem se dividir em contratos típicos (quando possui amparo legal) e atípicos (contratos sem fundamentação legal, regulamento específico)¹⁰, sendo que o Contrato de Arrendamento Rural, se configura como uma modalidade típica, regulado pelo Estatuto da Terra, e pelo Decreto nº 59.566/1966.

Por este ângulo, esse modelo contratual é bem significativo para o Agronegócio, posto que possui como objeto principal, a terra. Ademais, permite aos agricultores acesso à terra para expandir suas atividades, resultando em maior produção, exigindo menor investimento em relação a compra de propriedade, estimulando investimentos quanto a melhoria do terreno, empregando infraestrutura de armazenamento, mais maquinários, bem como novos sistemas de irrigação, cumprindo dessa maneira a função social e otimizando a utilização da terra.

O Estatuto da Terra e o Decreto nº 59.566/1966, caracterizam como Contrato de Arrendamento Rural aquele contrato agrário onde uma pessoa cede a outra, o uso e gozo de imóvel rural, com o intuito que nele seja realizada atividade de exploração agrícola, agroindustrial, ou outras práticas, mas seja paga uma retribuição, aluguel da área¹¹.

Portanto, retomando ao conceito de Agronegócio, nota-se que este é bem amplo, permitindo a afirmação que nesse complexo setor, as atividades se complementam de maneira que tornam efetiva a busca de maior produtividade, destinação dos produtos de forma adequada, ao passo que oferecem valor a todos os participantes desse sistema, desde o pequeno trabalhador rural, até as grandes empresas.

Justamente por se tratar de um sistema tão complexo e por envolver grande número de atores em suas várias cadeias produtivas, é normal que surjam problemas referente as relações entre esses agentes do Agronegócio¹², que o mantem em pleno funcionamento. Desavenças essas que são direcionadas ao Poder Judiciário, no intuito de sanar os litígios e oferecer justiça as partes.

Não é novidade que o Judiciário, atualmente, encontra-se com excesso de demandas, que tornam essa via extremamente lenta, resultando em morosidade no trâmite processual, perda na qualidade da prestação jurisdicional e consequentemente, certa insatisfação das partes envolvidas pelo fato de não ter solucionado o conflito a contento. Dessa forma, a morosidade e excesso de burocracia na via judicial tornam-se fatores preocupantes, podendo-se afirmar então que o

⁸ WAMBIER, T. A. A. "Uma reflexão sobre as 'cláusulas gerais' do código civil de 2002". *Revista dos Tribunais*, n. 831, 2005, p.59-79.

⁹ QUERUBINI, A. *Desenvolvimento de contratos agrários – arrendamento e parcerias rurais*, Edifício Palácio do Comércio, Fedrasul, Porto Alegre: Rio Grande do Sul, 2011, 96 p.

¹⁰ FREDERICO, G. B. *Contratos Agrários*. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. 60 f. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/2f3b2995-ec8c-4d16-bc2e-70f727d356cd/content>. Acesso em 20 nov. 2023.

¹¹ BRASIL. Presidente da República. *Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966*. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. Brasília, 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm>. Acesso em: 22 nov. 2023.

¹² FEITOSA, M. "A Arbitragem no Agronegócio", *Revista Safra*, 2015. Disponível em: <revistasafra.com.br/a-arbitragem-no-agronegocio/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

sistema judicial se formaliza como um meio insuficiente para suprir os anseios do agronegócio em relação aos conflitos contratuais¹³.

Assim, devido à complexidade de negócios oriundos da evolução do Agronegócio, aliada a falta de justiça agrária especializada¹⁴, bem como morosidade do Poder Judiciário, torna-se interessante estudar a possibilidade de solucionar eventuais litígios ocasionados pelos contratos agrários através do meio alternativo de resolução de conflitos, mais especificamente, a Arbitragem.

3. Potencialidades da Arbitragem e sua utilização nos Contratos de Arrendamento Rural

A arbitragem se trata de uma forma de solução de conflitos heterocompositiva¹⁵ que é regulamentada pela Lei 9.307/1996 que determina que quando se tratar de direitos patrimoniais disponíveis e sendo a pessoa capaz de contratar, eventuais conflitos podem ser resolvidos por meio da arbitragem¹⁶.

Nesta forma de resolução de divergências, as partes elegem um ou mais árbitros que proferem decisões em relação ao conflito, possuindo a decisão, força de sentença judicial, uma vez que produz os mesmos efeitos como a sentença do Judiciário e constitui título executivo¹⁷.

Essas decisões arbitrais são mais céleres quando comparadas com as sentenças judiciais, isso porque as partes podem indicar prazo, sendo que na falta, a legislação prevê o prazo de 06 (seis) meses para ser emitida a sentença arbitral¹⁸, além disso, o procedimento é mais rápido, dado que contra sentença arbitral não há recursos¹⁹, podendo apenas as partes pedirem um esclarecimento da decisão.

Para o Agronegócio, é importante porque evita prejuízos originados por quebra de contrato da cadeia produtiva, perecimento do produto que fica armazenado, muitas vezes esperando a solução do conflito²⁰.

Ainda sobre o árbitro escolhido pelas partes, este deve funcionar como juiz, pois precisa ser estranho aos interesses das partes mesmo atuando fora da estrutura judiciária²¹, ser imparcial, podendo também ser um *expert* no assunto. Assim, as decisões são mais técnicas, isso porque as partes podem escolher um especialista no tema do conflito. Para o agronegócio é importante, pois como não há Justiça

¹³ FEITOSA, M. "A Arbitragem no Agronegócio", *Revista Safra*, 2015. Disponível em: <revistasafra.com.br/a-arbitragem-no-agronegocio/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

¹⁴ NOGUEIRA, M.; FRANCO, A. C.; PEREZ FILHO, A. M. "A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural", *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. e-ISSN: 2525-967. Jul/Dez. 2020. p. 81-96.

¹⁵ ANDRIGHI, F. N. *A ética e a segurança da arbitragem*. Porto Alegre, 1998. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://core.ac.uk/download/pdf/79069339.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

¹⁶ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 16 nov. 2023.

¹⁷ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 16 nov. 2023.

¹⁸ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 16 nov. 2023.

¹⁹ FERNANDES, M. V. T. d. C. *Anulação da sentença arbitral*, Ed. Atlas, São Paulo, 2007.

²⁰ NOGUEIRA, M.; FRANCO, A. C.; PEREZ FILHO, A. M. "A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural", *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. e-ISSN: 2525-967. Jul/Dez. 2020. p. 81-96.

²¹ BRAGA, R. B. *Teoria e Prática da Arbitragem*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2009.

Especializada²², um árbitro especialista no assunto pode oferecer uma maior chance de obter decisão mais justa, gerando segurança para todas as partes envolvidas²³.

Nota-se que a arbitragem está respaldada pelo Princípio da Autonomia das Partes, que representa, a possibilidade de ser instituído um autorregramento dos interesses do próprio indivíduo, em outras palavras, é para si mesmo, uma lei²⁴. Por conseguinte, observa-se que existe flexibilidade no procedimento, porque é oferecido as partes uma liberdade na forma de criar contratos nos que diz respeito ao conteúdo que será redigido, podendo ser inseridas no contrato, regras menos rígidas, forma da produção probatória, idioma escolhido, sendo as partes apenas limitadas pelos bons costumes e pelas normas de ordem pública²⁵.

Outro fator interessante, é a vantagem da confidencialidade que pode ser estipulada pelas partes. Evitando, então, constrangimentos, exposição ao público das pessoas e empresas envolvidas no conflito. Para o produtor, isso é de grande valia, porque sua reputação é importante e influencia no mercado econômico no que tange, por exemplo, aos preços dos produtos²⁶, quando o produtor vai vendê-los, ou quando vai comprar, sendo que as empresas podem elevar o preço ou mesmo nem vender para o produtor.

Ressalta-se que o instituto em estudo, só pode ser usado, quando acordado de modo voluntário entre as partes envolvidas no conflito. Ou seja, as partes devem inserir cláusula compromissória no contrato, antes mesmo de se existir algum problema, submetendo eventual divergência ao árbitro e não ao Poder Judiciário, ou firmarem compromisso arbitral, quando já existe determinada discórdia e as partes decidem que é melhor que este conflito seja solucionado por meio da arbitragem²⁷.

Visto as inúmeras vantagens oferecidas pela arbitragem ao Agronegócio, é interessante pontuar que existe dúvida quanto ao seu cabimento nos Contratos de Arrendamento Rural. Isso porque no artigo 1º da Lei nº 9.307/1996 diz que a arbitragem é cabível quando se tratar de litígios referente a direito patrimonial disponível²⁸, enquanto que o Estatuto da Terra e o Decreto nº 59.566/1966 estabeleceram regras de cunho obrigatórias, irrenunciáveis, ou seja, não disponíveis, que devem ser seguidas pelas partes, de maneira que tornam nulo o contrato que contrarie a legislação vigente²⁹.

Nesse sentido, as regras estabelecidas pela Lei 4.504/1964 dizem respeito aos prazos mínimos; direito a automática renovação contratual; preço e participações máximas pagas ao proprietário; direito de preferência na aquisição e renovação contratual e prorrogação de forma automática para ultimação da colheita³⁰.

Todavia, faz-se necessário analisar o contexto em que o Estatuto da Terra e o Decreto nº 59.566/1966 foram criados. Na década de 60, a realidade da sociedade

²² NOGUEIRA, M.; FRANCO, A. C.; PEREZ FILHO, A. M. "A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural", *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. e-ISSN: 2525-967. Jul/Dez. 2020. p. 81-96.

²³ FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. *Arbitragem*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2019.

²⁴ KANT, I. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad.L. d. Q.H.: Ed. Tecnoprint, 1975.

²⁵ DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. Ed. Saraiva, São Paulo, 2002.

²⁶ NOGUEIRA, M.; FRANCO, A. C.; PEREZ FILHO, A. M. "A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural", *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. e-ISSN: 2525-967. Jul/Dez. 2020. p. 81-96.

²⁷ PAIVA, M. d. C. M. d. *Tribunal arbitral e ética discursiva*. 2019. 126 f. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa PPGJA) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/27633>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

²⁸ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 16 nov. 2023.

²⁹ RIZZARDO, A. *Direito do agronegócio*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2018.

³⁰ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, 1964. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm>. Acesso em: 22 nov. 2023.

era diferente da atual. Assim, o Estatuto da Terra foi instituído, como resposta a pressão dos trabalhadores camponeses que tanto almejavam a reforma agrária. Logo, com advento da legislação, houve uma substituição da autonomia de vontade das partes em relação a liberdade de contratar, por um dirigismo estatal³¹.

O entendimento do legislador à época se compactuava na ideia de que o arrendatário era o lado mais fraco da relação contratual, aquele sempre hipossuficiente, que pega na enxada³² e fica no sol, trabalhando de forma direta e pessoal, contando apenas com ajuda da sua família que também reside no imóvel rural, sem auxílio de alta tecnologia. Objetivava o legislador então, impedir que o arrendante, ficasse impondo sua vontade sob o arrendatário. O Estado se viu na obrigação de intervir, simplesmente para proteger o ser humano que trabalhava nessas condições nas terras, garantindo efetividade quanto a utilização do imóvel rural³³.

Entretanto, a realidade dos arrendatários hoje se mostra diferente daquela protegida pelo Estatuto da Terra. O arrendatário de que este trabalho se trata, não diz respeito aquele vulnerável que vai trabalhar de maneira isolada na terra, sem recurso financeiro, sem nenhuma tecnologia. Atualmente, os arrendatários são pessoas que contam com a utilização de tecnologias avançadas, acompanhamento com engenheiros agrônomos, pessoas responsáveis pela logística e administração da fazenda, advogados que instruem nas decisões daquele produtor.

Não raras vezes, os arrendatários são até mesmo grandes empresas, empreendedores de referência, aqueles que investem demasiadamente na produção profissional, bem como na utilização adequada do solo. Percebe-se então que não se enquadram como vulneráveis, necessitados de proteção estatal como aqueles de que se trata o Estatuto da Terra, que exploram de forma direta e pessoal o solo³⁴.

Dessa maneira, se a justificativa do Estado para impor normas era a hipossuficiência do arrendatário, essa ideia para este tipo de arrendatário de que trata o presente estudo, já não se aplica mais, nota-se que o Estatuto da Terra e o Decreto nº 59.566/66, quando aplicadas nos dias atuais, para esses agentes, não cumprem mais a função de equilibrar a situação da relação comercial rural³⁵.

Afirma-se então que se seguida a literalidade das normas estar-se-á protegendo, na verdade, uma parte que na realidade é economicamente muito mais poderosa na relação contratual³⁶. Além disso, o fato de o direito não acompanhar a atual realidade da sociedade, impedindo muitas vezes a autonomia de vontade das partes, inviabiliza o contínuo crescimento econômico do setor do agronegócio, uma vez que os arrendatários encontram entraves na legislação que é extremamente

³¹ BARROS, W. P. *Curso de direito agrário – Doutrina, jurisprudência e exercícios*, 7. Ed Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2012.

³² SALLES, P. A. "Aspectos atuais do arrendamento rural: uma análise crítica". *Revista do Advogado: Direito do Agronegócio*, n. 134. 2017.

³³ SENN, A. V. P. "Os contratos agrários atípicos no cumprimento da função social do imóvel rural". 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc452d063a72e082>>. Acesso em 22 nov. 2023.

³⁴ BRASIL. Presidente da República. *Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966*. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. Brasília, 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm>. Acesso em: 22 nov. 2023.

³⁵ SALLES, P. A. "Aspectos atuais do arrendamento rural: uma análise crítica". *Revista do Advogado: Direito do Agronegócio*, n. 134. 2017.

³⁶ TRENTINI, F.; AGUIAR, C. C. d. "Contratos agrários típicos: releitura das normas do estatuto da terra à luz do contexto jurídico e econômico atual". In: MANIGLIA, Elisabete (org). 50 anos do Estatuto da Terra: 25 anos de Direito Agrário na Unesp. Ed. Cultura Acadêmica Editora, São Paulo, 2014.

protecionista³⁷. Logo, constata-se que a legislação agrária brasileira, quanto às regras do Contrato de Arrendamento Rural está ultrapassada.

Este é um primeiro ponto a se observar que evidencia, que se este arrendatário, de que trata esta pesquisa, não precisa de proteção estatal, não necessitaria de maneira obrigatória seguir a literalidade da legislação quanto as regras indisponíveis estabelecidas pelo Estatuto da Terra e pelo Decreto nº 59.566/1966. Tanto é verdade, que existem decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul³⁸, bem como do Tribunal de Justiça de Goiás³⁹ que optaram em seguir

³⁷ NOGUEIRA, M.; FRANCO, A. C.; PEREZ FILHO, A. M. "A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural", *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. e-ISSN: 2525-967. Jul/Dez. 2020. p. 81-96.

³⁸ Vide julgados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: apelação cível nº 70083913756. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS A EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ARRENDAMENTO RURAL. REMUNERAÇÃO PAGAMENTO EM SACAS. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. O preço ajustado observou a regra do artigo 17, do Decreto-Lei nº 59.566/66, ou seja, 15% do valor do valor da terra arrendada. A cláusula que fixa o preço do arrendamento em produto observa prática e costume, não podendo ser considerada como afronta ao artigo 18, parágrafo único, do decreto-lei referido. Precedentes. Não há pelo embargante insurgimento contra o inadimplemento e sequer demonstração de revisão do contrato, devendo o contrato de arrendamento ser considerado hígido. O art. 85, § 11 do CPC/15 estabelece que o Tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal. Sucumbência recursal reconhecida e honorários fixados em prol do procurador da parte embargada majorados. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. (TJ-RS - AC: 70083913756 RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Data de Julgamento: 28/05/2020, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: 08/09/2020. CONTRATOS AGRÁRIOS. AÇÃO DE CONHECIMENTO CONDENATÓRIA. ARRENDAMENTO RURAL. PAGAMENTO DO PREÇO. Não há razões para modificar a sentença, mormente levando em consideração que os costumes da região onde a sentença foi prolatada é de que o pagamento, em contratos dessa natureza, seja feito em sacas de soja. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70068294172, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 16/06/2016). (TJ-RS - AC: 70068294172 RS, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Data de Julgamento: 16/06/2016, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/06/2016)

³⁹DUPLA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL C/C REPARAÇÃO DE DANOS. INEXECUÇÃO CONTRATUAL DE AMBAS AS PARTES. CULPA RECÍPROCA. MULTA CONTRATUAL INDEVIDA. REPARAÇÃO DO SOLO PARA PLANTIO. ÔNUS DO ARRENDATÁRIO. FIXAÇÃO DO PREÇO DO ARRENDAMENTO EM PRODUTO. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO ANTECIPADO DE PARTE DA RENDA. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO DA REQUERIDA A DEVOLUÇÃO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DE SACAS DE SOJA PROPORCIONAL AO TEMPO USUFRUÍDO DO IMÓVEL ARRENDADO. BENFEITORIA INDENIZÁVEL NÃO CARACTERIZADA. LUCROS CESSANTES. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DANO MORAL INEXISTÊNCIA. PEDIDO CONTRAPOSTO. INDENIZAÇÃO PERDAS E DANOS. AUSÊNCIA COMPROVAÇÃO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PROPORCIONAL. 1. (...). 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. Em que pese o Decreto n. 59566/66 (Estatuto da Terra), em seu art. 18, parágrafo único, vede que os contratantes ajustem o preço do arrendamento rural em quantidade fixa de frutos ou produtos (ou de seu equivalente em dinheiro), certo é que os produtores costumam fixar o valor do preço em produtos, com base em princípios e nos usos e costumes da Região, de modo que a proibição mencionada, há de ser mitigada, frente à primazia da boa-fé contratual e os costumes regionais. 6. (...) 7. (...). 8. (...). 9. (...). 10. (...). 11. (...). 12 (...). APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS E DESPROVIDAS. (Apelação cível nº 0453141-17.2009, 4ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Goiás. Comarca de Cristalina. Relator Des.(a) Reinaldo Alves Ferreira. Acórdão: 20/03/2022. DJ de 20/03/2022).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ARRENDAMENTO RURAL. DISTRATO. PAGAMENTO POR SAFRAS DE SOJA (DECRETO-LEI Nº 59.566/66). NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. CONTRATO VÁLIDO. INÉPCIA DA INICIAL. DESCONFIGURADA. ANTECIPAÇÃO DE PARCELA VENCIDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. FUNDAMENTO AFASTADO. DECAIMENTO MÍNIMO DO PEDIDO (CPC 86 PARÁGRAFO ÚNICO). SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO INCIDÊNCIA. I-Tratando-se da alegação de inépcia da inicial, ante a previsão de cláusula contratual que prevê

a literalidade contratual, ainda que em desconformidade com a legislação, não tornando nulo o contrato, observado a não existência de partes vulneráveis (como a vulnerabilidade da época em que o Estatuto da Terra fora criado), o costume local da época, Princípio da Autonomia de Vontade das Partes, e o *Pacta Sunt Servanda*.⁴⁰

414243

Neste sentido, quando se avalia a normativa de um regramento deve-se considerar a sua origem, partindo do pressuposto que toda prescrição legal tem uma determinada finalidade e a regra precisa ser entendida de maneira que cumpra com seu objetivo⁴⁴. Assim, na década de 60, o Estatuto da Terra e o Decreto nº 59.566/1966 cumpriram com sua finalidade, protegendo aquele vulnerável que explorava de forma direta e pessoal as atividades da terra, aquele que contava somente com sua força de trabalho braçal.

Contudo, ao se analisar o contexto do arrendatário que trata este artigo, que não se refere aquele de quando o Estatuto fora criado, faz-se importante estudar as legislações como um todo e não de forma isolada.

Por essa linha de raciocínio, a utilização do instituto da arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural, diz respeito ao seu objeto principal. Sabe-se que o objeto principal desse modelo contratual é ceder terra. O fato de ceder a terra se caracteriza como direito disponível. Logo, para se analisar o contrato, deve-se levar em consideração o contexto geral dentro desse modelo contratual, analisando o fato de existem outros direitos que são disponíveis. Ademais, não existe nem no Estatuto

o preço do arrendamento rural em quantidade de produtos (soja), tem-se que a matéria em espeque é regida pelo Decreto-Lei nº 59.566/66 (art. 18), sendo que, à primeira vista, pode-se dizer que, in facto, configura-se inválida a cláusula que prevê o pagamento em safras de soja. II- Entretanto, ante recente posicionamento do STJ (REsp 1692763/MT), vê-se que, tendo vista o caráter costumeiro que a prática detém, é possível estabelecer uma mitigação frente ao ajuste do preço de arrendamento em quantidade fixa de frutos ou produtos, ou seu equivalente em dinheiro, em respeito ao *nemo potest venire contra factum proprium*, à boa-fé contratual e ao princípio da confiança. III- (...). IV- (...). V- (...). APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. (Apelação Cível nº: 5061250-03.2019.8.09.0051, 1ª Câmara Cível. Tribunal de Justiça de Goiás. Comarca de Goiânia. Relator Des.(a). Luiz Eduardo de Sousa. Acórdão: 11/05/2020) DJ de 11/05/2020).

⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70083913756*. Apelante: Enildo Rosa Cortes. Apelado: Elzira Miguel Cruzeiro. Relator: Des. Eduardo João Lima Costa. Porto Alegre, 21 de maio de 2020. Decisão n. 70083913756. Data de julgamento: 28/05/2020, décima nona Câmara Cível, Data de Publicação: 28/09/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/923066794>>. Acesso em: 17 set. 2023.

⁴¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70068294172*. Apelante: Dirlei Maria Gorgen Guareschi. Apelado: Vasmir Cavol. Relator: Des. Voltaire de Lima Moraes. Porto Alegre, 16 de junho de 2016. Decisão n. 70068294172. Data de julgamento: 16/06/2016, décima nona Câmara Cível, Data de Publicação: 20/06/2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/351950689/inteiro-teor-351950709>>. Acesso em: 17 set. 2023.

⁴² GOIÁS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 0453141-17.2009.8.09.0036*. Apelante: Garotti Construtora e Agropecuária Ltda. Apelado: Márcio José Straccia e outra. Relator: Des. Reinaldo Alves Ferreira., 20 de março de 2022. Data de Julgamento: 20/03/2022, quarta Câmara Cível; Data da Publicação: 20/03/2022. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=182557104&hash=232021228213289034550292949615071131162&CodigoVerificacao=true>. Acesso em 05 abr. 2024.

⁴³ GOIÁS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 5061250-03.2019.8.09.0051*. Apelante: Daniel Franciosi. Apelado: Espólio de Zuleika Oliva Oliveira. Relator Des. Luiz Eduardo de Sousa, 11 de maio de 2020. Data de Julgamento: 11/05/2020, primeira Câmara Cível; Data da Publicação: 11/05/2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=121692754&hash=151574654951801432686261496123379735084&CodigoVerificacao=true>. Acesso em 05 abr. 2024.

⁴⁴ TIBALDI, S. D.; SILVA, V. F. S. "O contrato de arrendamento rural e a fixação do preço em produtos: validade da cláusula como resultado da interpretação sistemática e teleológica do microsistema legislativo agrário". *Revista Brasileira de Direito Civil RBDCivil*, n. 02, 2020.

da Terra, nem no Decreto nº 59.566/1966, ou qualquer outra legislação, proibição expressa da utilização da arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural⁴⁵. Portanto, por todos esses motivos, não existe dúvidas de que a arbitragem é cabível nos Contratos de Arrendamento Rural.

Dessa forma, pode-se até afirmar que uma decisão arbitral referente ao Contrato de Arrendamento Rural, inclusive contrária ao disposto como cláusulas obrigatórias pela legislação, pode ser válida, por analogia, já que o próprio Poder Judiciário já vem considerando válido o contrato que possui disposições contrárias ao previsto pelo Estatuto da Terra e pelo Decreto nº 59.566/1966, se analisado todo esse contexto de não vulnerabilidade do arrendatário (não como aquele em se estabelecia quando o Estatuto da Terra fora criado), o costume local da época, Princípio da Autonomia de Vontade das Partes e o *Pacta Sunt Servanda*.

Dito tudo isso, pode-se consolidar a concepção de que diversos conflitos referentes aos contratos agrários (típicos ou atípicos) podem ser resolvidos pela arbitragem, até porque de um lado, tem-se uma legislação arcaica, que regula os contratos típicos, por exemplo o Contrato de Arrendamento Rural e por outro, existe a falta de regulamentação específica sobre o tema, percebe-se então que de toda forma, exige-se do julgador uma especialização profunda no assunto, que nem sempre é oferecida pelos magistrados⁴⁶, mostrando a Arbitragem um meio mais vantajoso para sanar esses conflitos oriundos dos contratos agrários, principalmente para resolver divergências geradas pelos Contratos de Arrendamento Rural, posto que o árbitro pode ser um especialista no tema em questão.

4. Da ética do árbitro como fator de sucesso da utilização da arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural

A arbitragem pode ser utilizada como meio de resolução de diversos conflitos no âmbito do Agronegócio, como divergências oriundas de contratos de compra e venda de insumos; condomínios rurais; financiamento rural; contratos para criação de gado⁴⁷; e como já explicado anteriormente, o instituto pode ser usado para solucionar eventuais desavenças oriundas dos contratos de arrendamento rural.

Todavia, Helena Maria Bezerra Ramos⁴⁸, esclarece que apesar de haver validade da cláusula arbitral nos Contratos de Arrendamento Rural, na prática, o instituto nesse modelo contratual não é muito utilizado. Nesse sentido, destaca Fátima Nancy Andrichi⁴⁹ que o sucesso da arbitragem se sujeita a qualidade ética, isto é, moral do árbitro, uma vez que a decisão por ele proferida, de forma justa, garante a segurança, credibilidade das pessoas em relação a eficácia do instituto da arbitragem como meio alternativo para dirimir problemas.

⁴⁵ FERREIRA, R. M.; MARTINS, P. A. R. "As potencialidades da arbitragem em contratos relacionados ao agronegócio no centro-oeste brasileiro". *Cadernos de Direito Actual*, n. 12, 2019, p. 304-326.

⁴⁶ NOGUEIRA, M.; FRANCO, A. C.; PEREZ FILHO, A. M. "A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural", *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. e-ISSN: 2525-967. Jul/Dez. 2020. p. 81-96.

⁴⁷ COELHO, D. H. D.; CORRÊA, C. B.; HANSEN, G. L. "Mediação e Arbitragem na resolução de conflitos sobre preços dos contratos de parceria empresariais no Agronegócio". *Research, Society and Development*, n. 3, p. e53110313356, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i3.13356.

⁴⁸ RAMOS, H. M. B. "Contrato de arrendamento rural". 2008. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/8201>>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁴⁹ ANDRIGHI, F. N. *A ética e a segurança da arbitragem*. Porto Alegre, 1998. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://core.ac.uk/download/pdf/79069339.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

Em consonância com este entendimento, José Emilio Nunes Pinto⁵⁰ afirma que conforme a sociedade for entendendo que a conduta do árbitro se estabelece como principal fator para garantir o sucesso da arbitragem, mais a arbitragem será utilizada, por isso existe a necessidade de se estudar a ética neste procedimento, inclusive no agronegócio, nos Contratos de Arrendamento Rural.

Neste sentido, o triunfo da arbitragem depende da pessoa do árbitro, uma vez que as partes depositaram sua confiança para que seja sanado o problema. Associa-se, assim, com a sua conduta ética, valores e boa gestão, devendo cuidar sempre da integridade do instituto da arbitragem⁵¹.

Eduardo Grebler⁵² destaca que a ideia de ética na arbitragem sujeita-se diretamente ao árbitro, isso porque ele possui o poder de decisão sobre o litígio de maneira que seu comportamento pode impactar profundamente o resultado da arbitragem, não deixando de lado, principalmente o fato de que este instituto não possui métodos de controle correicional, nem mesmo instância recursal. Observa-se então que o controle da figura do árbitro fica à mercê da própria pessoa intitulada para esta função, isto é, do árbitro, bem como das partes.

Marcella da Costa Moreira de Paiva⁵³ ainda vai além e declara que a arbitragem não é imune a violações éticas não só por parte dos árbitros, mas pela instituição arbitral e de todos os envolvidos no procedimento.

Por se tratar de um meio privado, muitas vezes não deixa claro o seu procedimento. Hermes Marcelo Huck⁵⁴ aponta como fator que desestimulam o uso do instituto, as manobras antiéticas que atrapalham o perfeito curso da arbitragem, simplesmente para tentar retardar o procedimento, ou gerar confusão no árbitro ou nas outras partes para se esquivar do processo.

Já Marcella da Costa Moreira Paiva e Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro⁵⁵ apontam como desestímulo da arbitragem a visão dos árbitros de que este instituto é mercado, isto é, para alcançar seus próprios interesses e ganhar reconhecimento trata a arbitragem como mercado, resultando em competições e concorrências desleais realizadas entre os participantes dentro das próprias câmaras arbitrais.

Apontam também como desestímulo quanto ao uso da arbitragem, a incompreensão da falta de soberania em relação a comunidade arbitral, bem como a ausência de clareza no que diz respeito as variadas regras aplicáveis sobre o tema⁵⁶. Para Eduardo Grebler⁵⁷ a Lei de Arbitragem no Brasil é praticamente lacônica em relação à conduta dos árbitros.

Lauro Gama Junior⁵⁸ defende que o árbitro deve trabalhar de forma rápida, todavia, precisa ter cautela para que seu trabalho tenha a devida qualidade que é

⁵⁰ PINTO, J. E. N. "A importância da ética na arbitragem". *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, n. 175, Teresina, ano 8, 28 dez. 2003.

⁵¹ GAMA JUNIOR, L. "Realidade e Desafios de Ser Árbitro no Brasil". *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 11 (Edição 42), 7-14, DOI: 10.54648/RBA2014016, 2014.

⁵² GREBLER, E. "A Ética dos Árbitros". *Revista Brasileira de Arbitragem*. Vol. 10 (Edição 40), 72-77, DOI: 10.54648/RBA2013072. 2013.

⁵³ PAIVA, M. d. C. M. d. *Tribunal arbitral e ética discursiva*. 2019. 126 f. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa PPGJA) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/27633>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

⁵⁴ HUCK, H. M. "As táticas de guerrilha na arbitragem". In: CARMONA, C. A.; LEMES, S. F.; MARTINS, P. B. (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petronio R. Muniz. Ed. Atlas, São Paulo, 2017, pp. 311-316.

⁵⁵ PAIVA, M. d. C. M. d.; PAUSEIRO, S. G. d. M. "Ética na Arbitragem". *Revista Controvérsia*. Peer Reviewed Journal. ISSN: 1577-4090. 2019.

⁵⁶ PAIVA, M. d. C. M. d.; PAUSEIRO, S. G. d. M. "Ética na Arbitragem". *Revista Controvérsia*. Peer Reviewed Journal. ISSN: 1577-4090. 2019.

⁵⁷ GREBLER, E. "A Ética dos Árbitros". *Revista Brasileira de Arbitragem*. Vol. 10 (Edição 40), 72-77, DOI: 10.54648/RBA2013072. 2013.

⁵⁸ GAMA JUNIOR, L. "Realidade e Desafios de Ser Árbitro no Brasil". *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 11 (Edição 42), 7-14, DOI: 10.54648/RBA2014016, 2014.

almejada pelas partes, obrigando-se, dessa forma a proferir sentença dentro do prazo estipulado, além de estar perfeitamente fundamentada para que seja válida, bem como exequível, de maneira que tenha o menor custo para os envolvidos no litígio.

Destaca-se que a *International Bar Association* – IBA, instituiu em 1956 o *International Code of Ethics*, uma espécie de introdução ao Código de Ética direcionado aos árbitros do IBA para que sejam imparciais, independente, diligente, competente e discreto⁵⁹.

Por conseguinte, a Lei 9.307/1996 recomenda alguns padrões éticos referente ao comportamento dos árbitros no Brasil. Para isso, estabeleceu no artigo 13, parágrafo 6º, princípios que devem nortear a conduta arbitral, como o dever do árbitro de agir com imparcialidade, competência, discrição, independência e diligência⁶⁰.

A imparcialidade também é encontrada no artigo 21, parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal, que leciona no sentido de que mesmo que seja um procedimento arbitral, deve ser respeitado os demais princípios básicos de um processo, como contraditório, da imparcialidade e livre convencimento do árbitro e da igualdade entre as partes⁶¹.

Tanto a imparcialidade quanto a independência dizem respeito ao distanciamento, falta de relação entre todos os envolvidos, isto é, as partes, o árbitro, os advogados não podem ter nenhum tipo de relação que pode ser capaz de influenciar na decisão do árbitro⁶².

Todavia, a imparcialidade, se define mais para o lado subjetivo, como o árbitro estar contra ou a favor de um dos lados conflitantes⁶³, não favorecer ou ter preferência de um lado dos interessados. Não pode ser confundida com a neutralidade, visto que esta diz respeito a inexistência de influência sobre o árbitro, o que seria impossível já que os seres humanos são moldados em crenças, convicções íntimas, experiência de vida, valores, dentre outros tipos de influências, sendo inviável que se exija o abandono destas convicções⁶⁴. Assim, o árbitro pode mantê-las, desde que permaneça imparcial e independente.

Enquanto que a independência relaciona-se a falta de qualquer vínculo que torne o árbitro subordinado a uma das partes conflitantes, de maneira que ele beneficie uma parte, justamente por conta desta submissão⁶⁵, relaciona-se ao lado mais objetivo. Assim, o árbitro deve decidir baseado nas provas que são apresentadas no decorrer do processo arbitral⁶⁶.

⁵⁹ ANDRIGHI, F. N. *A ética e a segurança da arbitragem*. Porto Alegre, 1998. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://core.ac.uk/download/pdf/79069339.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁶⁰ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 16 nov. 2023.

⁶¹ BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 16 nov. 2023.

⁶² PAIVA, M. d. C. M. d.; PAUSEIRO, S. G. d. M. "Ética na Arbitragem". *Revista Controvérsia*. Peer Reviewed Journal. ISSN: 1577-4090. 2019.

⁶³ MUNIZ, J. d. P. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*, Ed. Juruá, Curitiba, 2017.

⁶⁴ COUTO, J. V. *Árbitro e estado: interesses divergentes?* Ed. Atlas, São Paulo, 2010.

⁶⁵ PAIVA, M. d. C. M. d.; PAUSEIRO, S. G. d. M. "Ética na Arbitragem". *Revista Controvérsia*. Peer Reviewed Journal. ISSN: 1577-4090. 2019.

⁶⁶ LEMES, S. F. 21. "O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador", *Revista de Arbitragem e Mediação*. 2016.

Explica Leonardo Beraldo⁶⁷ que o fator da independência dever ser observado sob dois pontos de vista, o primeiro diz respeito a liberdade que possui o árbitro de decisão do litígio, sendo ela sempre muito bem fundamentada; em segundo, o árbitro deve se encontrar independente politicamente, economicamente, moralmente, socialmente e profissionalmente de qualquer uma das partes.

Sabe-se que existem diferenças entre juízes e árbitros, todavia, há inúmeras semelhanças, razão essa que se aplica aos árbitros, ao que couber, causas de impedimentos e suspeição elencadas nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil⁶⁸.

Por haver inúmeras semelhanças entre juízes e árbitros, inclusive por serem os árbitros equiparados a funcionários públicos, sendo possível inclusive, responder por crimes exclusivos desta classe, tem-se a ideia equivocada de que o árbitro é juiz de fato e direito. Todavia, deve-se deixar claro que os árbitros não usufruem de prerrogativas características do magistrado. Assim, os árbitros não são juízes, certo é afirmar que “estão juízes”, enquanto durar o procedimento da arbitragem na solução do conflito, sendo um estado meramente transitório⁶⁹.

Por conseguinte, esclarecido que o árbitro se encontra na função de juiz naquele procedimento, necessário faz elucidar o papel importante das partes em informar para os árbitros caso exista questões em que fizeram parte em conjunto com a pessoa do árbitro em sociedade, para que o árbitro verifique se existe questões que o impeça de ser imparcial e independente⁷⁰.

Dessa maneira, o árbitro também deve revelar, limitado a sua consciência e convicção, qualquer fato que cause desconforto ético a ele. Deve informar e esclarecer as partes se existe alguma circunstância que possa obstruir sua independência ou imparcialidade, devendo o árbitro, antes mesmo de aceitar sua nomeação, já comunicar as partes, para que elas decidam se aceitam ou o rejeitam como árbitro⁷¹.

Em relação a imparcialidade, independência e dever de revelação, a *International Bar Association* – IBA, estipulou algumas diretrizes, para direcionar os árbitros quanto a sua interferência da sua conduta na resolução da lide, dividindo em listas vermelha, laranja e verde⁷².

Explica Joaquim de Paiva Muniz⁷³ que a lista vermelha demonstra um conflito de interesse evidente, que precisa ser revelado tanto pelas partes quanto pelo próprio árbitro, resultando na possibilidade de sua substituição. Essa lista se divide ainda em dois critérios, aquelas em que as partes sabem do ocorrido, mas optam por manter o árbitro, e aquelas em que o árbitro deve ser substituído mesmo não sendo esta a vontade das partes.

A lista laranja diz respeito aquelas situações em que podem gerar dúvidas justificadas quanto a imparcialidade e a independência do árbitro, que são reveladas, mas não houve objeção das partes no devido tempo, logo não acarretariam de forma obrigatória sua substituição. Enquanto a lista verde se trata de fatos que não se identificam como conflito de interesse, que a princípio nem mesmo precisariam ser

⁶⁷ BERALDO, L. d. F. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. Ed. Atlas, São Paulo, 2014.

⁶⁸ ANDRIGHI, F. N. *A ética e a segurança da arbitragem*. Porto Alegre, 1998. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://core.ac.uk/download/pdf/79069339.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

⁶⁹ GAMA JUNIOR, L. “Realidade e Desafios de Ser Árbitro no Brasil”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Vol. 11 (Edição 42), 7-14, DOI: 10.54648/RBA2014016, 2014.

⁷⁰ LEMES, S. F. 21. “O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador”, *Revista de Arbitragem e Mediação*. 2016.

⁷¹ PINTO, J. E. N. “A importância da ética na arbitragem”. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, n. 175, Teresina, ano 8, 28 dez. 2003.

⁷² MUNIZ, J. d. P. *Introdução à Arbitragem: coletânea de artigos*. Rio de Janeiro, 2020.

⁷³ MUNIZ, J. d. P. *Introdução à Arbitragem: coletânea de artigos*. Rio de Janeiro, 2020.

reveladas, mas se revela para não gerar dúvidas quanto ao impedimento do árbitro por falta de imparcialidade ou independência⁷⁴.

Quanto ao Princípio da Competência, há de se ponderar que refere-se a habilidades profissionais e jurídicas que possui o árbitro para a solução do problema a ele submetido⁷⁵. Quanto a jurídica, como já explicado, o árbitro não pode estar suspeito ou impedido de proferir decisão arbitral. Lado outro, deve o árbitro ter competência profissional, conhecimento técnico, especialista na área, isto é, ter conhecimento suficiente para decidir uma questão a ele submetida⁷⁶.

Nota-se assim que este fato oferece mais segurança as partes, ao passo que fornece possibilidade de maior chance de sucesso da arbitragem quanto a resolução de conflitos no Agronegócio, principalmente em relação a solução dos conflitos oriundos dos Contratos de Arrendamento Rural.

O Princípio da Discrição, relaciona-se a ideia de sigilo por parte do árbitro. Isto é, não revelar dados, opiniões, explicações, importantes informações sobre eventuais arbitragens que tenha sido árbitro⁷⁷. Este princípio não se confunde com a vantagem de confidencialidade estipulada pelas partes, uma vez que fica a critério das partes instituir ou não a confidencialidade, logo, nem sempre a confidencialidade estará presente na arbitragem, como por exemplo quando se tratar de arbitragem pública⁷⁸.

Todavia, ressalta-se a importância tanto desta característica de confidencialidade, quanto a conduta de discrição do árbitro para o produtor nos Contratos de Arrendamento Rural, visto que evita-se constrangimentos, exposição ao público sobre os problemas enfrentados pelo arrendatário e arrendante, até porque a reputação de ambos é importante tanto para conseguir ceder de forma onerosa a terra a outros, quanto para o arrendatário que precisa manter sua boa imagem para conseguir arrendar outras terras, ou comprar e vender produtos a preço do mercado⁷⁹.

Já o Princípio da Diligência, concerne a responsabilidade que tem o árbitro de sempre se comprometer na melhor resolução dos conflitos a ele impostos⁸⁰. É o dever constante do árbitro em se dedicar durante todo o procedimento arbitral, considerando o tempo que foi solicitado e o conhecimento que possui⁸¹. Precisa estar comprometido com a busca da verdade, ter tempo disponível para solucionar o litígio no prazo estabelecido, agir sempre com cuidado no que diz respeito às custas do processo arbitral, para que se evite onerar de forma prejudicial as partes.

Nota-se então que a Arbitragem é um método privado, alternativo de solução de controvérsias que oferece inúmeras vantagens para o Agronegócio, principalmente na resolução dos conflitos contratuais. Apesar de oferecer tantas vantagens, o instituto não é pouco utilizado na prática, principalmente nos Contratos De Arrendamento Rural. Todavia, o sucesso da arbitragem quanto a resolução de problemas nesses modelos contratuais, se deve principalmente à conduta ética do árbitro, que deve se ver livre de práticas antiéticas, agindo sempre com imparcialidade, independência, discrição, diligência, ter competência jurídica e

⁷⁴ GREBLER, E. "A Ética dos Árbitros". *Revista Brasileira de Arbitragem*. Vol. 10 (Edição 40), 72-77, DOI: 10.54648/RBA2013072. 2013.

⁷⁵ COUTO, J. V. *Arbitro e estado: interesses divergentes?* Ed. Atlas, São Paulo, 2010.

⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, Ed. Atlas, São Paulo, 2009.

⁷⁷ MUNIZ, J. d. P. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*, Ed. Juruá, Curitiba, 2017.

⁷⁸ PAIVA, M. d. C. M. d. *Tribunal arbitral e ética discursiva*. 2019. 126 f. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa PPGJA) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/27633>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

⁷⁹ NOGUEIRA, M.; FRANCO, A. C.; PEREZ FILHO, A. M. "A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural", *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. e-ISSN: 2525-967. Jul/Dez. 2020. p. 81-96.

⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*, Ed. Atlas, São Paulo, 2009.

⁸¹ MUNIZ, J. d. P. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*, Ed. Juruá, Curitiba, 2017.

profissional, revelando o que achar necessário as partes, garantindo total transparência do procedimento.

5. Considerações Finais

O Agronegócio evoluiu com o passar do tempo, de maneira que tornou se conceito extremamente abrangente, que abarca desde o fornecimento das sementes até a comercialização dos produtos. Por essa perspectiva, as atividades se complementam de modo que tornam efetiva a busca pela maior produtividade e destinação adequada dos produtos, ao passo que concede valor a todos os participantes desse sistema, desde o pequeno produtor rural, até as grandes empresas.

É justamente por se tratar de um sistema complexo, que por óbvio envolve grande números de atores em suas várias cadeias produtivas, que é normal o surgimento de diversos problemas referentes as relações que vão se formando no setor do Agronegócio. Essas desavenças são direcionadas ao Poder Judiciário, no intuito de que seja sanado os litígios e oferecido justiça para as partes.

Contudo, devido à essa evolução do Agronegócio, novos negócios mais complexos foram surgindo e com isso, problemas que exigem alto conhecimento relacionado à área foram se intensificando. Nesse sentido, a falta de Justiça Especializada, somada a morosidade e excesso de burocracia do Poder Judiciário, torna a Arbitragem um caminho interessante para solucionar problemas oriundos dos Contratos Agrários, principalmente do Contrato de Arrendamento Rural, uma vez que é um procedimento célere, flexível, sigiloso, que oferece decisões técnicas.

Sempre que se tratar de direitos patrimoniais disponíveis, a Arbitragem pode ser utilizada. Analisando por esse caminho, o instituto pode ser empregado quando as partes não forem vulneráveis, e o arrendatário não se estabelecer como aquele de quando o Estatuto da Terra foi criado, uma vez que para as normas obrigatórias estipulas pelo Estatuto da Terra e o pelo Decreto nº 59.566/1966, foram consideradas ultrapassadas para atual realidade do arrendatário.

Ressalta-se que esta pesquisa trata daquele arrendatário que se formaliza como empresa rural, ou até mesmo produtor rural mas que utiliza tecnologia avançada, conta com ajuda de engenheiro agrônomo, pessoas responsáveis pela administração e logística da fazenda, não se configurando como vulneráveis da relação contratual.

Dito isto, a dúvida quanto à possibilidade de utilização da arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural, justificada na ideia de que este modelo contratual prevê direitos indisponíveis e que por isso, não poderia a arbitragem solucionar os conflitos oriundos destes contratos, cai por terra, primeiramente porque houve a mudança do atual contexto do arrendatário conforme defende este trabalho, e segundo porque não há nenhuma proibição expressa quanto a utilização da arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural, reafirmando, portanto, a possibilidade de uso nesses contratos.

Além disso, o Contrato de Arrendamento Rural, deve ser analisado na sua totalidade, e este possui outros direitos disponíveis, o fato de ceder terra, inclusive, se configura como um direito disponível, logo, não existe nenhum embaraço quanto à sua utilização nesse modelo contratual.

Dessa forma, afirma-se que a decisão arbitral, inclusive contrária a legislação no sentido de que decide por manter válido o contrato que contenha cláusulas obrigatórias diferentes das estipuladas pela Lei 4.504/1964 e pelo Decreto nº 59.566/1966, pode ser válida, por analogia, já que o próprio Poder Judiciário já vem considerando o Contrato de Arrendamento Rural válido ainda que contrário ao previsto na legislação, se analisado todo contexto de não vulnerabilidade do arrendatário (não como aquele em se estabelecia quando o Estatuto da Terra fora criado), o costume local da época, Princípio da Autonomia de Vontade das Partes, e o *Pacta Sunt Servanda*.

Com o estudo, então, foi possível observar que diversos conflitos referentes aos contratos agrários, sendo típicos ou atípicos, podem ser resolvidos pela arbitragem, isso porque de uma lado, existe a legislação arcaica, que regula os contratos típicos, e de outro, a falta de regulamentação contratual, reafirmando a ideia de que de uma forma ou de outra, exige-se do julgador uma especialização profunda no assunto, caracterizando mais uma vez a arbitragem como melhor caminho para sanar os problemas dos Contratos Agrários, posto que o árbitro pode ser um especialista no assunto em questão.

Todavia, foi possível observar que apesar da arbitragem oferecer inúmeras vantagens para o Agronegócio, e ser aceita a utilização do instituto nos Contratos de Arrendamento Rural, na prática, isso não acontece. Afirma-se então, que o sucesso da arbitragem quanto a resolução de problemas nesses modelos contratuais, se deve principalmente à conduta ética do árbitro, que deve se ver livre de práticas antiéticas já que ao se comportar desta forma acaba que dificulta o contínuo desenvolvimento da arbitragem, gerando atrasos e confusões procedimentais, uma vez que a arbitragem se trata de um meio privado, que não raras vezes deixa dúvidas quanto ao seu procedimento e regras aplicáveis.

Além disto, a falta de ética dos árbitros, pode resultar em competições arbitrais, sendo que o próprio árbitro busca apenas reconhecimento e ganhos próprios, contribuindo desta forma para que a arbitragem não logre êxito, isto é, não tenha sucesso quanto a sua utilização no Agronegócio.

Portanto, deve o árbitro agir sempre com imparcialidade, independência, discrição, diligência, ter competência jurídica e profissional, revelando o que achar necessário as partes, garantindo total transparência do procedimento, oferecendo desta forma, segurança as partes conflitantes, ao passo que provoca estímulo ao uso da arbitragem nos Contratos de Arrendamento Rural.

Referências

- ANDRIGHI, F. N. *A ética e a segurança da arbitragem*. Porto Alegre, 1998. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://core.ac.uk/download/pdf/79069339.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- BARROS, W. P. *Curso de direito agrário – Doutrina, jurisprudência e exercícios*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. vol. 1.
- BERALDO, L. d. F. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BRAGA, R. B. *Teoria e Prática da Arbitragem*. Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2009.
- BRASIL. Presidente da República. *Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966*. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República, 1966. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Dispõe sobre Estatuto da Terra, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- BRASIL. Presidente da República. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 16 nov. 2023.
- BURANELLO, R. *Manual do direito do agronegócio*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

- CARMONA, C. A. *Arbitragem e Processo*. Ed. Atlas, São Paulo, 2009.
- COELHO, D. H. D.; CORRÊA, C. B.; HANSEN, G. L. *Mediação e Arbitragem na resolução de conflitos sobre preços dos contratos de parceria empresariais no Agronegócio*. Research, Society and Development, [S. l.], v. 10, n. 3, p. e53110313356, 2021. DOI: 10.33448/rsd-v10i3.13356. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/13356>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- COUTO, J. V. *Arbitro e estado: interesses divergentes?* Atlas, São Paulo, 2010.
- DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.
- FEITOSA, M. *A Arbitragem no Agronegócio*. 2015. Disponível em: [<revistasafra.com.br/a-arbitragem-no-agronegocio/>](http://revistasafra.com.br/a-arbitragem-no-agronegocio/). Acesso em: 10 nov. 2023.
- FREDERICO, G. B. *Contratos Agrários*. 2019. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgklclefindmkaj/https://adelpha-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/2f3b2995-ec8c-4d16-bc2e-70f727d356cd/content>. Acesso em 20 nov. 2023.
- FERNANDES, M. V. T. d. C. *Anulação da sentença arbitral*. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERREIRA, R. M.; MARTINS, P. A. R. *As potencialidades da arbitragem em contratos relacionados ao agronegócio no centro-oeste brasileiro*. Cadernos de Direito Actual. [s. l.], n. 12, p. 304-326, 2019. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/430>. Acesso em: 17 nov. 2023.
- FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. *Arbitragem*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GAMA JUNIOR, L. *Realidade e Desafios de Ser Árbitro no Brasil*. Revista Brasileira de Arbitragem. 2014. Vol. 11 (Edição 42), 7-14. DOI: 10.54648/RBA2014016. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/11.42/RBA2014016>. Acesso em 28 mar. 2024.
- GOIÁS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 0453141-17.2009.8.09.0036*. Apelante: Garotti Construtora e Agropecuária Ltda. Apelado: Márcio José Straccia e outra. Relator: Des. Reinaldo Alves Ferreira., 20 de março de 2022. Data de Julgamento: 20/03/2022, quarta Câmara Cível; Data da Publicação: 20/03/2022. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgklclefindmkaj/https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=182557104&hash=232021228213289034550292949615071131162&CodigoVerificacao=true. Acesso em 05 abr. 2024.
- GOIÁS. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 5061250-03.2019.8.09.0051*. Apelante: Daniel Franciosi. Apelado: Espólio de Zuleika Oliva Oliveira. Relator Des. Luiz Eduardo de Sousa, 11 de maio de 2020. Data de Julgamento: 11/05/2020, primeira Câmara Cível; Data da Publicação: 11/05/2020. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgklclefindmkaj/https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=121692754&hash=151574654951801432686261496123379735084&CodigoVerificacao=true. Acesso em 05 abr. 2024.
- GREBLER, E. *A Ética dos Árbitros*. Revista Brasileira de Arbitragem. 2013. Vol. 10 (Edição 40), 72-77, DOI: 10.54648/RBA2013072. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/10.40/RBA2013072>. Acesso em: 28 mar. 2024.
- HUCK, H. M. *As táticas de guerrilha na arbitragem*. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petronio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 311-316.

- KANT, I. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival de Queiroz. Henkel: Tecnoprint, 1975.
- LEMES, S. F. 21. *O procedimento de impugnação e recusa de árbitro, como sistema de controle quanto à independência e a imparcialidade do julgador*. Revista de Arbitragem e Mediação. 2016. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.24.PDF>. Acesso em: 15 nov. 2023.
- MUNIZ, J. d. P. *Curso básico de direito arbitral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2017.
- MUNIZ, J. d. P. *Introdução à Arbitragem: coletânea de artigos*. Rio de Janeiro, 2020.
- NOGUEIRA, M.; FRANCO, A. C. d. M.; PEREZ FILHO, A. M. *A validade da convenção de arbitragem nos contratos de arrendamento rural*. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. e-ISSN: 2525-967. Encontro virtual. v.6. n.2. p. 81-96. Jul/Dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/7176/pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- PAIVA, M. d. C. M. d. *Tribunal arbitral e ética discursiva*. 2019. 126 f. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa PPGJA) – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/27633>. Acesso em: 25 nov. 2023.
- PAIVA, M. d. C. M. d.; PAUSEIRO, S. G. d. M. *Ética na Arbitragem*. Revista Controvérsia. Peer Reviewed Journal. ISSN: 1577-4090. 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/43698178/%C3%89TICA_NA_ARBITRAGEM>. Acesso em 27 nov. 2023.
- PINTO, J. E. N. *A importância da ética na arbitragem*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 175, 28 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4643>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- QUERUBINI, A. *Desenvolvimento de contratos agrários – arrendamento e parcerias rurais*. 2011. Edifício Palácio do Comércio. Fedrasul. Porto Alegre: Rio Grande do Sul. 96 p. Disponível em: <https://www.academia.edu/37847524/DESENVOLVIMENTO_DE_CONTRATOS_AGR%C3%81RIOS_ARRENDAMENTO_E_PARCERIAS_RURASIS>. Acesso em: 25 nov. 2023.
- RAMOS, H. M. B. *Contrato de arrendamento rural*. 2008. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/handle/handle/8201>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70083913756*. Apelante: Enildo Rosa Cortes. Apelado: Elzira Miguel Cruzeiro. Relator: Des. Eduardo João Lima Costa. Porto Alegre, 21 de maio de 2020. Decisão n. 70083913756. Data de julgamento: 28/05/2020, décima nona Câmara Cível, Data de Publicação: 28/09/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/923066794>. Acesso em: 17 set. 2023.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível nº 70068294172*. Apelante: Dirlei Maria Gorgen Guareschi. Apelado: Vasmir Cavol. Relator: Des. Voltaire de Lima Moraes. Porto Alegre, 16 de junho de 2016. Decisão n. 70068294172. Data de julgamento: 16/06/2016, décima nona Câmara Cível, Data de Publicação: 20/06/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/351950689/inteiro-teor-351950709>. Acesso em: 17 set. 2023.
- RIZZARDO, A. *Direito do agronegócio*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SALLES, P. A. *Aspectos atuais do arrendamento rural: uma análise crítica*. Revista do Advogado: Direito do Agronegócio, São Paulo, ano XXXVII, n. 134. 2017.

- SENN, A. V. P. *Os contratos agrários atípicos no cumprimento da função social do imóvel rural*. 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc452d063a72e082>>. Acesso em 22 nov. 2023.
- SOCIEDADE N. A. *Agronegócio: a força da economia brasileira*. Disponível em: <<https://www.sna.agr.br/agronegocio/>>. Acesso em: 07 nov. 2023.
- TIBALDI, S. D.; SILVA, V. F. S. *O contrato de arrendamento rural e a fixação do preço em produtos: validade da cláusula como resultado da interpretação sistemática e teleológica do microssistema legislativo agrário*. Revista Brasileira de Direito Civil RBDCivil. v. 24. n. 02., 2020. Disponível em: <<https://rbdcivil.emnuvens.com.br/rbdc/article/view/411>>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- TRENTINI, F.; AGUIAR, C. C. d. *Contratos agrários típicos: releitura das normas do estatuto da terra à luz do contexto jurídico e econômico atual*. In: MANIGLIA, Elisabete (org). 50 anos do Estatuto da Terra: 25 anos de Direito Agrário na Unesp. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2014.
- WAMBIER, T. A. A. *Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do código civil de 2002*. Revista dos Tribunais, Brasília, v. 94, n. 831, p.59-79, jan. 2005.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinário (2024), pp. 205-224
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

The Discussions about Religious Diversity in Contemporary Brazilian Constitutionalism

As Discussões acerca da Diversidade Religiosa no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo

Celso Gabatz¹

Collaborating Professor at EST College in São Leopoldo, RS, Brazil.

Rosângela Angelin²

Professor at the University (URI), Santo Ângelo, RS, Brazil.

Summary: 1. Introduction. 2. The Connections Between the Religious and the Legal. 3. The Challenges of Religions in the Public and Private Spheres. 4. Religious Plurality in the Brazilian Constitutional Sphere. 5. Final Considerations. 6. References.

Abstract:

Through a hypothetical deductive study, based on premises of the hermeneutical analysis for the reading of reality, this article seeks to reflect on religious diversity in the context of contemporary Brazilian constitutionalism, taking into account aspects related to the influence of the Catholic religion in state affairs. It proposes, by extension, a reflection on how followers of different religions have lived through the complex web of relationships in which belonging to a certain religious tradition can lead to mistrust, contempt, prejudice and discrimination. This approach shows that, in Brazil, despite the continuous enunciation of religious freedom in its different constitutions, in general, the use of discrimination and control mechanisms has always been persistent, such as the use of criminal laws through religious arguments cultural and moral. By establishing principles, constitutionalism evokes tradition, history, and doctrines. What is imposed in this perspective, therefore, is the challenge in favor of a dialogical praxis as an indispensable condition for the strengthening of

¹ Post-Doctor and Collaborating Professor at EST College in São Leopoldo, RS, Brazil. Ph.D. in Social Sciences (UNISINOS). Masters in History (UPF). Post-Graduate in Religion Science and Teaching in Higher Education. Undergraduate in Sociology (UNIJUI). Undergraduate in Theology (EST). Undergraduate in Philosophy (CEUCLAR). E-mail: gabatz12@hotmail.com

² Post-Doctorate at EST College in São Leopoldo, RS, Brazil. PhD in Law from the University of Osnabrueck (Germany). Law Degree from UNIJUI, Ijuí, RS. Professor of the Graduate Program and of the Master and Doctorate in Law at the Regional Integrated University of Upper Uruguay and Missions (URI), Campus Santo Ângelo / RS. Department of Applied Social Sciences. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br

democracy based on consolidated tolerance as a prerogative aligned with human rights.

Keywords: Religion; Diversity; Dialogue; Constitutional Normativeness.

Resumo: Por meio de um estudo hipotético dedutivo, baseado em premissas de análises hermenêuticas para a leitura da realidade, busca-se refletir neste artigo sobre a diversidade religiosa no âmbito do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, levando-se em conta aspectos concernentes à influência da religião católica nas questões do Estado. Propõe-se, por extensão, uma reflexão sobre a forma como adeptos de diferentes religiões têm vivido a complexa trama de relações na qual o pertencimento a uma determinada tradição religiosa pode redundar em desconfiança, desprezo, preconceito e discriminação. Esta abordagem demonstra que, no Brasil, a despeito da contínua enunciação da liberdade religiosa nas suas diferentes constituições, em geral, sempre foi persistente a utilização de mecanismos de discriminação e controle, a exemplo da utilização das leis penais por meio de argumentos religiosos, culturais e morais. Ao consignar princípios, o constitucionalismo evoca a tradição, a história e as doutrinas. O que se impõe nesta perspectiva, portanto, é o desafio em favor de uma práxis dialógica como condição indispensável ao fortalecimento da democracia com base na tolerância consolidada como prerrogativa alinhada com os direitos humanos.

Palavras-Chave: Religião; Diversidade; Diálogo; Normatividade Constitucional.

1. INTRODUCTION

If we want to be able to judge widely, of course, we must do so, we need to become able to see widely. And for that, what we have already seen is not enough.³

The hermeneutics and the application of constitutional statements occur through cultural, political, social and religious conditions of the interpreters and also by other laws produced by the State. In the case of Brazil, even though religious freedom has been generally provided for in the country's various constitutions, it is in the comparison of the constitutional statements with those set out in other laws, from different discursive subjects that individuals pass on issues concerning religious diversity.

According to the understanding consolidated by Darcy Ribeiro,⁴ Brazilian history is marked by linguistic, ethnic, racial, social and religious diversity. Diversity, however, does not guarantee the acknowledgment of the differences between subjects, in the meaning detailed by Charles Taylor⁵ or in the dialogism as mentioned by Mikhail Bakhtin.⁶ Differences can even result in conflicts and solutions, consequently, motivate the imposition of hegemonic cultural patterns.⁷ The identities' constitutive plot can be thought of and semiotic terms. Different subjects alternate statements in different discourses, in permanent contact among individuals, groups, and societies. The imposition of cultural patterns and domination occur in a dialectical interaction.

³ GEERTZ, C. *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 85.

⁴ RIBEIRO, D. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

⁵ TAYLOR, C. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

⁶ BAKHTIN, M. *Os gêneros do discurso*. São Paulo: Editora 34, 2016, p. 122.

⁷ WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. Brasília: Universidade de Brasília, v. 1, 2014, p. 141.

The collective behavior is [...] the behavior of individuals. It is the world that presents itself separately to each person, the world based on which they must build their individual lives. The description of any civilization summarized in a few dozen pages must necessarily highlight the group norms and expose individual behavior because it exemplifies the motivations of that culture [...] society and the individual are not antagonists. Culture provides the raw material with which the individual makes their life.⁸

It is, therefore, possible to understand the subjects' identity from the way it is treated in the interweaving of different semiotic systems.⁹ The understanding of the relations between society and individuals refers to concepts and categories constructed from the interweaving of law and religion. Hence the proposal to investigate religion and constitutionalism in its semiotic dimension, which gives rise to a kind of competition between different systems. More than that, within each category, as observation or the analysis field becomes more particularized, new demands emerge.

Constitutionalism, although presented as the normative theory of the politics,¹⁰ is not a single theoretical system. For example, classical constitutionalism, modern constitutionalism and contemporary constitutionalism are different. Liberal constitutionalism, social constitutionalism, and constitutionalism allusive to new rights are also different. Each of these models can be conceived as particular semiotic systems that seek to explain the political community based on specific concepts.¹¹ Likewise, religion is also a term that evokes diverse experiences about the sacred.

There are several religions, each with its dogmatic and normative systems and, according to Severino Croatto,¹² presenting different catalogs of doctrines, myths, rites, symbols, and languages. To define what religion is, there are disputes and conflicts. Each religion can be conceived as a particular system. Different subjects live, experiment and transit in these systems producing different statements and discourses. This set of experiences constitutes the subjects' identity.

The persistent denial of acknowledgment and dialogue among different religions' subjects does not prevent contact or the resulting social transformations. The concepts of constitutionalism, religion, and multiculturalism are uncovered in our approach from the historical interaction, in such a way that these systems' elements are observed as phenomena of permanently interaction and change, which promotes relevant implications.

Just as there have been conceptual changes about the meaning of religion, there are also changes in the way religion and law relate to each other. This has generated very significant changes in the scope of subjects' legal and political identity

⁸ BENEDICT, R. *Padrões de cultura*. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 171.

⁹ As products of human creation, semiotic systems compete when different subjects, statements, and discourses are put in contact. There is a dispute among subjects over the prevalence of arguments. This interferes in the way of looking at the relationship between society and individuals, because instead of a unifying discourse, what occurs is the coexistence of different subjects and different groups in society, in permanent dispute (BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. São Paulo: Cultrix, 2012).

¹⁰ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

¹¹ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹² CROATTO, J. S. *As linguagens da experiência religiosa: uma introdução à fenomenologia da religião*. São Paulo: Paulinas, 2010.

in religious diversity-related issues. Among the movements that have produced political and social tensions, hindering the recognition of religious diversity, religious fundamentalism is more incisive.

Religions today maintain considerable strength, whatever the weakening of dogmas and the retreat of practices within democratic regimes. They are part of the main mobilization forces and are central elements of the symbolic identification of individuals, groups, and communities. It is not around issues of political or economic interest that men generate conflicts that can lead to the fight to the death, but for symbolic values, mainly religious. It is on issues of symbolic order that men's life seems less important to them than their belief.¹³

Religious identities erect borders, underline limits, demand barriers. They influence behaviors, ways of thinking, and ways in which subjects represent their human condition. This affects how subjects relate to the State, how it produces laws and how the agents of the State itself interpret them. Identities and differences are translated into the discursive plane through statements.¹⁴ Also, borders, limits, and barriers have changed throughout history, which can be seen in the way the concept of religion was legally constructed, despite the alleged freedom of religion and worship in the texts of Brazilian constitutions.¹⁵

The purpose of this approach is, therefore, to uncover aspects concerning the concept of religion capable of changing when new actors start to question the hegemonic discourse, especially of Catholic matrix, incorporated into the State discourse through the long period of royal patronage validity, and after, when the scientific discourse rises. In the meantime, we try to understand how adherents of different religions have lived the complex web of power relations in which belonging to a certain religious tradition can result in mistrust, contempt, prejudice, and discrimination.

2. THE CONNECTIONS BETWEEN THE RELIGIOUS AND THE LEGAL

The conditions for successful participation in the common practice of self-determination define the citizen's role in the State: citizens must respect each other as members of their respective political community with equal rights, despite their dissent on issues involving religious convictions and world views.¹⁶

The relationship between the legal and the religious can occur from the legal discourse totalization, when the religious becomes a legal system's element; with the religious discourse totalization, when the legal is inserted into the religious system; with the partial integration of the religious into the legal; with the partial integration of the legal into the religious; with the dispute between the legal and religious system, when the subjects, the statements, and the discourses collide in building barriers between the different systems. Religion and law are normative systems. Each knowledge area is represented by 'referents' according to the terminology explained

¹³ ZARKA, Y. C. *Difícil Tolerância. A coexistência de culturas em regimes democráticos*. São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 28.

¹⁴ VATTIMO, G. *Depois da Cristandade: por um cristianismo não religioso*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

¹⁵ CATROGA, F. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica*. Coimbra: Almedina, 2006.

¹⁶ HABERMAS, J. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 136.

by the French sociologist Terry Shinn.¹⁷ The 'referents' would be determined by particular forms of knowledge, competence, market and collective identity. Each with its own goals, history and ambitions.

They are distinguished by the diversity of 'stages' or 'dimensions' of experiences, norms, which are socially defined and sanctioned ways of doing, being and thinking, values that diffusely guide the individuals activity by providing them a set of ideal references, and at the same time a variety of identification symbols that help them to situate themselves and others in relation to this ideal.¹⁸

The one who has the competence and the power to define the semiotic system limits exercises a sense of domination. Some constitutional norms are originally and historically based on religious precepts, as was the case with the medieval period's humanist principles. The constitutional elaboration, interpretation, and application are also influenced by the religious imaginary, often needing to go through a "translation" of the religious system and the legal system. By the way, José Reinaldo Lopes clarifies:

The conquest of America poses new problems for jurists and with it unresolved questions [...] about the right of conquest and discovery, the right of possession, the invention, the treasure, the law of the sea [...] and, above all, the otherness and natural freedom. In this last theme, modernity begins to face the tolerance of the different. The Protestant Reform and the religious wars, the end of the Latin Christian *oicúmene* impose new reflection objects: the problem of plurality and the dissident tolerance. Before, tolerance was corporate, now it will be distinct. National States should find a way to treat the religious dissidents [...]. The debate on religious tolerance will anticipate the debate on democracy.¹⁹

By understanding the discourses construction, we can glimpse that the religious diversity acknowledgment acquires political significance when reaching the political practices' field. In addition to giving purpose and meaning to human existence, it also interferes with the social behavior of individuals. *Empowerment*²⁰ refers here to the increase in the political, social and economic strength of groups that suffer from ethnic, religious, sexual, and legal discrimination. This is a critical approach that is not limited to the acknowledgment of diversity at the cognitive level. Hence the approximation of the proposal with the perspectives that address power issues.

By understanding the objectives and the contemporary Brazilian constitutionalism theoretical bases, we glimpse a multicultural conception of the nation and a perspective in which the religious identities' diversity are interrelated. By verifying on which theoretical conceptions the Brazilian nation came to be consolidated and on which assumptions constitutionalism received these demands, it

¹⁷ SHINN, T. Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento. *Scientiae Studia*. São Paulo: USP, Vol. 6, n. 1, Jan-Mar. 2008, p. 64.

¹⁸ BOURRICAUD, F. & BOUDON, R. *Dicionário crítico de sociologia*. São Paulo: Ática, 2001, p. 394.

¹⁹ LOPES, J. R. L. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 167.

²⁰ BAQUERO, R. Empoderamento: questões conceituais e metodológicas. *Redes*, Santa Cruz do Sul, v. 11, n. 2, maio-ago, 2006, pp. 77-93.

is possible to see how Christian hegemony has always impacted on cultural and identity constructions.²¹

To the extent that the diversity of religious identities tends to reproduce political, social and economic inequalities, a constitutional re-reading from a multicultural perspective is proposed. This path is suggested for its ability to add to the concept of the secular State a discourse of greater protagonism of minorities and vulnerable groups in a dialogical space of world construction and a decolonization process.

In sociological literature, the word minority has often been used in two senses. It means, first, more broadly, a group of people who, in some way and some sector of social relations, find themselves in a situation of dependence or disadvantage concerning another group, "majority", both integrating a wider society. In this sense, for example, a small religious community of faith divergent from the faith professed by the majority of the population is a minority and may suffer various problems in the field of religious relations; or the opposition in a "little democratic" country, occupying a subordinate place in the political structure, having little chance of action. Secondly, it expresses so-called "national minorities", racial or ethnic groups which, as a minority, live together with the majority in a given State.²²

The subjects' representation as brought in by Stuart Hall²³ in his reflection on the birth and death of the modern subject, shows how the religious was progressively detached from matter, the human body and the material world. In the same way, it ended up producing consequences in the relationship between the legal and the religious from an approach beyond an ontological sense. Marxism²⁴, Freud's contributions²⁵, Saussure's linguistic signs²⁶, Foucault's disciplinary power²⁷ are examples that show the identities' transformations. In this direction, it is necessary to emphasize that the religious and the political, with their discourses and

²¹ CUNHA, L. A. *Educação, Estado e Democracia no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2005.

²² CHAVES, L. G. M. *Minorias e seu estudo no Brasil*. *Revista de Ciências Sociais*. Universidade Federal do Ceará: Fortaleza. Vol. 1, nº 1, 1970, p. 149.

²³ HALL, S. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015, p. 20.

²⁴ Marx noted that it was not the State that formed the basis of civil society, but the society that represented the State's basis. For him, like all other forms of ideology - legal, political, aesthetic, philosophical - religion would be an illusory and legitimizing reflection of class-domination relations. It would not have a substance of its own. It would be the result of the social conditions manufactured by individuals (MARX, K. & ENGELS, F. *Sobre a Religião*. Lisboa: Edições 70, 1975).

²⁵ For Freud, identities would be linked to identification mechanisms in a society incapable of rescuing the human sense of social relations. Individuals, instead of identifying with each other, would tend to seek some social totality. Thus, the culture and society of which individuals are part have used compulsive strategies to create bonds among their members, given the decline in the spontaneous formation of these bonds (ADORNO, T. W. *Margem esquerda: ensaios marxistas*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006, pp. 164-189).

²⁶ For this author, the language portrays something that can be thought, at the same time, as a common fact, shared by people, and also systematically and scientifically. For Saussure the language is multiform, detailed by different domains, physical, physiological, psychic and belonging to the individual and social domain. It is not allowed to be classified into categories of human facts, because it does not fulfill a unit (SAUSSURE, F. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 27).

²⁷ According to Foucault, there would be a doctrine capable of linking individuals to certain types of statements. In this sense, there would be prohibitions, but, on the other hand, types of statements to link individuals among each other and differentiate them from others. The disciplinary power contained in the doctrine would carry out a double subjection: of the subjects who speak to the discourses and of the discourses to the group (FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 42).

enunciations, especially in their hegemonic dimension, have always been challenging to the emergence of new identities.

Whether personal or collective, identity presupposes meaning; but it also presupposes the constant process of recapitulation and reinterpretation [...]. Identity is the creation of constancy through time, the true union of the past with an anticipated future. In all societies, the maintenance of personal identity, and its connection to broader social identities is a primary requirement for ontological security.²⁸

The religious, in exercising its interference in the legal sphere, obeys a discursive structure. In the tension between the public and private spheres, limits and relations between the religious and the legal are being uncovered. Sometimes the religious is integrated into the legal issue, becoming the object of its statements. It is in this way that the religious ends up figuring in several laws, some indirect allusion, others in a more veiled way, for example, about religious symbols in public offices, religious holidays, especially those linked to the Catholic tradition, tax immunity for religious organizations, religious confessional teaching in public schools, sexual citizenship.²⁹

Other forms of legitimation and justification refer to the separation of law and morals. In this way, from the legal point of view, the religious, from the modern States on, starts to discern about ethical and moral issues, which in turn can be placed in the scope of the law legitimacy, in the scope of the contents and norms, or in any other aspect in which different particular moral systems compete among themselves.³⁰

In the contemporary society in which the figure of the decentralized subject predominates³¹ it is perhaps not so important to talk about the religious in its stricter relationship with the legal insofar as there is a reproduction of disciplinary effects in the formation of identities. More pertinent, therefore, is to observe the relationship between the religious and the legal in a plurality of places and permanent flux. This makes it possible to observe that the religious, by not limiting itself only to the ontological sphere, competes with other semiotic systems.

The construction of identities makes use of the raw material provided by history, geography, biology, productive and reproductive institutions, by the collective memory and personal fantasies, power apparatuses, and religious revelations. However, all these materials are processed by individuals, social groups and societies, which reorganize their meaning according to social trends and cultural projects rooted in their social structure, as well as in their vision of time and space.³²

In a perspective such as that referred to by the Spanish philosopher Beatriz Preciado³³ the religious may not only represent a difference but, in a certain way, an infinity of transversalities in power relations, a diversity of life powers. One can think

²⁸ GIDDENS, A. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 100.

²⁹ FISCHMANN, R. *Estado Laico*. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2008.

³⁰ GELLNER, E. *Pós-Modernismo, Razão e Religião*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

³¹ DERRIDA, J. *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva, 2002.

³² CASTELLS, M. *O poder da Identidade*. Vol. 2. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 23.

³³ PRECIADO, B. Multidões queer: notas para uma política dos "anormais". *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 19 (1), n. 312, jan./abr. 2011, p. 18.

of the religious as a system that provokes criticism and permanent reflections on the very identification of what is religious and its place in its relationship with the legal.

3. THE CHALLENGES OF RELIGIONS IN THE PUBLIC AND PRIVATE SPHERES

The constitution of the Brazilian State had, essentially, religious roots. The country was structured on the basis of a Catholic Christianity always concerned with the expansion of other faiths. The premise of a doctrine understood to be superior to other religious denominations was recurrent. This condition was presented both in the understanding of the sacred scriptures, permeated by the theology of Thomas Aquino's,³⁴ articulator of Western thought and the Catholic orders that docked here until the Church's action and behavior in its connivance with the colonial logic.³⁵

Although the religious factor was not the only one to structure segregation, it was consolidated through a bias that had deep roots in the formation of modern society and remained in it ordinarily. The argument that religion and its practices have an effect on genesis in the numerous fundamental categories of modernity is observed by the Italian philosopher Giorgio Agamben³⁶ when describing the divine office's archaeology. He demonstrates how the liturgical mystery is the key to understanding the extent to which modernity has forged ethics, ontology, and politics. "Mystery means the intimate essence of sacred action, that is, the redemptive work coming from the Lord from sacred rites instituted by him, and liturgy indicates the Church's action in union with Christ's work".³⁷

In this sense, the action of the Church and its consequences affect the construction of the modernity's social parameters. Corroborating this argument, US sociologist Immanuel Wallerstein³⁸ states that the action and discourse produced by the Church during the European colonization peak years elaborated on the legitimizing ideas' structure of the system we live today, causing a significant impact on social relations.

The prerogatives of domination and segregation used in the name of Christian expansion during that period are reproduced in the present institutions even though, gradually, there has been remodeling in the incidence of the Roman Catholic Church. With the Republic advent, the initial effort and enthusiasm to establish a secular regime, following Western patterns in a very religious society, reveals, meanwhile, the composition of a structure that has gradually adapted itself to the values present in the society's daily life.

During imperial Brazil, the union between the State and the Catholic Church would be determinant to legitimize the monarchic regime, influencing citizenship and the daily life of society. Catholicism was one of the great sustainers of the political, social, economic and cultural structures of the Brazilian society in the period. Thus, an eventual crisis of the Catholic religion would imply, naturally, the shaking of the main foundation of the monarchy.³⁹

³⁴ AQUINO, T. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2003.

³⁵ FAORO, R. *Os Donos do Poder*. Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012.

³⁶ AGAMBEN, G. *Opus Dei: Arqueologia do Ofício*. São Paulo: Boitempo, 2013, pp. 41-43.

³⁷ AGAMBEN, G. *Opus Dei (...)*, Ob. cit., p. 44.

³⁸ WALLERSTEIN, I. *O Universalismo Europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007.

³⁹ FAÇANHA, J. L. Edições fac-similar e semi-diplomática do "Livro de registro da correspondência oficial da Presidência da província com a repartição eclesiástica: 1887-1889".

This so-called right to religious freedom was conditioned by a cherishing of the Catholic tradition. Although the Imperial Charter of 1824 referred to the fact that no one could be persecuted for religious reasons, there was also a clear demand that public morals should not be offended. Respect for the Catholic religion and, by extension, for this morality, was a condition for following other religious creeds. Religions other than Catholicism were simply tolerated by the State as long as they did not violate certain moral principles that were important to the sociability of the time. It was not by chance that Catholicism was strengthened by the Christianization of countless believers.

The State did not stay immune to religious influence and did not stop interfering in religious matters. The implementation of republican values remained fragmented when the colonial reality continued. At the beginning of the republican period, there was a commitment by the State to implement republican parameters on the perspective of the universalization of rights, secularism, equality, and freedom. However, Brazilian society continued to mature and even rethink its republican values.⁴⁰ It is likely that not even the elites excited by the possibility of living in a political regime, following the European example, have become accustomed to the idea that the "Republic proclaims the supremacy of the common good over any particular desire, (...) and, moreover, aims to answer exactly the questions about the difficulties that exist when the same ones who command must obey".⁴¹

The place of religions in a democratic state is found in at least two directions: first, in the sense that in a positivist constitutional order there is a need for religion or some other supporting power that guarantees a basis⁴² and when one observes a system involved by the secularization parameters in which modernity is built from certain theological influences and foundations; and, secondly, in the formation of a guideline wherein society is anchored on a religious consciousness parameter harmonized with an increasingly secularized space, where there is the assimilation of responsibility and the potential of religion within a State model.⁴³

The understanding of democracy has broadened over the last few decades, in a way that it has not been understood only by the demands and the universal suffrage, but in a broader way, in what John Rawls calls 'the exercise of public reason'. "Public reason is the characteristic of a democratic⁴⁴ people: it is the reason of its citizens, of those who share the equal citizenship status". The change in the understanding of democracy has been provoked precisely by the elaboration of new aspects arising from the liberal model, such as participatory democracy and deliberative democracy.⁴⁵

The search for space, both in the political sphere and in any other context, uncovers a character of dispute that, in the context of the many demands, makes it

Aspectos Ortográficos. *Dissertação* (Mestrado em Estudos Linguísticos) - Instituto de Linguagens. Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2012, p. 140.

⁴⁰ SERBIN, K. P. *Padres, Celibato e Conflito Social: uma história da Igreja católica no Brasil*. São Paulo: Companhia das letras, 2008.

⁴¹ RIBEIRO, R. J. Democracia Versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 18.

⁴² HABERMAS, J. & RATZINGER, J. *Dialética da Secularização: sobre razão e religião*. São Paulo: Ideias e Letras, 2007, p. 31.

⁴³ ASAD, T. *Formations of the Secular*. California: Stanford University Press, 2003.

⁴⁴ RAWLS, J. *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 261.

⁴⁵ SANTOS, B. S. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

possible to identify an articulating discourse of common objectives, as well as differences that become part of a purpose for the achievement of the common good. Discursive practices create this common goal through articulation. In this sense, it is that one glimpses a relationship capable of agglutinating and systematizing different aspects.

The existence of power relations and the need to transform them, while renouncing the illusion that we could completely free ourselves from power (...) if we accept that power relations are constitutive of the social, then the democratic politics' main question is not how to eliminate power, but how to constitute forms of power compatible with democratic values.⁴⁶

Instead of identifying modern democracy with a powerless place, the author reinforces the distinction between two fundamental aspects: on the one hand, democracy as a form of government and as a principle of the people sovereignty; and on the other, the symbolic profile in which democratic rules are exercised in a plural manner. Modern democracy would have a plural character that is established in the realization of individual freedom and also in the affirmation of freedom underlined by equality for individuals through the legitimation of differences. "This democracy's experience consists of recognizing the existence of contradictory and antagonistic logic, as well as the need for their articulation".⁴⁷

The understanding of what it means, therefore, to separate the Church and the State, in most cases, tends to be compromised by the misrepresentation of an alleged equivalence between politics and religion, between the public and the private. The first aspect ends up highlighting the exercise of power and its power of persuasion, while the second, would not be by itself, related to the question of power. "The consequence of this is that the separation of Church and State is seen as implying the exclusion of all religious forms from the public sphere".⁴⁸ The acknowledgment of different religious expressions as legitimate protagonists within the public sphere provides help for "the crucial role played by passions, values, beliefs and all forms of collective identification in political action".⁴⁹

In a special way, in Brazil, the expressions of Christian religiosity have permeated the different meanderings of a national identity constitution starting from the construction of certain heroes in the image of Jesus Christ.⁵⁰ Different iconographies and episodes of history reverberated certain apology to biblical elements, such as the image of the Holy Virgin as a female figure of great prominence for the Republic and the establishment of holidays for religious reasons, and the change of the patron saint of the Empire (St. Peter) to the image of the patron saint of Brazil, Our Lady Aparecida. The Republican imaginary has always known how to reflect this harmony with the Christian faith.⁵¹

Another relevant aspect in the construction of democracy was the remarkable and incisive experience of slavery that, to a large extent, the Church had in its favor

⁴⁶ MOUFFE, C. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Política e Sociedade: Revista de sociologia política*. Nº 3, Out. 2003, p. 14.

⁴⁷ MOUFFE, 2003, *Política e Sociedade (...)*, Ob. cit., p. 18.

⁴⁸ MOUFFE, 2003, *Política e Sociedade (...)*, Ob. cit., p. 25.

⁴⁹ MOUFFE, 2003, *Política e Sociedade (...)*, Ob. cit., p. 26.

⁵⁰ FONSECA, A. B. *Relações e Privilégios: Estado, secularização e pluralismo religioso no Brasil*. Rio de Janeiro: Novos Diálogos, 2011.

⁵¹ CARVALHO, J. M. de. *Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

by producing and legitimizing the theological defense of servitude⁵², shaping society and, in fact, denying fundamental rights of freedom and equality. This legacy that persists in Brazilian society also represents many limits to the ideals of citizenship. Perhaps, due to this condition, there has always been a greater emphasis on the notion of social rights to the detriment of political and civil rights.⁵³

Without the guarantee of civil rights in a society that is organized collectively and that is configured as a politically organized civil society, rights are formally “emptied of content and serve to justify governments rather than to represent citizens”.⁵⁴ It is from the exercise of civil rights and individual freedoms, especially with regard to freedom of association and opinion, that an ideal is consolidated beyond what is formally evidenced. As remarked by José Casanova, the religious groups

[...] they are entering the public sphere and the scene of public controversy not only to defend their traditional territory, as they have done in the past, but also to participate in the same struggles to define and establish the modern boundaries between the public and private spheres, between the system and contemporary life, between legality and morality, between the individual, society and the State [...].⁵⁵

What is possible to perceive when expanding the horizon of this understanding is that there are articulations of a politically conservative discourse on citizenship capable of portraying certain distinctions between those who are seen as included, and others, considered as excluded. There is also, by extension, a possibility of delimitation of a ‘we’ that is affirmed by discrimination or persecution of others seen as ‘impure’, ‘unfaithful’, ‘immoral’, ‘unworthy’. Thus, the notion of ‘citizenship’ can authorize the violation of rights, certain intolerances and even racism.⁵⁶

From this perspective, an important element that needs to be taken into account has to do with the place of religions of African and indigenous matrix in the Brazilian context. Historically they have always been targets of attacks of the most diverse forms. Their cults have been persecuted and their religious practices criminalized, largely result of a slave regime that maintains its roots to this day. It is a journey of struggle for existence marked by prejudice and discrimination and by the non-acceptance of what is different and of the culture of these populations. The Catholicism that was imposed in Brazil brought an ingrained indisposition towards everything that was unknown to it.⁵⁷

Marginalized and criminalized for their practices, these religious traditions continue to be the target of intolerant actions, even though freedom of belief and exercise of worship are guaranteed by the Federal Constitution of 1988. If before the main repressor was the Catholic Church, today what we see is an aggressive and

⁵² BOTELHO, A. & SCHWARCZ, L. M. (Org.). *Cidadania, um projeto em construção*: minorias, justiça e direitos. São Paulo: Claro Enigma, 2012, pp. 10-13.

⁵³ CHAUI, M. *Cultura e Democracia*: O discurso competente e outras falas. São Paulo: Cortez, 2011.

⁵⁴ CARVALHO, J. M. de. *Cidadania no Brasil*: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 10.

⁵⁵ CASANOVA, J. *Religiones públicas en el Uruguay moderno*. Madrid: PPC, 1994, pp. 18-19.

⁵⁶ LAMOUNIER, B. *Tribunos, Profetas e Sacerdotes*: intelectuais e ideologias no século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

⁵⁷ SILVA, V. G. da. *Candomblé e umbanda*: caminhos da devoção brasileira. São Paulo: Selo negro, 2005.

"demonizing" speech of a part of the Neopentecostalism, in the services, in the media, and by some of its leaders. There are also manifestations of religious intolerance with depredations of terreiros, prayer houses, and religious symbols. These are bellicose actions that converge to physical aggression and symbolic violence.⁵⁸

A key aspect regarding the legacy beyond Catholic ideals has to do with the Protestant incidence. It is a contribution underlined by initiatives of revival and continuation of a culture capable of understanding the religious in the many life aspects and, above all, by its process of massification in the political interests. It is instrumentalized in a direct relationship with the times of the military dictatorship and with the strong impacts on politicization and the re-democratization processes; A reality that pointed out to an expansion of the religion's influence and recognition of the political strength of religious institutions by the State.⁵⁹

In the period of re-democratization, therefore, the activities of the Pentecostal groups take place more markedly in the public sphere. It is important to highlight that this intervention and visibility achieved certain notoriety with the formation of a bench that was present in the negotiations for a new Magna Carta, as well as during the electoral campaign in the first direct presidential elections after the dictatorial period. The articulations reached new perspectives and defined new challenges.⁶⁰

This movement greatly influenced the migration of the faithful to the point of transferring "the public from a traditional religiosity, accustomed to the dynamics of promises to a religiosity that continued this logic adding more intensity and agonism".⁶¹ Through a discourse of greater incidence and reach of the public using the different media, television programs, radio, Internet, phonographic and editorial market, besides large temples and an alleged sanctity of leaders, there was a strategic recognition by the State.⁶²

Undeniably, nowadays, the public sphere and political exercise represent inseparable dimensions in the Pentecostal and Neo-charismatic identity. It is the Neo-charismatic denominations, for example, that exercise massive participation, both from their understanding of what the public space is and also by its use.⁶³ There is an expansion of values through a discourse that opens space for inclusion, the articulation of different protagonists and associations that give rise to great mobilization and participation.⁶⁴

Although most of the historical Protestant churches tend to the exemption and the Brazilian State is constitutionally a secular democracy, the elections and discussions on various moral issues, especially in relation to abortion and the rights of sexual minorities, involving faith in the current political scenario, show the strength

⁵⁸ SANTOS, I.; NASCIMENTO, M. G.; CAVALCANTI, J.; GINO, M.; ALMEIDA, V. (Org.). *Intolerância Religiosa no Brasil. Relatório e balanço*. Edição bilíngue. Rio de Janeiro: Klíne: CEAP, 2016.

⁵⁹ BIRMAN, P. (Org.). *Religião e Espaço Público*. São Paulo: Attar Editorial, 2003.

⁶⁰ MACHADO, M. D. C. *Religião, Cultura e Política. Religião e Sociedade*. Vol. 32, nº2, 2012, pp. 29-56.

⁶¹ MAFRA, C. *Os Evangélicos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 38.

⁶² BURITY, J. A. *Religião, política e cultura. Tempo Social: Revista de Sociologia da USP: Dossiê - Sociologia da Religião*, São Paulo, v. 20, n. 2, nov. 2008, pp. 83-113.

⁶³ WREGGE, R. S. *As Igrejas Neopentecostais: Educação e Doutrinação*. Tese de Doutorado em Educação. UNICAMP: Campinas, 2001.

⁶⁴ PINTO, C. R. *Teorias da Democracia: diferenças e identidades na contemporaneidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

of religion and how it has advanced over the Brazilian public space to the point of, meanwhile, confusing the public with the private dimension of belief.

In theory, Brazilian religiosity is marked by an undeniable plurality, by inequalities and also by paradoxes. It is a religious identity in a country in which society is organized under the auspices of a state incapable of guaranteeing equality. Where religious manifestations can gather crowds and certain religious sectors tend to behave in a conservative and exclusionary manner, promoting dialogues or clashes in the field of social and religious plurality.

4. RELIGIOUS PLURALITY IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SPHERE

The individual or group are not subjects when they hover above the practical conducts. The subject is stronger and more aware of them selves when they self-defend against attacks that threaten their autonomy and ability to self-perceive in order to recognize and be recognized as such.⁶⁵

In Brazil, freedom of worship and religious freedom, despite its variations, have always been present in the constitutions' canon. However, in the validity period of each one of them, the meaning of "religion" has changed, in its interrelationship with different codes of language. The changes are directly in line with the strength of the agents who exercise the control of discourses, in the sense explained by Michael Foucault ⁶⁶ as a consequence of the condition change of the actors who control the power and the right to build and impose meanings.

For an understanding of the religious in the legal field in structural terms, one must keep in mind the diachronicity of ideas from the prerogatives inherent to juridical positivism. As noted by Gomes Canotilho,⁶⁷ constitutionalism "raises the principle of limited government indispensable to guarantee rights in a structural dimension of the community's political-social organization". This premise refers to various assumptions, including the distribution of powers, the normativity of human and fundamental rights, democracy, obligation, generality, and abstraction of laws.⁶⁸

Both the religious dimension and the legal perspective may give rise to discursive tensions involving symbolic boundaries of the public, private and social spheres. Studies like Joanildo Burity's⁶⁹ show how different religious protagonists end up moving and bringing to the public "their language, their language, their *ethos*, their demands". They also show how religious identities have become an important element of subjects' identification, whether in the "[...] aspect of one totally another",⁷⁰ or in the form of efforts to build actions in defense of common themes to humanity such as peace, justice and solidarity.

Synthesizing the various forms of the religious emergence in contemporary times. Burity⁷¹ relates questions about religious violence at the global level, questions about the body, gender, sexuality, human reproduction, genetic manipulation, use of natural resources, public policies, parliamentary representation, use of the media

⁶⁵ TOURAINE, A. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 113.

⁶⁶ FOUCAULT, 1996, *A Ordem do Discurso* (...), Ob. cit., p. 42.

⁶⁷ CANOTILHO, 2003, *Direito constitucional* (...), Ob. cit., p. 51.

⁶⁸ ZIZEK, S. *O amor impiedoso* (ou: Sobre a crença). Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

⁶⁹ BURITY, 2008, *Religião, política e cultura* (...), Ob. cit., p. 84.

⁷⁰ BURITY, 2008, *Religião, política e cultura* (...), Ob. cit., p. 85.

⁷¹ BURITY, 2008, *Religião, política e cultura* (...), Ob. cit., p. 86.

through radio and television channel concessions, popularity of religious themes in their expression through books, especially with biographies of religious leaders.

In terms of religious diversity recognition, Brazilian constitutionalism synthesizes how the principle of government indispensable to the guarantee of rights contributed to the construction of the religion's representation, the image of subjects, as well as the corresponding semiotic and discursive systems.⁷² Recognition can be engaged when diversity becomes part of the government's agenda, making the structuring dimension of political and social organization references in which subjects can transit, without infringing any established order.

We should keep in mind, when we "morally" appreciate a positive legal order, when we value it as good or bad, fair or unfair, that the criterion is a relative criterion, that a different valuation based on another moral system is not excluded, that when a legal order is considered unfair if it is assessed based on the criterion provided by one moral system, it may be regarded as fair if it is judged by the measure or criterion provided by another moral system.⁷³

As a process of construction, the religious issue integrates the Brazilian juridical-political reality in terms of an acknowledgment of different religious expressions. Responding to the actions of the insurgent movements, the State has been incorporating and re-signifying its statement arsenal through terms such as "freedom of worship", "religious freedom", "heresy", "magic", "sorcery", "witchcraft", "charlatanism", "faith healing".⁷⁴ Moreover, it is worth highlighting, for example, the decision of the Federal Supreme Court to allow the sacrifice of animals in the cults of religions of African matrix, especially when taken into account the absence of cruelty and the cultural and religious multiplicity of Brazil. By endorsing, the practice of animal sacrifice in rituals does not offend constitutional rights and principles suggested the reaffirmation of religious freedom and the parameters that guide the principle of secularism.⁷⁵

It is important to point out that some terms were suppressed in their normative support and others ended up being adapted to different linguistic codes. Within polarized schemes involving important referents such as sacred x profane, civilization x barbarism, healing x disease, development x delay, new approaches, new understandings, new meanings have occurred.⁷⁶ The radicalization of a methodological perspective concerning the functional division among law, religion, morality, and politics does not suppress the other normative systems but results in an alleged totalization of the legal discourse.

Besides the legal norms, there are religious precepts, moral, social and customary rules, rules of that lesser ethic that is the etiquette, rules of a good education, etc. Besides the social norms, that regulate the individual's life when they coexist with other individuals, there are norms that regulate the relations of the man with the divinity, or still of the man with himself. Every individual belongs to different social groups: to the Church, the State, family, associations that have

⁷² CUNHA, C. V. da, & LOPES, P. V. L. *Religião e Política: Uma Análise da Atuação de Parlamentares Evangélicos sobre Direitos das Mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2013.

⁷³ KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 76.

⁷⁴ LEMOS, C. T. *Religião, Gênero e Sexualidade*. Goiânia: UCG, 2005.

⁷⁵ COSTA, B. S. & RABELO, F. A. A (In)Constitucionalidade da Lei que Permite o Sacrifício de Animais em Cultos Religiosos de Matriz Africana: Análise do Recurso Extraordinário nº 494.601/2019. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador: Bahia. Vol. 16, n.2, 2021, pp. 19-32.

⁷⁶ LEITE, F. C. *Estado e Religião. A Liberdade Religiosa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2014.

economic, cultural, political or simply recreational purposes. Each of these associations is formed and developed through an ordered set of conduct rules. Each individual, moreover, [...] formulates for the direction of the own life individual programs of action.⁷⁷

Religious plurality in a country like Brazil requires a constitutional approach that does not disregard multicultural nuances. This aspect is paramount so that the interpreters of the constitution and laws be able to analyze disputes beyond hegemonic cultural patterns, as well as the theoretical framework that supports the legal and constitutional imagery in its precepts.⁷⁸ The Brazilian conjuncture reality shows that each individual is part of a complex network of conflicts and tensions in which there are various disputes and articulations.

It is not enough, therefore, to enunciate religious freedom, because the interpretation and the way people experience it and live it derives from a dialectical process of interiorizing, objectification, and exteriorization that refers to a structuring framework. Insufficient incorporation of concepts into everyday experiences can produce significant consequences in the context of individualities.

To continue to exist, a society depends on both transformation and continuity. This is the paradox of every living society. The more it changes, the more it needs to refer to the past and the more the past appears in the present, the more it is necessary to place it as a point of reference.⁷⁹

It is possible to affirm that the enunciation of religious freedom in a punctual manner does not lead to the acknowledgment of religious diversity to the extent that semiotic systems make use of a code that does not support the promotion of diversity. In this sense, even if a legal statement provides for religious freedom, this freedom is thought of through a code of language that has as its references a certain context, marked, in general, by issues related to a religious hegemony.⁸⁰ In this direction, an emblematic example is the idea of God's protection in the preamble of our last Magna Carta. The point is to observe to what extent the preamble has normative force. The STF has consolidated the understanding that invoking the name of God has no legal relevance, but rather is a matter of political ideology.⁸¹

Human relations are crossed by questions of power, hierarchized and demanded by prejudices and discriminations regarding certain groups. Semiotic systems, discourses, statements, and subjects can be labeled, evaluated, situated within a web of conflicts involving power issues.⁸² Unable to produce an analytic or objective discourse, agents that violate human rights reinforce the representation

⁷⁷ BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 1999, pp. 25-26.

⁷⁸ WEINGARTNER, J. N. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁷⁹ BARREIRA, D. P. R. *Tradição, transmissão e emoção religiosa-sociologia do protestantismo contemporâneo na América Latina*. São Paulo: Olho D'Água, 2001, p. 45.

⁸⁰ MARTELLI, S. *A religião na sociedade pós-moderna: entre secularização e dessecularização*. São Paulo: Paulinas, 1995.

⁸¹ VIEIRA, T. "Sob a Proteção de Deus: Natureza Jurídica do Preâmbulo Constitucional". In: *O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no Mundo*. SANTANA, U; MORENO, J; TAMELINI, R. (Org.). São Paulo: ANAJURE, 2014, pp. 109-120.

⁸² PANNENBERG, W. *Was ist der Mensch? Die Anthropologie der Gegenwart im Lichte der Theologie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.

and image of polarization.⁸³ It is, therefore, an approach that does not contribute to the understanding of the problems and that feeds the logic of otherness denial, making it impossible to build paths that raise appropriate means to situate the religious and the legal fields in the contemporary world.

What is possible to perceive when broadening the horizon of the issues covered here is that there are multiple articulations in the Brazilian reality. Our social, political and religious complexity, through the institutions of the State itself, has difficulties in supporting a more accurate sense of citizenship. Not by chance, the population has been living with violations of rights, intolerance, and racism. Offensives against certain civilizing ideals and achievements engendered by the Enlightenment, modernity, political liberalism, constitutionalism, democracy and the welfare state, fundamental and human rights, allied to the principles of equality, freedom, and fraternity, are frequent.

5. FINAL CONSIDERATIONS

It is in the dialectic tension between languages and religious and legal structures that a diachronic perspective becomes explicit. Changes will be always imbricated in the intersections of secularism and pluralism's processes, triggering transformations in the political, social, cultural and religious arrangements through the emergence of new subjects, new statements, and new discourses. In Brazil, although religious freedom has been uncovered by the constitutional texts, there have always been mechanisms of discrimination and control based on religious, cultural, and moral arguments. Like in a game among the actors who find themselves in asymmetric positions, those who exercise the domain use the different structural and ideological devices to affirm their condition, maintaining their supremacy.

One must reflect on the space occupied by the religions and by the religious agents in the civil society and the structure itself of the State. This aspect has led to tensions between republicanism and secularism, liberal principles and an alleged facticity. It is important to highlight that the religious diversity challenges the action of the State in the acknowledgment vindication processes. Considering that the human relationships are crossed by power matters, it is paramount to analyze in a criterion manner the religious actors' acting in the public space. This implies saying that the dialectical processes of exteriorization, objectification, and interiorizing need changes in the statements but also in the subjects' behaviors.

The constitutional norms, as legal principles, dialogue with the infra-constitutional law texts, marking the limits of a possible statement. The acknowledgment emerges from the constitutional statements themselves when thought of in normativity terms. By enshrining principles, constitutionalism evokes the tradition, history, and doctrine in the law scope, in a practice that often refers to events in continuity among the facts thought of in terms of representation. There is recognition to the extent that the various communities incorporate into their language systems manifestations of religious diversity.

Knowledge of religious experiences and different semiotic systems can ensure that we have actions that are not only in line with dogmatic references, but that are not open to dialogue and the acknowledgment of diversity. In a world in which fewer and fewer subjects are willing to listen to what their peers are leading, dialogical

⁸³ GABATZ, C. Religião, laicidade e direitos sexuais e reprodutivos: a presença de grupos religiosos conservadores nos espaços públicos da contemporaneidade. *Revista Estudos de Religião*. Vol. 31, n. 1, UESP: São Paulo, 2017, pp. 10-18.

praxis is imposed as an indispensable condition for strengthening democracy based on consolidated tolerance as a prerogative aligned with human rights.

The democratic scene continues to be responsible for an opening that allows dialogue, as it provides spaces for actors (both political and religious) and discourses that, together with the State, raise religion on the stage of decisions. The State's interest in religion exists as a result of its power to legitimize discourse, the power of faith that moves the masses and wins votes, the agglutinating character, and strategic articulation, and the transforming profile of the social sphere.

The State, largely influenced by religion, builds narratives that perpetuate certain practices and the parties, in turn, function as supports, adopting a position of preservation of certain ethical or moral values, aiming at the strength that the churches have in electoral contests. By making use of religious principles, Brazilian political culture outlines means for the maintenance of a coexistence paradigm. There is a constant call of religion from a patrimonialist and clientelist spectrum, as well as in the conquest for new adhesions.

REFERENCES

- ADORNO, T. W. *Margem esquerda: ensaios marxistas*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.
- AGAMBEN, G. *Opus Dei: Arqueologia do Ofício*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- AQUINO, T. de. *Suma Teológica*. São Paulo: Loyola, 2003.
- ASAD, T. *Formations of the Secular*. California: Stanford University Press, 2003.
- BAQUERO, R. Empoderamento: questões conceituais e metodológicas. *Redes*. Santa Cruz do Sul, v. 11, n. 2, pp. 77-93, maio-ago. 2006.
- BARREIRA, D. P. R. *Tradição, transmissão e emoção religiosa-sociologia do protestantismo contemporâneo na América Latina*. São Paulo: Olho D'Água, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARTHES, R. *Elementos de semiologia*. São Paulo: Cultrix, 2012.
- BENEDICT, R. *Padrões de cultura*. Petrópolis: Vozes, 2013.
- BAKHTIN, M. *Os gêneros do discurso*. São Paulo: Editora 34, 2016.
- BERGER, P. L. *O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião*. São Paulo: Paulus, 1985.
- BIRMAN, P. (Org.). *Religião e Espaço Público*. São Paulo: Attar Editorial, 2003.
- BOBBIO, N. *Teoria da norma jurídica*. Bauru: EDIPRO, 1999.
- BOTELHO, A. & SCHWARCZ, L. M. (Org.). *Cidadania, um projeto em construção: minorias, justiça e direitos*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

- BOURRICAUD, F. & BOUDON, R. *Dicionário crítico de sociologia*. São Paulo: Ática, 2001.
- BURITY, J. A. Religião, política e cultura. *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP: Dossiê - Sociologia da Religião*, São Paulo, v. 20, n. 2, pp. 83-113, nov. 2008.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CARVALHO, J. M. de. *Os Bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- CARVALHO, J. M. de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- CASANOVA, J. *Religiones públicas en el Uruguay moderno*. Madrid: PPC, 1994.
- CASTELLS, M. *O poder da Identidade*. Vol. 2. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- CATROGA, F. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CHAVES, L. G. M. Minorias e seu estudo no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*. Universidade Federal do Ceará: Fortaleza. Vol. 1, nº 1, 1970, pp. 149-168.
- CHAUI, M. *Cultura e Democracia: O discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortez, 2011.
- COSTA, B. S. & RABELO, F. A. A (In)Constitucionalidade da Lei que Permite o Sacrifício de Animais em Cultos Religiosos de Matriz Africana: Análise do Recurso Extraordinário nº 494.601/2019. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Salvador: Bahia. Vol. 16, n.2, 2021, pp. 19-32.
- CROATTO, José Severino. *As linguagens da experiência religiosa: uma introdução à fenomenologia da religião*. São Paulo: Paulinas, 2010.
- CUNHA, L. A. *Educação, Estado e Democracia no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2005.
- CUNHA, C. V. da. & LOPES, P. V. L. *Religião e Política: Uma Análise da Atuação de Parlamentares Evangélicos sobre Direitos das Mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2013.
- DERRIDA, Jacques. *A escritura e a diferença*. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- FAÇANHA, J. L. Edições fac-similar e semi-diplomática do "Livro de registro da correspondência oficial da Presidência da província com a repartição eclesiástica: 1887-1889". Aspectos Ortográficos. *Dissertação* (Mestrado em Estudos Linguísticos) - Instituto de Linguagens. Universidade Federal de Mato Grosso, Cuiabá, 2012.
- FAORO, R. *Os Donos do Poder*. Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012.
- FISCHMANN, R. *Estado Laico*. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina, 2008.

- FONSECA, A. B. *Relações e Privilégios: Estado, secularização e pluralismo religioso no Brasil*. Rio de Janeiro: Novos Diálogos, 2011.
- FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- GABATZ, C. Religião, laicidade e direitos sexuais e reprodutivos: a presença de grupos religiosos conservadores nos espaços públicos da contemporaneidade. *Revista Estudos de Religião*. Vol. 31, n. 1, UMESP: São Paulo, 2017, pp. 1-23.
- GEERTZ, C. *Nova Luz sobre a Antropologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- GELLNER, E. *Pós-Modernismo, Razão e Religião*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- GIDDENS, A. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- HABERMAS, J. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.
- HABERMAS, J. & RATZINGER, J. *Dialética da Secularização: sobre razão e religião*. São Paulo: Ideias e Letras, 2007.
- HALL, S. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.
- LAMOUNIER, B. *Tribunos, Profetas e Sacerdotes: intelectuais e ideologias no século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- LEMOES, Carolina Teles. *Religião, Gênero e Sexualidade*. Goiânia: UCG, 2005.
- LEITE, F. C. *Estado e Religião. A Liberdade Religiosa no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2014.
- LOPES, J. R. de L. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MACHADO, M. D. C. Religião, Cultura e Política. *Religião e Sociedade*. Vol. 32, nº2, 2012, pp. 29-56.
- MAFRA, C. *Os Evangélicos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- MARTELLI, Stefano. *A religião na sociedade pós-moderna: entre secularização e dessecularização*. São Paulo: Paulinas, 1995.
- MARX, K. & ENGELS, F. *Sobre a Religião*. Lisboa: Edições 70, 1975.
- MOUFFE, C. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. *Política e Sociedade: Revista de sociologia política*. Nº 3, Out. 2003, pp. 11-26.
- PANNENBERG, W. *Was ist der Mensch? Die Anthropologie der Gegenwart im Lichte der Theologie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.
- PINTO, C. R. *Teorias da Democracia: diferenças e identidades na contemporaneidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- PRECIADO, B. Multidões queer: notas para uma política dos "anormais". *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 19(1), n. 312, jan./abr. 2011, pp. 11-20.

- RAWLS, J. *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.
- RIBEIRO, D. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- RIBEIRO, R. J. Democracia Versus República: a questão do desejo nas lutas sociais. BIGNOTTO, N. (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- SANTOS, I.; NASCIMENTO, M. das G.; CAVALCANTI, J.; GINO, M.; ALMEIDA, V. (Org.). *Intolerância Religiosa no Brasil*. Relatório e balanço. Edição bilíngue. Rio de Janeiro: Klíne: CEAP, 2016.
- SANTOS, B. de S. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SAUSSURE, F. de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 2006.
- SERBIN, K. P. *Padres, Celibato e Conflito Social: uma história da Igreja católica no Brasil*. São Paulo: Companhia das letras, 2008.
- SILVA, V. G. da. *Candomblé e umbanda: caminhos da devoção brasileira*. São Paulo: Selo negro, 2005.
- SHINN, T. Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento. *Scientiae Studia*. São Paulo: USP. Vol. 6, n. 1, Jan-Mar. 2008, pp. 43-81.
- TAYLOR, C. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- TOURAINÉ, A. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- VATTIMO, G. *Depois da Cristandade: por um cristianismo não religioso*. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- VIEIRA, T. "Sob a Proteção de Deus: Natureza Jurídica do Preâmbulo Constitucional". In: *O Direito de Liberdade Religiosa no Brasil e no Mundo*. SANTANA, U.; MORENO, J.; TAMELINI, R. (Org.). São Paulo: ANAJURE, 2014, pp. 109-120.
- WALLERSTEIN, I. *O Universalismo Europeu: a retórica do poder*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. Brasília: Universidade de Brasília, v. 1, 2014.
- WEINGARTNER, J. N. *Liberdade Religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- WREGE, R. S. As Igrejas Neopentecostais: Educação e Doutrinação. Tese (Doutorado em Educação). UNICAMP: Campinas, 2001
- ZARKA, Y. C. *Diffícil Tolerância. A coexistência de culturas em regimes democráticos*. São Leopoldo: Unisinos, 2013.
- ZIZEK, S. *O amor impiedoso (ou: Sobre a crença)*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 225-235
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Synoptic approach regarding the implications generated by the use of 'ai systems' in business-to-consumer contracts

Prof. VÂLCU Elise Nicoleta¹

University Center Pitesti

Summary: Introduction. 1. What is the 'AI system' and how can it be used in a consumer context? 2. To what extent are the actions of digital assistants attributable to consumers? Comments. 3. The right of consumers to be informed at the pre-contractual stage, in the context of the use of digital assistants. Case law reflection. 4. The extent to which we can appreciate the need to regulate a new consumer's right – the right not to be discriminated against. Conclusions. Bibliography.

Abstract: The issue of the use of AI in the field of B2C contracts is in line with the European Union's objectives of ensuring the proper functioning of the internal market by establishing harmonised rules governing the use of artificial intelligence in the internal market while ensuring a high level of protection of public interests, such as health, safety and the protection of fundamental rights as recognised and protected by European Union law. The presence of 'digital assistants' in B2C contracts is a 'component' of the European Union's Digital Strategy to regulate artificial intelligence. Topics such as the presence of digital assistants and the implications of their actions in the pre-contractual, conclusion or execution stages of B2C contracts, as well as the identification of specific elements of B2C contracts, following their automation through the presence of AI, or the need for legislative adjustments precisely in order to increase the legal protection of consumers in the context of the presence of AI, will be topics of reflection advanced by the author in the present research.

¹ National University of Science and Technology POLITEHNICA BUCHAREST – University Center Pitesti – Faculty of Economics and Law. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6255-164X>. elisevalcu@yahoo.com

Keywords: algorithmic business-to-consumer (B2C) contract; digital assistants; consumers; share attribution,

JEL Classification: K22

INTRODUCTION

Advances in new technologies and in particular the development of artificial intelligence and automated decision-making processes raise questions about consumer safety in the face of new challenges².

In the new context, we appreciate the potential of automated decision-making processes that offer consumers innovative services, including new digital services such as virtual assistants and chatbots. However, when interacting with a system that automates decision-making, consumers need to benefit from a robust, we believe innovative, legislative framework ... in the context of the current legislation, a 'recalibration of the legislation' is required.

The presence of the European Union, through its institutions involved in the decision-making process, is crucial and a common EU approach is needed to help ensure the benefits of artificial intelligence and automated decision-making processes and to reduce risks across the Union. Thus, there is currently a growing interest in legislating at EU level on the two issues mentioned above, including the draft Regulation (EU) on Artificial Intelligence, which lays down harmonised rules on: (a) the placing on the market, putting into operation and use of artificial intelligence systems – AI systems – in the European Union (e.g. the use of AI tools covering issues such as preventing the distribution of abusive content, managing the risks associated with the technology and promoting safe and secure AI); (b) the prohibition of certain AI practices; (c) specific requirements for high-risk AI systems and obligations for operators of such systems; including rules on market monitoring and surveillance.

With reference to the topic under review, this EU framework sets out a robust methodology on the risks posed by 'high-risk' AI systems³ that pose significant risks to consumer health and safety, circumscribed by business-to-consumer contracts. In the light of Recital 28 of the Artificial Intelligence Act, in line with the objectives of Union harmonisation legislation to facilitate the free movement of products in the

² Erjola Aliaj, E. T. "E-commerce regulation in Albania", *Juridical Tribune - Tribuna Juridica*, Volume 13, Issue 3, October 2023, pp. 441–455.

³ References to high-risk IA systems can be found in Title III, which contains specific rules for IA systems that create a high risk to the health and safety of individuals or their fundamental rights. In line with a risk-based approach, these high-risk IA systems are allowed on the EU market subject to certain mandatory requirements and an accurate conformity assessment. Thus, it is considered that a qualification of a system as high risk depends not only on the function performed by the AI system, but also on the specific purpose and modalities for which the system is used. The extent of the negative impact of the AI system on the fundamental rights protected by the Charter is particularly relevant when an AI system is classified as high risk. These rights include the right to human dignity, respect for private and family life, protection of personal data, freedom of expression and information, freedom of assembly and association and non-discrimination, consumer protection, workers' rights, rights of persons with disabilities, right to an effective remedy and to a fair trial, right of defence and presumption of innocence, right to good administration.

internal market and to ensure that only safe and compliant products are placed on the market, it is important that safety risks that may be generated by a product due to its digital components, including AI systems, are adequately prevented and mitigated.

In conclusion, it is essential that current levels of consumer protection are maintained, but it is crucial to understand consumer rights as part of a wider regulatory infrastructure for the Digital Single Market⁴.

1. WHAT IS THE 'AI SYSTEM' AND HOW CAN IT BE USED IN A CONSUMER CONTEXT?

In a current understanding, where AI is the ability of a machine to mimic human functions such as reasoning, learning, planning and creativity, the taxonomy of AI typologies can be summarised as (a) Software: virtual assistants, image analysis software, search engines, voice and facial recognition systems, and (b) Embedded AI: robots, autonomous cars, drones, etc.

At EU level, the European Parliament's amendments to the AI definition inserted into the EU's legislative framework on artificial intelligence reflect the version⁵ defined by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), namely, 'An artificial intelligence system (AI system) is a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that can, for explicit or implicit purposes, generate outputs such as predictions, recommendations or decisions that influence physical or virtual environments'. Artificial intelligence refers to the intelligence of machines acting as 'intelligent agents'. As intelligent agents, with the help of software, certain devices have the ability to perceive their environment and take action based on algorithms⁶.

Therefore, the presence of digital assistants in the contractual relationship between traders and consumers, the modalities of involvement, the limits of involvement are topics of reflection of the present research, etc.

The use of digital assistants in consumer relations. Two working hypotheses are identified in this respect, namely digital assistants can be implemented:

- by the consumer (e.g. the consumer purchases a digital application from a third party merchant other than the other party to the contract and downloads it onto his device, or the digital assistant is integrated into a smart product previously purchased by the consumer without any connection to the other party to the consumer contract);

⁴ See Tekla P., "Legal Dogmatic Questions About the Impact of the European Union's Digital Legislation on Hungarian Contract Law", *Juridical Tribune – Review of Comparative and International Law*, vol. 14, no. 1, March 2024, pp. 47–59 and Viorel B., "Considerations regarding consumer protection in Romanian and European law. The notion of consumer", *Juridical Tribune - Tribuna Juridica*, Volume 8, Special Issue, October 2018, pp. 20–26.

⁵ OECD (2019) Recommendation of the council on artificial intelligence. OECD/LEGAL/0449 Smith BC (2019) The promise of artificial intelligence: reckoning and judgment. The MIT Press, Cambridge, MA.

⁶ See some particular issues in Oleksandr S., I. Kompaniiets, O. Volianska, O. Shovkoplias and V. Baranchuk, "Electronic Administrative Judicial Procedure of Ukraine and the Right to Judicial Protection: Problems of Legal Regulation and Practical Issues", *Juridical Tribune – Review of Comparative and International Law*, vol.14, no. 1, March 2024, p. 98–115.

- by retailers (the digital assistant could be integrated into the application that the retailer uses or could be integrated into the website or be a feature of the product sold to the consumer. Therefore, we advocate two scenarios where the use of the digital assistant by the trader is highlighted, namely when the trader processes orders from consumers or provides digital assistants to consumers to automate orders placed by consumers on platforms agreed by traders.

- or both.

The present research proposes as a topic of reflection a brief analysis of the first hypothesis stated above, namely that the consumer acquires the algorithmic decision-making system (digital assistant).

How can digital assistants be provided to consumers?

- The smart assistant can be provided to the consumer, integrated into a smart product purchased by the consumer;

- The Smart Assistant can be provided to the consumer via a separate application, which is set up when a product is purchased (e.g. if the consumer purchases a smartphone via a consumer contract);

- A platform that provides an integrated digital assistant for the consumer to purchase products from the retailer using that platform.

2. TO WHAT EXTENT ARE THE ACTIONS OF DIGITAL ASSISTANTS ATTRIBUTABLE TO CONSUMERS? COMMENTS

It should be emphasized, as shown in the above presentation, that a business-to-consumer contract concluded after the prior provision of a digital assistant involves particularities that fundamentally differentiate it from a classic B2C commercial contract, namely:

- the consumer, in consideration of entering into a consumer contract, enters into a contract with a trader (third party supplier) for the provision of a digital assistant, referred to in this research as a 'digital assistants contract'.

- after the purchase of the digital assistant, the consumer will enter into a consumer contract, called an 'algorithmic contract', with the trader via the digital assistant. As stated in the European Law Institute's Interim Report (ELI Project on Guiding Principles and Model Rules on Algorithms in Contracts) entitled 'EU Consumer Law and Automated Decision-Making (ADM): EU Consumer Law is ready for ADM'⁷, the generic title 'algorithmic contract' will describe any contract where a digital assistant is used either by the consumer, the trader or both parties in B2C relations, at the time of the conclusion of the contract or at any other stage 'of the life cycle of the contract'.

- It is relevant to note that the actions of the digital assistant are always predefined within the limits of the consumer's needs, and interestingly, it can be designed with the ability to learn and after implementation, necessarily with availability in terms of analyzing the data provided by the consumer in consideration of these actions that can be implemented, as appropriate, at the stage of negotiation, contract completion or, why not, in the execution of the contract.

⁷https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Interim_Report_on_EU_Consumer_Law_and_Automated_Decision-Making.pdf, p.22

- In summary, we advocate the 'creation' and implicitly the need for a regulation of a new type of B2C contract, which we can call 'algorithmic business-to-consumer contract' or 'automated business-to-consumer contracts' defined in the light of the ELI guiding principles as 'a contract in respect of which one or more parties use a digital assistant for the purpose of one or more of the negotiation, conclusion or performance of the contract'.

From the analysis of the characteristics identified above, a first question arises, namely, to what extent the actions of the digital assistant undertaken in any of the stages of negotiation, conclusion or performance of the contract, involve the liability of the consumer, in other words, these actions 'bind' the consumer from a legal point of view?

We believe that the answer to this question is a 'nuanced' one, thus in the academic literature⁸ various opinions have been expressed, ranging from the hypothesis that the consumer, when assisted by a digital assistant, will remain bound, with all the obligations incumbent on him as a contracting party, to the hypothesis that is in a true antonymy with the one mentioned above, which argues in favour of a radical interpretation, namely that once statements relating to the negotiation or conclusion of the contract, in so far as they are not only transmitted but also generated by computers, the latter 'deserve' legal personality and the transaction resulting from such statements must be attributed to them.

Also worthy of reflection are the views that such an analysis should be carried out by reference to the national law applicable to the subject matter of contracts, or the view that the progressive automation of the contracting process has led to a revival of theories that question the validity of contracts concluded using computers⁹.

We are of the opinion that the recurrent doubts expressed by some legal scholars regarding the validity of contracts concluded under the conditions of the actions of digital assistants should be eliminated, in view of the fundamental principles of contract law.

On the other hand, we cannot remain indifferent to the view that the AI system, in so far as it generates statements on the negotiation or conclusion of the contract, should have legal personality. The interpretation is based on the fact that any automated contracting 'benefits from autonomy enhanced precisely by the lack of human participation'. In support of this hypothesis, Professor Finocchiaro opines that 'Since there is no direct human participation in the resulting transaction, there is no "meeting of minds" and no contractual intent'¹⁰. Therefore, the doctrinaire proponents¹¹ of this thesis, go further with their reasoning and ask – are these contracts generated by an algorithmic decision-making system valid or not?

The answer to this question is based on clarifying the concept of 'autonomy' enjoyed by IA, a characteristic which gives it legal personality. It is argued that this

⁸ E. Mark, "The erosion of autonomy in online consumer transactions", *Law Innovation and technology*, vol. 8, Issue 1, 2016, p. 1-38.

⁹ E. Mik, "From Automation to Autonomy: Some Non-existent Problems in Contract Law" (May 1, 2020) *Journal of Contract Law*, 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3635346>

¹⁰ G. Finocchiaro, *Electronic Contracts and Software Agents: The Conclusion of the Electronic Contract through 'Software Agents' A False Legal Problem? Brief Considerations* (2003) 19 CLSR 20.

¹¹ Leon E. Wein, *The Responsibility of Intelligent Artefacts: Towards and Automation Jurisprudence* (1992), n. 9, Harv J. Law & Tech, p. 129.

autonomy is generated precisely by the embedded knowledge but also by the knowledge acquired (learned) after implementation¹². The more system is able to collect, analyse and act, the more autonomous it is considered to be.

We are of the opinion that such a theory cannot be supported, the answer being given in the context of clarifying the purpose of the creation of AI systems, namely, since, on the one hand, the autonomy of an AI system is strictly related to the concept of control (which in the author's opinion is explained whenever such an AI system has been designed at the behest of the consumer, while, on the other hand, people in general, and consumers in particular, use digital assistants to optimise performance, for example at the stage of negotiating a contract, and not to automate the entire legal process to the detriment of its humanisation.

Therefore, the use of digital assistants implies in fact *the attribution of their actions to consumers*, these being in fact a result of the delegation of competences with which they have been entrusted, *always coupled with the fulfilment of a set of requirements at the time of the design of the AI system* (e.g. it is envisaged that the AI assistant makes decisions based on a self-learning algorithms) *which gives the consumer the right to maintain control* over it, precisely in order to justify this attribution. An example of the control that the consumer can show towards the digital assistant is

- the right to set the parameters that will determine how the digital assistants will act in his or her interest – it is important to remember that this right can be conferred either by an express regulation on design requirements or by an agreement to this effect was concluded by the consumer with the supplier manufacturer when designing the AI assistant;
- its right to suspend its actions or disconnect it.

In view of the above, we open another horizon of reflection, namely the fact that the consumer's right of control is interdependent with the correlative obligation of the digital assistant provider to be liable for any damage caused to the consumer. The rationale would be that any action by the digital assistant which jeopardises the control to which the consumer is entitled would result in a non-compliant good or service and would likewise jeopardise the security and safety of the good or service purchased under the conditions of use of the AI.

3. THE RIGHT OF CONSUMERS TO BE INFORMED AT THE PRE-CONTRACTUAL STAGE, IN THE CONTEXT OF THE USE OF DIGITAL ASSISTANTS. CASE LAW REFLECTION

It has been held in the specialist doctrine that in the field of consumer protection, the obligation of information incumbent on the professional replaces the 'negotiation between the contracting parties' and cannot be reduced to 'a simple duty of care of the professional, especially when the legal relationship "has as its material object risky products or services, which also implies the obligation to warn of the risk"¹³. Therefore, the professional's obligation is not limited to a summary information

¹² E. Weitzenboeck, *Electronic agents and contract formation* (2001) 9 IJLIT 204.

¹³ See for further details, Gh. Piperea, *Consumer protection in commercial contracts. Easy money. On the irrational and the oligo-rational in commercial contracts*. C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2018, p. 39 et seq.

leaving the consumer to inform himself, but on the contrary, it implies a sufficiently clear and unequivocal information so that the consumer is convinced that his choice is a rational one in accordance with his interest. On the other hand, the information obligation is based on the economic, legal and technical inequality between the parties involved in the commercial relationship¹⁴.

In analysing this issue, therefore, we start from the premise that the trader is under an obligation to inform the consumer contracting party, whenever it is related to consumer contracts. Moreover, this pre-contractual information obligation is an essential component of the EU consumer law *acquis*.

The consumer's need to be informed at the pre-contractual stage is based on the rationale that an informed consumer will make the best informed decisions.

To what extent does this rationale remain viable when the consumer uses a digital assistant?

A first line of thought is that, regardless of the amount of information available to the consumer, and also regardless of whether this information came directly from the consumer or was communicated to him via the digital assistant, the trader's obligation to inform him at the pre-contractual stage remains, as laid down in current EU legislation on the subject.

A second direction of analysis concerns the typologies of information communicated to the consumer through the digital assistant, in this regard, we believe that we must decide between two such typologies that can be considered when designing the digital assistant, namely

- information to be provided to the consumer under consumer law;
- personalised information, assuming that the digital assistant has been custom designed to serve the specific needs of the consumer.

In summary, we consider that in either of the two situations mentioned above, informing the consumer via the digital assistant has the sole effect of improving the consumer's position (well known to be the inferior position¹⁵) in relation to the trader

¹⁴ Also see Adriana Deac, *Regulation (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and the Free Movement of These Data*, Perspectives of Law and Public Administration, Volume 7, Issue 2 December 2018, pp. 151–155; and Adriana Moțatu, *The Proliferation of the Illegal Access to a Computer System*, Perspectives of Law and Public Administration, Volume 10, Issue 1 March 2021, pp. 65–68.

¹⁵ 'Regardless of whether we are considering contracts for the sale of goods and services, including digital goods and services, credit agreements, etc., we consider that their particularity is given by the fact that they are not relationships of legal equality between consumers and professionals, in the sense that the consumer is in a situation of legal inferiority, given by the impossibility of negotiating with the trader because the contracts under consideration are characterised by the presence of pre-established, non-negotiable clauses, to which the consumer can only agree or refuse to conclude, as the case may be. Therefore, the applicability of the principle of freedom of choice is limited to the consumer's possibility to enter into an obligatory relationship with the trader, i.e. to conclude or not to conclude a commercial contract, but it is not possible to assess the consumer's freedom to negotiate the contractual terms, in view of the above comment. See for further information, E. N. Vâlcu, "Brief considerations regarding the specific concept of 'consumer. Contracting parties involved in a commercial legal relationship", *International Journal of Legal and Social Order*, vol. 3, No. 1 (2023), Section Law, DOI: <https://doi.org/10.55516/ijlso.v3i1.159>, pp. 536–545.

and does not in any way relieve the latter of the obligation incumbent on him – that of informing the consumer at the pre-contractual stage.

In support of this thesis, the CJEU also ruled in its judgment of 3 September 2015 in Case C-110/14¹⁶, *Horațiu Ovidiu Costea v SC Volksbank Romania SA*, at paragraph 21, as follows “The concept of ‘consumer’ within the meaning of Article 2 lit. (b) of Directive 93/13, has [...] an objective character and is independent of the actual knowledge which the person concerned may have or of the information which that person actually possesses.” In the same case, Advocate General P. Cruz Villalón in his Opinion¹⁷ submitted on 23 April 2015, at paragraphs 28–33 argues that “[...] the notions of vulnerability and inferiority [...] relating both to the capacity to negotiate and to the level of information, constitute the *raison d’être* of the Directive, since it starts from a reality in which the consumer adheres to conditions drawn up in advance by the seller or supplier, without being able to exercise any influence over their content’. We therefore conclude that the obligation to provide information is neither linked to the absence of knowledge nor dependent on the consumer’s actual knowledge, and is therefore an ‘emanation of the Union legislator’ and should therefore not become questionable even in the context where the consumer uses a digital assistant.

4. THE EXTENT TO WHICH WE CAN APPRECIATE THE NEED TO REGULATE A NEW CONSUMER’S RIGHT – THE RIGHT NOT TO BE DISCRIMINATED AGAINST

In the context of the use of algorithmic decision-making in business-to-consumer contracts, we believe that a consumer should have the power to choose whether or not to use a digital assistant.

Therefore, we believe that it is the responsibility of the trader not to treat the consumer using an AI system differently, nor should they restrict consumers from using them (e.g. consumers should not be prevented by traders from using digital assistants through technical measures – ‘ADM blockers’ – especially in online sales or when providing digital services. Thus, in the context of this approach, we can consider that we are in the presence of a new consumer right not to be discriminated against on the grounds of the use of an AI system. We believe that such a view requires qualification, in the sense that such recognition must not place additional burdens on the trader, such as ‘additional burdens due to the need to adapt to technical specifications...’¹⁸.

CONCLUSIONS

We believe we can talk about a new generation of digital consumer contracts. It is relevant to note that these contracts are characterised by the extensive use of algorithms and artificial intelligence.

¹⁶ ECLI:EU:C:2015:538; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ro/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0110>

¹⁷ ECLI:EU : C:2015:271; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ro/TXT/?uri=CELEX:62014CC0110>

¹⁸ https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Interim_Report_on_EU_Consumer_Law_and_Automated_Decision-Making.pdf, p. 29.

The academic and jurisprudential reaction has been commensurate with the interest shown by consumers, so we currently note significant academic contributions in this field, some of which we mention in this study, but also jurisprudential reflections on the matter¹⁹.

The legal aspects developed by the author in the present research, the topics of reflection put forward, the doctrinal theses stated as well as the jurisprudential opinions mentioned, certify the need to provide the consumer with additional legal security in the context of the use of algorithmic decision-making (the use of digital assistants) in any phase of the 'life process' of a contract.

BIBLIOGRAPHY

Deac, A. "Regulation (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and the Free Movement of These Data", *Perspectives of Law and Public Administration*, Volume 7, Issue 2 December 2018, pp. 151–155

Moțatu, A. "The Proliferation of the Illegal Access to a Computer System", *Perspectives of Law and Public Administration*, Volume 10, Issue 1 March 2021, pp. 65–68.

Popa Tache, C. E., *Between Human Rights and Consumers Protection in the Digital Age or the Rights of Digital Consumers in the European and International Context-The Digital Services Act Example*, contributions to Report about the comparative content analysis of instruments adopted by international and European organizations/countries regarding human rights protection online (Deliverable No. 11), published by The Global Digital Human Rights Network (GDHRNet), 2023, available here as a scientific publication: <https://gdhrnet.eu/publications/scientific-publications/>, accessed on 01.01.2024.

E Weitzenboeck, *Electronic agents and contract formation*, 2001 9 IJLIT 204.

¹⁹ See for example Sónia De Carvalho, *The Significance of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union in the Assessment of Distribution Contracts*, *International Investment Law Journal*, Volume 2, Issue 2, July 2022, pp. 102–126; Cristina Elena Popa Tache, *Between Human Rights and Consumers Protection in the Digital Age or the Rights of Digital Consumers in the European and International Context-The Digital Services Act Example*, contributions to Report about the comparative content analysis of instruments adopted by international and European organizations/countries regarding human rights protection online (Deliverable No. 11), published by The Global Digital Human Rights Network (GDHRNet), 2023, available here as a scientific publication: <https://gdhrnet.eu/publications/scientific-publications/>, accessed on 01.01.2024 and Rodica Diana Apan, *Outlook of the European Court of Justice Regarding Comparative Advertising*, *International Investment Law Journal*, Volume 2, Issue 2, July 2022, pp. 149–164.

- E. Mark, "The erosion of autonomy in online consumer transactions", *Law Innovation and technology*, vol. 8, Issue 1, 2016, p1-38; <https://doi.org/10.1080/17579961.2016.1161893>
- E. Mik, "From Automation to Autonomy: Some Non-existent Problems in Contract Law" (May 1, 2020) *Journal of Contract Law*, 2020, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3635346>
- E. N. Vâlcu, "Brief considerations regarding the specific concept of 'consumer. Contracting party involved in a commercial legal relationship'", *International Journal of Legal and Social Order*, vol. 3, No. 1 (2023), Section Law, DOI: <https://doi.org/10.55516/ijlso.v3i1.159>
- Erjola Aliaj, Edvana Tiri, "E-commerce regulation in Albania", *Juridical Tribune - Tribuna Juridica*, Volume 13, Issue 3, October 2023, pp. 441–455.
- G. Finocchiaro, *Electronic Contracts and Software Agents: The Conclusion of the Electronic Contract through 'Software Agents' A False Legal Problem? Brief Considerations'* (2003) 19 *CLSR* 20.
- Gh. Piperea, *Consumer protection in commercial contracts. Easy money. About irrational and oligo-rational in commercial contracts*. C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2018
- https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/E_LI_Interim_Report_on_EU_Consumer_Law_and_Automated_Decision-Making.pdf
- Judgment delivered on 3 September 2015 in Case C-104/14 *Horațiu Ovidiu Costea v SC Volksbank Romania SA* ECLI:EU:C:2015:538; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ro/TXT/?uri=CELEX:62014CJ0110>
- Leon E Wein, 'The Responsibility of Intelligent Artefacts: Towards and Automation Jurisprudence' (1992), n 9, *Harv J. Law & Tech*
- OECD (2019) Recommendation of the council on artificial intelligence. OECD/LEGAL/0449 Smith BC (2019) The promise of artificial intelligence: reckoning and judgment. The MIT Press, Cambridge, MA,
- O. Shevchuk, Ihor Kompaniets, Olena Volianska, Oleksandra Shovkoplias and Vasyl Baranchuk, *Electronic Administrative Judicial Procedure of Ukraine and the Right to Judicial Protection: Problems of Legal Regulation and Practical Issues*, *Juridical Tribune – Review of Comparative and International Law*, vol.14, no. 1, March 2024, p. 98–115.
- Opinion of Advocate General P. Cruz Villalón delivered on 23 April 2015 in Case C-110/14 *Horațiu Ovidiu Costea v SC Volksbank Romania SA* ECLI:EU:C:2015:271; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ro/TXT/?uri=CELEX:62014CC0110>

- Rodica, D. A., "Outlook of the European Court of Justice Regarding Comparative Advertising", *International Investment Law Journal*, Volume 2, Issue 2, July 2022, pp. 149–164.
- S. De Carvalho, "The Significance of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union in the Assessment of Distribution Contracts", *International Investment Law Journal*, Volume 2, Issue 2, July 2022, pp. 102–126.
- Tekla P., *Legal Dogmatic Questions About the Impact of the European Union's Digital Legislation on Hungarian Contract Law*, *Juridical Tribune – Review of Comparative and International Law*, vol. 14, no. 1, March 2024, pp. 47–59.
- Viorel B., *Considerations regarding consumer protection in Romanian and European law. The notion of consumer*, *Juridical Tribune - Tribuna Juridica*, Volume 8, Special Issue, October 2018, pp. 20–26.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinário (2024), pp. 236-255
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Entre a Constituição, os desejos e as ideologias: a ilegalidade do Edital de Vagas Específicas, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, para o ingresso de estudantes transgêneros na graduação*

Between the Constitution, desires and ideologies: the illegality of the Notice of Specific Vacancies, from the Federal University of Rio Grande – FURG, for the admission of transgender students to undergraduate courses

Bruno Cozza Saraiva¹

Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria

Sumário: 1. Introdução. 2. O Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros: o conflito administrativo entre a Constituição, os desejos e as ideologias. 3. Os Princípios estruturantes do Estado de Direito e o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros: a violação aos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia. 4. Os limites de atuação das Instituições de Ensino Superior: a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, o acesso segundo a capacidade de cada um e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: Pretende-se discorrer, na presente pesquisa, acerca do Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros, de modo a demonstrar que a Universidade Federal do Rio Grande, ao criar vagas específicas para um determinado grupo de pessoas, praticara, levando-se em consideração o

* O trabalho fora submetido, e aprovado com nota máxima, a Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst como condição para a obtenção do título de especialista em Direito e Processo Constitucional.

¹ Professor, e orientador, no Mestrado Internacional em Direito Privado Europeu da Università Mediterranea di Reggio Calabria. Pós-doutor em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí - UFPI. Pós-doutor em Novas Tecnologias e Direito no Mediterranea International Centre for Human Rights Research da Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria - Itália. Doutor em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Direito Público na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-graduado em Direito e Processo Constitucional na Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pós-graduado em Direito Penal Econômico Aplicado na Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul. E-mail: cozzaadvocacia@gmail.com

sistema constitucional-administrativo brasileiro, ato ilícito. Além disso, buscar-se-á analisar se, a criação desse direito, que surgira do conflito entre desejos-ideologias e Constituição, não previsto em lei, violara os Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei (da competência constitucional para a criação de direitos no âmbito da educação federal superior) e da Isonomia, a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades (Artigo 207 da CF), o acesso segundo a capacidade de cada um (inciso V do artigo 208 da CF), bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). Para o desenvolvimento desse trabalho-contribuição, será utilizada, como metodologia, a abordagem fenomenológico-hermenêutica, método de procedimento monográfico, juntamente com a técnica de pesquisa por documentação indireta. Como preliminares conclusivas, se pode dizer que a Universidade Federal do Rio Grande, ao criar um edital seletivo específico para um determinado grupo de pessoas ultrapassara os limites de sua autonomia didático-científica, administrativa e gestão financeira, de modo a produzir um ato administrativo ilícito e, conseqüentemente, nulo.

Palavras-chave: Constituição; Desejos; Ideologias; Autonomia universitária; Ato ilícito.

Abstract: In this research, we intend to discuss the Notice of the Specific Selection Process for the admission of transgender students, in order to demonstrate that the Federal University of Rio Grande, by creating specific vacancies for a certain group of people, had practiced, taking If the Brazilian constitutional-administrative system is taken into account, an unlawful act. Furthermore, we will seek to analyze whether the creation of this right, which arose from the conflict between desires-ideologies and the Constitution, not provided for by law, violated the Principles of Administrative Legality, the Absolute Reserve of Law (constitutional competence for the creation of rights within the scope of federal higher education) and Isonomy, the didactic-scientific, administrative and financial management autonomy of Universities (Article 207 of the CF), access according to each person's capacity (item V of article 208 of the CF), as well as the Education Guidelines and Bases Law (LDB). For the development of this work-contribution, the phenomenological-hermeneutic approach, monographic procedure method, together with the indirect documentation research technique will be used as methodology. As conclusive preliminaries, it can be said that the Federal University of Rio Grande, by creating a specific selective notice for a certain group of people, exceeded the limits of its didactic-scientific, administrative and financial management autonomy, in order to produce an illicit administrative act and, consequently, null.

Keywords: Constitution; Desires; Ideologies; University autonomy; Illegal act.

1. Introdução

A discussão acerca da Constituição, dos desejos e das ideologias, bem como do Edital de vagas específicas, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, para o ingresso de estudantes transgêneros da graduação, apresenta-se, a partir da inter-relação dos Princípios Estruturantes do Estado de Direito, em especial o da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e, sobretudo, o da Isonomia, com a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, o acesso segundo a capacidade de cada um e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de fundamental importância para que seja possível, no decorrer da presente pesquisa, se demonstrar que, ao criar o direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, a Universidade praticara, levando-se em consideração os limites constitucionais e infraconstitucionais para a atuação da Administração Pública, ato administrativo ilícito, e, por isso, nulo.

Para o estudo realizado nos limites desse artigo, a análise do *leading case* referente à criação, por uma Instituição de Ensino Superior, do direito à vaga

específica para as pessoas transgêneras, com a consequente proibição, da participação no processo seletivo para o preenchimento dessas vagas, de todas as outras pessoas não declaradas pertencentes a esse grupo social, torna-se condição de possibilidade para a compreensão de que, entre a Constituição, os desejos e as ideologias, a Administração Pública, regida pelo Princípio da Legalidade Administrativa, ou seja, da legalidade estrita, se encontra vinculada, rigorosamente, à Constituição Federal de 1988 e à legislação infraconstitucional pertinente, não lhe sendo lícito, portanto, agir sob o manto de quaisquer desejos e ideologias.

Por isso, na primeira parte desse artigo discutir-se-á, condicionando a análise aos pensamentos de Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle, o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros, de modo a demonstrar o conflito administrativo entre, porquanto se trata de ato praticado pela Instituição de Ensino Superior, a Constituição, os desejos e as ideologias.

Na segunda parte, que se justifica pela relevância teórica e prática do tema, abordar-se-á, por meio da inter-relação desses institutos com a faticidade constituída pelo ato administrativo praticado pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG, assim como no intuito de explicitar a violação ao Princípio da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia, os Princípios estruturantes do Estado de Direito e as peculiaridades, com efeitos jurídicos, do Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros.

Por fim, na terceira parte, através dos pressupostos constitucionais da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, do acesso segundo a capacidade de cada um e, fundamentalmente, das condicionantes infraconstitucionais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, discutir-se-á sobre os limites de atuação das Instituições de Ensino Superior, de maneira a possibilitar uma resposta ao problema que estruturara a presente pesquisa, qual seja: a Universidade Federal do Rio Grande (FURG), ao criar vagas específicas para as pessoas transgêneras, cometera ato ilícito e, portanto, nulo de pleno direito?

Com a finalidade de se atender aos objetivos acima apresentados, será utilizada uma metodologia de abordagem fenomenológico-hermenêutica (pois se compreende que a determinação do direito, ao invés de mero ato passivo de subsunção, é um ato criativo que implica o próprio sujeito), método de procedimento monográfico (trata-se de um tema específico e bem delimitado), aliado à técnica de pesquisa por documentação indireta.

2. O Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros: o conflito administrativo entre a Constituição, os desejos e as ideologias

Na data de 21 de outubro de 2022 fora aprovado, pelo Conselho de Ensino, Pesquisa, Extensão e Administração, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, o Edital para o Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros.

Com efeito, foram ofertadas, no presente Edital, dez vagas, em cursos presenciais, na graduação da Universidade mencionada acima. As dez vagas referiam-se aos seguintes cursos: medicina, direito, psicologia, artes visuais licenciatura, artes visuais bacharelado, educação física, ciências biológicas bacharelado, pedagogia, enfermagem e administração.

O Processo Específico em análise fora endereçado, exclusivamente, para os candidatos transgêneros, sendo estes, segundo a normativa criada pela Universidade, mulheres trans, travestis e homens trans. Isto quer dizer que, se as vagas são exclusivas para a concorrência entre candidatos trans, toda e qualquer pessoa que não fosse trans ou travesti, inclusive os reais beneficiários das cotas pela Lei n.º 12.711/2012, estava excluída da participação no certame.

Ademais, para que o candidato trans ou travesti pudesse ingressar à Instituição, por meio dessas vagas exclusivas e da solicitação de matrícula após a aprovação no Processo Seletivo Específico, o mesmo deveria ter concluído o ensino

médio integralmente em escola pública, ou recebido bolsa integral em escola privada, bem como não possuir o ensino superior completo.

Com relação ao processo seletivo propriamente dito, o mesmo fora constituído por duas etapas: a primeira etapa tivera como exigência a realização de um memorial descritivo, e a segunda a de uma redação. Neste contexto, os critérios de avaliação, segundo o edital, nas duas etapas, foram tanto de ordem amplamente subjetiva (memorial descritivo) quanto objetiva (redação).

Assim, na primeira etapa, ou seja, no memorial descritivo, o candidato deveria apresentar os elementos de sua trajetória escolar, escrever a vivência da transição corporal e/ou social de sua identidade de gênero, estas compreendidas, pela Instituição, como o conjunto de características que compõe a transexualidade e/ou travestilidade, apresentar as expectativas referentes ao ingresso na Universidade e enfatizar a importância da formação acadêmica para a comunidade LGBTQIA+.

Na segunda etapa, é dizer, na redação, o concorrente deveria escrever, sobre o tema proposto, um texto coerente, coeso, cuja linguagem respeitasse o uso da modalidade escrita formal da língua em relação à expressão linguística, de modo a respeitar o estilo e a estrutura formais.

Ainda, no que condiz aos critérios que constituíram o Edital Específico, em especial a nota exigida para a classificação de cada um dos candidatos, se pode verificar que os concorrentes deveriam, para obter a classificação e, conseqüentemente, a possibilidade de disputar a vaga pleiteada, atingir uma nota mínima de 20% em ambas as etapas.

Dito de outra forma, caso existisse apenas 01 candidato inscrito para o preenchimento da vaga de um dos dez cursos, esse candidato, atingindo somente 20% da nota em cada uma das etapas, estaria aprovado para cursar qualquer uma das graduações ofertadas, pela Instituição Federal de Ensino, no edital.

Para que seja possível compreender a inter-relação do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros e das violações concatenadas, pela Instituição de Ensino que implementara as vagas exclusivas, em face da Constituição Federal de 1988, torna-se necessária a verificação, arqueológica, das normas internas, no que diz respeito à forma de ingresso comum na Instituição, adotadas pela Universidade Federal do Rio Grande.

Na data de 16 de julho de 2010, a Universidade já referida aprovara, por meio de seu Conselho Universitário (CONSUN), a adoção, a partir do ingresso para o ano letivo de 2011, do ENEM, ou seja, do Ensino Nacional do Exame Médio como critério único para a seleção de novos acadêmicos.

Como consequência lógica disso, extraindo-se somente os estudantes, já ingressos, que buscam a transferência de um curso de graduação para outro, todos os candidatos, que almejam a realização de qualquer graduação na Universidade Federal do Rio Grande – FURG, devem, obrigatoriamente, se submeter ao Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, pois essa modalidade, que fora adotada 100% pela Instituição, passara a condição de obrigatória a partir do processo seletivo para a admissão no ano letivo de 2011.

Apesar dessa condição obrigatória, é dizer, da aplicação-adoção 100% do ENEM para a admissão de alunos nos cursos de graduação, a Instituição Federal de Ensino resolvera, abandonando o critério obrigatório nivelador de toda e qualquer seleção institucional, que é o Exame Nacional do Ensino Médio, criar, distanciando-se dos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia, assim como da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, do acesso segundo a capacidade de cada um e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o Edital Específico para as pessoas transgêneras, cujo critério de seleção aplicado aos candidatos destoava, de maneira abissal, daquele consolidado no âmbito interno e, sobretudo, nacional.

Neste sentido, a diferença entre o procedimento regular para o ingresso de qualquer estudante, inclusive daqueles que compõem o rol taxativo da Lei n.º 12.711/2012, para aquele criado e destinado, pela Universidade Federal do Rio

Grande, exclusivamente para as pessoas transgêneras, ou seja, do Exame Nacional do Ensino Médio para o Edital Específico em discussão, consiste, principalmente, no binômio dificuldade-flexibilidade, isto é, na dificuldade expressada pelo conteúdo programático exigido pelo ENEM e na flexibilidade, expressada pela nota mínima de 20% para a classificação e pelas duas avaliações, representadas pela redação e pelo memorial descritivo, do Edital Específico.

Dito de outra forma, enquanto que, para a realização do ENEM e, assim, garantir uma vaga, em qualquer curso de graduação, na Universidade Federal do Rio Grande, toda a população brasileira deve se submeter às avaliações desse processo seletivo, cujas áreas do conhecimento, invariavelmente, são: a) Ciências da Natureza: biologia, química e física; b) Ciências Humanas: história, geografia, filosofia e sociologia; c) Linguagens, códigos e suas tecnologias: português, literatura, língua estrangeira, artes, educação física e tecnologias da informação e comunicação; d) Matemática e suas tecnologias, os candidatos inscritos no Edital Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros devem se submeter, somente, a uma redação e a um memorial descritivo acerca da sua, própria, vivência LGBTQI+.

Como conclusão lógica disso, tendo-se em vista, por um lado, que toda a população brasileira se submete às mesmas, e rigorosas, exigências para concorrer a uma vaga, em curso de graduação, nesta Instituição Federal, e que, por outro lado, para as pessoas beneficiadas pelo Edital Específico ocorrera a aplicação de um processo seletivo próprio, e porque não dizer facilitado, pode-se verificar, nesta comparação, através da hermenêutica constitucional, a existência de violação ao princípio da isonomia enquanto balizador da relação institucional da administração pública, representada pela Universidade, com os administrados, que são todos aqueles que se submetem ao Exame Nacional do Ensino Médio na condição de concorrentes a uma vaga em curso de graduação.

Neste sentido, é que se verifica a inter-relação, advinda da interpretação do processo seletivo próprio e do ENEM, da Constituição Federal de 1988, dos desejos e das ideologias que parecem nortear o agir administrativo, uma vez que inexistente comando normativo capaz de justificar, adequadamente, a facilitação, promovida pela FURG, destinada ao ingresso dos candidatos do Edital para as pessoas transgêneras.

Esse conflito administrativo entre a Constituição brasileira, os desejos e as ideologias consiste, fundamentalmente, na violação, pelo agir administrativo, dos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei (da competência constitucional para a criação de direitos no âmbito da educação federal superior) e da Isonomia, bem como da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades (Artigo 207 da CF), do acesso segundo a capacidade de cada um (inciso V do artigo 208 da CF) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), de modo a privilegiar, como condição de possibilidade para a implementação de um edital específico e exclusivo, os desejos e as ideologias.

Ao violar, para privilegiar a um grupo específico, o Texto Constitucional de 1988 e, assim, toda a sua principiologia administrativa e as suas regras de competência legislativa, o agir público-administrativo, praticado pela Universidade Federal do Rio Grande, parece não se coadunar com a estrutura objetiva do Estado Democrático de Direito, pois desconsiderara “[...] deveres em nome de desejos, mesmo que disfarçados de direitos constitucionais [...]”².

Logo, ao criar direito não previsto em lei, lançando mão de competência legislativa para a qual não possui previsão constitucional, ou, melhor dizendo, usurpando a competência do Poder Legislativo para criar lei, pode-se verificar o indicativo do “[...] nascedouro de uma crise que, uma vez consolidada, terá o condão

² MORAIS, J. L. B. D.; BRUM, G. V. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

de colocar a perder [...]”³ a diferença substancial entre a autonomia universitária, que é limitada, e a previsão constitucional para legislar e, como consequência lógica, criar direitos.

Seguindo-se o posicionamento do jurista italiano Luciano Violante, na obra “Il dovere di avere doveri”, o ato administrativo, realizado pela FURG, ao criar o direito à vaga específica e exclusiva para um determinado grupo de pessoas, passara a confundir, ou porque não dizer transformar, direito em desejos. Na mesma linha do autor italiano, a Universidade Federal do Rio Grande passara de garantidora a criadora de direitos, “[...] contribuindo, assim, para aquilo que passou a ser chamado como *costituzione infinita* e pondo em xeque a forma de governo, subtraindo as políticas públicas das maiorias parlamentares, eleitas e responsáveis, e transferindo-as [...]”⁴ para quem, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, não possui competência para legislar.

Para Luciano Violante,

“L’espansione tendenzialmente illimitata dei diritti, separata dalla valorizzazione dei doveri, e potenziata dalla crescente giurisdizionalizzazione, non costituiscono un rimedio, ma rappresentano le manifestazioni più evidenti delle difficoltà della democrazia costituzionale. Si affiancano altre manifestazioni patologiche, quali la ricerca demagogica del consenso, il populismo, la spettacolarizzazione”⁵.

Neste contexto, em que se verifica a criação de direitos sem a devida competência constitucional-legislativa, o que será abordado no decorrer do presente estudo, como se a Administração Pública tivesse praticado um ato com a finalidade de atender a desejos de um determinado grupo de pessoas, ocorrera, como condição de possibilidade para essa criação, a consubstanciação de um agir administrativo enquanto privilégio, cuja representação, expressa, se concretizara por meio de um ato administrativo ilícito.

Em decorrência disso, pode-se extrair, dessa inter-relação populismo e ato-agir administrativo ilegal, que o populismo administrativo, perpetrado pela Instituição através da criação do direito à vaga específica, “[...] offre, come si è visto, risposte sbagliate ai problemi da cui trae la propria forza. Di più: induce a pensare che i problemi più spinosi possano essere risolti semplicemente [...]”⁶ com a substituição do legislador, a partir dos desejos e das ideologias, pela autonomia – sem limites – universitária.

Com efeito, a sobreposição dos desejos e das ideologias, pois pessoais, em face da Constituição Federal de 1988, aqueles enquanto conteúdo constitutivo de um agir administrativo que extrapolara a legalidade, ou seja, os limites da autonomia universitária, pode ser compreendida através da seguinte assertiva: “o patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal [...]”⁷. Dito de outra forma, a vontade⁸ pessoal, uma vez que ausente a prerrogativa-competência

³ MORAIS, J. L. B. D.; BRUM, G. V. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

⁴ MORAIS, J. L. B. D.; BRUM, G. V. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

⁵ VIOLANTE, L. *Il dovere di avere doveri*, Torino, Giulio Einaudi, 2014.

⁶ BOERI, T. *Populismo e Stato Sociale*, Roma, Editori Laterza, 2017.

⁷ FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, São Paulo, Globo, 2012.

⁸ Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal. FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, São Paulo, Globo, 2012.

constitucional para o agir, da Universidade, destinado à criação de direitos, se convertera, ao fim e ao cabo, na vontade estatal-administrativa.

Toda essa discussão e, notadamente, os fundamentos que, por meio dela, foram apresentados, desagua, quando se trata de Constituição versus desejos e ideologias, bem como de patrimonialismo e populismo, no embate, protagonizado pelos estudos de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, referente à Constituição real e à Constituição jurídica, esta com força de norma. Para utilizar essa terminologia, “Constituição real e Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio⁹”.

Neste mesmo contexto, a pretensão de eficácia da Constituição jurídica “[...] apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças da qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia¹⁰”. Dessa constatação deve surgir, de acordo com Konrad Hesse, uma indagação que diz respeito às possibilidades e aos limites da realização da Constituição jurídica “[...] no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida¹¹”. Por outras palavras, é a partir dos limites e das possibilidades, constitucionais, não observados pela Universidade Federal do Rio Grande, ao agir da Administração Pública, e não dos desejos e das ideologias, que se reconhece a Constituição como norma, norma fundamental, e não como mera folha de papel.

Não se pode, pois, adotar a lógica de Ferdinand Lassalle e dizer que “[...] as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social¹²”. Se assim fosse, poder-se-ia compreender que desejos e ideologias, que aparentemente nortearam, por meio do Edital de vagas específicas, a criação de direito, não previsto em lei, pela Universidade, representariam, na contemporaneidade, os fatores reais de poder que, à época, para Lassalle, justificariam considerar que a Constituição Federal de 1988, e toda a sua principiologia referente à limitação ao agir da Administração Pública, sucumbira perante a Constituição Real, é dizer, aos desejos e as ideologias, estes compreendidos como fatores reais de poder.

Com efeito, de maneira contrária ao pensamento de Lassalle, a Constituição, de acordo com Konrad Hesse, tem força de norma, uma vez que ela funda-constitui, a partir da limitação do poder estatal, a realidade social e jurídica de um Estado. Logo, toda e qualquer Constituição, que possua força normativa e que se encontre vigente em uma sociedade democrática e que seja condição para esta, não sucumbirá em face dos desejos e das ideologias que aparecem e desaparecem no curso da história.

3. Os Princípios estruturantes do Estado de Direito e o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros: a violação aos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia

Para o desenvolvimento do presente estudo, é dizer, para que seja possível densificar a discussão proposta, abordar-se-á, na segunda parte, a relação, juridicamente oposta, entre os Princípios estruturantes do Estado de Direito brasileiro e o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros. Por outras palavras, buscar-se-á demonstrar, a partir da análise de três espécies de Princípios Estruturantes, quais sejam, o da Legalidade Administrativa, o da Reserva

⁹ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹⁰ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹¹ HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

¹² LASSALLE, F. *O que é uma Constituição?*, São Paulo, Edijur, 2020.

Absoluta de Lei e o da Isonomia, a violação, pelo ato administrativo praticado pela Instituição de Ensino, das estruturas principiológicas estatais.

Deve-se considerar, inicialmente, que os princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e, sobretudo, da Isonomia constituem, assim como tantos outros, “[...] a estrutura jurídica de qualquer Estado de Direito, no sentido de que traduzem no domínio jurídico-constitucional a existência de valores sem o reconhecimento dos quais não há Estado de Direito e que, no seu conjunto, só podem existir em Estado de Direito¹³”. Partindo-se dessa concepção, pode-se afirmar que, ao violar esses princípios estruturantes, o Edital do Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros atentara contra os alicerces constitucionais do Estado fundado pela Constituição Federal de 1988. Por isso, a análise que será realizada neste capítulo se consubstanciará na demonstração da relação oposta-ilícita, do ponto de vista constitucional-administrativo, de cada um dos três princípios com o Edital publicado pela Instituição de Ensino.

A Constituição da República Federativa do Brasil impõe, no inciso II do artigo 5.º, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa primeira aparição, constitucional, da limitação, lato sensu, do poder estatal, pode ser denominada como legalidade genérica, uma vez que composta de caráter amplo e abstrato, de modo a se apresentar como “[...] corolário da liberdade individual¹⁴”. Por outro lado, a noção de legalidade discutida no presente trabalho, esta enquanto princípio estruturante do Estado de Direito, é a da Legalidade Administrativa. Isto quer dizer que, a verificação do Edital proposto pela Universidade Federal do Rio Grande fora efetuada através da seguinte proposição: “[...] a legalidade administrativa tem o sentido de vinculação positiva da Administração Pública em seu atuar à norma legal: ela só poderá fazer aquilo que a lei expressamente lhe autoriza¹⁵”.

Como não poderia deixar de ser, essa distinção encontra guarida no Texto Constitucional de 1988, em especial no inciso II do artigo 5.º¹⁶, que trata da legalidade genérica, e no caput do artigo 37¹⁷, que estabelece a legalidade administrativa. No que diz respeito ao *leading case* adotado como objeto de análise pela presente pesquisa, a Instituição de Ensino Superior, isto é, a Universidade Federal do Rio Grande, criara, sem a existência de previsão em lei, o Edital Específico para as pessoas transgêneras, ou seja, produzira direito sem competência para tal e, fundamentalmente, em desconformidade com o Princípio da Legalidade Administrativa.

Isto porque, a Lei n.º 12.711 de 29 de agosto de 2012, nos artigos 1.º¹⁸ e 3.º¹⁹, previa, à época da publicação do certame desse Edital, em cada concurso

¹³ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

¹⁴ DI PIETRO, M. S. Z.; MARTINS JUNIOR, W. P. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁵ DI PIETRO, M. S. Z.; MARTINS JUNIOR, W. P. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁶ 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: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

¹⁷ 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.

¹⁸ Art. 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

¹⁹ Art. 3º Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta Lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo

seletivo para o ingresso nos cursos de graduação, o mínimo de 50% de suas vagas para os estudantes que tivessem cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, assim como por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Pode-se verificar, a partir da compreensão da Lei n.º 12.711 de 2012, que a criação, nos termos da lei, de cotas-vagas, cuja destinação não seja para todas as pessoas, é dizer, que seja para as assim denominadas minorias, dependerá, em todas as situações, da existência de previsão legal e, sobretudo, dos índices extraídos do último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sendo este realizado na unidade da Federação onde a respectiva cota-vaga deverá ser criada por lei. Dessa forma, se extrai que, a criação de cotas-vagas em caráter restritivo, uma vez que limitará o acesso da maioria às Instituições de Ensino Superior, será realizada somente por lei e atenderá, exclusivamente, aos critérios e aos limites estabelecidos pela Lei de Cotas (Lei n.º 12.711/12).

Como consequência lógica disso, a FURG, ao criar o Edital Específico para as pessoas transgêneras, destinando todas as dez vagas para as pessoas transgêneras, violara o Princípio da Legalidade Administrativa, porquanto criara direito à vaga, pois somente se falaria em cota se fosse permitida a participação de todas as pessoas nas proporções estabelecidas pela lei, sem previsão em lei, isto é, sem previsão na Lei n.º 12.711/12 e em qualquer outra lei existente no ordenamento jurídico brasileiro. Dito de outra forma, além de a Lei de Cotas não conter hipótese²⁰ que ampare o ato administrativo produzido pela Instituição de Ensino, não existe, no sistema normativo pátrio, a começar pela Constituição Federal de 1988, previsão de competência legislativa-parlamentar para as Universidades.

Com efeito, para Guido Zanobini, “enquanto o indivíduo pode fazer tudo o que não lhe é expressamente vedado, a Administração só pode fazer o que a lei expressamente a consente fazer²¹”. Neste contexto, se extrai, da definição de Zanobini, que a Administração Pública, ou, melhor, a Universidade Federal do Rio Grande, só poderia fazer, estritamente, aquilo que a lei lhe consente fazer, de modo a não poder fazer aquilo que a lei não lhe proíba²². Por isso, com relação ao ato administrativo realizado pela Universidade, este como condição de possibilidade para a publicação do Edital Específico, no qual criara direito não previsto²³ em lei, “a Administração Pública não pode inovar na ordem jurídica por simples atos administrativos, não pode conceder direitos, criar obrigações, impor vedações,

da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. (Redação dada pela Lei nº 13.409, de 2016)

²⁰ Dalla legalità deriva il principio di tipicità degli atti amministrativi, per il quale la Pubblica Amministrazione non può distaccarsi quando agisce come autorità. CASSESE, S. *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000.

²¹ ZANOBINI, G. *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1995.

²² Essa orientação configura significativa compreensão, pois impede que a Administração faça aquilo que a lei não proíba. A exploração do sentido do princípio da legalidade administrativa põe em relevo a vinculação positiva (positive bindung) da Administração Pública à lei (a lei como pressuposto da atuação administrativa) – que decorre do enunciado de Guido Zanobini – [...] e que superou o entendimento de vinculação negativa (negative bindung), pelo qual a lei constitui limite para a sua atuação sendo-lhe facultado fazer aquilo que não proíbe. DI PIETRO, M. S. Z.; MARTINS JUNIOR, W. P. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022.

²³ Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecer-lhes, cumpri-las pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro. MELLO, C. A. B. D. *Curso de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2023.

compelir comportamentos: para tudo isso, e em outras hipóteses, é necessário o respaldo da lei [...]”²⁴.

Após a demonstração da violação, pela Instituição de Ensino, ao Princípio da Legalidade Administrativa, já que a mesma praticara ato administrativo, criando direito, sem a existência de hipótese legislativa permissiva, passar-se-á, conforme informado anteriormente, para a análise da violação ao Princípio da Reserva Absoluta de Lei. Para a compreensão do objeto que consubstancia esta pesquisa, entender-se-á “[...] por *reserva de lei* a delimitação do que deve ser constitucionalmente considerado como prerrogativa de regulamentação do legislador e que, por consequência, deve ser primariamente objecto de acto legislativo”²⁵. O Edital Específico, discutido neste estudo, criara o direito, à vaga específica, para as pessoas transgêneras. Logo, a criação desse direito pela Instituição Federal, esta enquanto Administração Pública e sem competência legislativa para tal, facilitara, para um grupo específico de pessoas, o ingresso a determinados cursos de graduação da Universidade.

Partindo-se de um referencial histórico, o debate acerca da reserva de lei somente “[...] adquiriu verdadeiro sentido com a instituição de uma separação dos poderes e de função após o advento do Estado de Direito Liberal. Até aí, a concentração de poderes na pessoa do monarca absoluta privava de interesse político e prático a discussão do problema”²⁶. A partir da separação orgânica das funções legislativa e executiva, sobretudo no interregno temporal das monarquias e das revoluções liberais do século XIX, fora possível distinguir as diferentes estruturas de poder, de modo a sustentar, tanto sociológica quanto politicamente, cada uma dessas funções²⁷.

Não obstante a essa concepção fundacional de reserva de lei, José Joaquim Gomes Canotilho, em termos contemporâneos, elucidara que “através do conceito de reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*) pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei (<<reservados à lei>>)”²⁸. Por outras palavras, a regulação desses conjuntos ou âmbitos materiais, porquanto que deverão se regular por lei, obedecem, necessariamente, a uma forma. Neste sentido, é que a definição do Princípio da Reserva Absoluta de Lei significa:

“[...] Lei em sentido formal, com exclusão de outras fontes do direito, sendo sedimentada nos princípios do Estado de Direito e democrático, e compreendendo várias espécies: (a) reserva de parlamento; (b) reserva de ato legislativo (ou reserva relativa: autorização legislativa); (c) reserva de decreto-lei, reserva de norma jurídica (reserva de lei material: atos normativos inferiores à lei); e (d) reserva de lei reforçada (valor paramétrico relativamente a outros atos legislativos)”²⁹.

²⁴ DI PIETRO, M. S. Z. *Curso de Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 2013.

²⁵ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

²⁶ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

²⁷ [...] Cada uma daquelas funções, tendo cada um desses poderes origem e legitimidade distintas (essencialmente, embora com diferenças particulares de país para país, um monarca liderando um executivo, obrigado a pactuar ou a sujeitar-se a um parlamento de legitimidade tendencialmente democrática), a questão da reserva de lei, manifestando-se como problema jurídico de separação e de distribuição de competências entre diferentes funções que se desenvolvem necessariamente em Estado de Direito, tinha subjacente uma forte componente política envolvendo a repartição de poder entre as diferentes *potências*. NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

²⁸ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

²⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

No que diz respeito à criação de vagas específicas para as pessoas transgêneras, isto é, ao desenvolvimento de atividade legislativa pela Instituição de Ensino como se parlamento fosse, a concepção principiológica de reserva de lei condiciona a forma pela qual o Estado brasileiro pode, somente, criar direito, além de convergir com,

“[...] as concepções inerentes ao princípio do Estado de direito e ao princípio democrático [...]. Trata-se, por um lado, de assegurar, através da lei, a observância dos princípios concretizadores do princípio do Estado de direito (princípio da confiança e segurança jurídicas, princípio da proporcionalidade, princípio da igualdade, princípio da imparcialidade)³⁰”.

Por outro lado, a reserva de lei, é dizer, a reserva de parlamento, assegura, a um órgão, este legitimado pelo poder popular ou, melhor, pela soberania do povo, a exclusividade referente ao estabelecimento da estrutura-base de todo o regime jurídico, político e social “[...] cujos preceitos possam afectar interesses da generalidade dos cidadãos e a fixação desses regimes na integralidade quando respeitem a assuntos que mais sensibilizem uma comunidade³¹”. Pode-se dizer, portanto, que as razões de justificação desse princípio estruturante de Estado de Direito encontram guarida, além de em tantas outras, na finalidade pública, esta enquanto garante da segurança jurídica, e na separação entre os atos de criar e de aplicar o direito.

Dessa justificação, ou seja, da segurança jurídica como predicado da reserva de lei-parlamento, resulta, para os cidadãos, “[...] uma separação clara entre as funções de criação e de aplicação do Direito, entre a existência de norma e a sua aplicação. De um lado, os direitos e deveres dos particulares ficam precisamente delimitados [...]”³², porquanto impõem os limites para que o Estado, também enquanto Administração Pública e, sobretudo, Instituição de Ensino Superior, cada qual nos limites de suas competências constitucionais, intervenha, de maneira concreta e prévia, consubstanciado em comandos normativos de carácter *erga omnes*.

Disso resulta, também, que os cidadãos, que constituem a comunidade formada pelo Estado e tutelada pela Constituição, contarão com a “[...] previsibilidade e calculabilidade da actuação administrativa que lhes permite programar, em confiança, os próprios planos de vida, para além de que a distância e imparcialidade implicadas na previsão geral, abstracta e devidamente publicitada das eventuais [...]”³³, de modo que as intervenções do poder público sejam para a garantia da igualdade de tratamento, assim como para a exclusão do abuso de poder e da discriminação por parte da Administração Pública.

Deve-se levar em consideração que a reserva de lei ao parlamento, ou seja, ao legislador, não quer dizer que a “[...] outras entidades – Governo, assembleias regionais, autarquias locais, universidades, ordens profissionais – esteja constitucionalmente vedada qualquer intervenção normativa regulamentar no domínio dos direitos fundamentais³⁴”. Todavia, esse poder regulamentar se submete, estritamente, ao Texto Constitucional, condicionando a atuação da Instituição de Ensino, no âmbito da presente pesquisa, aos limites das competências atribuídas por lei constitucional.

Neste sentido, o Princípio da Reserva de Lei ou, melhor dizendo, da Reserva Parlamentar, se encontra normatizado, na Constituição da República Federativa do

³⁰ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

³¹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

³² NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

³³ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

³⁴ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

Brasil, no inciso XXIV do artigo 22 e no inciso V do artigo 23, pois compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, bem como é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação. De acordo com o que fora demonstrado acima, no *leading case* objeto desse estudo se impõe, como parâmetro limitativo da competência da Universidade Federal do Rio Grande, o Princípio, estruturante, da Reserva de Lei, uma vez que a competência, privativa, para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional é da União Federal.

Ademais, no que diz respeito à competência comum para legislar, é dizer, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cada um desses entes federados no seu âmbito de competência, na esfera da educação superior-universitária, somente a União Federal pode legislar acerca dos meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação. Dito de outra forma, somente o Congresso Nacional poderia, no caso em análise, criar o direito à vaga específica, para as pessoas transgêneras, podendo, assim, após essa criação, ser regulamento por meio de Edital pela Instituição de Ensino.

Logo, quando a Universidade Federal, através de ato administrativo e sem competência legislativa para isso, resolvera criar o direito à vaga como meio de acesso à educação superior, ela violara a principiologia estruturante do Estado de Direito, ou seja, ela violara o Princípio da Reserva de Lei, porquanto que somente Lei Federal, produzida através da observância, estrita, das regras constitucionais do processo legislativo federal, poderia criar novos meios de acesso à educação, como é o caso do direito à vaga específica para as pessoas transgêneras.

Nestas circunstâncias, a Administração Pública, em especial a Universidade, que criara o direito à vaga específica, não dispõe, em Estado de Direito, de qualquer poder “[...] próprio, expresso ou implícito, para proceder à limitação dos direitos fundamentais em ordem a promover a sua articulação ou harmonia com outros bens dignos de protecção jurídica, qualquer intervenção restritiva em direitos fundamentais deve, por princípio, estar legalmente autorizada e regulada³⁵”. Portanto, ao não possuir competência para criar o direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, a Instituição de Ensino extrapolara a sua competência-limite regulamentar.

Para que se possa concluir o segundo capítulo, agregando-se à análise das violações, pelo Edital da Universidade Federal do Rio Grande, à Legalidade Administrativa e à Reserva Absoluta de Lei, tratar-se-á do Princípio da Isonomia, utilizando-o no intuito de demonstrar que o direito criado, diante do desrespeito à legalidade e à reserva de lei, transgredira a principiologia estruturante da Constituição Federal de 1988. Levando-se em consideração que “se ogni uomo è un valore, è chiaro che questo valore non può essere discriminato e non possono esistere gerarchie fra le persone nel godimento dei diritti³⁶”. Com efeito, se extrai da compreensão de Domenico Gallo que a Isonomia, como princípio constitucional, deve nortear as relações do Estado, Administração Pública, com os administrados, de modo a se destinar, sobretudo, a limitar a atuação estatal à lei, esta produzida pelo Parlamento.

Neste contexto, Maurizio Fioravanti, na obra “Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali”, associara este fenômeno “el hecho de que la igualdad esté ahora en la Constitución y que se deba realizar según el dictado constitucional a través de la ley y del control que los jueces desarrollan sobre la propia ley, precisamente a la luz del principio constitucional de igualdad [...]”³⁷. A partir dessa premissa, pode-se dizer, de acordo com o Ronald Dworkin, na obra “A raposa e o porco-espinho: justiça e valor”, que “[...] o governo coercitivo só é legítimo quando

³⁵ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

³⁶ GALLO, D. *Da sudditi a cittadini: il percorso della democrazia*, Torino, Gruppo Abele, p. 2014.

³⁷ FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.

se esforça para demonstrar igual consideração pelos destinos de todos os governados e pleno respeito pela responsabilidade pessoal que eles têm pelas próprias vidas³⁸”.

Assim, a discussão pretendida, na segunda parte da presente pesquisa, possui como finalidade demonstrar que, além de violar os princípios da Legalidade Administrativa e da Reserva Absoluta de Lei, a criação do direito à vaga específica, pela esfera administrativa, para as pessoas transgêneras, também violara a Isonomia enquanto Princípio Estruturante de Estado de Direito. Para isso, será realizado, a partir do magistério de Jorge Reis Novais, o seguinte questionamento:

“[...] Se já no Estado de Direito Democrático e social, em nome do princípio da igualdade, se havia concluído pela proibição de quaisquer discriminações em função da raça ou do sexo (por vezes, como acontece entre nós, com consagração expressa dessa proibição), como compreender que, invocando razões de igualdade, se admitam, hoje, práticas discriminatórias entre pessoas, precisamente por facto da respectiva raça, sexo ou género, favorecendo, por exemplo, [...] a entrada [...] nas universidades?³⁹”

Partindo-se desse questionando e, relacionando-o com o objeto de pesquisa do presente estudo, qual seja, o Edital, da Universidade, referente ao Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, demonstrar-se, a seguir, a violação, por esse ato administrativo, do Princípio da Isonomia. Deve-se salientar que, diferentemente de todas as pessoas que nasceram e/ou que residem no território brasileiro, inclusive aquelas amparadas pela Lei n.º 12.711/2012, as quais devem, obrigatoriamente, se submeter ao Exame Nacional do Ensino Médio – ENEM, porquanto que essa modalidade, adotada 100% pela FURG, passara a condição de regra a partir do processo seletivo para a admissão no ano letivo de 2011, os candidatos transgêneros, que participaram do Processo Seletivo Específico, ao contrário de todos os candidatos que buscaram o ingresso pelo Exame Nacional, foram submetidos a uma avaliação que possuía, somente, duas etapas: a primeira etapa tivera como exigência a realização de um memorial descritivo, e a segunda a de uma redação.

Dito de outra forma, enquanto todas as pessoas que se submetem ao ENEM e, em razão disso, realizam as provas de a) Ciências da Natureza: biologia, química e física; b) Ciências Humanas: história, geografia, filosofia e sociologia; c) Linguagens, códigos e suas tecnologias: português, literatura, língua estrangeira, artes, educação física e tecnologias da informação e comunicação; d) Matemática e suas tecnologias, os candidatos inscritos no Edital Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros se submeteram, unicamente, a uma redação e a um memorial descritivo acerca de sua, própria, vivência LGBTQI+. Além disso, a relação desarmônica e irrazoável entre o ENEM e o Edital Seletivo Específico para o grupo em comento pode ser analisado a partir do binômio dificuldade-flexibilidade, isto é, pelas exigências-dificuldades relativas ao conteúdo programático exigido pelo ENEM e pela flexibilidade, anunciada pela nota mínima de 20% para a classificação e pelas duas avaliações – redação e memorial descritivo – do Edital Específico.

Partindo-se da dificuldade expressada pelo conteúdo programático exigido pelo ENEM e na flexibilidade, proclamada pela nota mínima de 20% para a classificação e pelas duas avaliações, isto é, pela redação e pelo memorial descritivo, do Edital Específico, deve-se questionar, no âmbito científico e sob o viés do Estado de Direito, este na condição social-democrática, “[...] a explicação por vezes tentada e segundo a qual outrora seriam as discriminações *negativas* que eram proibidas, enquanto que hoje se trataria, no caso, de discriminações positivas e que só essas

³⁸ DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014.

³⁹ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

seriam constitucionalmente admitidas e até impostas⁴⁰". Para o jurista português Jorge Reis Novais há, neste debate, além da discussão acerca do Princípio da Isonomia propriamente dito, a necessidade, para que seja possível compreendê-lo, de se delimitar os limites jurídico-constitucionais da igualdade e, sobretudo, a forma pela qual a Administração Pública busca "realizar-efetivar-respeitar esse princípio⁴¹".

Seguindo-se esse raciocínio, e, apesar de a discussão estabelecer-se sob a égide do Estado Democrático-Social de Direito, "a lei é igual para todos, todos são iguais perante a lei, significando, portanto, que a própria lei e o princípio da legalidade [...] ⁴²" asseguram a igualdade enquanto Princípio Estruturante de Estado de Direito. Ademais, esse debate se faz presente em um cenário caracterizado pelos desejos e pelas ideologias, onde fora consolidado o posicionamento referente a tratar os diferentes de maneira desigual, mesmo diante de limites constitucionais específicos que inviabilizam, por parte da Administração Pública, promover qualquer tipo de distinção-discriminação.

Com efeito, a dimensão liberal-constitucional do Princípio da Isonomia, a qual é defendida nesta pesquisa, não perdura:

"[...] a razão de ser. [...] A igualdade perante a lei continua a ser um mínimo que se impõe à observância de qualquer Estado de Direito enquanto exigência decorrente da igual dignidade de todos. Aquilo que se alterou profundamente foi [...] a atitude para com o momento anterior, o de criação da lei, isto é, o problema da igualdade no conteúdo da lei⁴³".

Nesta mesma lógica, para José Joaquim Gomes Canotilho, na obra "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", o Princípio da Isonomia, "além das inequívocas dimensões subjectivas já assinaladas, é também um princípio com dimensão objetiva, isto é, vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional⁴⁴". Com relação ao objeto analisado, é dizer, a criação de direito à vaga específica, pela Instituição de Ensino Superior, para as pessoas transgêneras, pode-se afirmar, de acordo com o que fora exposto, que o ato administrativo que criara essa hipótese não prevista em lei atentara contra a igual dignidade e reconhecimento "devidos a todas as pessoas pelo facto de o serem⁴⁵".

As diferenciações criadas pelo ato administrativo da Universidade se basearam, exclusivamente, "[...] em opções individuais sobre planos de vida e orientações que as pessoas são livres de formar [...] ⁴⁶", de modo a atentarem "[...] contra a igual dignidade das pessoas e, enquanto tal, são ilegítimas à luz da Constituição de Estado de Direito⁴⁷". Assim, ao excluir da participação do processo seletivo todas as outras pessoas que não se declarassem transgêneras, exclusão essa decorrente de orientações que as pessoas são livres para tomar, ocorreria um privilégio, do ponto de vista jurídico-constitucional e administrativo, injustificado.

⁴⁰ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴¹ Com isso se alude, de resto, a um outro subtema da maior relevância para uma compreensão do princípio da igualdade, qual seja o da distinção entre as exigências constitucionais da igualdade e as possibilidades de controlo da actuação das entidades públicas nesse domínio. Porque uma coisa é reconhecer que todas as entidades públicas estão directamente vinculadas à observância dos comandos constitucionais de igualdade e outra coisa é determinar até onde pode o juiz, designadamente o juiz constitucional, ir no controlo dessa observância. NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴² NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴³ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴⁴ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

⁴⁵ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴⁶ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴⁷ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

Esse privilégio, portanto, fora de encontro à finalidade precípua do Princípio da Isonomia, qual seja, a de “[...] excluir as diferenciações não racionalmente compreensíveis ou que, sendo compreensíveis, são evidentemente inadmissíveis em Estado de Direito⁴⁸”. Neste contexto, que diz respeito, sobretudo, ao *leading case* que constitui a presente pesquisa, a igualdade se coaduna (ou é limitada), intrinsecamente, com o Princípio de Proibição do Arbítrio, “[...] na medida em que ambas as ideias – igualdade e exclusão de arbitrariedade – são expressão ou exigência de um sentido de justiça mínimo comumente reconhecido e, em si mesmo, não controverso⁴⁹”. Por outras palavras, pode-se sustentar, a partir de todo o exposto, que a criação do direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, pela Instituição de Ensino Superior, violara o Princípio da Isonomia.

4. Os limites de atuação das Instituições de Ensino Superior: a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, o acesso segundo a capacidade de cada um e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação

Os limites de atuação das Instituições de Ensino Superior, estas enquanto Administração Pública, encontram guarida, bem como toda e qualquer entidade do poder público, seja ela da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos denominados e já demonstrados, Princípios Estruturantes de Estado de Direito, e, em especial, para a presente pesquisa, nos Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia. Com efeito, pode-se afirmar que, a essa estrutura principiológica, as também, assim como os princípios, normas constitucionais do artigo 207 e do inciso V do artigo 208 do Texto Constitucional de 1988, juntamente com as normas infraconstitucionais da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96), configuram o espectro de restrições e de possibilidades para que, as Universidades, se organizem científica, administrativa e financeiramente, de maneira vinculada, a partir dos pressupostos basilares do Estado brasileiro.

Em decorrência disso, é dizer, da existência de limites para a atuação das Universidades Federais, passar-se-á à análise do artigo 207, do inciso V do artigo 208, ambos da Constituição Federal brasileira, e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96). O artigo 207, *caput*, da Carta Constitucional brasileira, que trata da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das Universidades, não pode, sobretudo no que se refere aos limites traçados pelo modelo constitucional pátrio, ser confundido com a permissão, atribuída constitucionalmente e exclusivamente ao Parlamento, para criar direito ou, melhor, para legislar de acordo com os desejos e as ideologias que possam vir a reger determinada Instituição de Ensino.

Neste sentido, a autonomia universitária representa tanto um leque de possibilidades, este no que diz respeito à efetivação daquilo postulado pela Lei, ou seja, as Universidades deverão implementar-instituir todos os direitos, a ela pertinentes, criados por lei, quanto um limite restritivo, isto é, não poderão criar direito ou praticar atos diante da ausência de hipótese legislativa para tal. Logo, para José Afonso da Silva, a autonomia universitária pode ser resumida, a partir do tripé didático-científico, administrativo e patrimonial, como “[...] liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar e de divulgar o pensamento, a arte e o saber, como um princípio basilar do ensino (art. 206, II) [...]”⁵⁰.

Ainda de acordo com o pensamento desse constitucionalista, como as Universidades possuem liberdade de aprender, de ensinar e de pesquisar, assim como de divulgar o pensamento, essa última como corolário de um regime democrático, elas deveriam se constituir como “[...] sociedades devotadas ao livre,

⁴⁸ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁴⁹ NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019.

⁵⁰ SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2009.

desinteressado e deliberativo cultivo da inteligência e do espírito e fundadas na esperança do progresso humano pelo progresso da razão⁵¹". No entanto, mesmo que as Universidades sejam dotadas de autonomia para gerir o seu pessoal e o seu patrimônio financeiro, "o exercício desta autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a CF e as leis⁵²".

Dessa forma, quando a Universidade Federal já mencionada criara, por meio do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, o direito à vaga, este sem previsão constitucional, é dizer, sem competência constitucionalmente estabelecida (violação ao Princípio da Reserva Absoluta de Lei), bem como sem hipótese legislativa, de modo a também violar o Princípio da Legalidade Administrativa, a Instituição ultrapassara os limites e possibilidades, de atuação, garantidos pela autonomia, constitucional, didático-científica, administrativa e de gestão financeira. Por isso, esse pressuposto, de atuação, constitucional das Universidades não pode ser compreendido como um guarda-chuva semântico apto a justificar-fundamentar todo e qualquer ato praticado pelas Instituições, principalmente o que criara direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, uma vez que se encontra, para a presente pesquisa, despido de Legalidade, de Competência e de, fundamentalmente, Isonomia.

Além da apresentação da discussão acerca do artigo 207, *caput*, da Constituição Federal 1988, e, seguindo-se a cronologia proposta para esse capítulo, buscar-se-á compreender o artigo 208 do Texto Constitucional brasileiro, em particular o seu inciso V, de modo a se demonstrar que o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística será segundo a capacidade de cada um. Dito de outra forma, demonstrar-se-á que, ao flexibilizar, injustificadamente, através do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, o ingresso de pessoas transgêneras na graduação, a Universidade Federal do Rio Grande - FURG violara o pressuposto constitucional básico para o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, qual seja, a capacidade de cada um.

Como conclusão lógica disso, o acesso a esses níveis, ou seja, aos níveis mais elevados do ensino, não pode se transmutar em um direito universal, garantido pelo Estado, de ingresso nas Instituições públicas de ensino superior. Por outras palavras, não é permitido, às Universidades, buscar universalizar, por meio de processo seletivo específico e da criação de direito à vaga não previsto em lei, o qual impedira a participação de todas as outras pessoas não transgêneras, o acesso, em desobservância aos mandamentos constitucionais, ao ensino superior-universitário. Não obstante à previsão constitucional do direito-garantia fundamental à educação, a Constituição brasileira, no artigo 208, impõe uma diferença substancial no que diz respeito ao acesso a cada um dos níveis de ensino.

Há, no Texto Constitucional de 1988, a educação de níveis básico, médio e, sobretudo, mais elevado. Nesta mesma lógica, o acesso, garantido pelo poder público, este compreendido pela União Federal, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, se encontra previsto, também na Constituição Federal, de diferentes maneiras, isto é, o dever do Estado, para proporcionar esse acesso, varia de acordo com cada um desses níveis. É, neste sentido, que o artigo 208, e os seus incisos, abordara a matéria, de modo a delimitar o dever do Estado no que condiz ao direito-garantia à educação. Inicialmente, deve-se salientar que o dever estatal divide-se em duas nuances: o de universalizar e o dever de garantir, condicionado à capacidade de cada um, o acesso.

A primeira dessas nuances, qual seja, a do dever-obrigação de universalizar o acesso à educação, se refere, conforme preceituam os incisos I e II do artigo 208 da Constituição da República brasileira, aos níveis básico e médio de ensinos. Com efeito, esses incisos estabeleceram, respectivamente, que a promoção do ensino

⁵¹ SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2009.

⁵² NERY JUNIOR, N.; ANDRADE NERY, R. M. D. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

básico obrigatório e gratuito, enquanto dever do poder público, será universal, assim como o ensino médio, cuja obrigação estatal buscará, também gratuitamente, a universalização do acesso a esse nível. Todavia, a segunda nuance, é dizer, aquela condicionada à capacidade de cada um, elucida que, ao restringir o acesso aos níveis mais elevados de ensino à capacidade de cada um, se pode verificar, neste pressuposto constitucional para o ingresso no ensino universitário-superior, uma barreira limitativa e condicional, traduzindo-se, fundamentalmente, como uma faculdade ao acesso e não como dever-obrigação do Estado de universalizar um direito-garantia, obrigatório, ao ensino superior-universitário. Dito de outra forma, não há, na Constituição Federal de 1988, o dever-garantia, oponível ao Poder Público, de universalização do acesso aos níveis mais elevados de ensino.

Isto quer dizer, portanto, que “[...] pelo menos não expressamente, a Constituição Federal não consagra um direito subjetivo [...] a uma vaga em instituição de ensino superior mantida pelo Poder Público⁵³”. Nestas circunstâncias, se deve realizar o seguinte questionamento: se a concepção de mínimo existencial, que alicerça tanto o acesso ao ensino infantil quanto o acesso ao médio, não poderia ser transportada como baliza interpretativa condicionante do acesso universal ao ensino superior? Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero, por mais “[...] alargada que possa vir a ser sua compreensão, é dificilmente compatível com a inclusão de um direito definitivo a uma vaga no ensino superior, pelo menos quando se tomam como referenciais os desenvolvimentos mais recentes em nível de direito comparado⁵⁴”.

Neste contexto, Sarlet, Marinoni e Mitidiero, sustentando, ainda, o posicionamento a partir da doutrina majoritária comparada, afirmaram que a corrente constitucionalista alemã “[...] optou-se por se posicionar contrariamente a um direito originário a prestações, limitando-se a acolher um direito fundamental derivado (e, portanto, relativo), consistente na garantia de igual acesso ao ensino superior, na medida das instituições e vagas existentes⁵⁵” e, sobretudo, conforme positivado na Constituição Federal de 1988, segundo a capacidade de cada um. Por isso, no âmbito do sistema constitucional brasileiro, este enquanto condicionante de toda a Administração Pública e em todos os seus âmbitos, o ensino superior “[...] não integra o âmbito do ensino estatal obrigatório⁵⁶”.

Ademais, José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, discorrera acerca dos direitos originários a prestações e dos direitos derivados. Para esse jurista,

“[...] Afirma-se a existência de **direitos originários a prestações** quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos⁵⁷”.

Com relação ao acesso ao ensino superior, se pode dizer, por um lado, adotando-se como referência a Constituição brasileira, que existe, na mesma, um direito originário à disputa, igualitária, por uma vaga em toda e qualquer Universidade Pública. Dessa forma, é possível afirmar a existência de um direito

⁵³ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018.

⁵⁴ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018.

⁵⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018.

⁵⁶ SCHOLZ, R. Art. 12, I GG. In: MAUNZ/DURIG/HERZOG/SCHOLZ. *Grundgesetz Kommentar*, Munchen, C. H. Beck, 1994, vol. 3.

⁵⁷ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

originário à livre disputa-concorrência por uma vaga no ensino superior. Entretanto, por outro lado, não é possível afirmar que, no sistema constitucional pátrio, haja a garantia estatal e, portanto, universal, a uma vaga no ensino universitário, uma vez que, o direito a vaga é derivado, conforme o disposto no inciso V do artigo 208 do Texto Constitucional de 1988, da capacidade de cada um. Por outras palavras, o direito à vaga universitária se trata, constitucionalmente falando, de um direito derivado da capacidade⁵⁸ individual.

Logo, apesar da ausência, na Constituição e no sistema jurídico infraconstitucional brasileiro, de um direito universal à vaga no ensino superior, é dizer, da inexistência de um direito originário à universalização do ingresso ao ensino universitário, muito menos de um direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, pode-se exigir do Estado, enquanto dever positivado constitucionalmente, o “[...] direito subjetivo de igual acesso às vagas já disponibilizadas, um dever constitucional de progressiva criação de cursos e vagas [...]”⁵⁹. Em consequência de todo o exposto, o Edital do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, que criara o direito à vaga para esse grupo de pessoas, direito esse não originário ou, melhor dizendo, não previsto na Constituição Federal e em nenhuma outra lei infraconstitucional, ao não considerar os limites semânticos do inciso V do artigo 208 do Texto Constitucional, extrapolara a competência regulamentar da Instituição de Ensino Superior.

Com relação à discussão infraconstitucional, conforme já anunciado no título do presente capítulo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei n.º 9.394/96, não garantia, às Universidades, pois se trata de matéria reservada ao Parlamento, competência-reserva parlamentar para criar direito à vaga específica a um determinado grupo de pessoas. Neste sentido, as Universidades, respeitando os limites da autonomia (Legalidade Administrativa e Reserva de Lei) didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, podem, somente, realizar o que se encontra previsto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nos termos dos artigos 53, 54, 55 e 56, estes na condição de parâmetros legais limitativos-restritivos para a atuação das Instituições Federais.

5. Conclusão

Ainda que se esteja longe de qualquer conclusão acerca da discussão entre a Constituição, os desejos e as ideologias, em especial no âmbito que constitui a gestão universitária no Brasil, neste estudo, por meio de três capítulos-momentos, se procurara demonstrar que o Edital do Processo Seletivo 2023 Específico para o Ingresso de Estudantes Transgêneros, este publicado pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG, que criara, em decorrência de uma orientação de vida, direito à vaga para um determinado grupo de pessoas, violara os Princípios Estruturantes de Estado de Direito, quais sejam, o da Legalidade Administrativa, o da Reserva Absoluta de Lei e o da Lei Isonomia, assim como os pressupostos constitucionais e infraconstitucionais da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades (artigo 207 da CF), do acesso segundo a capacidade de cada um (inciso V do artigo 208 da CF) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

No primeiro capítulo-momento da pesquisa, se buscara enfatizar, sobretudo a partir dos pensamentos de Konrad Hesse e Ferdinand Lassalle, que a criação de direitos, não previstos em Lei, pela Instituição de Ensino Superior, afastara a efetividade-aplicação da Constituição Federal de 1988 em detrimento de desejos e

⁵⁸ Com base nestes pressupostos, alude a doutrina a **direitos derivados a prestações** (*derivative Teilhaberecht*) entendidos como direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes. CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003.

⁵⁹ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018.

ideologias, ou seja, em decorrência de fatores reais de poder que orbitam, às vezes com mais outras vezes com menos intensidade, nos mais diversos cenários sociais.

Como enfrentamento a essa concepção de desejos e ideologias, que nada mais é do que os fatores reais e contemporâneos de poder, contrária à Constituição e, portanto, ao Estado de Direito, defende-se que o Texto Constitucional de 1988 possui força de norma, uma vez que funda-constitui e, principalmente, mantém, a partir da limitação do agir da Administração Pública, a realidade social e jurídica de um Estado. Por isso, toda e qualquer Constituição, que possua força normativa e que se encontre vigente em uma sociedade democrática e que seja condição para esta, não deverá sucumbir aos desejos e as ideologias impostos, autoritariamente, a toda a sociedade.

No segundo, se buscara responder ao objetivo referente à demonstração da violação, pelo Edital do Processo Seletivo, ou seja, pelo ato administrativo praticado pela Universidade, aos Princípios Estruturantes do Estado de Direito, em especial à Legalidade Administrativa, à Reserva Absoluta de Lei e à Isonomia.

Isto porque, no que diz respeito ao conteúdo do ato administrativo em discussão, se verificara, no decorrer da pesquisa, a ausência de lei que preveja a institucionalização, pela Instituição, do direito à vaga para as pessoas transgêneras. Dito de outra forma, quando não há lei, em sentido formal e material, que permita à Administração Pública praticar um determinado ato, e, mesmo assim, esse ato, por razões de desejos e de ideologias, é, de fato, perpetrado, se constatará, levando-se em consideração que a Universidade está limitada estritamente ao comando normativo, assim como que fora dele não poderá agir, a violação ao Princípio da Legalidade Administrativa.

Neste mesmo sentido, ocorrera a transgressão, pela Instituição de Ensino Superior, ao Princípio da Reserva Absoluta de Lei, porquanto que o Edital discutido, ao criar direito novo, é dizer, não previsto em nenhuma lei, invadira a prerrogativa, procedimental-exclusiva, do Parlamento, de modo a desenvolver atividade legislativa sem previsão constitucional, o que gerara, em decorrência dessa usurpação, violação à segurança jurídica, ao processo legislativo federal e, por que não dizer, ao princípio democrático.

Ademais, com relação à possível afronta ao Princípio da Isonomia, a conclusão não poderia ser diferente. Afirma-se, portanto, que inexistente justificativa constitucional para sustentar a diferença entre o grau de dificuldade, apresentado pelo ENEM, e a flexibilidade, proclamada pela nota mínima de 20% para a classificação e pelas duas avaliações, que consubstanciara o Processo Seletivo Específico para o ingresso de estudantes transgêneros. Ou seja, se a lei é igual para todos e se todos são iguais perante o sistema jurídico-constitucional brasileiro, a flexibilidade injustificada, criada pelo ato administrativo da Universidade, pois proveniente de uma orientação individual de plano de vida, a qual a pessoa é livre para adotar-formar, violara, neste contexto, a Isonomia.

No terceiro capítulo-momento, no qual se discutira, através da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira das Universidades, do acesso segundo a capacidade de cada um e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, os limites para a atuação das Instituições de Ensino Superior, fora constatado que a autonomia universitária pode ser conceituada como liberdade de aprender, de ensinar, de pesquisar e de publicizar o pensamento.

Por isso, quando a Universidade passara da condição de instituidora de direitos, estes criados por lei, é dizer, pelo Parlamento, a criadora de direitos, como o direito à vaga específica para as pessoas transgêneras, sem previsão constitucional e, sobretudo, sem hipótese legislativa para tal, além de violar os Princípios da Legalidade Administrativa, da Reserva Absoluta de Lei e da Isonomia, a Instituição ultrapassara os limites e possibilidades, de atuação, garantidos pela autonomia, constitucional, didático-científica, administrativa e de gestão financeira.

Com efeito, pode-se concluir, também, que o pressuposto constitucional para o acesso aos níveis mais elevados do ensino, entre eles o universitário, possui, como condicionante, a capacidade de cada um. Como consequência disso, o direito

ao acesso não quer dizer um direito universal à vaga, garantido pelo Estado, nas Instituições públicas de ensino superior.

Por isso, não é permitido, às Universidades, por contra própria e sem comando expresso de lei, buscar universalizar, através de processo seletivo específico, o qual impedira a participação de todas as outras pessoas não transgêneras, o acesso, em desobservância ao mandamento constitucional, ao ensino superior-universitário, bem como, no que condiz à discussão infraconstitucional acerca da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, pode-se dizer que não há, pela mesma, nenhuma garantia, neste sentido, destinada às Instituições de Ensino, uma vez que este instrumento não concedera, em especial à Universidade Federal do Rio Grande - FURG, competência-reserva de parlamento para criar direito.

Portanto, diante de todo o exposto, o Edital de vagas específicas já demonstrado representa, do ponto de vista constitucional-administrativo, um ilícito, e, enquanto ato administrativo ilícito, é nulo de pleno direito, ou seja, não deve(ria) produzir – convalidar – efeitos no mundo jurídico.

6. Referências

- BOERI, T. *Populismo e Stato Sociale*, Roma, Editori Laterza, 2017, p. 49.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Edições Almedina, 2003, p. 1.522.
- CASSESE, S. *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, p. 516.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Curso de Direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 1.063.
- DI PIETRO, M. S. Z.; MARTINS JUNIOR, W. P. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 638.
- DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 735.
- FAORO, R. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, São Paulo, Globo, 2012, p. 929.
- FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 157.
- GALLO, D. *Da sudditi a cittadini: il percorso della democrazia*, Torino, Gruppo Abele, p. 2014, p. 234.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 34.
- LASSALLE, F. *O que é uma Constituição?*, São Paulo, Edijur, 2020, p. 62.
- MELLO, C. A. B. D. *Curso de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2023, p. 981.
- MORAIS, J. L. B. D.; BRUM, G. V. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: entre direitos, deveres e desejos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016, p. 111.
- NERY JUNIOR, N.; ANDRADE NERY, R. M. D. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.385.
- NOVAIS, J. R. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 289.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 1.509.
- SILVA, J. A. D. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 926.
- SCHOLZ, R. Art. 12, I GG. In: MAUNZ/DURIG/HERZOG/SCHOLZ. *Grundgesetz Kommentar*, Munchen, C. H. Beck, 1994, vol. 3, p. 143.
- VIOLANTE, L. *Il dovere di avere doveri*, Torino, Giulio Einaudi, 2014, p. 180.
- ZANOBINI, G. *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1995, p. 484.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinário (2024), pp. 256-276
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Os avanços tecnológicos e a relativização do tempo e do espaço: impactos no papel do direito e na função do jurista

The technological advancements and the relativization of time and space: impacts on the role of law and function of jurists

Wilson Engelmann¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Camile Souza Costa²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Sumario: 1. Introdução. 2. As novas tecnologias e seus impactos na noção de territorialidade do Direito. 3. O Direito no século XXI: entre pluralismo e transnacionalidade. 4. O contexto e a atuação do jurista aplicados à digitalização de tudo e à massificação do uso da inteligência artificial no século XXI. 5. Considerações finais: a função do jurista na construção de respostas aos desafios do século XXI. 6. Bibliografia.

Resumen: Este artigo objetiva analisar os desafios propostos pelas novas tecnologias verificadas no século XXI, em especial a massificação da inteligência artificial, tendo como problema de pesquisa o seguinte questionamento: Em que medida o pluralismo jurídico e o Direito transnacional, e ferramentas como *Sandbox* e *LivingLab*, se propõem como abordagens metodológicas para que o jurista participe da análise concreta da realidade e verifique os impactos das novas tecnologias, identificando respostas, ainda que não jurídicas, para suprir lacunas percebidas e promover a segurança necessária aos envolvidos e impactados? Para responder, este

¹ Pós-Doutor em Direito Público-Direitos Humanos pelo Centro de Estudios de Seguridad (CESEG), da Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha; Professor e Pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, ambos na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO, credenciado junto ao CNPq. E-mail: wengelmann@unisinis.br.

² Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestrado Profissional (LLM) em International Commercial Law and Dispute Resolution pela Swiss International Law School. Graduada no curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Advogada. E-mail: camile_sc@icloud.com.

artigo inicia contextualizando os desafios atualmente vivenciados, que estimulam uma mudança na mentalidade humana, naturalmente afetando a própria maneira como se concebe o Direito. Após, segue-se com a constatação das ressignificações necessárias nesta conjuntura, verificando impactos na noção de territorialidade do Direito, no papel do Estado como seu instituidor e do jurista como seu operador.

Palabras clave: Avanços tecnológicos, Papel do Direito, Função do Jurista.

Abstract: This article aims to analyze the challenges posed by new technologies in the 21st century, particularly the widespread adoption of artificial intelligence. The research question is as follows: To what extent do legal pluralism, transnational law, and tools such as Sandbox and LivingLab serve as methodological approaches for legal professionals to engage in concrete analysis of reality and assess the impacts of new technologies? These approaches aim to identify solutions, even if non-legal, to address perceived gaps and promote necessary security for those affected. The article begins by contextualizing the current challenges, which stimulate a shift in human mindset, naturally affecting how we conceive of law. It then explores the necessary redefinitions in this context, examining the impact on the territoriality of law, the role of the state as its creator, and the legal professional as its operator.

Keywords: Technological Advances, Role of Law, Function of Legal Professionals.

1. Introdução:

Como se vê desde os princípios do século XXI, a dimensão global tomada pela civilização humana, somada à dimensão virtual expandida sobremaneira nos últimos anos, torna necessário considerar fenômenos como a transnacionalização da economia e, em especial, as mudanças e inovações causadas em uma rede que envolve o mundo como um todo, eliminando fronteiras e, consequentemente, fragilizando ou mesmo tornando vãs as jurisdições nacionais³. Neste sentido estão os fenômenos do pluralismo jurídico e do Direito transnacional, em sua proposta como abordagens metodológicas⁴ para acessar a realidade concreta em uma condição que transcende as fronteiras do território estatal – assim como o fazem os impactos das novas tecnologias.

A partir da análise de tais fenômenos, conforme se propõe o presente artigo, será possível identificar as demandas sociais que clamam por algum tipo de organização. Ressalta-se que tal organização pode não ser necessariamente jurídica, no sentido de criação de normas jurídicas ou de outro tipo de atuação por órgãos que compõem o ordenamento jurídico. Justamente por isso, as abordagens do pluralismo jurídico e do Direito transnacional parecem se apresentar como válidas para a busca e construção de soluções concretas para as transformações observadas. De toda forma, e conforme se vê ao longo do estudo, o conhecimento jurídico se torna relevante para compor a análise concreta, e multidisciplinar, necessária ao cenário atual.

³ “Estado, soberanía, ciudadanía y territorio son conceptos jurídicos que han construido y acompañado a la modernidad y han permitido la construcción de los ordenamientos jurídicos nacionales. Pero la realidad desafía estos conceptos que parecen inaplicables a una dimensión mundial dominada por la transnacionalización de la economía, por las modificaciones que continuamente introducen la innovación científica y tecnológica, por una red electrónica que envuelve al mundo, borra las fronteras y torna vanas las jurisdicciones nacionales.” RODOTÀ, S. “¿Cuál derecho para el nuevo mundo?”, *Revista de Derecho Privado*, nº. 9, [S. l.], 2005, p. 6.

⁴ ZUMBANSEN, P. “Transnational law: theories and applications”. En ZUMBANSEN, P. *The Oxford handbook of transnational law*, Ed. TLI Think!, London, 2020, p. 11.

É a partir da contextualização apresentada que o presente artigo busca responder a seguinte problema: Em que medida o pluralismo jurídico e o Direito transnacional, e outras ferramentas como o *Sandbox* regulatório e o *LivingLab*, se propõem como abordagens metodológicas para que o jurista participe da análise concreta da realidade, em ambiente multidisciplinar, que permita a verificação dos impactos das novas tecnologias em determinado contexto e a identificação de respostas, ainda que eventualmente não jurídicas, para suprir lacunas percebidas e promover a segurança necessária aos envolvidos e impactados?

A hipótese levantada no presente estudo propõe as abordagens indicadas no problema de pesquisa como o ferramental prático que o jurista pode lançar mão para atuar de forma multidisciplinar na sua função de operador do Direito – visto este como instrumento de organização social – diante dos impactos práticos e concretos das novas tecnologias.

A partir do problema proposto e hipótese a ser validada, tem-se como objetivo geral deste trabalho, contextualizar a função contemporânea do operador do Direito em um ambiente no qual se vivencia mais do que nunca a relativização do Direito frente ao avanço tecnológico e à transnacionalização das relações. Desta forma, apresentam-se como objetivos específicos, abordados nos capítulos deste artigo, primeiramente, analisar o impacto das novas tecnologias, especialmente no que tange à virtualização da realidade e às suas consequências nas noções de tempo e espaço, questionando-se assim o pressuposto da territorialidade do Direito enquanto produção estatal. A seguir, aprofundar os conceitos de pluralismo jurídico e Direito transnacional, identificando suas origens e proposições, a fim de compreender suas interrelações e objetivos.

Na sequência, abordar o uso massificado da inteligência artificial e seus impactos no quadro fático e jurídico brasileiro e internacional. Ao final do artigo, se se valida a hipótese indicada ao problema proposto, abordando-se o pluralismo jurídico e o Direito transnacional, juntamente às outras iniciativas como o *Sandbox* e o *LivingLab*, como abordagens metodológicas que permitem ao jurista uma atuação prática e multidisciplinar frente aos impactos das novas tecnologias, de forma a interagir com outras áreas e auxiliar na proposição de respostas, jurídicas ou não, que sejam úteis e efetivas, no sentido de promoção da segurança necessária e supressão de lacunas identificadas.

2. As novas tecnologias e seus impactos na noção de territorialidade do Direito

Em meio a questionamentos sobre a natureza e papel da humanidade no universo⁵, as inovações tecnológicas colocam em xeque as noções de tempo e espaço, questionando os limites de aplicação do Direito. Visualizando-se um exemplo de dois colegas de trabalho em países diferentes – ambos se encontram por meio de seus avatares em uma mesma sala virtual, falando uma mesma língua e tratando das mesmas demandas de mesmos clientes. Neste cenário, quais seriam os impactos de tal realidade na territorialidade do Direito? Faria sentido considerar diferentes jurisdições para uma mesma realidade virtual, unicamente pelo fato de os indivíduos estarem em territórios físicos diferentes? O que deveria definir o limite destes territórios? É necessária uma definição de limites? Em que medida?

Na mesma linha, os impactos de transformações atuais podem ser percebidos e recebidos de diferentes modos por diferentes setores, que irão apresentar, em consequência, diferentes respostas e soluções, inclusive conforme seus níveis de maturidade frente aos desafios enfrentados. Tal constatação permite evidenciar diferentes realidades em um mesmo recorte temporal. Enquanto uma empresa com

⁵ “When nowadays we perceive that something very significant and profound is happening to human life, I would argue that our intuition is once again perceptive, because we are experiencing what may be described as a fourth revolution, in the process of dislocation and reassessment of our fundamental nature and role in the universe”. FLORIDI, L. *The fourth revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, OUP Oxford, Oxford, 2014. p. 90.

maturidade em gestão da inovação pode responder com agilidade e consistência a transformações digitais constantes e dinâmicas, uma empresa mais nova no mercado, ou atuante em segmento que até então estava menos afetado pela transformação tecnológica e pelo advento do *big data*⁶, por exemplo, pode não apresentar a mesma agilidade e consistência e, portanto, estar mais vulnerável a intercorrências advindas de tais transformações. Aqui vemos um mesmo recorte espacial, o cenário empresarial, mas com tempos diferentes. E o questionamento fica: devem ambas as empresas serem tratadas pelo Direito da mesma forma? Ou caberia respeitar o tempo de cada uma? De que forma?

Outra evidência clara, por sua vez, dos impactos das inovações tecnológicas, são as *startups*, que nascem em uma realidade inovadora e se propõem justamente a atuar nela, fazendo parte de seu modelo de negócio a incerteza, a dinamicidade, a inovação constante e a assunção de riscos. Ao ser identificada mais esta diferente realidade convivendo em um mesmo recorte temporal, até que ponto a resposta jurídica deve ser a mesma? Ainda, o fato de estarem em um mesmo território físico, ainda que em tempos próprios diferentes, deve significar que empresas em diferentes níveis de maturidade tecnológica sejam regidas pelas mesmas normas jurídicas?

Voltando-se a atenção a empresas tradicionais, como as indústrias de produtos em geral, ao definirem regras⁷ ou indicadores próprios de qualidade, ou respeitarem *standards* internacionalmente aceitos (como as certificações ISO), tais empresas deveriam ser eventualmente impedidas de fazê-lo, caso estejam em um território cujo Direito colida com tais indicadores e exigências? Ou ainda, deveriam ser impedidas de criar novos indicadores e/ou de seguir *standards* relacionados a novas situações que se apresentem a partir das inovações e transformações tecnológicas em andamento?

Outros aspectos que impactam diretamente na verificação da coerência território-espacial do Direito estão relacionados à globalização. Ainda que não se trate de fenômeno tão recente quanto as inovações tecnológicas das primeiras décadas do século corrente, a globalização surte efeitos concretos na reorganização social, como o próprio exemplo de indivíduos trabalhando em diferentes países, para uma mesma organização, ou se movimentando em diferentes continentes com facilidade, para atender demandas específicas. Em um cenário de aumento da circulação e movimento de pessoas, bens e serviços em âmbito mundial⁸, circulam também as normas legais, as quais não se movem por si mesmas, mas sim pelos seus agentes, por meio de tratados internacionais vinculantes e não vinculantes, processos informais envolvendo redes de burocracias oficiais públicas, bem como por meio de

⁶ "Big data's increasing economic importance also raises a number of legal issues, especially when coupled with the fact that data are fundamentally different from many other assets. Data can be copied perfectly and easily combined with other data. The same piece of data can be used simultaneously by more than one person. All of these are unique characteristics of data compared with physical assets. Questions about the intellectual property rights attached to data will have to be answered: Who "owns" a piece of data and what rights come attached with a dataset? What defines "fair use" of data? There are also questions related to liability: Who is responsible when an inaccurate piece of data leads to negative consequences? Such types of legal issues will need clarification, probably over time, to capture the full potential of big data." MANYIKA, J et al. *Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity*, Ed. McKinsey Global Institute, [S. l.], 2011. p. 11-12.

⁷ "Many private organisations and institutions promulgate rules that apply to their own activities and to others within their purview. In situations of dispute, many parties choose (or are required) to bypass state court systems seen as inefficient, unreliable, too costly or too public, resorting instead to arbitration or private courts." TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 387.

⁸ "As human and non-human interactions intensify across vast geographical distances, questions regarding the place, ability and direction of legal regulation of flows of humans, data, viruses, goods, services, capital and other risks will become ever more pressing." ZUMBANSEN, P. "Transnational law: theories and applications". En ZUMBANSEN, P. *The Oxford handbook of transnational law*, Ed. TLI Think!, London, 2020, p. 5.

redes transnacionais de atores privados, como representantes comerciais e de negócios⁹.

Fica, portanto, posto em xeque o pressuposto da territorialidade do Direito enquanto produção estatal, e da própria produção estatal como conhecemos, haja vista que uma governança que esteja baseada em regras, compondo um sistema fechado e definido em si mesmo, não será suficientemente ágil ou flexível para acompanhar o rápido ritmo percebido quando falamos de globalização e, em especial, de inovação tecnológica¹⁰. Neste sentido, ao invés de regulações definitivas, que necessitem aguardar a integralização do fato para que se possa iniciar o processo de regulação, outras opções como a criação de 'regulações temporárias' acabam sendo mais indicadas para novas tecnologias em estado de desenvolvimento¹¹.

Alternativas como esta se apresentam como possíveis soluções a uma potencial ingovernabilidade, a qual é vista como o efeito gerado pela desproporção entre demandas sempre mais numerosas advindas da sociedade civil e a capacidade do sistema político em responde-las¹². Um exemplo neste sentido, que teria superado uma eventual noção de ingovernabilidade, pode ser visto no que tange ao tratamento das nanotecnologias na União Europeia, que, em uma atuação multidisciplinar, considerou estudos e pesquisas científicas sobre a temática, demonstrando a transcendência da análise puramente jurídica de um cenário.¹³

Neste ponto, torna-se relevante recordar a origem e papel do Estado enquanto o conhecemos, a fim de elucidar o contraste com a realidade apresentada acima. Em sua gênese dentro de uma condição metodológica cartesiana, como instrumento de racionalização social e monopólio da força¹⁴, o Estado se estruturou com auxílio do

⁹ SHAFFER, G. "Transnational legal process and state change", *Journal of the American Bar Foundation*, [S. l.], v. 37, nº. 2, 2012, p. 229.

¹⁰ ENGELMANN, W. "Percursos para inovar a teoria geral das fontes do direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios", em (Teixeira, V; Streck, L; Rocha, L.S, org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em direito da Unisinos*, nº. 18, Ed. Dom Modesto, Blumenau, 2022, p. 337.

¹¹ "Isso requer uma 'mudança cultural', uma 'mudança organizacional', onde pensar apenas em conformidade com a regulação via regras não é suficiente, pois essa modalidade de regulação nem sempre cobre todos os aspectos da segurança das inovações". ENGELMANN, W. "Percursos para inovar a teoria geral das fontes do direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios", em (Teixeira, V; Streck, L; Rocha, L.S, org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em direito da Unisinos*, nº. 18, Ed. Dom Modesto, Blumenau, 2022, p. 337.

¹² BOBBIO, N; PONTARA, G; VECA, S. *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*, Ed. Riuniti, Roma, 1984, p. 20.

¹³ ENGELMANN, W. "Percursos para inovar a teoria geral das fontes do direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios", em (Teixeira, V; Streck, L; Rocha, L.S, org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em direito da Unisinos*, nº. 18, Ed. Dom Modesto, Blumenau, 2022, p. 337.

¹⁴ "L'abc della teoria dello stato, prescindendo dalla quale non si riuscirà mai a capire perchè esista lo stato e non comprendendolo si fantastica di una sua possibile estinzione, è l'ipotesi hobbesiana che può essere enunciata brevemente così: la necessità dello stato nasce dalla convinzione razionale degli individui secondo cui l'uso indiscriminato delle forze private in libera concorrenza tra loro genera uno stato autodistruttivo di guerra di tutti contro tutti, e dalla conseguente rinuncia da parte di ognuno all'uso privato della forza in favore del sovrano che dal momento di questa rinuncia diventa l'unico titolare del diritto di disporre. L'espressione 'monopolio della forza', che deriva da una evidente e corretta analogia fra l'eliminazione del libero mercato e l'eliminazione della libera guerra, non è di Hobbes, ma di Max Weber, che adoperandola non si è dimenticato di essere prima di tutto un economista. [...] l'ipotesi hobbesiana dello stato che nasce dalla necessità in cui si trovano gli individui razionali di sostituire alla pluralità dei poteri dei singoli individui l'unità del 'potere comune' (questa espressione, sí, è di Hobbes)." BOBBIO, N; PONTARA, G; VECA, S. *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*, Ed. Riuniti, Roma, 1984, p. 11-12.

Direito¹⁵, que teve sua franca expansão na época moderna¹⁶ e se colocou como instrumento para racionalização, por sua vez, do Estado¹⁷, com clara conexão ao próprio conceito deste¹⁸. Assim, e até hoje, em que pese todo o contexto analisado neste estudo, o Direito possui estreita relação com o Estado, tornando quase indissociável de si o conceito de territorialidade, o qual, como se viu, está posto em xeque pela realidade percebida¹⁹, que inclusive questiona as bases modernas da sociedade contemporânea²⁰.

Em função de a realidade atual, em pleno século XXI, como visto, se apresentar de forma diversa daquela que levou Hobbes a idealizar o Leviatã e que estimulou a modernidade a florescer, há que se encontrar novas respostas. Neste sentido, o Estado, conforme concebido pelo triunfo da razão na modernidade, isto é, diretamente vinculado ao território que regula e ao Direito que o fundamenta, necessita olhar ao redor e se adaptar, a fim de identificar seu papel e correspondê-lo. Assim, a partir da necessidade de ressignificação do Estado, que ao olhar seu entorno identifica os impactos da globalização e das novas tecnologias, o próprio Direito busca sua identidade²¹, para que, a partir dela, possa direcionar sua atuação com maior clareza e consistência.

¹⁵ "Since the rise of sovereign states in the seventeenth century, associated conventionally with the Treaty of Westphalia, law has been associated with state law and national legal systems. Law, as John Glenn (2003, 839) writes, was 'an essential element of national construction'." SHAFFER, G. "Transnational legal process and state change", *Journal of the American Bar Foundation*, [S. l.], v. 37, nº. 2, 2012, p. 232.

¹⁶ "The modern period is marked by a vast expansion, proliferation, penetration, and multiplication of official legal systems, which social theorists (prominently Jürgen Habermas) have labeled the 'juridification' of the life world." TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 398.

¹⁷ LUCCA, N. *Da ética geral à ética empresarial*, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2009, p. 127.

¹⁸ "A compreensão de Hobbes e Montesquieu sobre a certeza normativa no Estado moderno encontrará uma correspondência jurídico-doutrinária na Escola da Exegese, que surge na França no contexto da promulgação do Código de Napoleão (1804), glorificado como resposta normativo-institucional perfeita à exigência de certeza e segurança jurídicas." NEVES, M. "Da incerteza do direito à incerteza da justiça", En (FORTES, P; CAMPOS, R; BARBOSA, S, ed.) *Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016, p. 46.

¹⁹ "Há também um aumento evidente em atividades quase-legais, desde policiamento e julgamento privados, até prisões administradas por entidades privadas, incluindo a contínua criação da nova lex mercatoria, um conjunto de leis comerciais transnacionais que é quase inteiramente resultado de atividades privadas de legislação. (tradução nossa)." TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 375.

²⁰ "A Revolução Industrial não construiu o mundo moderno apenas alterando de forma drástica as condições materiais de sustentação de nossas sociedades, mas também modificando as condições gerais de produção dos modos como vemos e sonhamos nossas sociedades. É uma revolução no modo como fazemos circular narrativas e discursos. Uma alteração no modo como produzimos, recebemos, armazenamos e difundimos signos. Este é o sentido de algumas expressões utilizadas por Santaella (1997) no texto: 'mundo hiperpovoado de signos' e 'usina para produção de signos'. [...] Entretanto, a promessa emancipatória moderna livrou a humanidade de grande parte da opressão imposta pelos ditames da natureza apenas para aprisioná-la, um nível acima, num ciclo de exploração imposto por uma parafernália técnico-jurídico-político-socio-econômica de dimensões até então desconhecidas também. Trocamos vetustos grilhões esculpidos pela Natureza ao longo de eras por versões artificiais modernas inventadas por nós mesmos em tempos históricos. Muita tinta foi gasta no século XX para jogar alguma luz sobre estas contradições da Modernidade (e seus principais projetos como o esclarecimento/iluminismo)." AMARAL, G.R; XAVIER, F. "A inteligência artificial e o novo patamar da interação humano-máquina", *TECCOGS - Revista Digital de Tecnologias Cognitivas*, nº. 26, São Paulo, 2022, p.13-15.

²¹ "Hoje, a teoria do direito é desafiada em sua identidade e em seu autoentendimento por uma rede de objetos tecnológicos abertos, por uma associação mundial feita de meios de comunicação digitais." VESTING, T. *Teoria do direito: uma introdução*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015, p. 14.

É neste ponto que os fenômenos do pluralismo jurídico e do Direito transnacional são postos em cena, na medida em que, ainda que vistos de forma diversa por diferentes autores ao longo do tempo, convergem no sentido de que endereçam a atuação do Direito de maneira multidisciplinar e para além da visão moderna de Estado, especialmente no que tange a dissolução das barreiras territoriais²² e a provocações diversas, não unificadas²³, quanto ao próprio conceito de lei²⁴. Nesta linha, Paul Schiff Berman complementa que apenas ao pensar de maneira mais abrangente sobre as mudanças na consciência jurídica e os complexos fatores sociais, políticos e psicológicos que influenciam a conceptualização dos interesses estatais, é que poderemos começar a entender como o Direito não estatal opera²⁵.

Se estes fatos, de um lado, evidenciam as limitações do Direito enquanto criação exclusiva do Estado e, portanto, restrito ao território deste; de outro lado, tais limitações convidam a uma atuação proativa do jurista, para identificar soluções possíveis a partir de um aprofundamento no entendimento sobre o contexto desafiador em que se insere e, principalmente, para encontrar abordagens metodológicas que auxiliem em tal aprofundamento.

3. O Direito no século XXI: entre pluralismo e transnacionalidade

Ao analisar o histórico e conceituação dos fenômenos do pluralismo jurídico e do Direito transnacional, percebem-se as semelhanças no que tange a serem ambos vistos como realidades fáticas, não necessariamente recentes, tampouco constituindo teorias próprias. Neste ponto, importante ressaltar que o fenômeno do pluralismo jurídico é verificado muito antes dos tempos atuais. Ocorre que, a visão dominante de que o Direito é um sistema unificado e uniforme administrado pelo Estado apagou da nossa consciência a extensa história do pluralismo jurídico²⁶. Desta forma, a partir da identificação entre Direito e Estado, o pluralismo jurídico é visto atualmente como um fenômeno novo, ignorando-se sua existência desde os tempos medievais. De toda maneira, o pluralismo jurídico pode ser conceituado como

²² "Insofar as any inherited substance of political integration is eroded by the abstraction of the new model of legitimation and replaced by democratic procedures where substance is decided only by the polyvocal participation of the citizens, the nation-state's borders no longer designate anything more than the radius of the validity of the democratic constitution and the laws produced through its procedural order. Borders of this kind, however, are predisposed from the start to make border-crossing possible. [...] These borders no longer enclose a territory along with the people who live in it and the pre-political substance or cultural values that have been realized on it; rather, they are permeable to anyone who recognizes its legal and constitutional order." MAUS, I. *From Nation-State to global state: or the decline of democracy*, Ed. Constellations, [S. l.], v. 13, nº. 4, 2006, p. 467.

²³ "The literature invoking the notion of legal pluralism covers a broad spectrum, from postmodernism, to autopoiesis, to human rights, to feminist approaches to customary law, to international trade, and much more." TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 391.

²⁴ "The problem is not just that there is a plurality of legal pluralisms because accounts of legal pluralism adopt different definitions of law; a further difficulty is that the definitions adopted in legal pluralist studies almost uniformly suffer from the same problem Malinowski did — they are unable to distinguish 'law' from other forms of normative order." TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 392.

²⁵ "[O]nly by thinking more broadly about changes in legal consciousness and the complicated social, political, and psychological factors that enter into the conceptualization of state interests can we begin to understand how non-state law operates." BERMAN, P.S. *Global legal pluralism as a normative project - functioning legal system for negotiating normative difference*, Ed. U.C. Irvine Law Review, [S. l.], v. 8, 2018, p. 155.

²⁶ TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 376.

um fato, uma evidência, e não como o nome de uma doutrina, teoria ou ideologia²⁷. O mesmo ocorre com o Direito transnacional, que, identificado também como uma constatação fática, tem sua dimensão prática manifestada em arbitragens comerciais, no Direito contratual e em outras áreas nas quais o Direito dos costumes, as normas de mercado e os *standards* industriais sejam elementos constitutivos contextuais dos mecanismos de resolução de disputas²⁸.

Em síntese, retornando-se ao pluralismo jurídico, pode-se visualizá-lo como um “conceito do povo”²⁹, na proposta de que lei e Direito significam aquilo que as pessoas situadas em um mesmo grupo venham a perceber e definir como tal. Assim, o pluralismo jurídico existirá sempre que atores sociais identifiquem mais de uma fonte normativa dentro da arena social³⁰. Nesta mesma linha, Paul Schiff Berman assevera que o pluralismo jurídico tem sido uma iniciativa descritiva, de forma que antropólogos, historiadores e outros cientistas sociais geralmente o veem como uma realidade, sem que façam julgamento de valor, tampouco consideração sobre ser bom ou ruim, desejável ou indesejável³¹.

Como evidências do pluralismo jurídico no contexto específico econômico, Brian Z. Tamanaha³² refere às normas informais que governam relações contínuas nos negócios, como a reciprocidade, aos códigos de conduta e normas transnacionais comerciais, incluindo instituições arbitrais e mesmo crenças capitalistas como os “imperativos de mercado”. Como consequência, os processos contemporâneos de globalização econômica carregam consigo, e são impulsionados por, esses sistemas normativos. Semelhante aos sistemas normativos costumeiros e religiosos, muitas dessas normas não são consideradas normas “legais”; um subconjunto dessas normas e instituições econômicas/capitalistas é reconhecido e incorporado pelos sistemas legais oficiais, enquanto outras são independentemente reconhecidas como tendo status “legal”. A chamada “nova *lex mercatoria*” — o conjunto de leis e instituições relacionadas a transações comerciais transnacionais — é um exemplo dessa categoria.

Indo além, Paul Schiff Berman³³ conceitua a visão procedimentalista do pluralismo jurídico como um princípio de design potencialmente útil na criação de instituições legais e políticas, de mecanismos processuais e de práticas governamentais e não governamentais. Nesta linha, os pluralistas tenderão menos a insistir em definições positivistas de Direito e serão mais abertos a identificar Direito mesmo na inexistência de poder coercitivo³⁴. Dentre os atores do pluralismo jurídico,

²⁷ “Griffiths flatly declared that ‘Legal pluralism is the fact.’ ‘Legal pluralism’ is the name of a social state of affairs and it is a characteristic which can be predicated of a social group. It is not the name of a doctrine or a theory or an ideology.” TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 394-39.

²⁸ ZUMBANSEN, P. “Transnational law: theories and applications”. En ZUMBANSEN, P. *The Oxford handbook of transnational law*, Ed. TLI Think!, London, 2020, p. 32.

²⁹ TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 396.

³⁰ TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 396.

³¹ BERMAN, P.S. *Global legal pluralism as a normative project - functioning legal system for negotiating normative difference*, Ed. *Uc Irvine Law Review*, [S. l.], v. 8, 2018, p.152.

³² “This ranges from informal norms that govern continuing relations in business communities (including reciprocity, and norms that discourage resort to official legal institutions in situations of dispute), to norms governing instrumental relations, to standard contractual norms and practices, to private law-making in the form of codes of conduct, shared transnational commercial norms, arbitration institutions, and so forth, including shared beliefs about capitalism (like ‘market imperatives’).” TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 398.

³³ BERMAN, P.S. *Global legal pluralism as a normative project - functioning legal system for negotiating normative difference*, Ed. *Uc Irvine Law Review*, [S. l.], v. 8, 2018, p. 157.

³⁴ TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 398.

podem-se citar as ONGs, as associações comerciais, as inúmeras agências internacionais temáticas e os advogados que lhes assessoram, evidenciando-se que, a partir de sua atuação coletiva, cria-se uma multiplicidade de ordens regulatórias com alcance global. Ao unir os conceitos de pluralismo jurídico e Direito transnacional³⁵, Peer Zumbansen³⁶ os apresenta como complementares e constituidores de uma abordagem metodológica.

Desta forma, fica evidente que ambos, pluralismo jurídico e Direito transnacional, são fenômenos práticos, decorrentes da realidade em constante transformação da sociedade, desde tempos antigos. Atualmente, em função de suas manifestações práticas, seja na pluralidade de normas vigentes, criadas tanto por atores públicos quanto privados, seja no movimento e aplicação transfronteiriça das normas, tais fenômenos são tidos como verdadeiras abordagens multidisciplinares, como ferramental metodológico³⁷ para acessar conjunturas normativas que transcendem o Direito, seja quanto às suas limitações territoriais, seja no que se refere às suas limitações normativas, isto é, não ficando restritas ao que for unicamente considerado lei e/ou Direito. Até mesmo porque, a própria conceituação de lei/Direito parece não ter apresentado uma uniformidade a ser considerada³⁸.

Neste sentido, ao propor um pluralismo jurídico global, Paul Schiff Berman³⁹ expõe que tal abordagem aplica *insights* sociojurídicos, isto é, multidisciplinares, e direciona seu olhar, não mais para questões abstratas de legitimidade, mas sim para questões empíricas relacionadas à eficácia, ao que funciona na prática. Em complemento, o autor elucida o enfoque da diversidade, intrínseco ao próprio conceito de pluralismo, que se constata a partir da experiência prática. Desta forma, assevera a necessidade de se reconhecer que o significado de princípios como: igual consideração, respeito, dignidade humana, e assim por diante, não pode ser especificado de forma separada da diversidade de tradições, crenças, histórias e culturas que compõem as sociedades humanas. Assim, o que necessitaríamos, ao final de contas, seria de instituições, procedimentos e práticas que possibilitem o diálogo e a cooperação em condições de diversidade.

Nesta diversidade, a perspectiva pluralista estará mais propensa a transcender a visão apenas do Estado como regulador e, com isso, chegar em uma visão de como transitam indivíduos e grupos entre diferentes sistemas normativos e, inclusive, como os utilizam estrategicamente. Alguns exemplos do uso estratégico de normas envolverão indivíduos e grupos dentro de uma esfera social provocando

³⁵ "The term transnational legal process can be misleading to the extent that it suggests that transnational legal process involves a one-way conveyance of coherent transnational legal norms until they become internalized and embedded within countries. Rather, there are often multiple transnational actors, institutions, and processes in competition with each other to convey different legal norms and prescriptions." SHAFFER, G. "Transnational legal process and state change", *Journal of the American Bar Foundation*, [S. l.], v. 37, nº. 2, 2012, p. 259.

³⁶ "The reference to legal pluralism is crucial [...] because it allows for a better appreciation of the socio-legal nature of transnational law which has become an important methodological approach as well as conceptual framing architecture for a now wide-ranging body of scholarly work [...]." ZUMBANSEN, P. "Transnational law: theories and applications". En ZUMBANSEN, P. *The Oxford handbook of transnational law*, Ed. TLI Think!, London, 2020, p. 11.

³⁷ "In light of this, transnational law appears less as a legal field per se, but as a framework, consisting not only of elements of legal doctrine with immediate practical relevance, but also of a methodological architecture that allows for both a conceptual and a socio-legal engagement with law in this, irreversibly and irreducibly global, context." ZUMBANSEN, P. "Transnational law: theories and applications". En ZUMBANSEN, P. *The Oxford handbook of transnational law*, Ed. TLI Think!, London, 2020, p. 4-5.

³⁸ "Although the notion of legal pluralism is gaining popularity across a range of academic disciplines, from its very inception it has been plagued by a fundamental conceptual problem — the difficulty of defining 'law' for the purposes of legal pluralism." TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 376.

³⁹ BERMAN, P.S. *Global legal pluralism as a normative project - functioning legal system for negotiating normative difference*, Ed. U.C. Irvine Law Review, [S. l.], v. 8, 2018, p.150-152.

conflitos ao recorrer estrategicamente a fontes de ordenamento normativo na tentativa de promover seus objetivos ou visão individuais ou coletivos⁴⁰. Por exemplo, mulheres (e organizações não governamentais de apoio) buscando reparação ou proteção a partir de normas legais oficiais como uma forma de escapar ou combater sistemas normativos costumeiros opressivos. Outro exemplo estaria em empresários criarem ou recorrerem a suas próprias instituições de resolução de disputas (arbitragem privada) quando percebem as instituições legais oficiais como não confiáveis, muito lentas, muito adversárias ou muito caras para seus propósitos.

Paul Schiff Berman⁴¹ inclusive ressalta o uso estratégico e o baseia na interação de sistemas normativos, referindo o impacto no tempo e na mudança da consciência jurídica em função até mesmo de normas sem poder coercitivo. Além do uso estratégico, populações locais, possuindo seus próprios interesses e ideias, podem se recusar a simplesmente aceitar normas externamente ditas oficiais e impostas apenas pelo fato de serem jurídicas. Nestes casos, tais populações podem remodelar e adaptar as normas recepcionadas, adequando aos seus próprios contextos⁴².

Em uma síntese completa, Peer Zumbansen⁴³ sugere o uso do Direito transnacional como meio de pesquisa prática, e conclui pela conexão deste com o pluralismo jurídico, ambos vistos como o ferramental de fundo que possibilita uma atuação proativa e produtiva, a partir do entendimento crítico das inter-relações normativas, jurídicas e não jurídicas, cuja análise partirá da situação concreta para a qual soluções são buscadas⁴⁴.

É neste cenário que a atuação do jurista será imprescindível, pois, ainda que eventuais soluções venham a não ser jurídicas, o conhecimento do profissional do Direito, assim como dos profissionais de outras áreas naquilo em que possuem expertise, será importante para verificar se já existem respostas jurídicas disponíveis e, caso não existam, se estas são necessárias e como podem ser encaminhadas. A necessidade, importante referir, será verificada conforme os envolvidos e

⁴⁰ TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 400.

⁴¹ BERMAN, P.S. *Global legal pluralism as a normative project - functioning legal system for negotiating normative difference*, Ed. U.C. Irvine Law Review, [S. l.], v. 8, 2018, p. 156.

⁴² SHAFFER, G. "Transnational legal process and state change", *Journal of the American Bar Foundation*, [S. l.], v. 37, nº. 2, 2012, p. 256.

⁴³ "What is required is to approach the question concerning the – obviously critical conditions of – legitimacy of hybrid, public-private governance regimes not from a position of unquestioned reliance on an abstract model of state authority, democratic law making and rule-of-law based enforcement, but against the background of a thorough analysis of the regulatory history and its domestic and transnational political economies across time and space. That means neither to shift the discussion in favor of a principled plea for something as abstract, misleading and elusive as 'global law' nor to draw a bright line between 'the domestic' and the nation state and that that allegedly lies beyond it. Instead, the value of transnational law as a critical methodological framework should be seen in its being able to facilitate comparisons between different conceptions but also different histories and lived experiences of legitimacy. Rather than trying to answer the question with a 'yes' or a 'no', the more productive approach is likely going to involve the opening up of a historical perspective on the manifestations and arguments with regard to legitimacy. But, if such an approach is to have a chance of arriving at meaningful answers, it must decenter the original question from its narrow jurisprudential starting point, decontextualize it from an otherwise neveracknowledged background of cultural assumptions only to then recontextualize the question in exchange with those asking the question from within their own contexts, traditions and backgrounds. Lastly, such an approach might also go a long way in demystifying and re-establishing legal pluralism as a meaningful and productive theoretical framework". ZUMBANSEN, P. "Transnational law: theories and applications". En ZUMBANSEN, P. *The Oxford handbook of transnational law*, Ed. TLI Think!, London, 2020, p. 10.

⁴⁴ Tal conclusão é vista também em "Transnational law is probably the most prominent term to characterize plurality." ROTH-ISIGKEI, D. *The plurality trilemma. A geometry of global legal thought*. Basingstoke, Ed. Palgrave Macmillan, 2018, p. 64.

impactados, para que a resposta corresponda à realidade concreta destes, ao invés de constituir uma abstração ideal desconectada da situação real que busca solução.

4. O contexto e a atuação do jurista aplicados à digitalização de tudo e à massificação do uso da inteligência artificial no século XXI

Como se constata a partir da própria experiência na atualidade, o uso da inteligência artificial está cada vez maior e as consequências estão sendo percebidas de diferentes formas⁴⁵, positivas e negativas, seja como benefícios de otimização de tempo e de tarefas, seja, ainda, como inconsistências e mesmo danos. Assim, para que as situações causadas pelo uso da IA possam ser endereçadas com assertividade e consistência, torna-se cada vez mais necessário, antes de tudo, entender o que é e como funciona a inteligência artificial, em especial conhecer toda sua estrutura e seus impactos concretos. Isso porque, há um imenso risco em endereçar algo que não se conhece por completo⁴⁶.

Em outras palavras, há que se ter muita clareza sobre quais aspectos da inteligência artificial são passíveis, e eventualmente necessitam, de regulação, e quais, por outro lado, podem ser regulados por meio de princípios ou de outros formatos disponíveis, ou mesmo que venham a ser criados. Tal cuidado é percebido quando se identifica a evolução dos debates e organização do legislativo europeu acerca da temática, que, após um extenso histórico de movimentações, em dezembro de 2023⁴⁷ chegou ao acordo entre o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, a respeito do chamado *AI Act*⁴⁸. Como forma de estímulo ao entendimento e aderência à regulação, o Parlamento incentiva a adoção voluntária, inclusive por empresas de estados não-membros, das diretrizes apresentadas no *AI Pact*⁴⁹.

No Brasil, a realidade de cuidados segue a mesma linha, tendo em vista as abordagens recentes que, por meio da criação de comissão de juristas, permitiu a compilação dos diferentes projetos de lei que tramitavam em paralelo sobre a temática, gerando-se um relatório contendo as análises conduzidas e a transcrição das audiências públicas realizadas⁵⁰. Ainda, criou-se a Estratégia Brasileira de

⁴⁵ "A Inteligência Artificial (IA) é uma realidade no cotidiano mundial. Ao mesmo tempo em que é responsável por muitos benefícios para a sociedade, esta tecnologia, quando não regulada, também pode impactar negativamente direitos fundamentais". FERNANDES, G.P, "Inteligência artificial na União Europeia: formas de regular a tecnologia que já nos regula." En (MENDES, G.F; MORAIS, C.B, Org.) *Governance da ordem jurídica em transformação*, [S. l.], 2023, p. 579.

⁴⁶ "A criatividade do ser humano poderá levá-lo à fronteira do conhecimento, gerando novidades e, simultaneamente, riscos imprevisíveis, talvez, no limite, incontroláveis. Essas perspectivas não significam que se deverá abondar o seu espírito inquieto e criativo. Pelo contrário, será preciso avançar com cuidado e respeitando certos balizadores que são apresentados pela própria natureza ao ser humano, como manter a saúde do corpo e mente, e preservar o meio ambiente em que se vive." ENGELMANN, W. "Inteligência artificial responsável: significados e desafios", En (HUPPFER, H.M; ENGELMANN, W; BLAUTH, T.F) *Inteligência artificial no sul global: regulação, riscos discriminatórios, governança e responsabilidades*. Ed. Casa Leiria, São Leopoldo, 2023, p. 15.

⁴⁷ EUROPEAN UNION, *Commission welcomes political agreement on Artificial Intelligence Act*. Brussels, 10 dez, 2023, p. 15. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6473. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁴⁸ EUROPEAN PARLIAMENT, *Artificial Intelligence Act*. [S. l.], 2023. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.pdf. A proposta apresentada em 2021 está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁴⁹ EUROPEAN PARLIAMENT, *AI Pact*, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-pact>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁵⁰ COORDENAÇÃO DE COMISSÕES ESPECIAIS, TEMPORÁRIAS E PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. "Relatório final", *Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil*, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relato%CC%81rio%20final%20CJSUBIA.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2024.

Inteligência Artificial (EBIA), com o importante objetivo de aproximar a criação legislativa da realidade fática⁵¹.

Como se vê, o endereçamento jurídico da inteligência artificial torna-se um tema premente, que exige atenção, cuidado e clareza, na medida em que é um ponto de aprendizado a todos os envolvidos. Neste sentido, elucida-se também a realidade da “digitalização de tudo”, que desafia o Direito⁵², em especial a lei, a encontrar seu lugar, identificar sua função e exercê-la com consistência. O que se nota na atualidade, em especial no cenário jurídico brasileiro, é um duplo e concomitante movimento manifestado na utilização da tecnologia para aprimoramento dos serviços jurídicos, seja no assessoramento, isto é, na advocacia, seja no próprio judiciário.

Ao focar-se no primeiro movimento identificado, o assessoramento pela advocacia, é possível verificar um mercado efervescente de iniciativas inovadoras nos serviços jurídicos, que envolvem desde a criação de novos negócios, como as *lawtechs* e *legaltechs*⁵³, até o aprimoramento de negócios já existentes, como o uso da inteligência artificial em escritórios de advocacia e, inclusive, a criação de novas profissões para atender o mercado jurídico, como é o caso do *legal prompt engineer*⁵⁴. Neste contexto, a advocacia é chamada a se reinventar e, com isso, surgem cursos de inteligência artificial para advogados, aprofundam-se estudos sobre a relação entre Direito e tecnologia, e consolidam-se áreas novas, como o *legal operations*⁵⁵.

Áreas tradicionais do Direito são igualmente desafiadas, como a área trabalhista sendo chamada a endereçar a realidade híbrida e o trabalho remoto, vistos no exemplo das plataformas de trabalhos digitais, a área tributária convocada a identificar e comparar os inúmeros incentivos fiscais à inovação tecnológico-digital⁵⁶, a propriedade intelectual estimulada a analisar a configuração de autoria de obras criadas por ou com auxílio de inteligência artificial ou mesmo estimulada a

⁵¹ “A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA) tem por objetivo potencializar o desenvolvimento e a utilização da tecnologia com vistas a promover o avanço científico e solucionar problemas concretos do país, identificando áreas prioritárias nas quais há maior potencial de obtenção de benefícios. [...] Iniciativas [internacionais] concretas nesse campo incluem a promoção da abertura de dados governamentais, o estabelecimento de sandboxes regulatórios, incentivos a empresas nascentes de base tecnológica (startups) atuantes nesse campo e investimentos em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) em áreas de fronteira. Também se tem observado esforços internacionais relacionados ao estabelecimento de princípios éticos quanto ao uso responsável de sistemas de IA.” MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÕES, *Secretaria de Empreendedorismo e Inovação. Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial - EBIA*. Brasília, 2021. p. 4. Disponível em https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁵² “[...] a lei, apesar de ser a fonte mais importante do Direito, especialmente nos países de tradição romano-germânica, que sempre respondeu a ‘todos os problemas’, mostra sinais de incapacidade para regular o ‘mundo da vida’, que é perpassado pela digitalização de tudo, incluindo da Economia.” ENGELMANN, W. “Como lidar com o impacto da economia digital no mundo do trabalho?”, En (Fundação Dom Cabral, org.). *Digital: o desafio da confiança e da segurança na economia digital*, Ed. Fundação Dom Cabral, Nova Lima, 1ª Ed, v. 5, 2021, p. 155.

⁵³ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. [S. l.], 2023. Disponível em: <https://ab2i.org.br/>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁵⁴ TRAUTMANN, D; PETROVA, A; SCHILDER, F. *Legal prompt engineering for multilingual legal judgement prediction*, Ed. ArXiv.org, [S. l.], 2022. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2212.02199>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁵⁵ THOMPSON REUTERS, *O que é e como implementar o legal operations no seu negócio?*, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/o-que-e-legal-operations.html>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁵⁶ Um dos incentivos consistindo no disposto pela chamada Lei do Bem. MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO. *O que é a Lei do Bem*, Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/lei-do-bem/paginas/o-que-e-a-lei-do-bem>. Acesso em: 30 mai. 2024.

identificar os avanços da IA a partir das patentes depositadas incluindo esta tecnologia⁵⁷. Neste cenário, a advocacia passa a necessitar cada vez mais conhecer com profundidade o negócio dos clientes, a fim de identificar os pontos para os quais o Direito vigente ainda não apresenta respostas consolidadas e, portanto, exigirão um maior cuidado e clareza a respeito dos limites legais e das possibilidades de inovar sem perder a segurança jurídica.

Como alguns exemplos de aplicação da inteligência artificial, que pode auxiliar a identificar os ramos de clientes que potencialmente já utilizam ou irão iniciar o uso desta tecnologia em seus negócios, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) apresentou relatório em 2020 indicando alguns campos relevantes de atuação⁵⁸. Além das aplicações referidas no relatório, muitas outras são percebidas amplamente no mercado, como aplicações no agronegócio⁵⁹ e na área de construção⁶⁰. Assim, vê-se que a inteligência artificial possui um amplo espectro de utilização, podendo ser inclusive quantificados os gastos com o compliance para trazer segurança à sua utilização⁶¹.

Ao direcionar a análise ao judiciário brasileiro, surpreendentemente verifica-se a mesma efervescência da advocacia, manifestada no uso da tecnologia e no desenvolvimento de novas abordagens para aprimorar as entregas e o acesso à justiça⁶². Experiências concretas e estímulos constantes podem ser verificados com o objetivo de ampliar a inserção da tecnologia e da inovação na justiça brasileira. O uso da inteligência artificial⁶³ está permitindo a determinados setores do judiciário uma maior clareza em informações, auxiliando a triagem de processos e tomada de decisão.

⁵⁷ "Inteligência artificial tem sido citada como uma das tecnologias emergentes mais importantes, impulsionando mudanças radicais em praticamente todos os tipos de indústria, desde agricultura, saúde, transporte, educação entre outras. O aumento da atividade patentária neste campo reflete o rápido crescimento desta tecnologia." INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). *Inteligência artificial: análise do mapeamento tecnológico do setor através das patentes depositadas no Brasil*. Ed. INPI, Rio de Janeiro, 2020. p. 8. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/informacao/copy3_of_IA_estendido_062020final.pdf. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁵⁸ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). *Inteligência artificial: análise do mapeamento tecnológico do setor através das patentes depositadas no Brasil*. Ed. INPI, Rio de Janeiro, 2020. p. 12. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/informacao/copy3_of_IA_estendido_062020final.pdf. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁵⁹ MORETI, M.P; OLIVEIRA, T; SARTORI, R; CAETANO, W. "Inteligência artificial no agronegócio e os desafios para a proteção da propriedade intelectual", *Cadernos de Prospecção*, [S. l.], v. 14, nº. 1, 2021, p. 60.

⁶⁰ TEIXEIRA, F.S; TEIXEIRA, P.S, DA ROCHA, C.A.M. "Estudo prospectivo sobre inteligência artificial aplicado ao setor da construção civil", *Cadernos de Prospecção*, Salvador, v. 13, n. 4, 2020, p. 1134.

⁶¹ THE FUTURE SOCIETY, *EU AI act compliance analysis: general-purpose ai models in focus*, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://thefuturesociety.org/EU-AI-Act-Compliance-Analysis>. Acesso em: 31 mai. 2024.

⁶² "A implementação das metas da ODS 16 - que se referem à promoção de sociedades pacíficas e inclusivas com acesso à Justiça para todos e com instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis - coloca em evidência o importante papel da incorporação da tecnologia às rotinas judiciárias, com a expectativa de proporcionar uma melhor e mais célere prestação jurisdicional aos usuários do sistema de justiça". SALOMÃO, L.F (coord.), *Inteligência artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro*, Ed. FGV Conhecimento, Rio de Janeiro, 2022. p. 10.

⁶³ "Na conjuntura da análise das metas de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 das Nações Unidas, em 2019, o Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Poder Judiciário da Fundação Getúlio Vargas (CIAPJ-FGV) iniciou o levantamento inédito 'Tecnologias Aplicadas à Gestão de Conflitos no Poder Judiciário com ênfase no uso da Inteligência Artificial', o qual buscou verificar o estado da arte da IA nas Cortes brasileiras com o intuito de identificar as iniciativas e delimitar os resultados obtidos a partir dos seguintes elementos: situação atual, problemas que busca solucionar, resultados esperados e resultados obtidos." SALOMÃO, L.F (coord.), *Inteligência artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro*, Ed. FGV Conhecimento, Rio de Janeiro, 2022. p. 10.

Como uma das consequências práticas da atuação inovativa do judiciário brasileiro, verifica-se⁶⁴ atualmente que 85% dos processos estão em plataformas digitais, o que representa um volume sem precedentes no mundo. Ressalta-se, ainda, que este número aumenta quando verificada a digitalização no Supremo Tribunal Federal, onde de 30 mil processos no acervo, 96% são eletrônicos. Ponto importante neste cenário é a ciência e consideração que, quando se trata de tecnologia digital, o avanço e as melhorias são constantes. Diante disto, o CNJ⁶⁵ instituiu o centro de inteligência artificial, o qual é destinado à pesquisa, ao desenvolvimento e à produção de soluções de inteligência, com o objetivo de aprimorar constantemente o processo judicial eletrônico. O objetivo almejado com tal iniciativa é o que customização das soluções tecnológicas à medida que estas evoluem.

Como se vê, a realidade jurídica brasileira se movimenta com dinamicidade frente ao desenvolvimento tecnológico no país e no mundo, valendo-se da tecnologia e em especial da inteligência artificial para a diversificação e o aprimoramento dos serviços prestados e da própria administração da justiça, sem perder de vista o cuidado necessário para promover segurança jurídica mediante uma coerente regulação.

5. Considerações finais: a função do jurista na construção de respostas aos desafios do século XXI

É com um convite ao caminhar⁶⁶ que a atuação jurídica se propõe como experiência prática, para acessar as transformações causadas pelas novas tecnologias e auxiliar na identificação e construção de respostas e soluções efetivas. Nesta medida, pluralismo jurídico e Direito transnacional podem ser utilizados como abordagens metodológicas que permitam ao jurista uma atuação prática e multidisciplinar, de forma a interagir com outras áreas e transcender a mentalidade de que a lei e o Direito estarão unicamente restritos aos limites territoriais do Estado e temporais de uma determinada realidade. A atuação do jurista, e seu conhecimento jurídico, poderão auxiliar especialmente quando houver lacunas normativas, jurídicas ou não, no contexto analisado, que impactem sua própria expansão, em função de eventual falta de segurança. Igualmente será útil tal atuação para auxiliar na identificação e análise de choques entre sistemas normativos diversos, inclusive não jurídicos.

Sobre a relevância dos atores jurídicos e seu papel mediador na concretização de mudanças jurídicas e institucionais, esclarece Gregory Shaffer o papel mediador que a lei desempenha junto com configurações de poder⁶⁷. Peer Zumbansen, por sua vez, categoricamente assevera que a cura nunca será encontrada somente no reino

⁶⁴ SALOMÃO, L.F (org.). *Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário com ênfase em inteligência artificial*. Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2020. p. 18.

⁶⁵ SALOMÃO, L.F (org.). *Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário com ênfase em inteligência artificial*. Ed. FGV, Rio de Janeiro, 2020. p. 19.

⁶⁶ "Instead of relying on maps and theories, it may as often be best simply to start walking." ROTH-ISIGKEI, D. *The plurality trilemma. A geometry of global legal thought*. Basingstoke, Ed. Palgrave Macmillan, 2018, p. 60.

⁶⁷ "Law plays a mediating role together with configurations of power. Changes are often initiated, negotiated, and implemented by the agents, practitioners, and institutions of law—government lawyers, legal departments of international organizations, judges, private lawyers, corporate legal officers, legal academics, and lawyers for NGOs. This complex of legal actors is neither uniform in its legal views nor united in a policy agenda. It operates in the shadow of configurations of national and global power structures. These actors, nonetheless, form an important part of the politics of transnational lawmaking and transnational legal norm conveyance. Moreover, national institutions and legal norms are resilient. When transnational legal processes lead to legal and institutional change, they do so in context-specific ways involving the intermediation of transnational legal processes with domestic institutions, political struggles, and cultural norms". SHAFFER, G. "Transnational legal process and state change", *Journal of the American Bar Foundation*, [S. l.], v. 37, nº. 2, 2012, p. 260.

teórico e metodológico⁶⁸, e vai além, sugerindo que a lei e o Direito sejam contextualizados, expostos e escrutinizados, tendo em vista seu papel na sociedade e nas relações com outros sistemas sociais, políticos, culturais e econômicos. Será necessário que sejam esbulhados de suas coberturas isolantes e abstratas. Assim, será possível ver, de forma mais clara, como o Direito ressurgue, diariamente, como uma operação viva de poder imposto e contestado, legitimado e resistido, por um lado, e como um conjunto imensamente maleável de argumentos sobre 'legal' e 'ilegal', 'certo' e 'errado', por outro. É neste sentido que, sem desconectar de sua abordagem prática e multidisciplinar, o estudo dos processos jurídicos transnacionais, portanto, fornece uma janela para avaliar as mudanças nas normas jurídicas, na organização institucional e nas práticas dos Estados⁶⁹.

Em esclarecedora provocação à "estaticidade" do Direito, aqui o neologismo podendo ser entendido tanto no sentido de "estático" como de "estatal", Brian Z. Tamanaha⁷⁰ complementa que o risco de indivíduos e grupos, na sociedade plural, não terem clareza prévia sobre o regime jurídico aplicável à sua situação concreta, cria oportunidades para tais indivíduos e grupos. Isto porque, estes poderão oportunamente selecionar dentre as autoridades jurídicas disponíveis aquela que melhor lhes convier. Aqui igualmente se verá o efetivo papel do jurista em auxiliar tanto no entendimento do eventual choque entre sistemas normativos, como visto, quanto em garantir a licitude e coerência de eventual seleção.

A partir da constatação de existem tantas ciências jurídicas quanto existem imagens que o jurista tem de si mesmo e de sua função na sociedade⁷¹, chega-se mais próximo do público de análise proposto, qual seja, o operador do Direito. Isto porque será o jurista a estar próximo da realidade concreta, dinâmica e intercambiante, personificando o Direito e vivenciando os desafios jurídicos práticos que esta realidade gera. Ao estar dentro da sociedade, vivenciando problemas reais, e precisar entregar respostas concretas, ainda que inexista legislação regulando a questão analisada, o jurista (advogado, juiz, legislador e outros) analisará todas as normativas aplicáveis, jurídicas ou não jurídicas, internas ao Estado ou externas criadas por organizações privadas – em verdadeira abordagem metodológica pluralista e transacional. Neste momento, o jurista poderá escolher sua linha de atuação, se analítica e passiva, ou criativa e proativa, a partir da forma como percebe sua própria função enquanto operador do Direito.

Neste sentido, pode-se verificar suas imagens ideais da função do jurista, que usualmente influenciam a forma de conceber a ciência jurídica propriamente dita. De um lado, se tem o jurista como conversador e transmissor de um corpo de regras pré-estabelecidas, do qual será depositário e guardião. De outro lado, se tem o jurista como criador de regras que transformam e inovam o sistema existente, de forma que não é apenas receptor, mas também agente ativo e, quando preciso, até mesmo

⁶⁸ ZUMBANSEN, P. "Transnational law: theories and applications". En ZUMBANSEN, P. *The Oxford handbook of transnational law*, Ed. TLI Think!, London, 2020, p. 16.

⁶⁹ "The study of transnational legal processes thus provides a window for assessing changes in legal norms, institutional organization, and practices within states. SHAFFER, G. "Transnational legal process and state change", *Journal of the American Bar Foundation*, [S. l.], v. 37, nº. 2, 2012, p. 238.

⁷⁰ "This state of conflict also creates opportunities for individuals and groups within society, who can opportunistically select from among coexisting legal authorities to advance their aims. This state of conflict, moreover, poses a challenge to the legal authorities themselves, for it means that they have rivals. Law characteristically claims to rule whatever it addresses, but the fact of legal pluralism challenges this claim". TAMANHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007, p. 375.

⁷¹ "Parto da una premessa che non sempre viene tenuta presente: non esiste una sola scienza giuridica (ci si permetta di chiamare per brevità 'scienza giuridica', anche se l'espressione è equivoca, l'attività del giurista), ma esistono tante 'scienze giuridiche' quante sono le immagini che il giurista ha di se stesso e della propria funzione nella società". BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. Laterza, Bari, 2007, p. 53.

crítico. No primeiro caso a atividade essencial será a interpretação do Direito. No segundo, será a busca do deste⁷².

Optando pela abordagem criativa e proativa, a qual terá mais chances concretas de responder com efetividade às inovações tecnológicas do século XXI, o jurista terá à sua disposição as abordagens metodológicas do pluralismo jurídico, isto é, do analisar as diferentes origens e formas de normatização da realidade, e do Direito transnacional, ou seja, do constatar o efeito concreto da normatividade para além-fronteiras territoriais. Dentre os questionamentos que o jurista poderá fazer – ao cliente em um escritório de advocacia, às partes em um julgamento, à comunidade na criação de uma lei e a si mesmo – a fim de identificar as nuances da situação em análise, podem-se considerar perguntas não apenas fáticas, mas também e muitas vezes principalmente psicológicas, sociológicas e políticas, abordando muitos níveis para além dos fatos dados⁷³.

Importante neste ponto refletir que as respostas propostas pelo jurista poderão estar incluídas não apenas em assessorias jurídicas, no caso de advogados, mas também, e por vezes principalmente, em atuações proativas e mais diretas na própria produção normativa⁷⁴. Para isso, será importante contar com o ambiente propício para que o jurista possa participar do processo legislativo a partir da verificação de seus impactos práticos, os quais serão de extrema relevância, uma vez que conectarão as respostas com a real necessidade que as estimulou. Neste sentido, Paul Schiff Berman questiona como os sistemas legais, governamentais ou não governamentais, poderiam buscar criar ou preservar espaços para interações produtivas entre comunidades e sistemas legais múltiplos e sobrepostos, desenvolvendo mecanismos procedimentais, instituições e práticas que visam promover o diálogo entre essas comunidades e sistemas, em vez de ditar normas hierarquicamente⁷⁵.

⁷² “Queste due immagini della funzione del giurista nella società possono dipendere: a) dal diverso tipo di sistema giuridico entro cui il giurista si trova a operare (variabile istituzionale); b) dalla diversa situazione sociale nella quale il giurista svolge la propria opera (variabile sociale); c) dalla diversa concezione del diritto e del rapporto diritto-società che entra a formare l’ideologia del giurista in un dato momento storico (variabile culturale)”. BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. Laterza, Bari, 2007, p. 54.

⁷³ “How might we encounter the Other? How do we experience those who are different? Can we communicate? Can we live in parallel? Can we learn from those who are different? Can we ignore them? How do we manage the inevitable jostling that may arise? These are questions that are simultaneously psychological, sociological, political, and legal and, therefore, should be addressed on many different levels at once. One possible response to the encounter with the Other is to focus on those attributes that make the Other not so different at all. This is the ‘we’re all fundamentally the same’ gambit we hear so often. And, interestingly, this focus on sameness can be adopted both by die-hard nationalists—who use it to insist that ‘our’ norms (whoever the ‘our’ might be) should govern all—and committed universalists, who use it to push for uniform norms operating cross-culturally throughout space and time”. BERMAN, P.S. *Global legal pluralism as a normative project - functioning legal system for negotiating normative difference*, Ed. U.C. Irvine Law Review, [S. l.], v. 8, 2018, p. 158.

⁷⁴ “É preciso inovar as estruturas tradicionais da construção do direito: a sua produção, na esfera legislativa, ocorre em condições abstratas e fortemente afastadas dos movimentos e transformações sociais, destacadamente aqueles que ocorrem durante o processo legislativo. A tramitação do projeto de lei não interage com a sociedade e sua pluralidade de atores, gerando, em alguns casos, um texto legal totalmente em desconformidade com os avanços sócio-tecnológicos da matéria, a partir do momento em que o texto é publicado e iniciada a sua vigência.” ENGELMANN, W. “Percursos para inovar a teoria geral das fontes do direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios”, em (Teixeira, V; Streck, L; Rocha, L.S, org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em direito da Unisinos*, nº. 18, Ed. Dom Modesto, Blumenau, 2022, p. 335

⁷⁵ “How might legal, governmental, or non governmental systems seek to create or preserve spaces for productive interaction among multiple, overlapping communities and legal systems by developing procedural mechanisms, institutions, and practices that aim to bring those communities and systems into dialogue rather than dictating norms hierarchically?”. BERMAN,

Para responder este questionamento, pode-se referir o relatório elaborado por comissão de juristas⁷⁶, com o objetivo de subsidiar a regulamentação da inteligência artificial no país⁷⁷, o qual foi seguido por análise pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), em função da intrínseca relação entre as áreas, na medida em que a base de dados utilizada pela inteligência artificial poderá incluir os dados pessoais regulados pela Lei Geral de Proteção de Dados⁷⁸.

Outro aspecto relevante neste contexto, que trata da inclusão da comunidade jurídica e social na estruturação normativa, junto à conexão com a realidade que se busca regular, vê-se o advento do *Sandbox*⁷⁹ e do *LivingLab*⁸⁰, descritos como uma novidade que ingressa no ambiente regulatório a partir da modelação de espaços de testagem, que, como laboratórios da realidade, permitem que sejam praticados modelos de autorregulação regulada, observando-se os resultados e realizando-se ajustes nos modelos testados sempre que necessário⁸¹.

P.S. *Global legal pluralism as a normative project - functioning legal system for negotiating normative difference*, Ed. U.C. Irvine Law Review, [S. l.], v. 8, 2018, p. 161.

⁷⁶ "Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado nº 4, de 2022, destinada a subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei nºs 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil." COORDENAÇÃO DE COMISSÕES ESPECIAIS, TEMPORÁRIAS E PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. "Relatório final", *Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil*, Brasília, 2022. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relato%CC%81rio%20final%20CJSUBIA.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁷⁷ COORDENAÇÃO DE COMISSÕES ESPECIAIS, TEMPORÁRIAS E PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. "Relatório final", *Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil*, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relato%CC%81rio%20final%20CJSUBIA.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁷⁸ Nas palavras da ANPD, a criação da referida comissão de juristas "[...] representou importante avanço, pois a partir dela foram realizadas diversas audiências públicas, reunindo mais de 50 (cinquenta) especialistas, em formato multissetorial, contando com a participação de representantes do poder público, setor empresarial, sociedade civil e comunidade científico-acadêmica." AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. *Análise preliminar do projeto de lei nº 2338/2023, que dispõe sobre o uso da inteligência artificial*. Brasília, 2023, p. 1. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338_2023-formatado-ascom.pdf. Acesso em: 30 mai. 2023.

⁷⁹ "O objetivo principal do Sandbox Regulatório é garantir um ambiente favorável ao desenvolvimento de tecnologias, ao mesmo tempo que possibilita aos órgãos reguladores uma melhor compreensão da complexidade e da dinamicidade [dessas] tecnologias disruptivas. [...] O Sandbox Regulatório possui como propósito prático 'estimular a experimentação, para que o regulador possa acompanhar de perto as inovações e avaliar o impacto que elas terão na experiência do usuário, o quanto isto facilita a vida das pessoas e, em contrapartida, os riscos reais decorrentes de sua implementação'." FEIGELSON, B; SILVA, L.C.L. "Sandbox: um olhar prospectivo sobre o futuro da regulação", En (MALDONADO, V.N; FEIGELSON, B.) *Advocacia 4.0*. Ed. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019. p. 30-31.

⁸⁰ "Os Living Labs", como laboratórios vivos, representam detecção, prototipagem, validação e refinamento de soluções complexas em vários ambientes da vida real, sendo adequados para desenvolver, co-criar, validar e testar tecnologias (ENGELMANN; SILVA, 2021; ENGELMANN, 2021). A essas características convencionais, se pretende atribuir mais elementos estruturantes: paralelamente ou mesmo individualmente, os 'Living Labs' também poderão servir para se testar modelos regulatórios desenhados a partir de princípios e outras fontes do direito." ENGELMANN, W. "Percursos para inovar a teoria geral das fontes do direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios", en (Teixeira, V; Streck, L; Rocha, L.S, org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em direito da Unisinos*, nº. 18, Ed. Dom Modesto, Blumenau, 2022, p. 333.

⁸¹ ENGELMANN, W. "Percursos para inovar a teoria geral das fontes do direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios", en (Teixeira, V; Streck, L; Rocha, L.S, org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:*

Aprofundando as possibilidades, chega-se à união entre as diferentes ciências, tendo em vista a necessidade de que os novos fenômenos sejam vistos, percebidos e analisados sob as mais diferentes perspectivas⁸². Outro ponto importante neste cenário será a mudança de mentalidade, da repressão à prevenção⁸³. Neste sentido, as respostas dadas, e concretizadas, aos desafios reais trazidos pelas novas tecnologias, em especial pela IA, poderão inclusive – e principalmente – ter um efeito preventivo, no sentido de impedir que determinados riscos se concretizem. Assim, inegável a necessidade da atuação multidisciplinar, que envolva conhecimentos de várias áreas e, com isto, possa construir uma resposta completa à questão trazida para análise. Dentre os ambientes propícios para tal atuação multidisciplinar, como visto, estarão o *Sandbox* e o *LivingLab*, nos quais o jurista poderá participar, a fim de auxiliar na identificação das lacunas regulatórias e da forma como preenchê-las para o caso concreto e, ainda, influenciar a própria criação de novas leis, testadas na prática pela experiência dos participantes nos referidos ambientes.

Ainda, para além do incentivo visto no caso da criação de comissão de juristas para elaborar a compilação dos projetos de lei sobre inteligência artificial, poderá o jurista tomar a iniciativa e atuar na provocação direta de movimentos legislativos pelo poder público – quando entender, a partir da prática, que uma regulação caberá com mais eficiência se for promulgada como lei dentro de um ordenamento jurídico específico. Outros movimentos, ainda, poderão ser estimulados por organizações administrativas privadas, nacionais e/ou internacionais – quando identificado que as regras necessárias devem aplicar-se mais para um segmento em específico do que para todo um ordenamento jurídico e que, principalmente, eventual descumprimento pode ser endereçado por outros meios que não a sanção, como por exemplo por reações econômicas e reputacionais.

Um exemplo da atuação de juristas, inclusive advogados, na construção legislativa e em toda uma modificação na mentalidade litigiosa da advocacia, pode ser visto no caso da lei de arbitragem. Após redigir a lei – estimulados pela irresignação com a ineficiência do judiciário nos casos concretos em que atuavam –, atuar estrategicamente para sua aprovação, envolvendo enfrentar questionamentos

anúário do Programa de Pós-Graduação em direito da Unisinos, nº. 18, Ed. Dom Modesto, Blumenau, 2022, p. 336-337.

⁸² “Via de regra, se buscam conselhos e/ ou pareceres de especialistas, ou seja, de pessoas em Ciência, Tecnologia, Engenharia e Matemática (a sigla dessas áreas em inglês é STEM) – apesar de estar claro, desde o início da projeção sobre IA, que o comportamento humano, as motivações e a cultura serão fundamentais para uma resposta eficaz. Essa abordagem precisa mudar. A Ciência viabiliza os sistemas de IA, mas as atividades ou áreas inseridas nas Ciências Sociais Aplicadas, Humanidades e Artes para as pessoas e a Economia (a sigla dessas áreas em inglês é SHAPE) ajudam a chegar às realidades sociais, além da análise e avaliação dos impactos sociais, éticos, jurídicos e econômicos dos avanços a partir da IA. A percepção da humanidade é mais robusta quando STEM e SHAPE se unem. Por isso, se poderá dizer que a IA, como um gênero, representa fenômenos sociais, biológicos e tecnológicos, concomitantemente. A partir desse cenário, não se deverá focar excessivamente em evidências de ensaios de controle randomizados, com as variáveis do funcionamento da IA controladas em laboratórios, mas levar em conta as evidências observacionais e qualitativas nas quais as Ciências SHAPE estão imersas.” ENGELMANN, W. “Inteligência artificial responsável: significados e desafios”, En (HUPFFER, H.M; ENGELMANN, W; BLAUTH, T.F) *Inteligência artificial no sul global: regulação, riscos discriminatórios, governança e responsabilidades*. Ed. Casa Leiria, São Leopoldo, 2023, p. 16.

⁸³ “quando qui parlo di un probabile spostamento della politica sociale delle società tecnologicamente avanzate dalla repressione alla prevenzione, mi riferisco a un fenomeno ben altrimenti più complesso e più rilevante, cioè alla tendenza a utilizzare le conoscenze sempre più adeguate che le scienze sociali sono in grado di fornirci sulle motivazioni del comportamento deviante e sulle condizioni che lo rendono possibile, allo scopo non già di correre ai ripari quando esso è stato compiuto ma di impedire che avvenga”. BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. Laterza, Bari, 2007, p. 52.

quanto a sua constitucionalidade, hoje os advogados redatores⁸⁴ da lei brasileira de arbitragem podem ver o resultado⁸⁵ de sua atuação proativa e criativa, evidenciando o papel da advocacia para além da assessoria propriamente dita e chegando na real transformação social.

Como se vê, inúmeras são as formas de ampliar a participação do jurista na construção, interpretação e aplicação do Direito, em especial no cenário tecnológico do século XXI, permeado pela massificação do uso da inteligência artificial. Tais formas consideram, em especial, o protagonismo do jurista enquanto função na sociedade, isto é, enquanto profissional capaz de auxiliar na construção e implementação de respostas que permitam a centralidade do humano, tal como sugerido nas regulações⁸⁶ atualmente em debate acerca da inteligência artificial. Neste sentido, haverá cada vez mais uma necessidade de manutenção da conexão intrínseca com a realidade prática e da interação entre diferentes áreas do Direito, a fim de evitar uma eventual miopia regulatória ou interpretativa da realidade, que deixe de considerar aspectos fundamentais para uma resposta efetiva ao desafio que se busca endereçar.

Ponto importante neste contexto será, portanto, a conexão com a experiência prática vivenciada pelo jurista em situação, que permitirá a este identificar de perto a demanda concreta que clama por resolução e buscar todas as informações disponíveis para endereçá-la, inclusive e principalmente aquelas informações que se manifestarão em si mesmo a partir da própria experiência contextualizada. Assim, para além do conhecimento da legislação em vigor, bem como de sua interação com outras legislações, normativas, regulações, padrões de boas práticas e afins, o jurista necessitará aprender a colher e a entender as informações que perceber internamente a partir de sua interação em situação.

6. Bibliografia.

AMARAL, G.R; XAVIER, F. "A inteligência artificial e o novo patamar da interação humano-máquina", *TECCOGS – Revista Digital de Tecnologias Cognitivas*, nº. 26, São Paulo, 2022.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. [S. l.], 2023. Disponível em: <https://ab2l.org.br/>. Acesso em: 30 mai. 2024.

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. *Análise preliminar do projeto de lei nº 2338/2023, que dispõe sobre o uso da inteligência artificial*. Brasília, 2023, Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/analise-preliminar-do-pl-2338_2023-formatado-ascom.pdf. Acesso em: 30 mai. 2023.

BERMAN, P.S. *Global legal pluralism as a normative project - functioning legal system for negotiating normative difference*, Ed. Uc Irvine Law Review, [S. l.], v. 8, 2018.

BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. Laterza, Bari, 2007.

⁸⁴ Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Basista Martins, orquestrados por Petrônio Muniz. Veja-se relato a respeito da experiência, por Selma Lemes, LEMES, S.F. *Petrônio R.G. Muniz, o arauto da arbitragem brasileira*, [S. l.], 2016. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/historiadaleidearbitragem.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁸⁵ Em 2018, o Brasil esteve ranqueado dentre os 5 países com mais arbitragens na Câmara de Comércio Internacional – ICC, em: INTERNATIONAL CHAMBERS OF COMMERCE (ICC). *ICC Arbitration figures reveal new record for awards in 2018*, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/>. Acesso em: 30 mai. 2024.

⁸⁶ THE LAW LIBRARY OF CONGRESS, *Regulation of artificial intelligence around the world*, [S. l.], 2023. Disponível em: https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1glrd/2023555920/2023555920.pdf?fbclid=PAAaBiY3TjNgzt_NVmmHpAknLR4p98fKbNPeQLoob4ynrXyzSGE8k14WZ-I_aem_AZLhXGOiyHKYp1dM6JtYTy6fbjVyy4hQxCXy3tREpz47whFlndZj5o90u4TbeYxhKs. Acesso em: 30 mai. 2024.

BOBBIO, N; PONTARA, G; VECA, S. *Crisi della democrazia e neocontrattualismo*, Ed. Riuniti, Roma, 1984.

COORDENAÇÃO DE COMISSÕES ESPECIAIS, TEMPORÁRIAS E PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. "Relatório final", *Comissão de Juristas responsável por subsidiar elaboração de substitutivo sobre inteligência artificial no Brasil*, Brasília, 2022. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/Relato%CC%81rio%20final%20CJSUBIA.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2024.

ENGELMANN, W. "Como lidar com o impacto da economia digital no mundo do trabalho?", En (Fundação Dom Cabral, org.). *Digital: o desafio da confiança e da segurança na economia digital*, Ed. Fundação Dom Cabral, Nova Lima, 1ª Ed, v. 5, 2021, p. 155.

ENGELMANN, W. "Percursos para inovar a teoria geral das fontes do direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, sandbox regulatório e princípios", en (Teixeira, V; Streck, L; Rocha, L.S, org.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em direito da Unisinos*, nº. 18, Ed. Dom Modesto, Blumenau, 2022.

ENGELMANN, W. "Inteligência artificial responsável: significados e desafios", En (HUPFFER, H.M; ENGELMANN, W; BLAUTH, T.F) *Inteligência artificial no sul global: regulação, riscos discriminatórios, governança e responsabilidades*. Ed. Casa Leiria, São Leopoldo, 2023.

EUROPEAN PARLIAMENT, *AI Pact*, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/ai-pact>. Acesso em: 30 mai. 2024.

EUROPEAN PARLIAMENT, *Artificial Intelligence Act*, [S. l.], 2023. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.pdf. A proposta apresentada em 2021 está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Acesso em: 30 mai. 2024.

EUROPEAN UNION, *Commission welcomes political agreement on Artificial Intelligence Act*, Brussels, 10 dez, 2023, p. 15. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_6473. Acesso em: 30 mai. 2024.

FEIGELSON, B; SILVA, L.C.L. "Sandbox: um olhar prospectivo sobre o futuro da regulação", En (MALDONADO, V.N; FEIGELSON, B.) *Advocacia 4.0*. Ed. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.

FERNANDES, G.P, "Inteligência artificial na União Europeia: formas de regular a tecnologia que já nos regula." En (MENDES, G.F; MORAIS, C.B, Org.) *Governance da ordem jurídica em transformação*, [S. l.], 2023.

FLORIDI, L. *The fourth revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, OUP Oxford, Oxford, 2014.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). *Inteligência artificial: análise do mapeamento tecnológico do setor através das patentes depositadas no Brasil*. Ed. INPI, Rio de Janeiro, 2020. p. 8. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/informacao/copy3_of_IA_estendido_062020final.pdf. Acesso em: 30 mai. 2024.

INTERNATIONAL CHAMBERS OF COMMERCE (ICC). *ICC Arbitration figures reveal new record for awards in 2018*, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-arbitration-figures-reveal-new-record-cases-awards-2018/>. Acesso em: 30 mai. 2024.

LEMES, S.F. *Petrônio R.G. Muniz, o arauto da arbitragem brasileira*, [S. l.], 2016. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/historiadaleidearbitragem.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2024.

LUCCA, N. *Da ética geral à ética empresarial*, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2009.

MANYIKA, J et al. *Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity*, Ed. McKinsey Global Institute, [S. l.], 2011.

MAUS, I. *From Nation-State to global state: or the decline of democracy*, Ed. Constellations, [S. l.], v. 13, nº. 4, 2006.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO, "O que é a Lei do Bem", Brasília, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/lei-do-bem/paginas/o-que-e-a-lei-do-bem>. Acesso em: 30 mai. 2024.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÕES, *Secretaria de Empreendedorismo e Inovação. Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA*, Brasília, 2021. p. 4. Disponível em https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf. Acesso em: 30 mai. 2024.

MORETI, M.P; OLIVEIRA, T; SARTORI, R; CAETANO, W. "Inteligência artificial no agronegócio e os desafios para a proteção da propriedade intelectual", *Cadernos de Prospecção*, [S. l.], v. 14, nº. 1, 2021, p. 60.

NEVES, M. "Da incerteza do direito à incerteza da justiça, En (FORTES, P; CAMPOS, R; BARBOSA, S, ed.) *Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas*, Ed. Juruá, Curitiba, 2016.

RODOTÀ, S. "¿Cuál derecho para el nuevo mundo?", *Revista de Derecho Privado*, nº. 9, [S. l.], 2005.

ROTH-ISIGKEI, D. *The plurality trilemma. A geometry of global legal thought*. Basingstoke, Ed. Palgrave Macmillan, 2018.

SALOMÃO, L.F (coord.), *Inteligência artificial: tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro*. Ed. FGV Conhecimento, Rio de Janeiro, 2022. p. 10.

SHAFFER, G. "Transnational legal process and state change", *Journal of the American Bar Foundation*, v. 37, nº. 2, [S. l.], 2012.

TAMANAHA, B.Z. *Understanding legal pluralism: past to present, local to global*, Ed. The Julius Stone Address, Sydney, 2007.

TEIXEIRA, F.S; TEIXEIRA, P.S, DA ROCHA, C.A.M. "Estudo prospectivo sobre inteligência artificial aplicado ao setor da construção civil", *Cadernos de Prospecção, Salvador*, v. 13, n. 4, 2020, p. 1134.

THE FUTURE SOCIETY, *EU AI act compliance analysis: general-purpose ai models in focus*, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://thefuturesociety.org/EU-AI-Act-Compliance-Analysis>. Acesso em: 31 mai. 2024.

THE LAW LIBRARY OF CONGRESS. *Regulation of artificial intelligence around the world*, [S. l.], 2023. Disponível em: https://tile.loc.gov/storage-services/service/lh/lglrd/2023555920/2023555920.pdf?fbclid=PAAaBiY3TjNgzt_NVmmHpAknLR4p98fKbNPeQLoobl4ynrXyzSGE8k14WZ-I_aem_AZLIhxGOiyHKYp1dM6JtYTy6fbjVyy4hQxCXY3tREpz47whFIndZj5o90u4TbeYxhKs. Acesso em: 30 mai. 2024.

THOMPSON REUTERS, *O que é e como implementar o legal operations no seu negócio?*, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/o-que-e-legal-operations.html>. Acesso em: 30 mai. 2024.

TRAUTMANN, D; PETROVA, A; SCHILDER, F. *Legal prompt engineering for multilingual legal judgement prediction*, Ed. ArXiv.org, [S. l.], 2022. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/2212.02199>. Acesso em: 30 mai. 2024.

VESTING, T. *Teoria do direito: uma introdução*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2015.

ZUMBANSEN, P. "Transnational law: theories and applications". En ZUMBANSEN, P. *The Oxford handbook of transnational law*, Ed. TLI Think!, London, 2020.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 277-291
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Responsabilidade do Funcionário Público pela valoração de Tecnologia destinada à Transferência das Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) para o setor privado

Liability of Public Employee for Technology Valuation for Transfer from Scientific, Technological and Innovation Institutions (STI's) to the Private Sector

Sthéfano Bruno Santos Divino¹

Universidade Federal de Lavras

Sumário: 1. Introdução. 2. A Transferência de Tecnologia no Marco Legal da CT&I (13.243/2016) e na Lei de Inovação (10.973/2004). 3. O problema e os desafios metodológicos para valoração de tecnologias. 4. Responsabilização do Funcionário Público pela Transferência de Tecnologias entre Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) e setor privado. 5. Considerações finais. 6. Referências

Resumo: O problema de pesquisa deste artigo reside no seguinte questionamento: qual a responsabilidade do Funcionário Público pela (não) valoração Propriedade Intelectual destinada à transferência das Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) para o setor privado? A primeira seção tem como objetivo demonstrar o regime jurídico da Transferência de Tecnologia sob a ótica do Marco Legal da CT&I (13.243/2016) e da Lei de Inovação. A segunda seção discorre sobre o problema e os desafios metodológicos para valoração de ativos tangíveis e intangíveis. Apresentam-se diretrizes metodológicas em vias de auxiliar o procedimento de valoração. Por fim, analisa-se a responsabilização do Funcionário Público pela Transferência de Propriedade Intelectual entre Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) e setor privado, sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Conclui-se que o Funcionário Público somente será responsável nas seguintes situações: I) quando transferida tecnologia prescindindo-se de instrumentos metodológicos objetivos de valoração, nos termos do art. 10, I e II, da

¹ Doutor e mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor adjunto de Direito Civil na Universidade Federal de Lavras. Foi Professor Titular I dos Cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis do Centro Universitário de Lavras. Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito Privado, Inovação e Tecnologia (NEDIT). Realiza pesquisas na área de Direito Privado e Direito e Tecnologia, com ênfase em teoria geral do direito privado, subjetividade jurídica, privacidade, tratamento de dados e Inteligência Artificial.

LIA; e II) quando transferida tecnologia valorada por montante inferior ao obtido, sem a devida motivação, nos termos do art. 10, I e IV da LIA. Para tanto, utiliza-se o método de pesquisa integrada associado à técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Responsabilidade. Funcionário Público. Tecnologia. Inovação. Transferência.

Abstract: The research problem of this article lies in the following question: what is the responsibility of the Public Official for the (non)valuation of Intellectual Property intended for transfer from Scientific, Technological, and Innovation Institutions (STI's) to the private sector? The first section aims to demonstrate the legal regime of the Transfer of Technology from the perspective of the Marco Legal da CT&I (13.243/2016) and the Innovation Law. The second section discusses the problem and the methodological challenges for valuing tangible and intangible assets. Methodological guidelines are presented to assist the valuation procedure. Finally, it analyzes the liability of Public Officials for the Transfer of Intellectual Property between Scientific, Technological, and Innovation Institutions (STI's) and the private sector, from the perspective of the Administrative Improbability Law (AIL). It is concluded that the Public Official will only be liable in the following situations: I) when technology is transferred without any objective methodological tools for valuation, under the terms of art. 10, I and II, of the AIL; and II) when technology is transferred that is valued at less than the amount obtained, without proper motivation, under the terms of art. 10, I, and IV of the AIL. To this end, the integrated research method associated with the bibliographic research technique is used.

Keywords: Liability. Public Employee. Technology. Innovation. Transferece.

1. Introdução

A produção científica e intelectual das Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs) é um dos fatores responsáveis por alavancar o desenvolvimento tecnológico e social de um país. Como consequência desse fator produtivo, tem-se considerável aumento nos pedidos de proteção de Propriedades Intelectuais (PI). Conforme dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) brasileiro, em relação ao ano de 2022, os depósitos cresceram em patentes (+2,9%), marcas (+6,4%), programas de computador (+16,1%) e indicações geográficas (+22,7%). Quanto às concessões, em 2023 apresentaram crescimento acumulado os registros de marcas (29,3%), programas de computador (56,6%) e averbações de contratos (0,1%). Dessa forma, o Brasil está dentre os países que mais depositaram pedidos de patentes de invenção, estando apenas atrás dos Estados Unidos (30%) e seguido por China (7%), Alemanha (6%) e Suíça (5%).²

Dos 25 maiores depositantes de patentes no Brasil, 19 são Universidades Públicas.³ A partir do ato de concessão e tutela da PI pelo INPI, permite-se ao titular sua exploração. Porém, reside aqui considerável desafio e entrave: efetivar o uso ou transferir a PI, especialmente quando se trata de tecnologia. Explica-se: após o respectivo desenvolvimento, o produto-resultado poderá ficar ocioso nas dependências da instituição de ensino. Não se dá a devida finalidade, seja pela falta de suporte fático, bem como não se realiza sua transmissão para outrem. Em relação a essa última situação, uma das formas de concretizar essa exploração é mediante *Transferência Tecnológica*.

² BRASIL. "Depósitos de patentes e marcas cresceram em 2023 no Brasil. Instituto Nacional da Propriedade Industrial". Instituto Nacional de Propriedade Industrial, 2024.

³ RODRIGUES, L. "Com timidez do setor privado, universidades lideram patentes no Brasil", *Agência Brasil*, 2021.

Para que a transferência seja realizada conforme diretrizes normativas e legais, deve-se a respeitar a Lei Federal 10.973, de 2 de dezembro de 2004⁴, conhecida como Lei de Inovação Tecnológica, que estabelece que as instituições precisam prestar contas ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações (MCTIC), bem como respeitar o Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (MCT&I) representado pela Lei n. 13.243, de 11 de janeiro de 2016⁵, que instituiu o Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT) com a finalidade de transferência, gestão de política institucional de inovação (art. 2º-A, VI, do MCT&I⁶) e negociação e gestão dos acordos de transferência de tecnologia produzidas pela ICT (art. 16, §1º, X, do MCT&I⁷).⁸

Na prática, para que o processo de Transferência Tecnológica seja efetivado entre ICT e setor privado, os NIT's têm adotado um complexo conjunto de procedimentos estruturados, dentre os quais tem-se a valoração. Porém, não há comando legal sobre a imprescindibilidade da precedência de valoração à transferência. Diante deste *gap* hermenêutico, exsurge o problema de pesquisa deste artigo: qual a responsabilidade do Funcionário Público⁹ pela (não) valoração Propriedade Intelectual destinada à transferência das Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) para o setor privado? Para fins de especificação, entende-se como *responsabilidade* aquela que abrange aspectos objetivos, subjetivos, éticos, morais e especialmente legais. Do problema proposto, propõe-se algumas hipóteses:

H1: Por inexistir padrão metodológico normativo de valoração de tecnologia no Marco Legal da CT&I (13.243/2016) e na Lei de Inovação (10.973/2004), em observância ao princípio da legalidade, não há qualquer tipo de responsabilidade do funcionário público pela valoração e transmissão da tecnologia entre ICT's e setor privado.

H2: Diante da inexistência de determinação legal exigindo o procedimento de valoração, dispensa-se o ato e não se verifica qualquer tipo de responsabilidade do funcionário público pela valoração e transmissão da tecnologia entre ICT's e setor privado.

H3: Apesar de não existir padrão metodológico normativo de valoração de tecnologia no Marco Legal da CT&I (13.243/2016) e a Lei de Inovação (10.973/2004), o funcionário público deverá adotar padrões metodológicos objetivos reconhecidos pela ciência.

H3.1: A valoração a partir de métodos científicos reconhecidos afasta a responsabilização do funcionário público.

⁴ BRASIL. "Lei de Inovação Tecnológica. Lei Federal 10.973, de 2 de dezembro de 2004", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 dez. 2004.

⁵ BRASIL. "Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (Marco Legal da C, T&I). Lei n. 13.243, de 11 de janeiro de 2016", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2016.

⁶ "VI - Estímulo à atividade de inovação nas Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs) e nas empresas, inclusive para a atração, a constituição e a instalação de centros de pesquisa, desenvolvimento e inovação e de parques e polos tecnológicos no País".

⁷ "Art. 16. Para apoiar a gestão de sua política de inovação, a ICT pública deverá dispor de Núcleo de Inovação Tecnológica, próprio ou em associação com outras ICTs. X - Negociar e gerir os acordos de transferência de tecnologia oriunda da ICT.

⁸ Há, também, necessidade de observância ao Decreto n. 9.283 de 7 de fevereiro de 2018, que regulamenta a Lei de Inovação e o MCT&I. BRASIL. "Decreto n. 9.283 de 7 de fevereiro de 2018, que regulamenta a Lei de Inovação e o MCT&I", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 fev 2018.

⁹ Opta-se pelo termo Funcionário Público por abranger todos aqueles que exercem função pública, ou seja, o exercício de atividades de competências da administração. Portanto, enquadra-se tanto a pessoa que exerce um cargo público de forma investida (efetivo) ou não (temporário), bem como os vinculados a um emprego público.

H3.2: A valoração a partir de métodos científicos reconhecidos, mas a transferência em valor inferior ao resultado valorado atrai a responsabilidade do funcionário.

H3.3. Ainda que o funcionário público valore a tecnologia com métodos objetivamente reconhecidos e faça sua transferência em valor inferior ao obtido não poderá ele ser responsabilizado, caso haja motivação com a respectiva fundamentação.

H3.3.1: Não se admite como motivação a transferência em valor inferior ao custo de produção da tecnologia.

H3.3.2: Admite-se como fator de motivação a transferência em valor inferior ao de custo de produção da tecnologia caso não haja demanda mercadológica inicial atrelada ao montante inicialmente valorado.

As hipóteses acima serão desenvolvidas em três seções. A primeira seção é responsável pela abordagem da possibilidade de transferência de P.I entre ICT's e setor privado com fundamento no MCT&I e na Lei de Inovação. Como resultado, verifica-se primeiramente que o Decreto n. 9.283 de 7 de fevereiro de 2018, que regulamenta a Lei de Inovação e o MCT&I, estabelece em seu art. 12 a dispensa de licitação para transferência de tecnologia, mas exige prévia oferta tecnológica na modalidade *concorrência pública*¹⁰ ou *negociação direta*¹¹ quando existir cláusula de exclusividade (§1º do art. 12).

A segunda seção demonstra o problema hermenêutico da inexistência de comando legal expresso no campo normativo *transferência de tecnologia* (arts. 11, 12 e 13 do Decreto n. 9.283/2018), concluindo pela exigência prévia de valoração à transferência de ativos entre ICT's e setor privado. Verifica-se que, embora os normativos sejam silentes acerca da indispensabilidade do ato *valoração*, recomenda-se expressamente que ele seja realizado, em vias de evitar possíveis danos ao erário e possíveis alegações de improbidade administrativa. Trata-se de observância ao princípio da *accountability* ou prestação de contas do agente pelas suas ações, comportamentos e decisões.

¹⁰ Nos termos da Lei de Licitações (Lei n. 14.133 de 1º de abril de 2021), entende-se como concorrência a modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto. BRASIL. "Lei de Licitações. Lei n. 14.133 de 1º de abril de 2021", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º abr. 2021.

¹¹ Não há menção a essa modalidade na Lei de Licitações. Portanto, entende-se pela publicação dos atos negociais entre as partes. Na prática, exige-se apenas o cumprimento dos requisitos contidos no §5º, incisos I e II do Decreto n. 9.283/2018: § 5º Os terceiros interessados na oferta tecnológica comprovarão: I - a sua regularidade jurídica e fiscal; e II - a sua qualificação técnica e econômica para a exploração da criação. Portanto, trata-se de inovação em sede de decreto regulamentar, algo consideravelmente problemático, pois prática vedada. Divino ressalta: "Primeiramente, há uma diferenciação entre lei e regulamento que não se limita ou se restringe à origem de um ou de outro. A distinção substancial, conforme Mendes e Branco, "reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico". Lado outro, o regulamento, conforme Bandeira de Mello, somente fixa as "regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita". Assim, o comando do art. 84, IV, da CRFB, 58 conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI nº 1.075-MC/DF, o poder regulamentar deferido aos ministros de Estado, embora de extração constitucional, não legitima a edição de atos normativos de caráter primário, estando seu exercício, conteúdo e limites necessariamente subordinados ao que prescrevem as leis e a Constituição da república. Dessa forma, mesmo sendo de segundo grau, o ato jurídico somente tem a finalidade de dar fiel execução normativa a ponto que compõe parte complementar e descritiva do sistema normativo ope constitutionis, vez que auxiliares do chefe do Poder Executivo da União". DIVINO, S. "Comunicação de incidentes de segurança: prazo, regulatory enforcement e a competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados", *Revista de Direito Administrativo*, nº 282, 2023, p. 143-175.

Por fim, a terceira seção aborda os fundamentos jurídicos de caracterização ou afastamento de responsabilidade (*lato sensu*) do funcionário público durante a transferência de ativos entre ICT's e setor privado. Analisa-se o problema sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) (Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992¹²), especialmente do regime jurídico dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário contidos no art. 10, I, do referido normativo.

Ao final, conclui-se que o Funcionário Público somente será responsável nas seguintes situações: I) quando transferida tecnologia prescindindo-se de instrumentos metodológicos objetivos de valoração, nos termos do art. 10, I e II, da LIA; e II) quando transferida tecnologia valorada por montante inferior ao obtido, sem a devida motivação, nos termos do art. 10, I e IV da LIA. Nas demais situações, em respeito ao sistema normativo, legal e administrativo, não há verificação de responsabilidade legal. Para alcançar os resultados e as conclusões demonstradas, utiliza-se o método de pesquisa integrada associado à técnica de pesquisa bibliográfica.

2. A Transferência de Tecnologia no Marco Legal da CT&I (13.243/2016) e na Lei de Inovação (10.973/2004)

Conforme mencionado, as ICT's são parte de um sistema normativo e social de grande impacto no desenvolvimento de uma população. É por meio da produção de conhecimento e de atividades advindas dos programas de ensino, pesquisa e extensão, que se formam profissionais adequados a responder adequadamente os problemas socialmente demandados. Desses pilares, o de maior relevância para este estudo é o pilar da pesquisa. Ao ingressar na carreira pública, especialmente no magistério, poderá e deverá o funcionário atuar ativamente na pesquisa para que os resultados obtidos possam melhorar e aprimorar de alguma forma e maneira o bem-estar social. Uma das formas de atuação é mediante a criação de tecnologias.

Caso essas tecnologias sejam criadas, inventadas ou desenvolvidas durante uma relação empregatícia-celetista (tal como os empregados públicos) ou estatutária (tal como os servidores públicos), deve-se verificar como o sistema jurídico brasileiro trata e dispõe acerca da titularidade deste produto. Para tanto, deve-se recorrer à Lei de Propriedade Industrial (LPI) (Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996)¹³. Por disposição expressa do art. 93 c/c art. 88 da LPI, a invenção e o modelo de utilidade desenvolvidos durante a relação funcional entre funcionário público e administração pública pertencem exclusivamente às entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, federal, estadual ou municipal, a qual o inventor está vinculado. Portanto, todo processo criativo advindo da relação funcional ou empregatícia é atribuído ao ente federado ao qual a pessoa está vinculada.

Porém, para reduzir o impacto negativo e incentivar a produção tecnológica no poder público, a Lei de Inovação estabelece em seu art. 13º a possibilidade de o criador receber entre 5% e 1/3 nos ganhos econômicos auferidos pela ICT, resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação protegida. No mais, dispõe o art. 3º do Decreto n. 2.553, de 16 de abril de 1998, a possibilidade de o pesquisador adquirir premiação de parcela do valor das vantagens auferidas pelo órgão ou entidade com a exploração da patente ou do registro.¹⁴ Em vias de concretizar essa bonificação, torna-se indispensável o processo de transferência tecnológica.

Há incentivo e estímulo à participação das ICT's públicas em processo de inovação e transferência tecnológica para o setor privado mediante celebração de contrato ou de licenciamento para outorga do direito de uso ou de exploração (art.

¹² BRASIL. "Lei de Improbidade Administrativa, Ob. Cit.

¹³ BRASIL. "Decreto n. 2.553, de 16 de abril de 1998", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 abr. 1998.

¹⁴ BRASIL. "Lei de Propriedade Industrial. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 1996.

11 do Decreto n. 9.283/2018). Atualmente, mesmo diante dos excassos normativos regulamentares temáticos, não há indicações expressas e detalhadas sobre como esse processo deva ser realizado concretamente.¹⁵ Porém, pode-se da literalidade do art. 12 do Decreto n. 9.283 de 7 de fevereiro de 2018, que regulamenta a Lei de Inovação e do MCT&I, a dispensa de licitação para transferência de tecnologia.¹⁶

Portanto, o primeiro resultado que se tem é pela regra da dispensa de processo licitatório, nos termos da Lei de Licitações. Contudo, há uma exceção contida no §1º do referido dispositivo legal advinda de uma hipótese quando prevista cláusula de exclusividade. Neste caso, exige-se prévia oferta tecnológica na modalidade *concorrência pública* ou *negociação direta*. Na prática, em busca de viabilizar o ato e de reduzir os trâmites burocráticos da Lei de Licitações, tem-se realizado a transferência entre ICT pública e ente privado mediante negociação direta, a partir do cumprimento por parte do interessado dos requisitos presentes no art. 12, §4º do Decreto n. 9.283/2018.¹⁷

Porém, essas diretrizes são em relação ao ato final da transferência em si. Para que ela ocorra, precede-se alguns atos e alguns questionamentos: qual o valor da tecnologia? Como identificar esse montante? Quais as diretrizes normativas acerca do processo interno de valoração? Qual o grau de desenvolvimento dessa tecnologia?

Como o princípio da legalidade rege as relações públicas, o funcionário público somente deve agir conforme previsão normativa. Porém, para a situação em análise onde possivelmente os valores serão vultosos, bem como há nítido interesse público envolvido, objetivamente, pressupõe-se que a entidade responsável pelo invento e/ou o inventor tenha realizado pelo menos as seguintes etapas: (I) processo de avaliação qualitativa, que engloba a análise do ativo a partir da consideração de viabilidade de licenciamento ao setor interessado, bem como o potencial de comercialização da patente registrada no INPI; (II) a valoração entendida como precificação e mensuração do valor monetário dos benefícios econômicos e financeiros da patente; e (III) análise de valorização, que compreende potencialidades relacionadas à inserção mercadológica da patente, bem como seus futuros impactos.¹⁸

As indicações são pautadas em aspectos éticos, morais e legais. Em relação ao aspecto legal, dá-se efetividade especialmente ao princípio do interesse público e ao princípio da transparência. Ambos permitem identificar o objeto da transferência, os sujeitos de direito envolvidos na relação de transação, bem como os respectivos valores. Em relação as diretrizes éticas e morais¹⁹, espera-se a observância de um dever de cuidado, pois suas ações são fiscalizáveis e há um dever da *accountability* perante o poder público.

¹⁵ Mediante prévia e justificada em decisão fundamentada (§7º), por meio de processo administrativo, compete a ICT pública definir em regulamento próprio a modalidade mais adequada (§6º).

¹⁶ Art. 12. A realização de licitação em contratação realizada por ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida é dispensável.

¹⁷ Quais sejam: O extrato de oferta tecnológica previsto no § 1º descreverá, no mínimo: I - o tipo, o nome e a descrição resumida da criação a ser ofertada; e II - a modalidade de oferta a ser adotada pela ICT pública.

¹⁸ FERREIRA, A.; SOUZA, A. "Análise dos procedimentos e critérios necessários à valoração de propriedade intelectual para a transferência de tecnologia no âmbito dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs)", *Cadernos de Prospeção*, nº 12 (5), 2019, p. 1013-1013.

TEIXEIRA, L.; MELO, R.; SILVA, S. "Avaliação e valoração de novas tecnologias: conceitos e diretrizes básicas para o caso das oportunidades de investimento na Rede Passitec", *Embrapa Cerrados*, nº 297, 2011, p. 1-35-35.

¹⁹ Moralidade essa que possui força constitucional no art. 37 da CRFB "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".

A quantificação permite atribuir ao ativo tangível ou intangível valor condizente ao mercado, bem como permite que os custos de produção e desenvolvimento sejam minimamente cobertos.

Porém, mesmo que o processo de valoração seja seguido, há o problema maior em definir qual método é o mais adequado.

3. O problema e os desafios metodológicos para valoração de tecnologias

Existem distintas metodologias²⁰ utilizadas para valoração, das quais se destacam: (i) valoração baseada na abordagem de custo²¹; (ii) a valoração por meio de múltiplos e valor de mercado/padrões industriais²²; (iii) a valoração baseada no Fluxo de Caixa Descontado (FCD)²³; (iv) a valoração a partir da Teoria das Opções Reais (TOR)²⁴; e (vi) Modelo alternativo com base no NPT²⁵. O problema se resume no seguinte questionamento: qual deles adotar?

Não é o objetivo deste trabalho discutir o melhor método de avaliação. Inclusive, ressalva-se essa impossibilidade. Cada método possui sua peculiaridade, bem como cada demanda de transferência tecnológica poderá ter sua peculiaridade de desenvolvimento, produção e de mercado. Portanto, às vezes torna-se necessário e até mesmo indispensável a mescla de distintos métodos para melhor valorar a tecnologia em análise, tal como a utilização simultânea do NPT e do FCD. Esse é um dos desafios.

Em vias de auxiliar o procedimento de valoração, propõe-se algumas diretrizes:

I) Primeiramente, recomenda-se a elaboração de um relatório de valoração de tecnologia. Neste relatório, sugere-se identificar: os responsáveis pela avaliação; os setores e órgãos administrativos envolvidos; os sujeitos de direitos envolvidos na transação (pessoa jurídica de direito público e pessoa jurídica de direito privado); e, caso existam, as informações sobre os convênios e colaborações destinados à produção tecnológica.

II) Ressalta-se que não há necessidade de os responsáveis pela valoração da tecnologia estarem intimamente vinculada ao objeto da pesquisa ou até mesmo o convenio ou colaboração celebrados. Recomenda-se apenas que os responsáveis sejam devidamente nomeados em ato administrativo pela reitoria ou pro-reitoria responsável pelos NIT's, bem como que tais responsáveis tenham conhecimento sobre P.I, Direito e/ou Estatística. A alternatividade se justifica pela impossibilidade de ICT's possuírem um único profissional com ampla experiência na área. Portanto, deve-se admitir ou recomendar a criação de um corpo de avaliadores.

III) Recomenda-se expressamente apresentar o produto objeto de análise para identificar o Nível de Maturidade Tecnológica ou TRL (*Technology Readiness*

²⁰ QUINTELLA, C. et al. "Valoração de ativos de propriedade intelectual", *Conceitos e aplicações de Transferência de Tecnologia*, nº 1, 2019, p. 139-178.

²¹ KAPCZYNSKI, A. "The cost of price: Why and how to get beyond intellectual property internalism", *UCLA L. Rev.*, nº 59, 2011, p. 970.

²² PARR, R. *Intellectual property: valuation, exploitation, and infringement damages*, John Wiley & Sons, 2018.

²³ ARROW, A.; WISIALOWSKI, J. "Valuation of Corporate Intellectual Property Assets Using Options Pricing Theory and Discounted Cash Flow: A Comparison of Two Popular Methods", *Business Valuation Review*, nº 20 (3), 2001, p. 20-28.

²⁴ CHANG, J.; HUNG, M.; TSAI, F. "Valuation of intellectual property: A real option approach", *Journal of Intellectual Capital*, nº 6 (3), 2005, p. 339-356.

²⁵ PAIVA, P. H. A.; SHIKI, S. F. N. "Método de valoração de patentes para o NIT-UFSJ", *Conexões, Ciência e Tecnologia, Fortaleza*, nº 11 (3), 2017, p. 84-92.

*Level*²⁶) ou MRL (*Manufacturing Readiness Levels*²⁷) objetivando identificar o estágio de desenvolvimento, bem como o respectivo e adequado enquadramento.

IV) Entende-se como obrigatória a presença e menção expressa do método de valoração, com a respectiva indicação de: a) sua origem e/ou autoria; b) critérios valorativos e suas descrições; c) reconhecimento pela comunidade científica; e d) se possível, a demonstração da adoção do método por pelo menos uma ICT. Duas observações. Conforme mencionado, os métodos pré-existentes podem não ser adequados a tecnologia em análise. Portanto, permite-se ao funcionário público, mediante ato discricionário, optar por inserir dois ou mais diferentes métodos de valoração conforme necessidade. Contudo, apesar de discricionário, o ato deverá ser motivado e devidamente fundamentado no interesse público. A segunda observação é em relação ao critério da alínea *d*. Entende-se possível sua relativização frente a novidade do método, ou até mesmo o desenvolvimento de método próprio pela ICT, tal como ressaltado na observação 1.

V) Por fim, com fundamento nos princípios constitucionais da transparência, publicidade e interesse público, bem como para evitar danos ao erário, entende-se também como obrigatória a descrição de custos associados ao desenvolvimento e produção da tecnologia. Enfatiza-se: custos de recursos humanos, a partir da indicação de todos os pesquisadores envolvidos (discentes, docentes, técnicos, servidores etc.); despesas administrativas (custos de depósito e manutenção da patente perante o INPI; custos de gestão do projeto; e a Taxa de Ressarcimento pelo Nome e Imagem (TRNI) da ICT, caso exista); e despesas estruturais (relativas aos gastos de infraestrutura e materiais dispendidos na criação, no desenvolvimento e na manutenção da tecnologia). Acredita-se que o item de maior problemática seja o de *recursos humanos*. Quando a produção da tecnologia não foi subsidiada por um convênio ou pela colaboração de um ente privado, como calcular esse recurso? Em outros termos, se não há uma pessoa jurídica de direito privado incentivando o invento mediante retribuição pecuniária (bolsas²⁸), qual o valor a ser atribuído pela produção do pesquisador? Sugere-se o cálculo a partir do valor hora-aula. Portanto, deve-se verificar a remuneração²⁹ do docente (via portal da transparência) e dividir pelo regime de trabalho (se 20h, 40h ou 40h/DE) para obter o valor hora-aula. Posteriormente, deve-se identificar a quantidade de tempo destinada à pesquisa (com limite de 8h/semanais, por analogia ao 21, XI, XII e §4º da Lei n.12.772, de 28 de dezembro de 2012³⁰) e multiplicar os valores obtidos.

VI) Sugere-se a realização de uma abordagem mercadológica (a partir do FCD, por exemplo) em vias de verificar a projeção dos lucros para a pessoa jurídica

²⁶ MANKINS, J. et al, "Technology readiness levels", *White Paper*, 1995.

²⁷ WANG, B. "The future of manufacturing: A new perspective", *Engineering*, nº 4 (5), 2018, p. 722-728.

²⁸ Nos termos do art. 34, §2º do Decreto n. 9.283/2018: "§ 2º Considera-se bolsa o aporte de recursos financeiros, em benefício de pessoa física, que não importe contraprestação de serviços, destinado à capacitação de recursos humanos ou à execução de projetos de pesquisa científica e tecnológica e desenvolvimento de tecnologia, produto ou processo e às atividades de extensão tecnológica, de proteção da propriedade intelectual e de transferência de tecnologia".

²⁹ Em sentido amplo, não sendo apenas o salário.

³⁰ XI - retribuição pecuniária, em caráter eventual, por trabalho prestado no âmbito de projetos institucionais de ensino, pesquisa e extensão, na forma da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994.

XII - retribuição pecuniária por colaboração esporádica de natureza científica ou tecnológica em assuntos de especialidade do docente, inclusive em polos de inovação tecnológica, devidamente autorizada pela IFE de acordo com suas regras.

§4º As atividades de que tratam os incisos XI e XII do caput não excederão, computadas isoladamente ou em conjunto, a 8 (oito) horas semanais ou a 416 (quatrocentas e dezesseis) horas anuais. (Redação dada pela Lei nº 13.243, de 2016)

BRASIL. "Lei n. 12.772, de 28 de dezembro de 2012", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez 2012.

de direito privado alvo da transferência tecnológica. Entende-se que esse não é um critério indispensável, porém, extremamente recomendável, tendo em vista a probabilidade de escalabilidade da tecnologia a depender de seu caráter inovador e os impactos que podem ser trazidos para o mercado a qual se insere. Portanto, pode-se considerar o valor da tecnologia em si ou, quando ela for considerada juridicamente pertença, o valor do proveito econômico advindo da implementação dessa tecnologia em outro bem. Neste caso, a qualificação da tecnologia enquanto pertença poderá causar distintos impactos tributários conforme pretensão da pessoa jurídica de direito privado. Entende-se de forma racional e prezando pela maximização dos lucros, preceito básico da livre iniciativa, que se deverá realizar planejamento tributário adequado para a concretização desse objetivo. Assim, em prol do interesse público, é recomendável que se tenha um responsável pela projeção mercadológica, ao menos nos próximos 5 anos (prazo sugerido), que considere os possíveis lucros, tutela tributária, bem como a taxa de amortização e depreciação linear.

A indispensabilidade de parte das diretrizes mencionadas está diretamente ligada à necessária identificação de padrões objetivos destinados à valoração conforme demanda mercadológica. Trata-se de observância real ao princípio do interesse público, bem como do princípio da transparência dos atos públicos. Portanto, por mais que se dispense ao ato licitatório, entende-se que o ato administrativo deva ser motivado e devidamente fundamentado, respeitando os princípios gerais constitucionais da administração pública. Portanto, em observância a esses preceitos, entende-se que apesar de inexistir expresso padrão metodológico normativo de valoração de tecnologia no Marco Legal da CT&I (13.243/2016) e na Lei de Inovação (10.973/2004), o funcionário público deverá adotar padrões metodológicos objetivos reconhecidos pela ciência (H3).

A partir dos resultados parciais atingidos, verifica-se outro questionamento: em caso de descumprimento das diretrizes, poderá o funcionário público ser responsabilizado?

4. Responsabilização do Funcionário Público pela Transferência de Tecnologias entre Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) e setor privado?

Conforme verificado, a tecnologia desenvolvida e inventada no curso da relação empregatícia, contratual ou estatutária entre ICT's e funcionário público pertence ao ente federado a qual o funcionário está vinculado. Dessa constatação, verifica-se que há domínio e propriedade deste bem, que passa a ser um possível ativo, ainda que intangível (como no caso das tecnologias). Portanto, ao incorporar o patrimônio da ICT, supostamente acresce-se sua esfera econômica. O desafio neste momento cinge-se verificar se existem situações capazes de atrair a responsabilidade do funcionário público pela transferência de tecnologias entre ICT's e setor privado.

Primeiramente, deve-se recordar que o sistema de responsabilização dos funcionários públicos é sistematizado pela Lei de Improbidade Administrativa (LIA)³¹. Para que haja adequado enquadramento legal, o normativo em análise estabelece diferentes atos de improbidade administrativa, seja com enfoque na esfera subjetiva do agente, tal como os atos que importam enriquecimento ilícito, seja dos que causam prejuízo ao erário, e também por aqueles que atentam contra os princípios da administração pública. Na temática deste trabalho, interessa-nos os dois últimos atos.

A compreensão sobre danos e prejuízo ao erário advém da literalidade do art. 10 da LIA, o qual considera perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades da administração pública mediante *qualquer* ação ou omissão dolosa. Frisa-se que há uma nota acerca dos termos

³¹ Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992.

qualquer e notadamente previstos no caput do dispositivo³². A hermenêutica extraída destes termos contidos no art. 10 da LIA associada ao contexto protetivo da administração pública é a de que a norma não estabelece um rol taxativo. Portanto, as condutas ali prescritas são apenas exemplificativas, abarcando situações distintas que não as previstas no teor textual. Inclusive, a interpretação doutrinária³³ do dispositivo é de que inexiste a ocorrência do dano para que o ato seja tipificado no respectivo dispositivo. Portanto, pode-se configurar ato improprio mesmo sem existência de dano, mas para aplicação da sanção de ressarcimento ao erário, exige-se a efetiva ocorrência da diminuição patrimonial do poder público.³⁴

Contudo, prezando pela tecnicidade e pela segurança jurídica no ordenamento brasileiro, objetiva-se o enquadramento normativo em alguns de seus 22 incisos. Em vias de facilitar a análise e exaurir todos os dispositivos, parte-se das seguintes situações hipotéticas:

S1: O funcionário público não adota método de valoração de tecnologia para transferência da ICT para o setor privado.

S2: O funcionário público adota método de valoração de tecnologia, mas transfere em valor inferior ao obtido na valoração, bem como inferior ao preço de custo, com ou sem motivação e fundamentação.

S3: O funcionário público adota método de valoração da tecnologia, mas transfere em valor inferior ao obtido na valoração, mas superior ao preço de custo, sem a devida motivação e fundamentação.

S4: O funcionário público adota método de valoração da tecnologia, mas transfere em valor inferior ao obtido na valoração, mas superior ao preço de custo, com a devida motivação e fundamentação.

Analisa-se os arts. 10 e 11 da LIA a partir das quatro situações hipotéticas. Inicia-se pelo art. 10, I da LIA³⁵. Quando o funcionário público não adota método de valoração, entende-se que o ato pode ser enquadrado como “facilitador” ou “concorrência” para incorporação ao patrimônio do particular. Conforme mencionado, a valoração da tecnologia por mecanismos metodológicos objetivamente verificáveis e auditáveis é parte indispensável do ato administrativo destinado à transferência do ativo. Sua supressão pode ser configurada como ato facilitador, vez que reduz consideravelmente a movimentação da máquina burocrática e suprime interesses da administração pública a partir da indenificação do *quantum* que poderia ser adequadamente alocado a partir do negócio praticado. Portanto, entende-se que a S1 poderia ser enquadrada no art. 10, I, da LIA a partir da hermenêutica proposta.

No mais, como existe supressão de um procedimento administrativo de valoração, entende-se também violado o art. 10, II da LIA.³⁶ Essa situação merece maior comentário. Conforme previsão da Lei de Inovação Tecnológica e do Marco Legal da CT&I, a transferência não precisa importar necessariamente em transmissão total do domínio. Pode-se, também, ocorrer a cessão parcial para uso. Nesta situação, caso ocorra a cessão parcial do uso sem o respectivo procedimento administrativo adequado, ou sem a respectiva autorização da entidade titular vinculada a administração pública, pode-se configurar o ato de improbidade. Porém, deve-se ressaltar que o dispositivo exige o *conhecimento* do interessado para que ele *permita*

³² Com redação dada pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

³³ SCATOLINO, G.; TRINDADE, J. *Manual de Direito Administrativo*, 4 ed, JusPodivm, 2016, p. 780.

³⁴ É o que se extrai a partir do art. 21, I, da LIA: Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento e às condutas previstas no art. 10 desta Lei.

³⁵ I – Facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei

³⁶ II - Permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

ou concorra. Portanto, a permissão ou concorrência devem ser conscientes e direcionadas. Assim, exige-se dolo de aproveitamento. Essa informação é relevante, pois, a partir da relação contratual de convênios colaborativos existentes entre ICT's e pessoas jurídicas de direito privado, o uso da tecnologia pode se dar sem o conhecimento da ICT e seu respectivo inventor. Neste caso, deve-se afastar o regimento do ato improprio em razão da inexistência do dolo de aproveitamento.

Em sequência, pode-se enquadrar a S2 no art. 10, IV da LIA. Assim, "permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado", configura ato de improbidade, ainda que devidamente motivado e/ou fundamentado. Deve-se utilizar método adequado para definição dos preços de custos conforme diretrizes sugeridas anteriormente. Ressalta-se a importância e o impacto dos custos relacionados a recursos humanos. Assim, não parece ser adequado e sequer razoável transferir um bem do poder público ao particular por valor inferior àquele que lhe deu causa. Percebe-se que o art. 10, IV da LIA tipifica as ações *alienar, permuta ou locação*. Embora o ato de *cessão e/ou transferência* não estejam devidamente tipificados, em razão da interpretação exemplificativa que se dá ao dispositivo, entende-se pelo respectivo enquadramento da situação hipotética em análise.

Outra situação que pode ocorrer é a celebração de convênios e parcerias para o desenvolvimento da tecnologia. Ainda que exista incentivos privados para que o produto seja gerado, deve-se evitar sua transferência sem o respectivo método de valoração mediante relatório. Caso contrário, entende-se pela aplicação do art. 10, XVI da LIA: "facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie". A ausência do relatório de valoração enquadra-se como ausência de observância das formalidades legais. Porém, tem-se um questionamento: se inexistente requisito próprio para a demanda deste ato administrativo, como configurar o ato improprio de acordo com o art. 10, XVI, da LIA? Como o ato administrativo representa uma declaração de vontade da administração pública, seu silêncio não deve ser entendido como *fato jurídico*. Inclusive, a Lei n. 9.784/99, que regula o processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 48³⁷, veda a Administração Pública de quedar-se silente sobre os processos e atos administrativos sobre sua incumbência. Há de existir necessária e indispensável motivação e fundamentação. As premissas lógicas são as seguintes: se a administração pública precisa se manifestar sobre um ato (transferência e tecnologia) que está sob sua incumbência; e se ela precisa identificar o preço de custo dessa tecnologia para evitar prejuízo ou diminuição patrimonial indesejada; portanto, deve-se realizar o ato de valoração da tecnologia, inclusive em vias de evitar a responsabilização do funcionário público, nos termos do art. 10, I da LIA. Portanto, a omissão da administração pode infringir o retro dispositivo e, caso exista acordos de parcerias firmados entre ICT's e setor privado, agrava-se a situação com incidência do art. 10, XVI da LIA. Assim, conclui-se que esse último dispositivo somente será aplicado quando existir subsídio privado para o desenvolvimento da tecnologia pelo funcionário público da ICT. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado quando da existência de cessão parcial ou direito de uso para o setor privado, nos termos do art. 10, XVIII da LIA.³⁸

³⁷ Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

³⁸ XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

Por fim, deve-se mencionar um importante critério para todas as situações. Conforme o §2º do art. 10 da LIA, “a mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade”. Portanto, as situações em análise necessitam da existência e comprovação de dolo do funcionário público para que sejam devidamente configuradas. Em relação aos demais incisos, entende-se pelo não enquadramento conforme tipificação normativa.

Lado outro, tem-se a necessária análise dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, contidos no art. 11 da LIA. A hermenêutica deste dispositivo é distinta do art. 10, retro analisado. A partir da redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021, o *caput* do art. 11 da LIA restringiu as hipóteses de atos de improbidade às situações e condutas expressamente tipificadas em um de seus incisos.³⁹ Portanto, além do enquadramento funcional na categoria normativa contida em algum dos incisos do art. 11 da LIA, há necessidade de: I) demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas (§3º do art. 11 da LIA); II) demonstração de lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos (§4º do art. 11 da LIA); e III) quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (§1º do art. 11 da LIA). Portanto, as situações são consideravelmente mais restritas.

Das previsões normativas, acredita-se que a única enquadrável nas situações hipotéticas em análise seria aquela prevista no inciso VIII: descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. Como todo o processo de transferência deverá ser fiscalizado e auditado para adequada *accountability*, a inexistência de um método de valoração pode prejudicar a realização do ato. Porém, ainda sim, há necessidade de cumprir e demonstrar os requisitos presentes nos §§1º, 3º e 4º da LIA. Dessa forma, embora incidente, entende-se que sua aplicação seria residual e em caráter de exceção.

Peceba-se que a análise e as contribuições direcionadas aos atos de improbidade cingiram-se às situações S1, S2 e S3. Como na S4 o método foi devidamente adotado, mas a transferência foi realizada mediante ato fundamentado, justificado e motivado por valor inferior ao obtido na valoração, não há responsabilização. Essa situação pode ocorrer quando há produção e desenvolvimento de tecnologia que não há mercado ou se há ele é consideravelmente restrito. Assim, o ativo desenvolvido fica ocioso nas dependências da ICT e computando gastos com sua manutenção, seja de patente ou seja gastos estruturais (energia etc.). Portanto, incumbe ao funcionário público demonstrar as dificuldades de manutenção do ativo, bem como seus respectivos custos e depreciação, para posterior transferência na modalidade alienação ou cessão ao setor privado.

Todas as situações são consideravelmente complexas e, em razão do grau de novidade e originalidade, as contribuições são restritas à experiência do autor. Portanto, espera-se que as sugestões, diretrizes e reflexões aqui desenvolvidas

³⁹ Redação anterior: Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública *qualquer ação ou omissão* que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente.

Redação atual: Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

possam ser utilizadas como base reflexiva à hermenêutica das relações fundadas em tecnologia e inovação no poder público nos próximos anos.

5. Considerações Finais

O problema de pesquisa proposto para este trabalho foi o seguinte questionamento: qual a responsabilidade do Funcionário Público pela (não) valoração Propriedade Intelectual destinada à transferência das Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) para o setor privado? Três principais hipóteses foram suscitadas:

H1: Por inexistir padrão metodológico normativo de valoração de tecnologia no Marco Legal da CT&I (13.243/2016) e na Lei de Inovação (10.973/2004), em observância ao princípio da legalidade, não há qualquer tipo de responsabilidade do funcionário público pela valoração e transmissão da tecnologia entre ICT's e setor privado.

H2: Diante da inexistência de determinação legal exigindo o procedimento de valoração, dispensa-se o ato e não se verifica qualquer tipo de responsabilidade do funcionário público pela valoração e transmissão da tecnologia entre ICT's e setor privado.

H3: Apesar de não existir padrão metodológico normativo de valoração de tecnologia no Marco Legal da CT&I (13.243/2016) e a Lei de Inovação (10.973/2004), o funcionário público deverá adotar padrões metodológicos objetivos reconhecidos pela ciência.

H3.1: A valoração a partir de métodos científicos reconhecidos afasta a responsabilização do funcionário público.

H3.2: A valoração a partir de métodos científicos reconhecidos, mas a transferência em valor inferior ao resultado valorado atrai a responsabilidade do funcionário.

H3.3. Ainda que o funcionário público valore a tecnologia com métodos objetivamente reconhecidos e faça sua transferência em valor inferior ao obtido não poderá ele ser responsabilizado, caso haja motivação com a respectiva fundamentação.

H3.3.1: Não se admite como motivação a transferência em valor inferior ao custo de produção da tecnologia.

H3.3.2: Admite-se como fator de motivação a transferência em valor inferior ao de custo de produção da tecnologia caso não haja demanda mercadológica inicial atrelada ao montante inicialmente valorado.

A partir do desenvolvimento do trabalho, afastou-se: H1 e a H2. As justificativas de afastamento cingem-se nas hipóteses de configuração de responsabilidade nos termos do art. 10, I, II e IV da LIA. No mais, constata-se a H3 e a H3.1, pois o fundamento normativo é a necessária fundamentação e motivação do ato administrativo como um todo. A H3.2 se verifica somente se a transferência ocorrer em valor inferior ao de custo (obtido a partir da valoração), nos termos do art. 10, IV ou XVIII da LIA. Assim, concretiza-se a H3.3.1 e a H3.3.2, com fundamento nos dispositivos retromencionados.

No mais, as contribuições deste trabalho não se resumem à análise de responsabilidade do funcionário público. A seção 3 foi responsável por delinear diretrizes em vias de *impedir* a responsabilização do agente público, bem como estabelecer mecanismos e métodos orientadores para a correta e adequada realização do ato administrativo destinado à transferência tecnológica. Ressalta-se:

D1: Recomenda-se a elaboração de um relatório de valoração de tecnologia;

D2: Recomenda-se apenas que os responsáveis sejam devidamente nomeados em ato administrativo pela reitoria ou pro-reitoria responsável pelos NIT's, bem como que tais responsáveis tenham conhecimento sobre P.I, Direito e/ou Estatística.

D3: Recomenda-se expressamente apresentar o produto objeto de análise para identificar o Nível de Maturidade Tecnológica ou TRL (*Technology Readiness Level*) ou MRL (*Manufacturing Readiness Levels*);

D4: Entende-se como obrigatória a presença e menção expressa do método de valoração, com a respectiva indicação de: a) sua origem e/ou autoria; b) critérios valorativos e suas descrições; c) reconhecimento pela comunidade científica; e d) se possível, a demonstração da adoção do método por pelo menos uma ICT.

D5: Entende-se também como obrigatória a descrição de custos associados ao desenvolvimento e produção da tecnologia.

Diante o exposto, exaure-se o problema de pesquisa proposto, com a respectivas contribuições e direcionamentos aos agentes públicos para que se evite a responsabilização neste ato administrativo. Entende-se que deve permanecer o incentivo à pesquisa nas ICT's, bem como à parceria com o setor privado. Contudo, deve-se ter cautela para evitar danos ao erário a partir de relações com distintas pretensões: enquanto a ICT pretende atingir o interesse público, o setor privado pretende a maximização de seus lucros a partir de ferramentas que o tornam mais eficiente e eficaz. Assim, a busca pelo equilíbrio desses interesses é constante e perpassa por análises consideravelmente complexas. Não é o intuito do trabalho e das propostas exaurir a temática, pois consideravelmente nova e pouco abordada ou desenvolvida. Porém, abre-se margem para novas discussões em um terreno consideravelmente fértil, mas carente de reflexões necessárias.

6. Referências

- ARROW, A.; WISIALOWSKI, J. "Valuation of Corporate Intellectual Property Assets Using Options Pricing Theory and Discounted Cash Flow: A Comparison of Two Popular Methods", *Business Valuation Review*, nº 20 (3), 2001, p. 20-28.
- BRASIL. "Decreto n. 2.553, de 16 de abril de 1998", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 abr. 1998.
- BRASIL. "Decreto n. 9.283 de 7 de fevereiro de 2018, que regulamenta a Lei de Inovação e o MCT&I". Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 fev 2018.
- BRASIL. "Depósitos de patentes e marcas cresceram em 2023 no Brasil. Instituto Nacional da Propriedade Industrial", Instituto Nacional de Propriedade Industrial, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/central-de-conteudo/noticias/depositos-de-patentes-e-marcas-cresceram-em-2023-no-brasil>. Acesso em: 02 maio 2024.
- BRASIL. "Lei n. 12.772, de 28 de dezembro de 2012", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez 2012.
- BRASIL. "Lei de Inovação Tecnológica. Lei Federal 10.973, de 2 de dezembro de 2004", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 dez. 2004.
- BRASIL. "Lei de Licitações. Lei n. 14.133 de 1º de abril de 2021", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º abr. 2021.
- BRASIL. "Lei de Propriedade Industrial. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 maio 1996.
- BRASIL. "Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação (Marco Legal da C, T&I). Lei n. 13.243, de 11 de janeiro de 2016", Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2016.
- CHANG, J.; HUNG, M.; TSAI, F.. "Valuation of intellectual property: A real option approach", *Journal of Intellectual Capital*, nº 6 (3), 2005, p. 339-356.

- DIVINO, S. "Comunicação de incidentes de segurança: prazo, regulatory enforcement e a competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados", *Revista de Direito Administrativo*, nº 282, 2023, p. 143-175.
- FERREIRA, A.; SOUZA, A. "Análise dos procedimentos e critérios necessários à valoração de propriedade intelectual para a transferência de tecnologia no âmbito dos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs)", *Cadernos de Prospecção*, nº 12 (5), 2019, p. 1013-1013.
- KAPCZYNSKI, A. "The cost of price: Why and how to get beyond intellectual property internalism", *UCLA L. Rev.*, nº 59, 2011, p. 970.
- MANKINS, J. et al, "Technology readiness levels", *White Paper*, 1995.
- PAIVA, P. H. A.; SHIKI, S. F. N. "Método de valoração de patentes para o NIT-UFSJ", *Conexões, Ciência e Tecnologia, Fortaleza*, nº 11 (3), 2017, p. 84-92.
- PARR, R. *Intellectual property: valuation, exploitation, and infringement damages*, John Wiley & Sons, 2018.
- QUINTELLA, C. et al. "Valoração de ativos de propriedade intelectual", *Conceitos e aplicações de Transferência de Tecnologia*, nº 1, 2019, p. 139-178.
- RODRIGUES, L. "Com timidez do setor privado, universidades lideram patentes no Brasil", *Agência Brasil*, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-07/com-timidez-do-setor-privado-universidades-lideram-patentes-no-brasil>. Acesso em: 02 maio 2024.
- SCATOLINO, G.; TRINDADE, J. *Manual de Direito Administrativo*, 4 ed, JusPodivm, 2016
- TEIXEIRA, L. P.; MELO, R. A. de C.; SILVA, S. A. da. "Avaliação e valoração de novas tecnologias: conceitos e diretrizes básicas para o caso das oportunidades de investimento na Rede Passitec", *Embrapa Cerrados*, nº 297, 2011, p. 1-35-35.
- WANG, B. "The future of manufacturing: A new perspective", *Engineering*, nº 4 (5), 2018, p. 722-728.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 292-300
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La intervención judicial y el cierre de páginas webs

Judicial intervention and the closure of websites

Juan Manuel Rodríguez Calero¹

Universidad de La Laguna

Sumario: 1. Lagunas constitucionales. 2. El cierre de los sitios webs y la intervención judicial. 3. Publicidad y libertad de expresión. 4. Conclusiones.

Resumen: Este trabajo estudia el carácter lagunoso que en buena medida aparecen en los textos constitucionales, señalando que en muchos casos esta falta de regulación es una decisión consciente del poder constituyente que difiere a otra fuente un aspecto sobre el que no existe un acuerdo en la sociedad. En otros casos pueden surgir lagunas jurídicas propiciadas por una nueva realidad que no se compadece con un texto constitucional, que al ser aprobado no la podía prever. En este último caso es palmaria la existencia de lagunas sobrevenidas a las que se ha de dar respuesta. Y esto sucede de forma frecuente con las nuevas tecnologías. En concreto se plantea en este caso hasta qué punto los sitios webs pueden ser considerados medios de comunicación o información. En el caso del texto constitucional español esto no parece problemático, pero sí la posibilidad de que la Administración pueda cerrar una página web sin autorización judicial. Se analiza, en este sentido, de forma crítica la primera sentencia del Tribunal Supremo español sobre el particular que reserva al juez el "secuestro" de un sitio web. A nuestro juicio si la finalidad del espacio web es exclusivamente mercantil podría ser la propia Administración quien debiera proceder a su cierre.

Palabras claves: lagunas constitucionales, derecho a la libertad de expresión y de información, cierre de página web.

Abstract: This work studies the lacuna nature that largely appears in constitutional texts, pointing out that in many cases this lack of regulation is a

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de La Laguna. Autor de las monografías: *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Edit. Dykinson, Madrid, 2004; *Creación judicial y derechos fundamentales*, Edit. Universidad Libre, Bogotá, 2012; *La prohibición del velo en el espacio escolar, entre comunitarismo y libertad religiosa*; Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

conscious decision of the constituent power that defers to another source an aspect on which there is no agreement in society. In other cases, legal gaps may arise caused by a new reality that is not compatible with a constitutional text that could not be foreseen when approved. In the latter case, the existence of unexpected gaps that must be responded to is evident. And this happens frequently with new technologies. Specifically, in this case, the question arises to what extent websites can be considered means of communication or information. In the case of the Spanish constitutional text this does not seem problematic, but the possibility that the Administration can close a website without judicial authorization does. In this sense, the first ruling of the Spanish Supreme Court on the matter that reserves the "kidnapping" of a website to the judge is critically analyzed. In our opinion, if the purpose of the web space is exclusively commercial, it could be the Administration itself that should proceed to close it

Keywords: constitutional gaps, right to freedom expression and information, close website

1. Lagunas Constitucionales

Las lagunas en el derecho aparecen cuando existen aspectos con relevancia jurídica que no están regulados por una norma del ordenamiento jurídico. Podemos hablar de lagunas legales en aquellos casos en los que la fuente jurídica legal no da respuesta a una cuestión con trascendencia jurídica pero sí otras fuentes; y de lagunas jurídicas cuando ninguna de las fuentes del derecho atribuye una respuesta y corresponde al juez la integración del derecho, la creación de una norma que venga a colmar el vacío.

Las lagunas jurídicas implican la quiebra del principio de plenitud del derecho, esto es, que toda controversia jurídica ha de encontrar una respuesta en las normas de un sistema jurídico². Se percibe la laguna como una patología del sistema jurídico, una afección que tiene que ser resuelta por el operador jurídico. Sin embargo, no en todos los casos en los que el legislador excluya la regulación de un supuesto con relevancia jurídica ha de constituir una contrariedad. Es más, puede resultar conveniente y ventajoso el que determinados aspectos sean tratados por el legislador como lagunas jurídicas.

Posiblemente donde esto pueda resultar más palmario es en el ámbito del derecho constitucional. En algunos casos la no regulación de una materia obedece a la falta de consenso en el momento constituyente difiriendo la regulación a la norma legal que la desarrolle. En otros, la propia naturaleza pactista del texto con enunciados normativos que bien pueden operar como principios en el momento de adoptar una decisión puede suponer la aparición de lagunas jurídicas. No quiere esto decir que en el texto constitucional no surjan lagunas jurídicas que tendrían que haber sido reguladas por el texto constitucional y que representan un auténtico problema. Así, por ejemplo, se indica en la Carta Magna española que en el caso de extinción de la línea sucesoria de D. Juan Carlos, las Cortes Generales proveerán a la sucesión en la Corona en la forma que más convenga a los intereses de España sin que se fije un procedimiento o requisitos del sucesor (art. 57.3 de la Constitución española); o carece de regulación el supuesto en que el Rey no pueda proponer un candidato, como presidente del Gobierno, tras la renovación del Congreso

² La plenitud del derecho se plasma en nuestro sistema jurídica en la obligatoriedad de proporcionar una respuesta fundada en derecho. Art. 1.7 del Código Civil: "Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido".

de los Diputados³. Tampoco se regula la contingencia de que no se alcance la mayoría exigida por la Constitución para la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. Podríamos seguir proponiendo supuestos de lagunas constitucionales que, como todas las lagunas normativas, constituyen aspectos que tendrían que haber sido regulados por el texto constitucional y que habrán de ser integrados por el intérprete del texto constitucional.

Pero, como ya hemos mencionado, junto a estos supuestos aparecen otros casos en los que las lagunas surgen por dejar abierta la Constitución una determinada cuestión para que sean otras fuentes las que, en su caso, den cobertura normativa a un aspecto lagunoso. De este tipo de lagunas normalmente el constituyente es consciente y no pueden ser calificadas como problemáticas sino más bien como "aciertos" del constituyente que prefiere dejar sin regulación una cuestión en aras a que un consenso posterior propicie una regulación legal. Pero, como hemos advertido, junto a estas aparecen las lagunas sobrevenidas, aquellas que el constituyente no pudo prever y en las que la realidad social muestra la insuficiencia normativa de la Constitución para regular algún aspecto concreto.

Es probablemente en el ámbito de las nuevas tecnologías donde quizás se muestra con mayor frecuencia que la realidad sobrepasa al texto constitucional y en este sentido podemos analizar la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 3405/2022, de 3 de octubre, no tanto, como veremos, como un ejemplo de la existencia de una laguna jurídica cuanto como el determinar si una página web puede ser un "medio de información".

No cabe duda de que el constituyente, en el año 1978, cuando se redacta el apartado 5 del artículo 20 de la Constitución española, en modo alguno podía prever la existencia de páginas webs y la profusión de opiniones, informaciones, datos y grabaciones que hoy circulan por la red, pero sí era consciente de que existían (y existirían) otros medios de información, amén de las publicaciones y grabaciones que en aquel momento proliferaban. En este sentido prevé que también en estos supuestos, aunque se aparten de lo que tradicionalmente se conoce como medio de comunicación, sea necesaria la intervención judicial para proceder a su secuestro.

2. El cierre de los sitios webs y la intervención judicial

No deja de ser curioso que, pese al rápido desarrollo de Internet y la abundancia de informaciones, opiniones y datos que circulan en las distintas páginas webs hayan transcurrido más de cuarenta años desde la aprobación de la Constitución para que el Tribunal Supremo se haya pronunciado sobre el particular⁴. Y la respuesta que proporciona nos parece en buena medida adecuada y garantista en relación con los derechos de libertad de expresión y opinión, pero no se trata, desde nuestro punto de vista, como veremos a continuación, de un razonamiento encaminado a la integración del derecho.

Para el Alto Tribunal en Internet "circulan públicamente noticias, datos y juicios de hecho (información), así como opiniones, posicionamientos y juicios de valor (expresión); y, en este sentido, los sitios web cumplen una función

³ El art. 99 de la Constitución española señala que tras la renovación del Congreso de los Diputados y en los demás supuestos constitucionales "el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno".

⁴ STS 3405/2022, de 3 de octubre. Esta Sentencia va a dar respuesta al recurso de casación presentado por Women on Web International Foundation (WoW) que recurre la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. La Fundación demandante recurre el cierre de su página web, realizado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por comercializar medicamentos que no están permitidos en España.

equiparable a la de los soportes tradicionales de la información y la expresión"⁵. Por lo tanto, las páginas webs tienen la misma consideración que las publicaciones, pero pierden esta consideración cuando no contienen una información u opinión y "son un mero instrumento para realizar otra actividad"⁶. En la sentencia se indica que la página web WoW ofrece una información acerca de las propiedades de los medicamentos "Mifepristone" y "Misoprostol" aconsejando su uso a determinadas mujeres (libertad de expresión), "pero ofrecer su obtención por vía telemática a cambio de una contraprestación no es ni lo uno ni lo otro"⁷. Par la Sala del Tribunal Supremo WoW utiliza exclusivamente el sitio web "como medio para realizar una oferta contractual y, por consiguiente, queda fuera del art. 20.5 de la Constitución"⁸. Este artículo solo entraría en juego cuando las publicaciones, grabaciones y otros medios de información "son canales para la emisión y circulación de ideas, tanto si versan sobre hechos como si versan sobre valores"⁹.

Se plantea el Tribunal si es necesaria la intervención del juez cualquiera que fuera el contenido de los sitios de internet, estén en juego o no las libertades de información o opinión, indicando que el art. 8 de la Ley 34/2002 vincula la autoridad judicial, a la que califica de "garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información"¹⁰ con la restricción de la prestación de servicios; y advirtiéndole que "la interrupción del acceso a los sitios web es necesaria porque afecta a las libertades de información y de expresión, no por otras razones"¹¹. El Tribunal Supremo entiende que "la interpretación del art. 20.5 de la Constitución que subyace en el art. 8 de la Ley 34/2002 no es irrazonable ni extravagante, a ella se ciñe". Subraya que "lo que queda fuera del art. 20.5 de la Constitución son los sitios web cuando no contienen ninguna información o expresión"¹². Es en este ámbito en el que podría suscitarse la clausura de una página web por la Administración, sin intervención judicial.

Parece claro, por tanto, que para el Tribunal Supremo la intervención del juez es precisa desde el momento en que se viertan informaciones u opiniones para el cierre de un sitio web. Sin perjuicio de cuanto digamos posteriormente con respecto a la proporcionalidad de la medida que tome la Administración o el propio juez, sí parece necesario indicar que, en todo caso, se ha de atender a la finalidad que se persiga en el espacio web que se pretende intervenir. En el caso en que se reclame exclusivamente un fin lucrativo, con la venta de un producto, sea simulada o no esta operación¹³, prima, entendemos, el interés preponderante que en este caso es mercantil. Y es que en no pocos casos las opiniones o la información no dejan de ser un accesorio necesariamente vinculado con la venta de un producto o servicio. En estos casos, y aunque deba llevarse a cabo una interpretación restrictiva de esa finalidad puramente mercantil, creemos que la Administración podría y debería actuar porque no se está protegiendo los derechos de libertad de expresión o información.

⁵ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 9.

⁶ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 9.

⁷ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 9.

⁸ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 9.

⁹ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 9.

¹⁰ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 9.

¹¹ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 9.

¹² STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 9.

¹³ En este como en algunos otros casos se realiza una simulación al pedir al cliente una donación. El propio Tribunal señala que "la calificación como "donación" de la contraprestación pedida por el envío de los medicamentos no deja de ser una simulación". STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 8.

Con respecto al cierre llevado a cabo por la Administración (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios) el Tribunal indica, y ahora sí con muy buen criterio, que debe llevarse a cabo la interrupción de "la sección del sitio web que sea estrictamente necesaria para alcanzar dicha finalidad"¹⁴. Y es que el principio de proporcionalidad implica acudir siempre a la medida que resulte menos invasiva o gravosa, aunque solo si es técnicamente posible¹⁵. Si no fuera así habría que acudir al principio de "proporcionalidad en sentido estricto"; es decir, se habría de examinar si "la cesación de la actividad ilegal mediante la interrupción del acceso al sitio web fuera más valiosa que los intereses sacrificados con ella"¹⁶. La proporcionalidad en sentido amplio y estricto, advierte el Tribunal Supremo, tendría que ser aplicada tanto por la Administración como por los jueces.

Teniendo en cuenta estos criterios el Tribunal indica que la Administración (AEMPS) no podía ordenar la interrupción del acceso a la totalidad del espacio virtual de WoW pero "sí podía hacerlo, sin necesidad de intervención judicial, con respecto a aquella sección del mismo donde se ofrecía la obtención por vía telemática de los medicamentos "Mifepristone" y "Misoprostol" a cambio de una sedicente donación en metálico".

Advierte también el Tribunal Supremo de la existencia de una laguna jurídica en relación con un aspecto procesal, cual es la falta de un mecanismo procedimental en el ámbito jurisdiccional contencioso administrativo para la eventual autorización del cierre de un espacio web. Hace ver el Tribunal la necesaria regulación de una materia que tiene trascendencia jurídica y que no está disciplinada por las normas del sistema jurídico.

Pero en cuanto a si las páginas webs deban o no ser consideradas, a efectos de su secuestro, un medio de información el Tribunal no se ve forzado a plantear la existencia de una laguna constitucional en cuanto el propio texto del art. 20.5 de la CE alude a "otros medios de información". Y, como hemos visto la sentencia indica que en Internet se divulgan públicamente noticias, datos, juicios de hecho, opiniones, posicionamientos y juicios de valor, y que en este sentido los sitios web cumplen una función equiparable a la de los soportes tradicionales de la información y la expresión. No se recurre, por tanto, a la analogía, sino que directamente se entiende que en el ámbito semántico de "otros medios de información" están las páginas webs.

Sí resulta, hasta cierto punto censurable el que nuestro Alto Tribunal entienda que, en la medida en que aparecen opiniones, juicios de valor o información, debe existir una protección de los derechos a la libertad de expresión o de información y no destaque la finalidad del espacio web que en algunos casos puede ser exclusivamente mercantil, aunque se aporten datos u opiniones relacionados con la venta del producto¹⁷. En este caso la venta de los medicamentos referidos era ilegal y la actuación administrativa, en principio, adecuada.

3. Publicidad y libertad de expresión

Es cierto que los mensajes publicitarios para nuestra jurisprudencia no encontraban protección el art. 20 de la Constitución, entendiéndose que era el derecho a la libertad de empresa el que amparaba esta actividad. En este sentido podemos citar, a modo de ejemplo, el razonamiento de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1988, que señalaba que "la publicidad como medio de captación de clientela no comporta el ejercicio de

¹⁴ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 10.

¹⁵ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 10

¹⁶ STS 3405/2022, de 3 de octubre, FJ 10.

¹⁷ La Sentencia lo advierte de forma palmaria: "Es imprescindible, llegados a este punto, dejar meridianamente claro un extremo: lo que queda fuera del art. 20.5 de la Constitución son los sitios web cuando no contienen ninguna información o expresión".

una actividad comprendida como derecho fundamental en el art. 20 de la Constitución, ya que no se produce la mera expresión de un pensamiento, ideas u opiniones mediante palabra, escrito o cualquier otro medio de reproducción, como indica ese precepto, sino la existencia de una actividad profesional con la finalidad de alcanzar un provecho material relativo a esa actividad que altera la libre competencia que debe regirla y la defensa de los intereses de los posibles clientes que no pueden ser inducidos a acudir a un determinado despacho profesional en virtud de una publicidad que no es por su objeto identificable con la de un producto industrial o comercial, por lo cual, cuando se trate de publicidad, la norma constitucional invocada debe ser restringida en aras de los principios aludidos que enmarcan el ejercicio de una actividad profesional colegiada"¹⁸. Por su parte el Tribunal Constitucional afirmaba que "el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que aquélla, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, tal como la define el art. 2 de la vigente Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. La publicidad, por tanto, no es manifestación del ejercicio del derecho fundamental ex art. 20.1 d) de la Constitución, por cuanto este derecho da cobertura a la libre y veraz transmisión de hechos que, como ya ha señalado este Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, puede permitir a los ciudadanos formar sus convicciones ponderando opiniones diversas e incluso contrapuestas y participar así en la discusión relativa a los asuntos públicos (...). Es el fin último de la publicidad lo que margina, en definitiva, a esta actividad del ámbito de protección del referido derecho fundamental"¹⁹.

La STS 860/2009 cambia este criterio y, tras citar los antecedentes del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, indica que el fin mismo que caracteriza a la actividad publicitaria marca una diferencia profunda con el ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, ya que aquélla, aun siendo también una forma de comunicación, se vincula al ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones, tal como la define el art. 2 de la vigente Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. La publicidad, por tanto, no "²⁰.

Aclara, a continuación, el Tribunal que otra interpretación sería contraria al art. 20 de la Constitución que "no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial que ofrece, mediante la tutela del ejercicio de la libertad en los ámbitos que contempla, a la dignidad de los ciudadanos"²¹. Diferenciar con relación a cuál es "la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme - hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, del mismo modo que hay mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor o, incluso, que, no obstante su escasa utilidad aparente, contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el

¹⁸ STS 7252/1988, 23 de septiembre, F.J. 3.

¹⁹ Providencia de la Sección 4ª, Sala 2ª, del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 1989.

²⁰ STS 860/2009, de 15 de enero (F.J. 5)

²¹ STS 860/2009, de 15 de enero (F.J. 5)

mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria..."²².

No obstante esto, y más allá de cuanto se acaba de señalar, es lo cierto que la actividad publicitaria en el supuesto del cierre de la página web WoW está directamente vinculada con la contratación de un medicamento ilegal en nuestro país. Parece, por tanto, que la protección que, de acuerdo con el art. 20 de la CE, habría de merecer el mensaje publicitario es menor del que pudiera beneficiarse la expresión de ideas de naturaleza política o afines²³. Y desde nuestro punto de vista justificaría que la Administración pudiera cerrar la página web si no se pudiera, desde el punto de vista técnico, impedir la compra de un producto ilegal.

La propia sentencia advierte que "el principio de proporcionalidad requiere acudir siempre a la medida que resulte menos invasiva o gravosa". Y en el caso en cuestión la Administración habría de interrumpir el acceso a la adquisición de los productos ilegales, permitiendo aquel en el que se informa de las propiedades del medicamento. Y ello sin que intervenga el juez.

En el caso de que esto no fuera posible el Tribunal indica que habría que acudir a la "proporcionalidad en sentido estricto", es decir, "que la cesación de la actividad ilegal mediante la interrupción del acceso al sitio web fuera más valiosa que los intereses sacrificados con ella", no pronunciándose en el supuesto concreto. Como hemos argumentado anteriormente en este caso la Administración habría podido, y debería, cerrar el espacio web sin intervención judicial. Y es que la información que aparece en el espacio web está directamente dirigida a la venta simulada de un producto que no se puede comercializar en nuestro país.

El mensaje publicitario indudablemente está en el ámbito de protección del art. 20 de la Constitución española, que consagra la libertad de expresión y el derecho a la información, pero no en el mismo grado que otras informaciones y opiniones. Su función instrumental a la contratación de bienes y servicio lo diferencia.

4. Conclusiones

La existencia de lagunas jurídicas constitucionales no puede ser calificada en sí misma como una patología del sistema jurídico. Al considerarse el texto constitucional un pacto entre las diferentes fuerzas políticas que permite diferentes concreciones en muchos casos el constituyente difiere a la fuente legal proporcionar la regulación de una materia concreta. No resulta, por tanto, extraño que algunas lagunas constitucionales sean colmadas por el legislador ordinario.

En otros casos también podemos advertir la aparición de lagunas jurídicas en el ámbito constitucional de carácter sobrevenido. Esto es, la realidad social supera el texto constitucional que en modo alguno podía prever una serie de supuestos que surgen en la realidad jurídica. La Constitución como Norma fundamental del Estado se presenta como una pretensión de durabilidad en el tiempo conteniendo procedimientos de modificación gravosos que dificultan su adaptación a una realidad cambiante. Es por ello que es preciso, en estos casos, que los jueces integren el derecho, creen normas a través de la analogía o los principios generales del derecho que den respuesta a los aspectos no regulados por el derecho.

²² STS 860/2009, de 15 de enero (F.J. 5)

²³ "El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha resuelto que las comunicaciones comerciales entendidas como aquel discurso que 'no hace más que proponer una transacción comercial' quedan amparadas por la libertad de expresión, aunque un grado inferior a la protección que recibe el discurso público (político, artístico, científico) RUBI PUIG, A., "Publicidad y libertad de expresión", *In Dret*, núm. 311, octubre, p. 21.

Esto se manifiesta de forma palmaria con las nuevas tecnologías que en el caso de la Constitución española apenas tenían desarrollo en el momento en el que es aprobada. En efecto, en el año 1978, año de aprobación de la Constitución española, todavía no se había establecido la definición del protocolo TCP/IP ni se había utilizado el término "Internet". Es por ello que los operadores jurídicos, y fundamentalmente los jueces tienen que dar respuesta a una serie de problemas con trascendencia jurídica y que no tienen una regulación constitucional.

En algunos casos puede no resultar complejo aplicar normas que en principio no estaban previstas para dar respuesta a cuestiones ligadas a las nuevas tecnologías, pero en otros pueden surgir más conflictos. En el caso de las páginas webs y su relación con los derechos de libertad de expresión y el derecho a la información, el propio texto constitucional alude a la palabra, el escrito o *cualquier otro medio de reproducción*. Y, al referirse a la libertad de información, señala que se tiene derecho a "comunicar o recibir libremente información veraz por *cualquier medio de difusión*". En ambos casos no se circunscriben estos derechos a los tradicionales medios de comunicación, sino que deja abierta la posibilidad de que puedan aparecer otros *medios*, por lo que en estos casos no podemos advenir la existencia de lagunas jurídicas sobrevenidas. Y es que el propio texto da regulación a una realidad en su momento inexistente.

Más relevante a nuestros efectos es la previsión constitucional del apartado 5 del art. 20 de la Constitución española. En él se establece que el secuestro de un medio de información está sometido a la intervención judicial, negando que la Administración pueda proceder a su cierre. En este apartado también se alude al secuestro de publicaciones, grabaciones o *cualquier otro medio de difusión*, dando cobertura a la posible difusión por Internet.

Esta cuestión, la comunicación de información, ideas y grabaciones, a través de la Red no es por tanto un aspecto lagunoso en nuestro derecho. Pero lo que sí va a resultar más complejo es si al amparo de estos derechos se puede comercializar un producto ilegal en España y si el cierre o secuestro del espacio web que desarrolla esta actividad puede llevarlo a cabo la Administración o exclusivamente el juez.

El Tribunal Supremo español, en una reciente sentencia, plantea que la Administración (la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios) sí podía interrumpir, sin intervención judicial, el acceso a la adquisición de medicamentos prohibidos en nuestro país, pero exclusivamente aquella sección en que estos se ofrecían a cambio de una transacción económica (aparentemente una donación). Pero Para el Alto Tribunal la Administración no podría ir más allá. Incluso el hecho de que la AEMPS, al cerrar todas las secciones del espacio web, advirtiera de que el interesado podría utilizar otra página web para que reproduzca y exprese todo aquello que considere información es indiferente.

Para el Tribunal Supremo tanto la Administración como el juez habrían de acudir al principio de proporcionalidad a la hora de proceder al secuestro de un espacio web, a la medida menos invasiva o gravosa (en este caso el acceso a la adquisición de los medicamentos prohibidos) y si no fuera posible al principio de proporcionalidad en sentido estricto, que el cese de la actividad ilegal por la interrupción del acceso al sitio web fuera más valiosa que los intereses sacrificados con ella.

Desde nuestro punto de vista, sin embargo, el ceñir la actividad de la Administración exclusivamente al acceso al producto en la medida en que desde el momento en el que hubiera presencia de algún tipo de información sería necesaria la intervención judicial resulta reprochable. En algunos casos la información se revela como un reclamo publicitario para la adquisición de un producto o el consumo de un servicio y está, por tanto, íntimamente vinculada

con su comercialización. En estos casos, entendemos, también la Administración podría secuestrar el espacio web.

Es preciso en este sentido hacer alguna matización. El mensaje publicitario fue considerado para nuestra jurisprudencia como un discurso en el que no existía la expresión de pensamientos, ideas u opiniones sino una actividad profesional para lograr la contratación de bienes o servicios siendo su fundamento constitucional la libertad de empresa. No obstante, en la actualidad, nuestra jurisprudencia considera que se trata de una actividad que está dentro del ámbito de protección de la libertad de expresión e información, incidiendo en que no se pueden diferenciar distintas categorías en la comunicación y que la publicidad contribuye a que se tome una decisión económica más informada.

Esto, sin embargo, no es óbice para que cuando la Administración se encuentre con un mensaje dirigido exclusivamente a la comercialización de un bien o servicio pueda, en caso en que proceda y de acuerdo con cuanto hemos apuntado anteriormente sobre la proporcionalidad en sentido amplio y estricto, proceder al secuestro de un espacio web, en el caso en que no sea posible exclusivamente cerrar la sección correspondiente a la adquisición de un bien o servicio. Si se trata de un discurso publicitario la Administración podría, creemos, cerrar el espacio web. Ello sin perjuicio, como es lógico, de la eventual de la revisión judicial de la actuación administrativa.

REPERTORIO JURISPRUDENCIAL

Valentine c. Chrestensen 316 U.S. 52 (1942)

Bigelow c. Virginia 421 U.S. 809 (1975)

Casado Coca c. España, 15450/89, STEDH de 24 de febrero de 1994.

Frede Damgaard, asunto C-421/07, STJUE de 2 de abril de 2.009

Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH, asunto C-71-02, STJUE de 25 de marzo de 2004,

STS 1988, 23 de septiembre. RJ 1988/7252

Providencia de la Sección 4ª, Sala 2ª, del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 1989.

STS 1231/2022, de 3 de octubre. RJ 2022/3878

STS 860/2009, de 15 de enero. RJ 2010/415



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 301-316

·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Boa governança e instituições públicas: uma garantia para a realização de direitos humanos

Good governance and public institutions: a guarantee for the realization of human rights

Sébastien Kiwonghi Bizawu¹

Ângela Aparecida Salgado Silva²

Zenilzo Teixeira Nogueira³

Escola Superior Dom Helder Câmara

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos conceituais e históricos da boa governança; 3. A boa governança e as convenções sobre o combate à corrupção no Brasil; 4. Aspectos históricos dos direitos humanos e a boa governança pública para a realização de direitos humanos; 5. A boa governança na preservação do meio ambiente e a garantia dos direitos humanos; 6. Considerações finais; 7. Referências.

Resumo: Este artigo objetiva refletir sobre a boa governança e instituições públicas que compõem uma garantia para a realização dos direitos humanos, como aparatos para uma vida digna e perpetuação da existência do homem. Utilizar-se-á no trabalho a técnica de pesquisa descritiva qualitativa assentada em levantamento documental, com análise dedutiva. As ideias apresentadas têm como foco principal a reflexão de uma administração pública eficiente e eficaz. Os direitos humanos abrangem uma gama de direitos individuais e sociais, por exemplo, inclusão, liberdade, justiça, educação, dentre outros, indissociáveis do conceito de sustentabilidade. Esses direitos resultam e proporcionam aplicação dos princípios das práticas democráticas e o respeito pela pessoa humana, tornando um

¹Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae da Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor e Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Ex-Pró-Reitor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável (PPGD) da Escola Superior Dom Helder Câmara. Atualmente, Pró-Reitor de Intercâmbio e Internacionalização Institucional (junho 2021). Professor de Direito Internacional Ambiental, de Biodireito, Bioética, Biosegurança e mudanças climáticas pelo PPGD da Dom Helder Câmara, Escola Superior. e-mail: sebak_07@hotmail.com. ORCID - <https://orcid.org/0000-0003-2814-3639>. lattes.cnpq.br/6761226562065950.

²Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Escola Superior Dom Helder Câmara.

³Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Escola Superior Dom Helder Câmara.

presente melhor para a construção de um futuro digno, com garantias da inviolabilidade de sua dignidade. A contribuição deste artigo reside na imperatividade de promover a efetividade dos direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988 para combater as desigualdades sociais, resgatando-se, de fato, a dignidade da pessoa humana e implementando-se as políticas públicas norteadas pela boa governança como leitmotiv para a construção do Estado democrático de direito.

Palavras-chave: Governança. Direitos Humanos. Dignidade. Constituição Federal de 1988. Instituições Públicas.

Abstract: This article aims to reflect on good governance and public institutions that make up a guarantee for the realization of human rights, as apparatuses for a dignified life and perpetuation of man's existence. The qualitative descriptive research technique based on documentary survey, with deductive analysis, will be used in the work. The ideas presented have as their main focus the reflection of an efficient and effective public administration. Human rights encompass a range of individual and social rights, for example, inclusion, freedom, justice, education, among others, which are inseparable from the concept of sustainability. These rights result from and provide the application of the principles of democratic practices and respect for the human person, making a better present for the construction of a dignified future, with guarantees of the inviolability of their dignity. The contribution of this article lies in the imperative of promoting the effectiveness of the fundamental rights and guarantees listed in the Federal Constitution of 1988 to combat social inequalities, in fact tearing up the dignity of the human person and implementing public policies guided by good governance as a leitmotiv for the construction of the democratic rule of law.

Keywords: Governance. Human rights. Dignity. Federal Constitution of 1988. Public Institutions.

1. INTRODUÇÃO

A realização dos direitos humanos presume um Estado Democrático de Direito eficiente e eficaz na proteção da dignidade humana. Nessa perspectiva, o presente artigo surge no intuito de analisar a relação entre os direitos humanos e a boa governança nas instituições públicas como espaço fundamental na defesa dos direitos inerentes ao ser humano.

Uma boa governança pública idônea e competente é crucial para qualquer sociedade que deseje promover seu desenvolvimento econômico e o bem-estar dos indivíduos, para que possam melhor desfrutar de seus direitos e de suas garantias positivadas no ordenamento jurídico interno e na legislação internacional, da qual o Brasil é signatário.

Procurar-se-á, neste trabalho, compreender que a finalidade da boa governança pública em relação aos direitos humanos é a busca pela conversão de princípios fundamentais em um conjunto de práticas objetivas.

No entanto, será necessário compreender a diversidade da expressão "boa governança" (*good governance*), que pioneiramente foi criada pelo Banco Mundial para produzir estratégias de disseminação de práticas eficazes de políticas públicas firmadas com o intuito de orientar as instituições a buscarem a efetividade governamental em um Estado Democrático de Direito. Nesse prisma, a dignidade humana será refletida à luz da boa governança pública.

A seguir, apresentar-se-á a importância que os direitos humanos recebem na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, recebendo a nomenclatura de direitos fundamentais, expressão preferida das constituições democráticas. Assim, a nossa constituição declara e estabelece de forma transparente o direito de todos a uma vida com dignidade, com direito à saúde, ao trabalho, ao lazer, à moradia, à educação e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, as diretrizes traçadas pelos direitos humanos são incompatíveis com uma administração pública desonesta e negligente. Nessa perspectiva, a Convenção das

Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, assinada em 09 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, tonou-se um instrumento jurídico contundente contra a corrupção ao estabelecer orientações para os países signatários, dos quais o Brasil faz parte.

Assim, o presente artigo busca analisar a relação entre direitos humanos e boa governança nas instituições públicas, os reflexos da Convenção da ONU contra a corrupção no ordenado jurídico brasileiro e sua tentativa de garantir o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana.

2. ASPECTOS CONCEITUAIS E HISTÓRICOS DA BOA GOVERNANÇA

O termo “governança” foi utilizado primeiramente a partir de estudos do Banco Mundial, em 1992, objetivando o conhecimento das condições que assegurem um Estado eficiente, propondo, assim, uma reforma do Estado, como demonstra Corralo⁴. O sentido da expressão governança é a forma como os recursos sociais e econômicos de um país são aplicados. “Nesse período, o Banco referia-se à governança como sendo a maneira pela qual o Poder é exercido na administração dos recursos econômicos e sociais de um país, visando ao desenvolvimento”⁵. Assim, “a governança requer que as lideranças conduzam a sociedade no caminho do desenvolvimento, com transparência e responsabilização”⁶.

Segundo Mark Bevir, citado por James Batista Vieira e Rodrigo Tavares de Souza Barreto, “o termo governança se refere ao processo de direção e controle realizado pelo governo, pelo mercado ou por redes, sobre qualquer tipo de organização (públicas ou privadas/formais ou informais), sistema, território etc”⁷.

A governança pública demonstra, em diversificadas etapas, os métodos de recompensa que favorecem a solidariedade. O acompanhamento das ações e a propagação de informações variadas são estímulos para que as condições relativas à coletividade sejam fundamentadas na confiança, quando a aplicação das penalidades para coibir o oportunismo tenham eficácia.

A boa governança pública coaduna o desempenho e a conformidade ao tomar e implementar decisões sustentáveis, estratégicas, éticas e legalmente adequadas. Esta é uma das principais particularidades da governança eficaz, mesmo sabendo reconhecer que não são receitas universais e atemporais, mas uma garantia da ação efetiva da Administração Pública com o intuito de trazer respeito e dignidade para a população.

Contudo, há que se entender que os conceitos de governança e governabilidade não são a mesma coisa, pois a governabilidade “tem uma dimensão essencialmente estatal, vinculada ao sistema político-institucional, a governança opera num plano mais amplo, englobando a sociedade como um todo”⁸.

Segundo Bonatto, “a governabilidade está ligada às condições políticas, momentâneas, enquanto a governança às condições administrativas que, como já mencionado, vai materializar-se na gestão, que se perpetua”⁹.

⁴CORRALO, G. S. *Há um direito fundamental à boa governança?* Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 18(1), p. 167, disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v18i1.4954>, acesso em: 20 abr. 2024.

⁵MARX, C. A. *A nova governança pública e os princípios ESG*, *Revista Controle Externo*, v. 3 n. 6, 2021, p. 116, disponível em: <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context/article/view/140/97>, acesso em: 20 abr. 2024.

⁶CORRALO, G. S. *Há um direito (...)*, *Ob. Cit.*, p. 167.

⁷VIEIRA, J. B. & BARRETO, R. T. S. *Governança, gestão de riscos e integridade*, Brasília: Enap, 2019, p. 17, disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4281/1/5_Livro_Governan%c3%a7a%20Gest%c3%a3o%20de%20Riscos%20e%20Integridade.pdf, acesso em: 28 mar. 2024

⁸GONÇALVES, A. *O conceito de Governança*, In: XIV Congresso Nacional Conpedi, Anais, Fortaleza 3,4 e 5 de novembro de 2005, p. 4, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>, acesso em: 20 abr. de 2024.

⁹BONATTO, H. *Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação*, Fórum, Belo Horizonte, 2018, p. 32.

Portanto, falar sobre boa governança não é apenas colocá-la no nível de intermediadora, mas como principal qualidade da administração e instituições públicas, uma vez que ela depende da concretização de direitos sociais fundamentais, tais como: saúde, educação, alimentação, trabalho, habitação, lazer, segurança pública, enfim, direitos essenciais para a própria sobrevivência humana na busca incessante por, no mínimo, um pouco de dignidade.

Assim, é absolutamente correto falar de um direito à dignidade humana e à boa governança pública. No entanto, a boa governança no Estado Democrático de Direito deve observar as normas constitucionais, garantia para a realização dos direitos humanos, ao invés de acreditar que possa ser mera utopia. Dessa forma:

A boa governança, entrelaçada às normas constitucionais norteadoras das atividades administrativas, constitui-se em norma de direito fundamental, enquanto fim a ser buscado pelas administrações públicas, em todos os níveis, na concretização dos deveres postos pela ordem jurídica cogente, a resguardar, elementarmente, a autonomia dos entes que integram o pacto federativo nacional¹⁰.

A sociedade tem presenciado atos de corrupção e falta de boa governança na Administração Pública, necessitando, assim, de uma implantação imediata de pressupostos éticos e de eficiência nas instituições públicas, visando a promoção dos direitos humanos sob a proteção da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ao contrário do que ocorre no setor privado, o setor público busca alcançar a mínima dignidade da pessoa humana, com base nos princípios da Administração Pública tutelados no art. 37, *caput* da CF/88, que diz: "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"¹¹.

Em 2021, o Tribunal de Contas da União publicou a 2ª edição dos 10 passos para a boa governança, documento que orienta e incentiva as organizações da administração pública a adotarem boas práticas de governança. Assim sendo:

a governança envolve as atividades de **avaliar** o ambiente, os cenários, as alternativas, e os resultados atuais e os almejados, a fim de **direcionar** a preparação e a coordenação de políticas e de planos, alinhando as funções organizacionais às necessidades das partes interessadas; e **monitorar** os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas¹².

Esses dez passos servem para que gestores que administram recursos públicos possam, de maneira rápida e eficaz, conhecê-los e aplicá-los da melhor maneira possível, visando o bem da sociedade.

Para que os governos exerçam suas atividades embasados nas características de uma boa governança, é necessário empregar habilidades com participação, responsabilidade, transparência, efetividade e eficiência, equidade e estado de direito. Certifica-se, assim, que a corrupção é mitigada e os direitos da pessoa humana realizados.

Sabe-se que é comumente difícil de eliminar a corrupção por inteiro, aliás, pode-se admitir as ideias dessa observação:

la meta no consiste en eliminar la corrupción sino en aumentar la eficacia, honestidade y legitimidade general del Estado. La eliminación total de la

¹⁰CORRALO, G. S. *Há um direito (...), Ob. Cit.*, p. 179.

¹¹BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF: Presidência da República, 2019, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 27 mar. 2024

¹²BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Dez passos para a boa governança*. 2.ed, Brasília: 2021, p. 12, disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/D5/F2/B0/6B/478F771072725D77E18818A8/10_passos_para_boa_governanca_v4.pdf, acesso em: 21 abr. 2024.

corrupción nunca será un objetivo digno de considerar, pero pueden dar-se pasos para limitar su alcance y reducir los daños que produce.¹³

Em que pese o nosso país, a situação não é nem um pouco animadora para a população, decepcionada com a classe política, principalmente quando o assunto está relacionado à corrupção, em que muitos contribuem de forma significativa e outros nem tanto, fazendo aumentar a desigualdade social. Contudo, seguindo os preceitos norteadores da boa governança, é necessário alcançar uma governança eficaz e eficiente, garantindo a realização dos direitos humanos, podendo considerá-la como um modelo de “good governance”, em que a forma como as instituições públicas conduzem os assuntos públicos pode ser medida com a responsabilidade do Estado, a fim de que abusos e corrupção não impeçam de alcançar a promoção da vida humana.

No século XXI, o modelo estabelecido de governança pública do Brasil requeria habilidades de resolução dos problemas da sociedade que não podiam ser – nem é democraticamente desejável que fossem – prestados exclusivamente pelo Estado. No entanto, o modelo da nova governança pública respeita a perspectiva das partes interessadas (*stakeholders*) e reconhece a existência de uma responsabilidade comum entre todos os atores estatais para com o seu desenvolvimento¹⁴.

Agindo dessa maneira, a sociedade em geral é favorecida à medida que toda a comunidade, sem exceções se utiliza das práticas de participação, integração e coprodução nos serviços públicos. Nesse sentido, os cidadãos fazem melhor uso dos recursos da governança e contribuem para a relevância de resultados públicos eficazes na realização dos direitos humanos.

3. A BOA GOVERNANÇA E AS CONVENÇÕES SOBRE O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL

No Brasil temos três Tratados Internacionais que preveem a cooperação internacional na prevenção e combate à corrupção: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos - OCDE¹⁵; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos - OEA¹⁶; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, assinada pelo Governo Brasileiro em 09 de dezembro de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Na década de 1990, diante do avanço da corrupção e consequentemente o aumento da pobreza, o que repercutiu negativamente nas relações comerciais, a comunidade internacional destacou importância de uma agenda internacional de combate à corrupção, elencando a maneira como uma sociedade justa, fraterna e democrática se desenvolve, sem ser indiferente ao crescimento da corrupção. Nesse sentido, vários acordos multilaterais passaram a ser celebrados e os governantes de diferentes países se mobilizaram na prevenção e cooperação internacional no combate à corrupção¹⁷.

¹³ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España editores, Madrid, 2001, p. 124.

¹⁴VIEIRA, J. B. & BARRETO, R. T. S. *Governança (...)*, Ob. Cit., p. 34.

¹⁵BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2000, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm, acesso em: 24 abr. 2024.

¹⁶BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”, Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm, acesso em: 12 abr. 2024.

¹⁷CAMPOS, F. A. O. & PEREIRA, R. A. C. *Corrupção e ineficiência no Brasil: Uma análise de equilíbrio geral. Estudos Econômicos*: São Paulo, vol.46, n.2, p. 377, abr.-jun. 2016, disponível em:

Entre esses acordos, foi firmada em 29 de março de 1996, em Caracas, na Venezuela, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos – OEA. Essa convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, tendo como objetivo promover e fortalecer o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar e punir a corrupção, bem como promover ações que assegurem a cooperação entre os países signatários¹⁸.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção sugere a criação, manutenção ou fortalecimento de “sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade”¹⁹.

A Convenção estabelece uma série de medidas cautelares que preveem a criminalização de certas práticas de corrupção, incluindo o suborno e o enriquecimento ilícito, e reforça a cooperação entre os Estados Partes em áreas como a assistência jurídica mútua e a cooperação técnica, a extradição e a identificação, localização, confisco, apreensão e perda de bens obtidos ou adquiridos por meio de práticas de corrupção.

Por sua vez, com a realização da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos – OCDE, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, o Brasil ratificou essa convenção em 15 de junho de 2000. Esta foi promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, motivada pelo desafio de combater a corrupção internacional no contexto de crescente globalização, com o objetivo de prevenir e combater o delito de corrupção de funcionários públicos estrangeiros na esfera de transações comerciais internacionais²⁰.

Conforme preleciona César Augusto Marx:

No Brasil, a implementação de políticas de integridade decorre de uma estratégia internacional de combate à corrupção defendida por organismos internacionais, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que emitiu um conjunto de recomendações sobre integridade pública incentivando a adoção de determinadas práticas nos setores público e privado²¹.

A corrupção é um problema que atinge vários países. No Brasil não seria diferente, tornando as medidas de combate à corrupção primordiais, para que situações em que isso ocorra sejam mitigadas.

Finalmente, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida, no México, foi ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 348, em 2005, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687, em janeiro de 2006, com a participação de 95 (noventa e cinco) países membros²².

Essa Convenção de 2005 tornou-se o primeiro instrumento jurídico anticorrupção, pois estabeleceu regras vinculantes para os países signatários. Segundo Nocera, a “convenção prevê que os Estados Partes devem criminalizar uma série de atividades corruptas, adotar medidas para prevenir a corrupção, promover a integridade nos setores públicos e privados e cooperar com outros países”. E ainda, “estabelece, pela primeira vez,

<https://www.scielo.br/j/ee/a/k5MBdyT3NHDT5Y36SccnjB/?format=pdf&lang=pt>, acesso em: 24 abr. 2024.

¹⁸BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 (...), *Ob. Cit.*

¹⁹BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002 (...), *Ob. Cit.*

²⁰BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000 (...), *Ob. Cit.*

²¹MARX, C. A. A nova governança pública e os princípios ESG, *Revista Controle Externo*, v. 3 n. 6, 2021, p. 116, disponível em <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context/article/view/140/97>, acesso em: 20 abr. 2024.

²²NOCERA, R. P. *Do Estudo da Convenção de Mérida e seus reflexos no Direito Brasileiro*. In: XXVI Congresso Nacional do CONPEDI. Anais, São Luís 15, 16 e 17 de novembro de 2017, p. 154/155, disponível em <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/2yqb85t4/S68JJxXTN1AX1M9d.pdf>, acesso em: 21 abr. de 2024.

mecanismos legais para o repatriamento de bens e recursos obtidos por meio de atos corruptos e remetidos para outros países”²³.

Ao contrário da Convenção da OCDE, a Convenção de Mérida tem um objeto de aplicação maior, cujo objetivo é prevenir e combater a corrupção nas formas ativa e passiva, em relação aos funcionários públicos nacionais, estrangeiros ou organizações internacionais. Já no seu preâmbulo, destaca-se a importância do apoio e da participação de indivíduos e grupos não pertencentes ao setor público, como a sociedade civil, as organizações não governamentais e as organizações comunitárias para que os esforços de prevenção e repressão à corrupção sejam eficazes²⁴.

A Convenção das Nações Unidas adotou o princípio da proteção aos denunciantes, em seu art. 33, em que cada Estado-Parte considerará a possibilidade de introduzir as seguintes disposições no seu sistema jurídico nacional: fornecer proteção eficaz àqueles que denunciam às autoridades de boa-fé, buscar meios plausíveis a respeito de fatos relacionados aos crimes especificados nos referidos tratados internacionais²⁵.

Ademais, a Convenção inclui medidas para prevenir a corrupção não apenas no âmbito público, mas também no privado, ao estabelecer normas de auditoria e contabilidade para as empresas; aplicar sanções civis, administrativas e criminais efetivas e que possam impedir ações futuras; incentivar a colaboração entre os aplicadores da lei e as empresas privadas; prevenir conflitos de interesses; proibir a existência de “caixa dois” nas empresas e desestimular a isenção ou redução de impostos para despesas consideradas como suborno ou outras condutas semelhantes.

Segundo César Augusto Marx:

A corrupção foi considerada fator crucial que precisava ser enfrentada, não apenas de maneira repressiva, mas também preventiva, mediante a adoção de mecanismos de controle e, também, de criação de códigos de conduta capazes de disseminar princípios éticos no interior das organizações públicas e privadas. Essa preocupação está relacionada à necessidade de se alcançar os objetivos das organizações, com o cumprimento da missão institucional, e no estabelecimento de meios de impedir que a gestão dessas organizações se desvie de seus objetivos”²⁶.

Por sua vez, o Decreto da Governança é a norma que institui a política de governança pública para as agências públicas que integram o Poder Executivo Federal. Esse ato normativo é oriundo das recomendações do Tribunal de Contas da União, que recomenda à Presidência da República a elaboração de um plano de longo prazo com o objetivo de fortalecer a governança nas organizações públicas de todas as esferas, com vistas ao desenvolvimento nacional²⁷.

Esse decreto define os principais conceitos da governança pública: “Governança pública - conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”²⁸.

²³NOCERA, R. P. *Do Estudo da Convenção (...), Ob. Cit.*, p. 154.

²⁴BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*, promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm, acesso em: 12 de abril. 2024.

²⁵BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (...), Ob. Cit.*

²⁶MARX, C. A. *A nova governança (...), Ob. Cit.*, p. 116.

²⁷BRASIL. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017*, dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm, acesso em: 24 abr. 2024.

²⁸BRASIL. *Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017 (...), Ob. Cit.*

Já o art. 4º do decreto estabelece as diretrizes da governança pública como forma de direcionar as ações em busca de um resultado eficiente, promover uma modificação na gestão pública e monitorar os resultados das ações, visando sempre o bem coletivo²⁹.

Mark Bevir, em sua reflexão sobre a precedência da governança, pondera a relação estabelecida entre os cidadãos e os políticos a fim de esclarecer o conflito que possa existir entre essas partes:

Os cidadãos, sendo atores racionais, tentam maximizar seus interesses de curto prazo, privilegiando as políticas de bem-estar que os beneficiam como indivíduos, em vez dos efeitos de longo prazo, cumulativos e compartilhados resultantes do aumento dos gastos estatais. De maneira semelhante, os políticos, sendo atores racionais, tentam maximizar seus interesses eleitorais de curto prazo, promovendo políticas que obterão os votos dos cidadãos racionais, em vez de perseguir a responsabilidade fiscal³⁰.

Por último, tem-se a Lei 12.846/2013, comumente conhecida como Lei Anticorrupção, editada pelo Brasil em 1º de agosto de 2013, que entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014 e que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira³¹.

A Lei Anticorrupção apresenta, em seu art. 5º, um rol de condutas que, caso as pessoas jurídicas cometam, podem ser enquadradas como condutas contra a Administração Pública. Portanto, esta lei criou uma sanção civil e administrativa para entidades que aceitam propina, financiam atividades ilegais em contratos e licitações e reprime a investigação de casos, sendo algo inédito na legislação brasileira.

A referida lei contém 31 (trinta e um) artigos, sendo que 29 (vinte e nove) trata de documentos legais sobre mudanças fundamentais na punição de atos corruptos entre instituições públicas e privadas. De acordo com a lei anticorrupção, no âmbito da pessoa jurídica, são considerados todos os mecanismos e procedimentos internos de integridade, controle e incentivo à denúncia de violações, bem como a aplicação efetiva das regras éticas e de conduta, políticas e diretrizes relacionadas destinadas a detectar e corrigir discrepâncias, fraudes, irregularidades e atos ilícitos cometidos contra a administração pública, nacional ou estrangeira³².

Ademais, essa lei introduziu a possibilidade de oferecer benefícios às organizações que tivessem programas de integridade (*compliance*) devidamente estruturados e, por isso, houve a criação de programas dentro das empresas com treinamento para todos os colaboradores.

Por conseguinte, a lei também inovou ao criar leis suficientes para punir ambos os extremos da cadeia de corrupção, ou seja, aqueles que ganham dinheiro para realizar atividades ilegais e aqueles que financiam atividades ilegais com benefícios para eles mesmos. Como diz o art. 2º, as pessoas jurídicas que cometerem os atos considerados ilícitos pela lei serão responsabilizadas objetivamente. Isso faz com que pessoas jurídicas tenham mais responsabilidade, seja civil, penal ou administrativa, uma vez que, a partir da comprovação do ato considerado ilegal, elas poderão responder pelos danos causados e pelos crimes praticados³³.

Contudo, é fundamental ressaltar que a responsabilidade das pessoas jurídicas pelos atos ilícitos identificados na Lei Anticorrupção não exonera seus representantes

²⁹BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017 (...), Ob. Cit.

³⁰BEVIR, M. *Governança democrática: uma genealogia*, Revista de Sociologia e Política, Curitiba v. 19, n. 39, p. 103-114, jun. 2011, p. 106, disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31688>, acesso em: 28 mar. 2024.

³¹BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências, Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015, disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil/Ato2015-2018/2015/Decreto/>, acesso em: 13 abr. 2024.

³²BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 (...), Ob. Cit.

³³BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 (...), Ob. Cit.

físicos de eventuais penalidades, como expressa o art. 3º: "A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito"³⁴. Ainda em seus parágrafos 1º e 2º é dito que "a pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*"³⁵ e que "os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade"³⁶.

Portanto, essa lei representa um avanço significativo no combate à corrupção no Brasil, permitindo que a legislação brasileira se adapte aos esforços internacionais para enfrentar um problema estrutural, crescente e de grande incidência na contemporaneidade.

4. ASPECTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS E A BOA GOVERNANÇA PÚBLICA PARA A REALIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos advêm das necessidades sociais e individuais intrínsecas à pessoa humana: saúde, educação, condições de trabalho, moradia, assistência social e um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por isso, eles são inerentes à vida humana em sociedade e, portanto, tutelados pelos direitos humanos³⁷.

Contudo, a defesa dos direitos humanos é relativamente recente, sendo que os primeiros ideais advieram do Iluminismo, que foi um movimento intelectual surgido na Europa por volta do século XVIII, marcado pela crítica ao absolutismo e também pela valorização da razão, em busca de uma autoafirmação dos direitos humanos³⁸.

Nesse sentido, nos lembra Gustavo Senna e Lucas Miranda Tourino: "no início do Estado Moderno existia o Estado Absolutista, no qual o monarca detinha poderes ilimitados diante de seus súditos, ficando comprometidos direitos fundamentais da pessoa humana, como os relacionados à liberdade e igualdade"³⁹.

Com o movimento iluminista surge o Estado Liberal que objetiva conter a atuação arbitrária do Estado e enaltecer a autonomia do sujeito na garantia de sua dignidade, correspondendo com as liberdades individuais, defendendo a não interferência dos Estados na vida e nas escolhas de seus cidadãos, permitindo também ao mercado a livre concorrência. Surgem aí os direitos de primeiras dimensões, cujo marco histórico é a Constituição dos EUA (1787), bem como a Constituição da França (1791)⁴⁰.

Já em meados do século XIX e início do século XX, com o impacto da industrialização, advindos dos preceitos surgidos pela Revolução Industrial, os direitos fundamentais foram subjugados, uma vez que houve um aumento nas desigualdades sociais, devido à precarização dos meios de produção e do trabalho. Em razão disso, surge a segunda dimensão, cujo marco é a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar (Alema), de 1919, que objetivam estabelecer uma igualdade material, exigindo, assim, do Estado uma atuação efetiva em busca por melhores qualidades de vida⁴¹.

No século XX, o mundo passa por duas grandes guerras, em que preceitos fundamentais foram tão combatidos e considerados obsoletos, dando vez a atos de atrocidades. Após as duas grandes guerras, a proteção aos direitos deixou de ser matéria

³⁴BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 (...), *Ob. Cit.*

³⁵BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 (...), *Ob. Cit.*

³⁶BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 (...), *Ob. Cit.*

³⁷CORRALO, G. S. *Há um direito (...)*, *Ob. Cit.*, p. 172.

³⁸SENNA, G. & TORINO, L. M. *O Direito Fundamental à Boa Administração Pública para garantia dos objetivos estratégicos do Estado Democrático de Direito: caminhos para uma vida digna*, Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, ano XXIII, n. 39, p. 25-50, jan./jun. 2020, p. 29, disponível em: https://www.mpggo.mp.br/revista/pdfs_39/2-GustavoLucas.pdf, acesso em: 28 mar. 2024.

³⁹SENNA, G. & TORINO, L. M. *O Direito Fundamental (...)*, *Ob. Cit.*, p. 29.

⁴⁰MÁRIO, F. *Diálogos sobre o Direito Constitucional*, Ed., Juspodivm, Salvador, 2020, p. 280.

⁴¹SENNA, G. & TORINO, L. M. *O Direito Fundamental (...)*, *Ob. Cit.*, p. 30.

de interesse exclusiva do Estado. Começou-se a pensar novamente nesses ideais e foi assim que se desenvolveu no sistema jurídico internacional uma maior proteção a esses direitos, surgindo daí a terceira dimensão, cujo ideal era a fraternidade, os direitos transindividuais que objetivam proteger não uma pessoa ou um grupo específico, mas o gênero humano. Como marco histórico desse período, temos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e a nossa Carta Magna de 1988: "A Declaração Universal de 1948 foi uma importante influência para o direito interno brasileiro, já que foi uma fonte primordial para Constituição Federal de 1988, que até repetiu alguns de seus dispositivos em seu texto"⁴².

Desse modo, como preleciona Gustavo Senna e Lucas Miranda Tourino, "assim, objetivando superar as deficiências do Estado Social de Direito, surge o Estado Democrático de Direito que, como visto, foi expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988"⁴³.

Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, *caput*, o Brasil deu grande importância as garantias relacionadas à vida humana, 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 propriedade"⁴⁴.

Os tratados internacionais que abordam a proteção dos direitos humanos possuem uma posição no ordenamento jurídico pátrio específica dos demais tratados, pois podem ser classificados como detentores de *status* constitucional ou podem ser enquadrados como normas supraleais. Essa especificidade vai depender do rito pelo qual o tratado internacional ingressou no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁵.

Assim, os direitos humanos é de fundamental importância, inclusive entrando na Constituição com o *status* de norma constitucional, conforme preconiza o art. 5º, §3º da CF/88, em que "tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais"⁴⁶.

Além disso, todo Tratado de Direito Internacional que versa sobre direitos humanos que incorpora a nossa legislação pátria, pelo procedimento comum, tem *status* de norma supraleal, ou seja, abaixo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, porém, acima das leis infraconstitucionais, conforme entendimento já consolidado do STF.

Como salienta Filho e Lima:

Na sessão de 03.12.2008, o Plenário do STF, por ocasião do julgamento conjunto de quatro processos, reconheceu que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, mas que não tenham sido aprovados no Congresso Nacional segundo o rito do § 3º do art. 5º da CF, teriam status normativo supraleal, isto é, ocupariam lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima das demais normas da legislação interna⁴⁷.

Portanto, os tratados internacionais sobre direitos humanos, a partir da sua entrada em vigor no Brasil, passam a integrar as normas jurídicas. Como dispõem sobre os direitos da pessoa humana, eles passam a integrar o rol de direitos fundamentais, garantindo e promovendo a dignidade humana. Uma vez incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, os tratados possuem aplicação imediata, como se fosse legislação interna elaborada pelo Estado.

⁴²FILHO, C. A. M. R. & LIMA, K. N. *Reflexos dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, SC. v. 32, n. 12, 2022, p. 282, disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6877/6484>, acesso em: 22 abr. 2024.

⁴³SENNA, G. & TORINO, L. M. *O Direito Fundamental (...)*, Ob. Cit., p. 31.

⁴⁴BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição (...)*, Ob. Cit.

⁴⁵FILHO, C. A. M. R. & LIMA, K. N. *Reflexos dos tratados (...)*, Ob. Cit., p. 277.

⁴⁶BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição (...)*, Ob. Cit.

⁴⁷FILHO, C. A. M. R. & LIMA, K. N. *Reflexos dos tratados (...)*, Ob. Cit., p. 282.

É baseando nessa importância que os tratados internacionais que versa sobre os direitos humanos têm sua ampliação, no sentido de que:

A universalidade consiste no reconhecimento de que os direitos humanos são direitos de todos, combatendo a visão estamental de privilégios de uma casta de seres superiores. Por sua vez, a essencialidade implica que os direitos humanos apresentam valores indispensáveis e que todos devem protegê-los [...]. Finalmente, a reciprocidade é fruto da teia de direitos que une toda a comunidade humana, tanto na titularidade (são direitos de todos) quanto na sujeição passiva: não há só o estabelecimento de deveres de proteção de direitos ao Estado e seus agentes públicos, mas também à coletividade como um todo. Essas quatro ideias tornam os direitos humanos como vetores de uma sociedade humana pautada na igualdade e na ponderação dos interesses de todos (e não somente de alguns)⁴⁸.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, em que se procura garantir uma melhor qualidade de vida digna para os seres humanos das gerações presentes e futuras. Assim, todo ser humano deve ter seus direitos humanos garantidos pelo Estado. Aliado a isso, o “direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade”, além da “participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios que a regem”⁴⁹.

Uma boa governança deve se basear na capacidade da administração pública de ser eficiente e eficaz na gestão dos recursos públicos, com agentes públicos competentes, visando o desenvolvimento dos direitos humanos e mitigando as desigualdades sociais, sob o prisma da Constituição.

O respeito aos direitos humanos passa por aprimoramento e agilidade do Estado, que tem a responsabilidade de proporcionar a boa administração pública, que inegavelmente pode e deve ser considerada um direito fundamental consagrado na Constituição Federal como direito interno, ao modo dos tratados internacionais de direitos humanos positivados no plano internacional⁵⁰.

É importante salientar que, em um ambiente de pobreza e de exclusão social, é inconcebível que Administração Pública não aplique a governança para realizar os recursos e efetivar os direitos humanos na construção de uma cidadania digna.

Assim, a atuação da Administração Pública poderia “indicar a necessidade de se evitar a incômoda situação generalizada de desvios ilegais de recursos públicos, que geram problemas de governabilidade que é o alinhamento político para o exercício da gestão pública e da governança”. Além disso, “neste diapasão, a ação conjunta de órgãos de controle interno e externo, como os Tribunais de Contas e a participação da sociedade civil organizada, busca efetivar uma boa governança sintonizada com o Estado Democrático de Direito”⁵¹.

Vale ressaltar que, para a sociedade alcançar a primordial vida com dignidade, deve-se reportar às boas práticas de governança, criando, quando necessário, instrumentos para a viabilização de parte ou de todo o processo, com isso preservando a

⁴⁸RAMOS, A. C. *Curso de direitos humanos*, Saraiva, São Paulo, 2014, p. 24.

⁴⁹FREITAS, J. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, Malheiros, São Paulo, 2007, p. 20.

⁵⁰SENNA, G. & TORINO, L. M. *O Direito Fundamental (...)*, Ob. Cit., p. 38.

⁵¹PAES, J. E. S.; AGUIAR, S. J. C. & SANTOS, J. E. S. *A Necessidade de se efetivar o dever constitucional à boa governança pública no atual Estado Democrático de Direito Brasileiro*, Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, ano 13, n. 40, p. 199–220, jan./jun. 2019, P 215, disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfi.v13i40.742>, acesso em: 21 abr. 2024.

confiança da população. Nesse contexto, a sociedade deve exercer seu papel de principal interessada nos resultados do Estado e lhe demandar novas estruturas de governança que possibilitem o desempenho de funções de avaliação, direcionamento e monitoramento de ações.

Para que o bem-estar do ser humano seja efetivado, é indispensável uma boa governança das instituições públicas. Elas devem traçar políticas adequadas e eficazes a fim de que a prestação de serviços atenda à promoção da dignidade humana. É nesse sentido que Paulo Freire ressalta a importância do reconhecimento do ser humano como protagonista da própria dignidade como princípio basilar não apenas de sua identidade ôntica, mas também ontológica enquanto ser existente em comunidade com outros cuja alteridade deve ser comando das ações humanas. Para Freire:

A existência, porque humana, não pode ser muda, silenciosa, nem tampouco pode nutrir-se de falsas palavras, mas de palavras verdadeiras, com que os homens transformam o mundo. Existir, humanamente, é pronunciar o mundo, é modificá-lo. O mundo pronunciado, por sua vez, se volta problematizado aos sujeitos pronunciadores, a exigir deles novo pronunciar⁵²

5. A BOA GOVERNANÇA NA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988, ao contrário das que lhe precederam, dedicou de forma especial às questões ambientais. Em diversos dispositivos enfatiza-se o compromisso da sociedade e do Estado na preservação do meio ambiente, pensando na presente e futuras gerações⁵³.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou em diversos aspectos, mas principalmente no que diz respeito à proteção ao meio ambiente, como se pode verificar no artigo 225, *caput*: "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"⁵⁴. Nessa linha de reflexão, nos ensinam Costa; Reis e Oliveira que "o art. 225 inovou totalmente a proteção do meio ambiente no Brasil e estabeleceu os direitos, mas também os deveres, tanto do Poder Público quanto da coletividade para a obtenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado"⁵⁵.

A Constituição Federal é eminentemente ambientalista, pois qualifica o meio ambiente como um valor fundamental e um bem jurídico de alta relevância, na medida em que a considera o bem de uso comum do povo, essencial para uma vida digna e consequentemente para a realização dos direitos humanos⁵⁶.

Assim, nos ensina Antunes: "além de ser dotada de um capítulo próprio para as questões ambientais, a Constituição Federal de 1988, ao longo de diversos outros artigos, trata das obrigações da sociedade e do Estado brasileiro para com o meio ambiente"⁵⁷.

Desde a chegada dos europeus a esse território, há um desprezo pela natureza e, com isso, ocorrem desmatamentos, queimadas, caça a animais para venda, poluição dos rios, tudo em nome de um único e exclusivo ideal: o lucro excessivo. Com isso, tendo a Constituição Federal de 1988 privilegiado o meio ambiente, esta não poderia deixar de tutelar penalmente nosso meio ambiente, visto ser ele tão importante na realização dos direitos humanos. Assim, nos termos do artigo 225, §3º da Constituição Federal, houve a previsão de se punir quem degrada, polui, destrói o meio ambiente e tudo o que a ele está

⁵²FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*, 17ª ed., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1987, p. 44.

⁵³MILARÉ, Édis. *Direito ambiental: doutrina, jurisprudência, glossário*, 4ª. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, p. 184.

⁵⁴BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição (...)*, Ob. Cit.

⁵⁵COSTA, B. S.; REIS, É. V. B. & OLIVEIRA, M. L. *Fundamentos Filosóficos e Constitucionais do Direito Ambiental*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021, p. 179.

⁵⁶SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, 10ª ed., Malhães Editores, São Paulo: 2013, p. 49.

⁵⁷ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*, 1ª. ed., Atlas, São Paulo, 2012, p. 65.

ligado, como se pode verificar no que diz ao mencionado artigo: "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados"⁵⁸.

Neste sentido, em relação a esse inciso, José Afonso da Silva afirma que "a ofensa a um tal bem revela-se grave e deve ser definida como crime"⁵⁹, vez que a degradação ao meio ambiente ocasionou graves consequências que hoje convivemos, que é o desequilíbrio natural.

Portanto, pode-se dizer que o Direito Ambiental é um direito fundamental de terceira geração, bem como um direito difuso em decorrência de sua natureza indivisível e indeterminável. Tais direitos possuem como grande destinatário o homem, que relaciona-se com a coletividade. Portanto, a proteção do meio ambiente não é só em prol de uma melhor condição de vida da sociedade presente, mas também das futuras gerações, caracterizando-se, assim, como um direito transindividual, transgeracional e de todos, como preceitua o art. 225, *caput* da Constituição da República de 1988.

No *caput* do referido artigo, o termo "todos" quer dizer independente de condição social, idade, sexo, raça e nacionalidade, isto é, a todos interessa o meio ambiente equilibrado, valor intimamente ligado à vida e que deve ser assegurado juridicamente. Enfim, a indeterminação de seus titulares deriva da dificuldade de determiná-los, mesmo que estejam ligados por circunstâncias de fato⁶⁰.

A preocupação em preservar o meio ambiente é consequentemente uma preocupação com a vida digna e com o bem-estar humano como direito de fruição particular e coletiva, devendo ao Estado a responsabilidade de oportunizar a efetivação dos direitos humanos.

Na esteira das reflexões sobre a preservação ambiental, a promoção dos direitos humanos, apresentada pela ideologia constitucional adotada no texto brasileiro de 1988, revela um cenário muito bem definido do perfil constitucional, de base social, que estabelece uma preocupação com os direitos humanos e com a cidadania⁶¹.

De acordo com Staffen e Santos, "para que se possa fomentar uma qualidade de vida sadia para as gerações presentes e futuras, assegurando a perpetuidade da vida humana"⁶².

É importante salientar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado um direito fundamental a partir do momento em que há a necessidade para almejar a manutenção da vida saudável em todos seus aspectos, conforme está disposto na nossa Constituição Federal.

A preservação ambiental, além de ser uma preocupação do mundo, deve ter sua importância cada vez mais enfatizada, já que todos têm responsabilidade sobre a manutenção da dignidade das gerações presente e futuras.

Uma das maiores ameaças à boa governança nos dias atuais é a corrupção, pois ela afeta o desenvolvimento econômico e político dos Estados, causando danos imensuráveis, uma vez que há desperdício de recursos públicos e expansão das disparidades econômicas e sociais que levam à desigualdade. Porém, a insatisfação e a polarização política tendem a diminuir a confiabilidade nas instituições.

⁵⁸BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição (...)*, *Ob. Cit.*

⁵⁹SILVA, J. A. *Direito ambiental (...)*, *Ob. Cit.*, p. 330.

⁶⁰BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição (...)*, *Ob. Cit.*

⁶¹CLARK, G.; ARAÚJO J. M. & PINTO, J. B. M. *Do subdesenvolvimento periférico a um desenvolvimento integrado aos direitos humanos*, Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.19, n.44, p.11-41, mai/Ago, 2022, p. 326, disponível em: <https://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/2347/25433>, acesso em: 23 abr. 2024.

⁶²STAFFEN, M. R. & SANTOS, R. P. *O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade*, Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 13, nº 26, p. 263-288, maio/ago. 2016, p. 279, disponível em: <http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/814/507>, acesso em: 28 mar. 2024.

A corrupção contribui para a perpetuação da desigualdade e da pobreza, o que prejudica as oportunidades de participação do povo nas esferas da vida social, econômica e política. Por consequência, ela influencia negativamente no bem-estar e na distribuição de renda de qualquer país.

A intensa mobilização de países e organismos internacionais em torno do combate à corrupção é uma das razões pelas quais o debate sobre esse assunto cresceu nas últimas décadas. Essa mobilização traduziu-se na criação de normas internacionais já explicitadas neste trabalho.

Nesse aspecto, os Estados Partes são obrigados a promover e fortalecer mecanismos para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção. Essas convenções enfatizam a responsabilização de pessoas jurídicas por atos de corrupção, por meio da aplicação de sanções criminais ou não criminais, como as sanções financeiras.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Indubitavelmente, o Brasil deve obediência à Constituição Federal de 1988. Seguindo as leis e princípios que norteiam o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, deve-se criar mecanismos que propiciem a diminuição da desigualdade social. Uma boa governança pode garantir que a atuação dos serviços públicos seja fidedigna à população.

Desta forma, foi importante analisar os direitos à dignidade da pessoa humana à luz da boa governança e instituições públicas, não sendo esta apenas uma tarja ou uma idealização adicional, mas um direito fundamental profundamente envolvido com qualquer discussão que abranja a vida digna.

Apontaram-se pareceres e princípios importantes sobre o autêntico conceito da terminologia governança. Em virtude disso, requereu várias análises reflexivas sobre a importância de abrir caminhos para alcançar uma governança eficaz, que objetiva trazer a realização do direito à dignidade humana.

Feita a análise, buscou-se demonstrar na presente que a boa governança é essencial para potencializar o desenvolvimento social, econômico, político e cultural, ou seja, os direitos à dignidade humana no Brasil. Assim, se as funções de governança (avaliar, direcionar e monitorar) forem executadas de forma satisfatória, toda a sociedade garante a aprovação da atuação e efetividade das instituições públicas, bem como da eficácia de seus serviços multissetoriais.

O desfecho de toda análise é no sentido de que os direitos à dignidade da pessoa humana deveriam ser respeitados, sendo todos pertencentes a um efetivo Estado de Direito que conta com uma governança eficaz.

7. REFERÊNCIAS

- ANTUNES, P. B. *Direito Ambiental*, 14ª ed., Atlas, São Paulo, 2012.
- BEVIR, Mark. *Governança democrática: uma genealogia*, *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 103-114, jun. 2011, disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31688>, acesso em: 28 mar. 2024.
- BONATTO, H. *Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação*, Fórum, Belo Horizonte, 2018.
- BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Dez passos para a boa governança*, 2.ed, Brasília: 2021, disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/D5/F2/B0/6B/478F771072725D77E18818A8/10_passos_para_boa_governanca_v4.pdf, acesso em: 21 abr. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF, Presidência da República, 2019, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 27 mar. 2024.
- BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2000, disponível em:

- https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm, acesso em: 24 abr. 2024.
- BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso "c". Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1996, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm, acesso em: 12 abr. 2024.
- BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003, Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm, acesso em: 12 de abril. 2024.
- BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências, Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2015, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_Ato2015-2018/2015/Decreto/, acesso em: 13 abr. 2024.
- BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm, acesso em: 24 abr. 2024.
- CAMPOS, F. A. O. & PEREIRA, R. A. C. *Corrupção e ineficiência no Brasil: Uma análise de equilíbrio geral*, Estudos Econômicos, São Paulo, vol.46, n.2, p. 373-408, abr.-jun. 2016, disponível em: <https://www.scielo.br/j/ee/a/k5MBdyT3NHDT5Y36SscnjB/?format=pdf&lang=pt>, acesso em: 24 abr. 2024.
- CLARK, G.; ARAÚJO M. & PINTO, J. B. M. *Do subdesenvolvimento periférico a um desenvolvimento integrado aos direitos humanos*, Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.19, n.44, p.11-41, mai/Ago, 2022, disponível em: <https://revista.domholder.edu.br/index.php/veredas/article/view/2347/25433>, acesso em: 23 abr. 2024.
- CORRALO, G. S. *Há um direito fundamental à boa governança?* Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL], 18(1), 165-184, disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.v18i1.4954>, acesso em: 20 abr. 2024.
- COSTA, B. S. *Meio Ambiente como Direito à Vida: Brasil, Portugal e Espanha*, 4ª ed., Belo Horizonte: Sete Autores Editora, 2021.
- COSTA, B. S.; REIS, É. V. B. & OLIVEIRA, M. L. *Fundamentos Filosóficos e Constitucionais do Direito Ambiental*, 2ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2021.
- DEMATTE, F. R. *Responsabilização de pessoas jurídicas por corrupção: a Lei nº 12.846/2013 segundo o Direito de Intervenção*, Fórum, Belo Horizonte, 2015.
- FILHO, C. A. M. & LIMA, K. N. *Reflexos dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, SC, v. 32, n. 12, 2022, disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6877/6484>, acesso em: 22 abr. 2024.
- FREIRE, P. *Pedagogia do oprimido*. 17ª ed., Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1987.
- FREITAS, J. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, Malheiros, São Paulo 2007.
- GONÇALVES, A. *O conceito de Governança*, In: XIV Congresso Nacional Conped, Anais, Fortaleza 3,4 e 5 de novembro de 2005, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf>, acesso em: 20 abr. de 2024.
- MÁRIO, F. *Diálogos sobre o Direito Constitucional*, Ed., Juspodivm, Salvador, 2020.

- MARX, C. A. *A nova governança pública e os princípios ESG*, Revista Controle Externo, v. 3 n. 6, 2021, disponível em <https://revcontext.tce.go.gov.br/index.php/context/article/view/140/97>, acesso em: 20 abr. 2024.
- MILARÉ, É. *Direito ambiental: doutrina, jurisprudência, glossário*, 4ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.
- NOCERA, R. P. *Do Estudo da Convenção de Mérida e seus reflexos no Direito Brasileiro*, In: XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, Anais, São Luís 15, 16 e 17 de novembro de 2017, disponível em <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/2yqb85t4/S68JJxXTN1AX1M9d.pdf>, acesso em: 21 abr. de 2024.
- OSTROM, E. *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, New York, 1990.
- PAES, J. E. S.; AGUIAR, S. J. C. & SANTOS, J. E. S. *A Necessidade de se efetivar o dever constitucional à boa governança pública no atual Estado Democrático de Direito Brasileiro*, Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, ano 13, n. 40, p. 199-220, jan./jun. 2019, disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v13i40.742>, acesso em: 21 abr. 2024.
- RAMOS, A. C. *Curso de direitos humanos*, Saraiva, São Paulo, 2014.
- ROSE-ACKERMAN, S. *La corrupción y los gobiernos. Causas, consecuencias y reforma*, Siglo XXI de España, editores, Madrid, 2001.
- SENNA, G. & TORINO, L. M. *O Direito Fundamental à Boa Administração Pública para garantia dos objetivos estratégicos do Estado Democrático de Direito: caminhos para uma vida digna*, Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, ano XXIII, n. 39, p. 25-50, jan./jun. 2020, disponível em: https://www.mpggo.mp.br/revista/pdfs_39/2-GustavoLucas.pdf, acesso em: 28 mar. 2024.
- SILVA, J. A. *Direito ambiental constitucional*, 10ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2013.
- STAFFEN, M. R. & SANTOS, R. P. *O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade*, Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 13, nº 26, p. 263-288, maio/ago. 2016, disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/814/507>, acesso em 28 mar. 2024.
- TANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Brasil. Índice de percepção da corrupção 2023, disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>, acesso em: 21 abr. 2024.
- TEIXEIRA, A. F. & GOMES, R. C. *Governança pública: uma revisão conceitual*, Revista do Serviço Público, [S. l.], v. 70, n. 4, p. 519-550, 2019, disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/3089>, acesso em: 29 mar. 2024.
- VIEIRA, J. B. & BARRETO, R. T. S. *Governança, gestão de riscos e integridade*, Brasília: Enap, 2019, disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4281/1/5_Livro_Governan%c3%a7a%20Gest%c3%a3o%20de%20Riscos%20e%20Integridade.pdf, acesso em: 28 mar. 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinário (2024), pp. 317-332
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Ciudades inteligentes: una propuesta de inclusión de los ciudadanos hacia la idea de "ciudad humana"¹

Intelligent cities: a proposal for inclusion of citizens toward the "human city" idea

Vania Siciliano Aieta

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Ignacio Ara Pinilla²

Universidad de La Laguna

Sumario: Introducción; Método fenomenológico de Edmund Husserl; La construcción de una "ciudad humana"; Hacia la ciudad inteligente; Los paradigmas del cambio; La ciudad solar ciudades verdes; Transition town; El movimiento del decrecimiento feliz; Ciudades resilientes; Ciudad inteligente: en la dirección de un modelo inclusivo; Conclusión; Bibliografía.

Resumen: La idea de ciudades inteligentes refiere a un modelo de ciudad en el que, ante todo, se modifican las relaciones entre los ciudadanos y las instituciones, el mundo de la economía y, sobre todo, entre los propios ciudadanos en busca de alcanzar un nuevo equilibrio. El presente trabajo tiene la intención de explicitar el contrapunto a la "higienización urbana", que olvida que las personas forman parte de las ciudades, resaltando la estética en detrimento del principio de la dignidad de la persona humana. De este modo, no son las naciones los verdaderos actores de un posible cambio, sino las ciudades, los municipios, los barrios, a través de acciones conjuntas. A través del método fenomenológico se busca tejer consideraciones sobre el fenómeno de la "ciudad humana" cuya finalidad es mejorar la calidad del hábitat de los ciudadanos.

Palabras clave: Ciudad Inteligente (Smart City); Medio Ambiente; Sostenibilidad; Gobernanza; Ciudadanía.

Abstract: The intelligent city idea refers to an urban model in which, above all, the relations between citizens and institutions, between citizens and the economic world, and among citizens themselves are modified to attain a new equilibrium. This essay aims to explain a counterpoint of "urban cleanup", which pays too little heed to the human element of cities and instead emphasizes esthetical factors to the detriment of satisfying the guiding principle of human dignity. Therefore, nations are not the

¹ Este artículo es la traducción del original

² Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Laguna

real actors for possible change, but rather cities, districts, and neighborhoods, through joint actions. Through the phenomenological method, this paper tries to take some notes about the phenomenon called "human cities", whose purpose is to improve the quality of the habitat for citizens.

Keywords: Intelligent City (Smart City); Environment; Sustainability; Governance; Citizenship.

INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización tuvo la virtud de promover una nueva era de estrechamiento de las relaciones comerciales entre los países, ayudado, sobre todo, por el desarrollo tecnológico, el cual impactó de manera significativa a gran parte de las sociedades nacionales.

Pasados casi cuarenta años desde el inicio de tal fenómeno, el mundo y, principalmente, las ciudades experimentan una conformación social y gubernamental que puede asemejarse a otras tentativas de una idealización de los tiempos de la antigua Grecia y Roma que guardan no obstante peculiaridades asociadas al momento actual en el cual tales centros urbanos están insertos.

En razón de ello se pretende establecer los contornos conceptuales de las iniciativas presentes en los centros urbanos contemporáneos. Precisamente, se habla del fenómeno intitulado como "Ciudad Humana", en la medida en que ciertas sociedades residentes en centros urbanos están interactuando de una nueva manera.

Para ello, en el ámbito de la conformación de un análisis cualitativo, se utilizará el método fenomenológico elaborado por Edmund Husserl (2000) en su obra "La Idea de la Fenomenología". Dicho método tiene como principal característica el hecho de no atenerse a las amarras conceptuales predefinidas y, justamente, por ser las "Ciudades Humanas" un fenómeno contemporáneo cuyos parámetros conceptuales aún están en construcción por los estudiosos, tal método puede ser útil en el presente trabajo, en la medida en que no se tiene un margen temporal para analizar, de forma más profunda, el fenómeno de las "Ciudades Humanas".

MÉTODO FENOMENOLÓGICO DE EDMUND HUSSERL

Según Edmund Husserl (2000), el método fenomenológico establece como premisas el análisis del fenómeno como tal, libre de las fronteras conceptuales previamente establecidas. Se busca analizar el fenómeno en sí, como algo que se ve ante la consciencia, algo que se presenta ante todos.

Dicho método no se preocupa por establecer si algo es realidad o apariencia. Aquí, cosa se entiende como algo dado, observable. El investigador busca esclarecer lo que se da, lo que salta a sus ojos, lo que causa extrañeza. Considera la imagen presente en la consciencia de los sujetos. Sólo le interesa saber cómo se da el conocimiento en un espacio geográfico dado y cómo se presenta para cada persona.

El objetivo de la fenomenología es proporcionar una descripción directa de la experiencia, del modo en que se presenta, con sus eventuales fundamentos históricos, que no guardan, necesariamente, una idea de causa y efecto. No se persigue la comprensión de las causas de la existencia de un fenómeno dado, sino trazar los elementos que lo componen y evidenciar posibles manifestaciones diferenciadas.

Para el método fenomenológico, la realidad es múltiple dependiendo de cuántas sean las interpretaciones y comunicaciones del fenómeno. Por esta razón, no hay rigidez en la recogida de información, sin embargo, su análisis es más cuidadoso, con miras a promover coherencia en el análisis del objeto que se pretende investigar. Se busca explicar el fenómeno de forma coherente con el objetivo de generar conocimiento, sin, no obstante, tener que establecer criterios de recogida de los datos necesarios para la investigación.

Al observar el fenómeno en sí sin parámetros definidores ya existentes, se promueve una ampliación de las posibilidades de interpretación del fenómeno. En otras palabras, el método fenomenológico es, simultáneamente, exploratorio y descriptivo en un sentido puro, en la medida en que la observación es libre. En un momento posterior, el investigador establecerá los contornos conceptuales, ya que la primera observación es generar conocimiento de cómo se presenta el fenómeno, el por qué la existencia del mismo es en otro momento y denota causa y efecto.

Así, la investigación metodológica parte del cotidiano, de la percepción y de la comprensión del modo de vida de las personas. En este sentido, el método fenomenológico se inserta como una base lógica de la investigación.

LA CONSTRUCCIÓN DE UNA "CIUDAD HUMANA"

En Grecia, la ciudad estaba ligada a la perspectiva de vida feliz. ARISTÓTELES (2002), en su obra "La Política", ya vislumbraba la polis como una sociedad política, una asociación orientada hacia la felicidad, hacia el interés público. El término "política", en la obra aristotélica "La Política", significaba todo lo que se refería a la ciudad y, consecuentemente, al ciudadano. Esta primera fase de la Política trajo las consideraciones propedéuticas sobre la naturaleza, las funciones, las divisiones del Estado, las formas de gobierno y especialmente la pionera actividad de reflexión sobre la polis (politikós). Por ser un animal político, la doctrina aristotélica conllevó la idea de que el Hombre, a diferencia de los otros animales, no podría vivir sino en sociedad.

También en Grecia, junto a las atribuciones del soberano (vinculadas a las guerras, las edificaciones públicas, la pacificación interna), la actividad política se desarrollaría como el pilar de la propia vida social. La política griega incorpora la referencia específica a la polis. El término política se acuñó a partir de la actividad social desarrollada por los hombres de la polis, que eran los ciudadanos.

Los griegos conocían la distinción entre la esfera social, a la cual pertenece la Política, y la esfera individual, a la que pertenece la Ética, entre la vida activa que se desarrolla en sociedad y la vida contemplativa que se asocia al individuo en una condición de aislamiento (BOBBIO, 2000).

Al tratar el tema, Platón sostenía que el político no se diferenciaba de los demás hombres por ninguna cualidad salvo por conocer mejor la finalidad de la polis, que era la Justicia. En su obra "Ética a Nicómaco", Aristóteles sostenía la idea de que la Política utiliza todas las demás ciencias ya que la finalidad que persigue podría englobarlas en lo que respecta a sus objetivos, por ser capaz de tener como fin el bien supremo de todos los hombres, el bien común. Cuando Aristóteles analiza las sociedades parciales, nacidas en el universo de la Política con el fin de agregar individuos para el alcance del bien común, las considera "partes de una comunidad política" - la polis - perfecta. (AIETA, 2006).

En la medida en que la actividad política tenía, aún, la función pedagógica de reflexión sobre los problemas de la polis, transformaba a los hombres en ciudadanos o en

políticos, pues a través de la actividad política se propició un campo fértil de participación fuera del ámbito restringido y de exclusividad gubernamental, afirmando Aristóteles in verbis: "ciudadano es el hombre investido de un cierto poder" (ARISTÓTELES, 2002).

A través del legado aristotélico, la Política comenzó a ser definida como ciencia, como arte de gobernar. De las enseñanzas de Aristóteles se puede extraer con precisión la expresión arte de lo posible que implica lo que el político en las circunstancias de tiempo, lugar y persona puede hacer en contraposición a la idea de política como el arte de lo necesario que significa hacer lo que debe. hacer, independientemente de las circunstancias coyunturales (FARHAT, 1996).

A diferencia de los griegos, la política romana se dirigía hacia intereses particulares y no a la cosa pública. Centrándose en la disputa sobre el poder de tutela del Estado, como institución al servicio de intereses privados, la actividad política romana se referiría también a la relación entre tutor y alumnos, basada en el propio derecho privado romano. En este sentido, cabe destacar la enseñanza de CICERON: "Un buen gobernante es como un tutor que vela mejor por los intereses de sus alumnos que por los suyos propios" (MAAR, 1994).

El surgimiento de la ciudad fue la unión de varias tribus, familias, en una asociación religiosa y política estableciendo la ciudad, el lugar de reunión, el hogar y, principalmente, el santuario de la ciudad, formado no por el paso del tiempo, sino sólo una vez, en un solo día, el ritual propio de la fundación. (COULANGES, 2009). La ciudad se convirtió en el centro de convivencia de las personas.

Sin embargo, la noción más interesante de ciudad se revela en la construcción conceptual de BERMAN cuando afirma que la "Ciudad es el lugar para nosotros y para los que vendrán después de nosotros; el lugar para aquellos que seguirán luchando para hacernos sentir como en casa". en este mundo la ciudad nos trae la sensación de estar en casa" (BERMAN, 2007). ¿Pero qué vemos hoy? ¿Qué vemos en las capitales, ciudades medianas y grandes? Una realidad difiere de lo que se piensa y se pretende.

La arquitectura del miedo nos trae el asombro, como en las propuestas hobbesianas. Semejante marco del miedo se revela en la aparición de innumerables rejas en las casas, en la vida en los condominios, en los edificios públicos, en una convivencia permanente y forzada con la violencia. Y la sociedad, asustada, temerosa del "estado de naturaleza" en el que vivimos, para recordar la obra "El Leviatán", de Thomas HOBBS (2008), concede al soberano, es decir, al administrador público, demasiados poderes más allá de lo razonable, a veces incluso viciados de inconstitucionalidad, con la esperanza de lograr la falaz seguridad y protección.

Esto es lo que también vemos en cada elección, en las plataformas de los candidatos mayoritarios en los programas electorales. Se presentan muchas promesas de represión, aunque todos sabemos que no resuelven los muchos problemas sensibles de la ciudad. Estos signos de violencia no deben restar valor al importante significado de la ciudad como construcción sociológica de un espacio de vida y, sobre todo, de conquista de ciudadanía.

La ciudad debe ser básicamente un lugar para habitar y la organización de la ciudad debe cumplir este propósito: la ciudad debe cumplir una función social y fundamental que sobrelleva todas las posibilidades existentes en ella: proporcionar vivienda, garantizar los derechos sociales en su conjunto, satisfacer las necesidades humanas de supervivencia, de existencia y también de felicidad.

Sabemos que el bien común es el elemento finalista del Estado. Y nuestro concepto de bien común, si bien es un término abierto que involucra interpretaciones ideologizadas, puede y debe acercarse a la idea del derecho a la felicidad, previsto en la Constitución de los Estados Unidos de América. Esta visión feliz y directa de cómo debería ser la vida en las ciudades está divorciada de lo que está surgiendo hoy, que es el declive del espacio público. Al margen de los muros de separación y de los espacios de encuentro: las plazas, los parques y lugares de vida social se están deteriorando, imposibilitando la vida en común.

Los nuevos medios de comunicación, compuestos por todo tipo de recursos, también esclavizan al hombre, haciendo que nuestra vida diaria sea extremadamente rápida. Y tales exigencias empañan tanto el espacio de convivencia pública, ya que las personas no tienen tiempo para realizar sus actividades cotidianas de manera satisfactoria, así como incluso el universo de la intimidad doméstica, la vida familiar se ha vuelto más difícil debido al tiempo de que se dispone con motivo de los desplazamientos en las grandes ciudades.

Y Río de Janeiro hoy, por ejemplo, destrozado por el problema de la movilidad urbana, tiene individuos estresados, agotados, al límite máximo del cansancio por cuestiones relacionadas con el transporte. En este sentido, debemos converger nuestros esfuerzos hacia la idea de un orden social que proteja ciertos intereses socialmente reconocidos como "dignos de protección", para aceptar la idea de la felicidad aristotélica -la polis- como la posibilidad de asociación para una vida feliz, es decir, si la felicidad de los ciudadanos no es el objetivo a alcanzar, algo anda mal (KELSEN, 1998).

Constitucionalmente, necesitamos entender el paisaje, la verticalización desenfrenada de los edificios, la expansión incontrolada, la explotación sin escrúpulos. Necesitamos tener ciudades preparadas para la llegada de nuevos emprendimientos, de lo contrario el progreso arruinará la vida de los ciudadanos. De esta manera, un emprendimiento que da vida a miles de personas en una determinada ciudad no puede olvidarse de la infraestructura necesaria para la construcción de la idea de una ciudad humanizada.

El artículo 225 de la Constitución Federal - CF garantiza el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, esencial para la calidad de vida. Y lo que propone la Constitución es, en realidad, una revolución de las mentalidades, de la manera de ver el mundo, distinta a la que ha llevado al crecimiento artificial de las ciudades, entre muchos otros problemas, de desempleo rural, migraciones internas, exceso de población y demás. Esta revolución de mentalidades nos permitirá alcanzar la "Ciudad humana".

El hecho es que la CF prevé que la política de desarrollo urbano apunta a "ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad" y garantizar el bienestar de sus habitantes (artículo 182) Y si la Constitución habla de ordenación, ¿qué significa ordenar? Ordenar supone la posibilidad de reorganización, de limitación urbana e interurbana, bajo la guía de las políticas públicas. Y aquí es donde llegamos al punto crucial: ¿qué son las llamadas políticas públicas?

Son objetivos colectivos conscientes. Se trata de acciones que deben permitir que las medidas y acciones de gobierno se legitimen con la participación de las comunidades involucradas e, indirectamente, de toda la comunidad, pues las políticas públicas tendrán que ser nacionales y otras de nivel local. Hay que entender que los gobiernos locales receptores nunca podrán dar rienda suelta a las necesidades derivadas de migraciones internas intermitentes como ocurre en las grandes capitales de Brasil, precisamente porque están recibiendo polos de crisis nacionales resultantes de desplazamientos regionales.

Las causas de las crisis se encuentran en el origen y deben abordarse mediante acciones gubernamentales. En primer lugar, es necesario conocer el problema, desde una perspectiva local y nacional, para tomar conciencia de la situación que rodea al mismo, concienciando además a la sociedad en su conjunto de que estos problemas invocan responsabilidades que deben ser compartidas por toda la comunidad.

Pero ¿qué es la comunidad? Partamos de la opción de excluir cualquier idea que establezca la dicotomía entre Estado y Sociedad. La concepción tradicional parte de esta dicotomía, estableciendo distinciones entre estos conceptos, ubicando al Estado como una determinada unidad y a la Sociedad como una determinada pluralidad. Este dualismo tiene sus raíces en el pensamiento liberal, siendo expresión de la relación entre el poder estatal, representado por el gobierno, y una sociedad excluida del proceso de toma de decisiones políticas, cuya vida estuvo marcada por intervenciones estatales tan importantes en el caso de disturbios, alejándose de una postura proactiva por parte de la entidad estatal. Este es el llamado "estado mínimo" (HESSE, 1992).

Sin embargo, los fundamentos de este dualismo desaparecieron con la creación de gobiernos democráticos. La vida social ya no está sometida al arbitrio de una organización que preestablece planes y comienza a constituirse a través de la cooperación. De esta manera, la participación social, una ciudadanía activa y participativa, desde la perspectiva de la "Ciudad Humana", partícipe en los procesos de toma de decisiones políticas se convierte en la base para la implementación de una nueva postura de influencia social sobre las decisiones de la actividad estatal.

Comunidad es una idea que implica el aspecto de unidad política, un sentido uniforme de lo que implica el ejercicio del poder, desde el punto de vista de las instituciones, de la Sociedad/Estado, como rostros de un mismo y único organismo social, distinguiéndose del resto. Funciones estatales de naciones no estatales, que son desempeñadas por la sociedad en su conjunto.

La vida futura de las ciudades requiere el análisis de dos aspectos extremos que se enfrentan. Por un lado, la legalización de lo ilegal. En este aspecto, las leyes de amnistía, parcial o total, son constatación de lo que se considera irregular. El segundo aspecto es la discontinuidad de medidas gubernamentales pasadas por parte de gobernantes y legisladores, incluso aquellas que todos consideran oportunas y necesarias, sólo para desacreditar, a veces, a un oponente político, ya que no hay continuidad de buenos proyectos en Brasil.

HACIA LA CIUDAD INTELIGENTE. LOS PARADIGMAS DEL CAMBIO

Hoy en día, hablar de ciudad inteligente significa referirse a un modelo de ciudad en el que, en primer lugar, se modifican las relaciones entre los ciudadanos y las instituciones, la economía y, obviamente, entre los propios individuos. De esta manera, las dimensiones sociales del cambio deben colocarse en el centro de atención de cualquiera que realmente quiera comprender las dinámicas que ocurren y contribuir activamente a este proceso.

Pero ¿por qué cambian las ciudades? ¿Y por qué esta evolución que, en cualquier caso, se está produciendo últimamente parece darse de modo acelerado?

Podemos imaginar que hay tres elementos que contribuyen al cambio de una ciudad: el elemento económico; b) elemento social; c) elemento ambiental. Estos tres elementos no son comunicables. Los cambios que se producen en un elemento inevitablemente se reflejan en los demás, que quedan "contaminados" hasta el punto

de establecerse un nuevo equilibrio, normalmente en respuesta a emergencias que podemos definir como "estímulos externos". Cada uno de estos tres elementos puede desempeñar un papel activo, arrastrando consigo a los otros dos, o un papel pasivo de adaptación.

La innovación tecnológica puede contribuir significativamente a cambiar las ciudades. Normalmente, es la causa de cambios tanto positivos como negativos. Respecto a los cambios positivos, ocurren cuando una nueva tecnología contribuye a mejorar la calidad de vida. Los negativos se dan cuando una mejoría es sólo temporal o aparente y, posteriormente, nos presenta lo que podemos llamar "efectos secundarios".

El cambio más evidente en las ciudades provino de la llamada Revolución Industrial del siglo XVIII. Las máquinas fueron las verdaderas protagonistas, es decir, fue una revolución tecnológica, aunque se describe sólo como un proceso de revolución económica, que pasó en poco tiempo de un sistema agrícola-industrial-artesanal a un sistema industrial basado en la disponibilidad de la energía mecánica y el uso sistemático de combustibles fósiles. La Revolución Industrial generó un fuerte cambio en la economía con efectos notables sociales y ambientales, como el fenómeno de la urbanización y la condición de los trabajadores en las ciudades o el impacto ambiental que genera el uso del carbón.

Fue sólo el comienzo de un proceso de cambio en las ciudades, que continuó con los años. La introducción de electricidad, productos químicos y petróleo, en lugar del carbón, contribuyó a la difusión del uso de la tecnología entre una mayor parte de la población en la Segunda Revolución Industrial. Un salto final de calidad también estuvo determinado por la tecnología que estuvo disponible para una porción aun mayor de usuarios. La introducción de la electrónica y las tecnologías de la información, a partir de 1970, marcó un hito en el período que algunos definen como la Tercera Revolución Industrial.

La cuestión medioambiental, surgida durante la Primera Revolución Industrial, asumió un peso aun más relevante, al punto que el tema de la sostenibilidad, en sus más diversas acepciones (ambiental, económica, social), comienza a definir la agenda actual y la de los próximos años. El 11 de diciembre de 1997 es una fecha histórica en lo relativo a la sostenibilidad, que viene marcada por la Conferencia COP 3 del Congreso de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), en la que más de 180 países firmaron el Tratado de Kyoto, un tratado ambiental internacional sobre calentamiento global.

El problema ambiental está asociado a un problema económico y también político, vinculado al uso de fuentes de energía de origen fósil. Marion King Hubbert, geofísico americano, desarrolló en 1956 una teoría capaz de representar la evolución temporal de la producción de cualquier fuente mineral o fósil agotable o físicamente limitada con una urna curva.

El pico de esta curva define el modo temporal, el momento en el que esa fuente particular ya no será ilimitada. La aplicación de esta teoría a la extracción de petróleo obviamente trae consigo cuestiones graves desde el punto de vista económico y geopolítico. Pero también desde el punto de vista de la ingeniería existen varias complicaciones, ya que muchas de las teorías utilizadas se basan en el uso de fuentes de energía de origen fósil (HUBBERT, 1956).

La teoría de Hubbert no es aceptada por todos e incluso existe una tendencia que niega la correlación entre el uso antropogénico de la energía fósil y el calentamiento global. La comunidad científica, sin embargo, cree en esta correlación y la considera un estímulo para la búsqueda de soluciones alternativas. No se trata de estar de acuerdo o no con las teorías, sino de constatar los cambios que son evidentes incluso

a nivel científico, cambios que, por tanto, pueden medirse. El empeoramiento de la calidad del aire en las ciudades, lugares densamente modificados por la acción humana, son hechos objetivos que pueden medirse y monitorearse.

En lo que concierne al uso de fuentes energéticas de origen fósil, algunos estudios apuntan a que el pico del petróleo ya ha sido superado, mientras que las petroleras son más optimistas. El hecho de que la investigación en el campo petrolífero conduzca a formas de aprovechamiento más complicadas (como, por ejemplo, la recuperación de energía a partir del esquisto bituminoso) o que estemos pensando en recuperar, aunque sea con cautela, el carbón, debería hacernos reflexionar.

La definición del modelo de desarrollo de la sociedad y, por tanto, de una ciudad enteramente libre de petróleo o carbón, requiere una innovación tecnológica que contribuya a generar el problema ambiental posterior a la Revolución Industrial, al dotar a todos de los instrumentos que permitan a las personas vivir como protagonistas de una nueva transformación industrial que permita superar los viejos paradigmas.

Existe una palabra de origen anglosajón, verde, que engloba todo lo que contribuye a mejorar la sostenibilidad en sus diversos matices, no necesariamente ligados a la naturaleza. Hablamos de edificios verdes para referirnos a edificios diseñados y contruidos con la intención de reducir el impacto ambiental, del mismo modo que hablamos de economía verde para definir un nuevo modelo de desarrollo en contraste con el modelo económico basado en el combustible de origen fósil.

Muchos consideran la economía verde como una oportunidad, una alternativa a la economía tradicional que está experimentando no sólo problemas ambientales, sino también un período de crisis generalizada. Es una nueva propuesta para generar bienes y servicios con impactos ambientales menos nocivos.

En una visión de corto y medio plazo, puede ser cierto que nuevos objetos, como paneles solares fotosensibles o aislantes térmicos innovadores, o incluso coches eléctricos, que desde un punto de vista numérico tienen poco impacto en los ingresos totales del sector, encaja en el nuevo modelo económico, la economía verde. Pero ¿cuánto durará esta fase de acercamiento de la economía verde a la economía real? tal vez hasta el momento en el que se comprenda que este nuevo modelo económico ya no es sólo una alternativa, sino el principal modelo aceptable.

Estamos en el inicio de los cambios, en cualquier caso ya hemos superado los primeros pasos, pero tenemos por delante una fuerte aceptación de todo lo nuevo, sostenible, verde e inteligente. Los referentes a nivel internacional deben afrontar dos cuestiones importantes: la energía, ligada al uso de fuentes fósiles, y el medio ambiente, el calentamiento global por la contaminación de las ciudades.

Es sólo cuestión de tiempo, pueden pasar 10, 20 o quizás 50 años y ya no volveremos a oír hablar de economía verde, simplemente porque toda la economía, además de su increíble potencial de autoadaptación, habrá sido modificada. No son sólo cuestiones energéticas y ambientales los motores que estimularán el cambio en la sociedad y, en consecuencia, en las ciudades. La historia de Internet está muy ligada a la innovación tecnológica. La idea de una red informática que permitiría a los usuarios de diferentes ordenadores comunicarse entre sí nació en los años 50, pero no fue hasta los 80 cuando descubrimos Internet, y diez años después se convirtió en el fenómeno popular que es hoy.

El tema de las ciudades inteligentes es complejo, con aspectos de cambios económicos, sociales y ambientales con innovaciones tecnológicas que se superponen, aunque provienen de matrices diferentes -la energética-ambiental y la

de las telecomunicaciones, es decir, las tecnologías TIC- e interactúan, presentando una sinergia tal que será difícil en un futuro próximo una separación formal y funcional.

Una red inteligente, por ejemplo, transporta energía eléctrica, pero al mismo tiempo transmite señales, instrucciones, información, utilizando tecnología TIC, para un uso más racional, conveniente y sostenible de la energía. Establecer si una red inteligente pertenece funcional y conceptualmente a un modo u otro no sólo es difícil sino que tal vez carezca de sentido.

Las "emergencias", dando a este término un significado no vinculado a la gestión de la calamidad, sino un significado mucho más amplio influenciado por la teoría de sistemas complejos, debe ser enfrentado de una manera cada vez más integrada, en la que el conjunto de conocimientos tecnológicos pueda ofrecer lo mejor que tiene para el bienestar colectivo.

Es posible que el concepto de ciudad inteligente nunca encuentre una definición capaz de satisfacer a todos los actores del cambio. La teorización de su concepto, sin embargo, puede formularse a partir del análisis de lo que se ha hecho y de lo que se está haciendo, de las experiencias generalmente parciales de desarrollo económico, social y ambiental que, aun en su diversidad, tienen un denominador común: el objetivo de mejorar la calidad del hábitat de los ciudadanos y la búsqueda de una nueva relación entre los ciudadanos y el medio ambiente.

A continuación presentamos algunas etapas del camino que nos lleva a una ciudad inteligente concebida no como un modelo posterior, sino como un modelo inclusivo, quizás la última etapa de cambio en nuestras ciudades.

LA CIUDAD SOLAR

Giovanni Francia (1911-1980), genovés, uno de los mayores científicos y estudiosos de las aplicaciones de energía solar. Conocido por sus estudios de carácter científico-tecnológico sobre los componentes y los sistemas para la utilización de energía solar, Francia tuvo intuiciones aún más importantes, como la visión de una ciudad capaz de funcionar utilizando solo una fuente de energía: la energía solar.

Según él, "la geografía, la topografía, el microclima, tienen mucha participación en el destino del hombre; no debemos olvidar que el sol comanda imponiendo su propia ley a todas las actividades que tienen como finalidad la vida. El sol, que es responsable de cada fenómeno de crecimiento, debe estar presente en cada espacio habitado y expandir sus rayos sin los cuales la vida no puede prosperar" (Silvi, 2005). Pero ¿cómo era para Francia la ciudad solar? En su visión, basada en la ciencia, el científico propuso: "una unidad urbana en la cual los servicios esenciales, iluminación, calefacción, electricidad, son asegurados de forma autónoma por medio de la energía solar" (Silvi, 2005).

La iluminación diurna la proporciona la luz solar que, a través de adecuados conductores verticales, llega a los diversos niveles de vida, donde cajas de aire en forma de paredes reflectoras son capaces de distribuir la luz a las partes más internas. La calefacción en invierno utiliza el exceso de energía solar del verano almacenada en acumuladores térmicos formados en el terreno subterráneo de la ciudad. El almacenamiento de una parte del calor del verano implica veranos menos calurosos; la restitución en invierno del calor de verano almacenado significa un invierno sin smog, es decir, niebla de contaminación y, por ende, menos frío.

La pequeña cantidad de energía eléctrica requerida por el núcleo urbano para los quehaceres domésticos puede ser proporcionada por medio de centrales termoeléctricas solares, con la ventaja de que estas no dependen de reservas de combustibles o materiales fósiles y tampoco contaminan la atmósfera.

La posibilidad de conducir la luz solar por medio de conductores en forma de paredes reflectoras permite que zonas verdes puedan surgir en todos los niveles de vida, de manera que el nivel de la tierra sea un verde contiguo sin comunicación con el verde que lo rodea. Muchos de los conceptos expresados por Francia en 1972 son aún actuales y, en muchos casos, encuentran aplicación, por ejemplo, en los caminos de luz, en las tecnologías de acumulación de calor de estación y en las mismas centrales solares termodinámicas tan estimadas por Carlo Rubbia, premio Nobel de Física.

También fue un italiano, Paolo Soleri, quien pensó y, en parte, llegó a realizar una "Ciudad Solar". En 1970, después de mudarse a Arizona, proyectó e inició un prototipo de ciudad, que llamó Arcosanti, para 5.000 habitantes, inspirada principalmente en el aprovechamiento de las fuentes de energía para una vida cotidiana que utilizara lo mínimo posible el medio ambiente. La ciudad fue idealizada teniendo como base un principio conceptualizado por Soleri: la arcología, palabra que nace de la fusión de arquitectura y ecología, que indica la armonización de la ciudad con el territorio circundante y, en particular, una compactación de la ciudad de modo que use menos el suelo y los recursos y disminuya de esta forma el impacto ambiental y la contaminación humana.

En Arcosanti, por ejemplo, los coches están prohibidos, la energía solar es utilizada y las construcciones son realizadas por el método de modelado de tierra, prefabricadas o fabricadas durante la obra. El proyecto de Soleri obtuvo gran visibilidad mediática, aunque la ciudad haya sido realizada en solo un 5% del proyecto inicial. Arcosanti es hoy una comunidad mixta: habitada por arquitectos, estudiantes y estudiosos que pagan por la estancia y la comida con su propio trabajo. (Soleri, 1981) Aunque el propio Soleri admitió el fracaso del proyecto, no se puede negar que algunas intuiciones eran correctas y que muchos conceptos elaborados por él no cayeron en el olvido, sino que fueron metabolizados por el movimiento de las transition towns.

Finalmente, recordamos que en algunas ciudades la energía solar es utilizada para proporcionar calor adicional a la red de calefacción urbana. La utilización de la energía solar no depende de los ciudadanos, sino que debe formar parte de un proyecto urbano. Estos sistemas solares de grandes dimensiones, llamados "large scale solar heating plants" (sistema de calefacción solar de barrio) están obviamente caracterizados por superficies captadoras muy extensas. Los mayores de ellos fueron construidos en una ciudad del norte de Europa.

El mayor fue construido en Dinamarca, en Marstal, en 1966 y tiene una superficie capaz de captar energía solar de 33,300 m²; en el mismo país se pueden encontrar otras 11 superficies superiores a 10,000 m². Otros sistemas de captación de energía solar de grandes dimensiones fueron construidos en Suecia, como por ejemplo en Kungälv (al sur de la provincia histórica de Bohuslän), y en Noruega, en Akershus, uno de los más recientes.

CIUDADES VERDES

Recientemente, hemos tenido ejemplos de mayor éxito en comparación con el de Soleri, de ciudades o, más precisamente, de barrios que utilizan fuentes de energía solar. Entre ellos, dos se han convertido en íconos: el barrio de Vauban, en Freiburg, y el de Kronsberg, cerca de Hannover, ambos en Alemania. Hay que tener en cuenta

que en estas ciudades no solo los aspectos energéticos son los principios inspiradores, sino también los ambientales.

El proyecto de Vauban es una demostración de cómo las intervenciones urbanas eco-sostenibles pueden ser efectivamente puestas en práctica. La intervención, que se desarrolla en una superficie de 38 hectáreas, nació en 1993 cuando el municipio de Freiburg compró el lugar donde se encontraba la instalación militar francesa en Vauban.

La iniciativa partió de abajo hacia arriba: un grupo de personas que vivía en Freiburg deseaba construir un barrio en el que pudiera vivir de acuerdo con sus propias necesidades. La administración municipal aceptó el desafío siempre que se garantizaran estándares de eficiencia energética y eco-sostenibilidad muy elevados, y dio inicio al proyecto. Una vez aprobados los convenios, fueron los usuarios organizados quienes contrataron a los profesionales, la mayoría jóvenes arquitectos.

La fase de proyección comenzó recuperando soluciones no solo eficientes y eco-compatibles, sino también arquitectónicamente satisfactorias. Vauban se destacó por sus "casas pasivas" muy coloridas y por lugares de encuentro que evidencian un elevado nivel de socialización de los habitantes que conviven en un modelo de vida alternativo.

El cuidado del verde público es una prioridad de la agenda del alcalde de la ciudad, así como crear nuevos carriles bici y limitar el tráfico en todos los niveles (los coches deberán circular a una velocidad de 7 km/h). Fue en el barrio de Vauban donde se llevó a cabo la primera construcción de edificios autosuficientes desde el punto de vista energético, que son al mismo tiempo productores de energía -la tecnología utilizada es la solar fotovoltaica- que luego fue vendida a la comunidad. Este fue el primer ejemplo de edificios de energía plus.

A su vez, el barrio de Kronsberg surgió en 1933 con el objetivo de crear un nuevo barrio residencial en el sur de la ciudad de Hannover, en una zona que durante años había sido destinada a la actividad agrícola. Se extendía sobre 150 hectáreas y comprendía alrededor de 6.000 unidades habitables, capaces de albergar a 15.000 ciudadanos. Los diseñadores que contribuyeron a su realización en este nuevo barrio pudieron experimentar todas las tecnologías de construcción eficientes disponibles.

De este modo, los edificios no seguían un patrón, sino que cada uno presentaba una peculiaridad, tanto desde el punto de vista de lo que podían aportar como desde el punto de vista arquitectónico. Se aplicaron prácticamente todas las tecnologías disponibles en el momento de la construcción: la intervención sirvió también como laboratorio capaz de convertirse en fuente de inspiración para arquitectos y empresas.

No fue sólo la energía lo que inspiró los proyectos. El tema de la movilidad urbana estuvo muy presente en las opciones: un eficiente sistema de carriles bici, de 1,5 km, que se integra con un sistema ferroviario que permite a los ciudadanos viajar en transporte público. Las paradas de VLT y de autobús se encuentran cada 500 metros y comunican fácilmente el barrio con el centro de la ciudad.

También se prestó especial atención a los aspectos medioambientales, de modo que para la construcción de los edificios se utilizaron materiales locales, los residuos se reciclan (recolección selectiva, tratamiento mecánico y compostaje, digestión anaeróbica) o se utilizan para la producción de energía a través de incineradores, el agua de lluvia se recolecta y reutiliza en inodoros de casas y escuelas, y un sistema de filtración natural de agua. Se creó un proyecto que comprende 11 km de acequias, a través de las cuales se recupera el agua de caminos, jardines privados y canalones.

Otro caso interesante es el de Heerhugowaard, "ciudad del sol", situada en Países Bajos, y considerada la mayor zona residencial sin emisiones de CO₂. La construcción comenzó en 2002 y finalizó en 2006. En el área, que abarca 118 hectáreas, se han construido hasta el momento 2.950 edificios, pero el objetivo es incrementar esta cifra con otros 12.000.

La ciudad holandesa del sol genera una cantidad de energía equivalente a 10 MW utilizando fuentes renovables (energía solar y energía eólica). Como toda ciudad sostenible que se precie, no se olvidan aspectos ligados a la ecocompatibilidad, como el uso de un sistema de filtración natural del agua.

Otro ejemplo de barrio verde lo podemos encontrar en Malmö, la tercera ciudad más grande de Suecia. Se trata de un barrio experimental llamado 8001, inaugurado en 2001, apodado "la ciudad ecológica del mañana", que pretende desarrollar una ciudad del futuro basada en la sostenibilidad ambiental, pero también en la construcción de una sociedad que tiene a la comunidad en el centro de las opciones y es capaz de alentar a los individuos a aumentar la calidad ambiental y social y a valorar el bien común.

El barrio se extiende sobre una superficie portuaria de 250.000 metros cuadrados. La construcción del barrio, con 1.200 alojamientos y alrededor de 3.600 habitantes establecidos, parques e infraestructura, fue organizada y desarrollada por asociaciones público-privadas. Desde el punto de vista energético, el barrio se puede definir como completamente autosuficiente.

El cien por cien de la energía necesaria se proporciona a través de fuentes energéticas renovables gracias al uso de todas las tecnologías disponibles como: solar térmico, solar fotovoltaico, reutilización de gases de biomasa, bombas de calor que aprovechan el invernadero de calor prácticamente infinito del mar y, naturalmente, una consistente cantidad de energía eólica disponible a través de un aerogenerador.

La propagación del conocimiento, a nivel global e interno en el barrio, está garantizada a través de un sistema de comunicación tecnológico avanzado. Los residentes pueden utilizar Internet para realizar compras, concertar citas en la lavandería común, controlar los electrodomésticos y la seguridad del hogar. Además de estos servicios, los residentes pueden compartir el uso de los coches puestos a disposición por el municipio de Malmö, así como un parque de coches eléctricos, de gas metano e híbridos pertenecientes a la comunidad.

Y todo esto empezó en 2001. El modelo sueco de "ciudad del mañana" tiene como característica la alta calidad arquitectónica, en este caso, los arquitectos involucrados supieron expresar su creatividad, demostrando que el vínculo con la sustentabilidad puede desarrollar nuevos conceptos; Ícono del barrio y punto de referencia para la orientación, la famosa torre residencial Turning Torso, un rascacielos diseñado por Santiago CALATRAVA, famoso arquitecto e ingeniero español, basado en una de sus esculturas.

El barrio 8001, en Malmö, donde conviven en armonía los temas medioambientales, la movilidad sostenible, la comunicación y, sobre todo, la participación de la ciudadanía en el proceso de implantación y también en su posterior gestión, tiene todas las características para ser considerado el primer modelo completo de ciudad inteligente europea y, quizás, global.

TRANSITION TOWN

Para que una ciudad cambie y se vuelva más inteligente, también es necesario implementar una innovación tecnológica que aporte soluciones alternativas a las convencionales. Sin embargo, la tecnología por sí sola no es suficiente para generar ese cambio. Y Es fundamental la disponibilidad de la ciudadanía para aceptar el cambio, que no puede basarse en nuevas reglas derivadas de un modelo de gobernanza más responsable (como es el caso de una normativa de edificación sostenible o de un plan energético capaz de aportar eficiencia energética y renovabilidad), sino que debe encarar con conciencia, individual y colectiva, la idea de que el modelo de desarrollo debe ser modificado.

Para un modelo socioeconómico basado en el aumento continuo del consumo, la propuesta de una alternativa que intente reducirlo puede fácilmente asociarse a un concepto de renuncia. Si el consumo es el indicador del desarrollo, ¿cómo puede su reducción garantizar también el desarrollo? El sistema económico que es nuestra referencia hasta hoy operó en el período posterior a la Revolución Industrial como un modelo de crecimiento que garantizaba el bienestar. Los efectos que generó son evidentes, al menos en lo que a sostenibilidad ambiental se refiere.

En este contexto se inserta el movimiento de las ciudades en transición, que nació en Irlanda, en Kinsale, y en el Reino Unido, en Totnes, por el ambientalista Robin Hopkins, en 2005 y 2006. El objetivo del movimiento es aumentar el nivel de conciencia que tienen los ciudadanos sobre temas relacionados con la sostenibilidad, de modo que estén preparados para la flexibilidad inherente a los cambios en curso. El concepto es muy simple: como el petróleo tarde o temprano se acabará, podemos aprovechar este período de tiempo para seguir la transición hacia una ciudad sin petróleo.

La iniciativa se extendió rápidamente y en 2012 ya eran 400 comunidades reconocidas oficialmente como participantes en el movimiento de ciudades en transición (con proyectos interesantes como "jardines comestibles") en el Reino Unido, Irlanda, Australia, Nueva Zelanda e incluso Italia. Son comunidades de diferentes tamaños, desde pequeños pueblos hasta ciudades reales (como Brixton). En Italia existen varias ciudades en transición, una de las primeras en ser reconocida oficialmente fue Monteveglio, en Bolonia.

El movimiento de las ciudades en transición considera la decisión de abandonar el petróleo no sólo como una respuesta necesaria a una situación crítica que se presentará, sino como un hecho positivo. La idea del movimiento es que una vida sin petróleo puede ser una vida más placentera, porque si en la era futura la Humanidad logra bajar la tasa de emisión de dióxido de carbono podremos lograr una era floreciente, caracterizada por la flexibilidad y abundancia, una época mejor para vivir, en comparación con la actual, en la que observamos un consumo alienante basado en la codicia, la guerra y el mito del crecimiento infinito.

EL MOVIMIENTO DEL DECRECIMIENTO FELIZ

"Quien crea que el crecimiento exponencial puede perpetuarse para siempre en un mundo en el que nada es infinito, o está loco o es economista", son las palabras de Kenneth E. BOULDING (1910-1993), economista y pacifista, cofundador de la teoría general de sistemas. y creador de numerosos proyectos de ciencias económicas y sociales.

La cita de BOULDING nos lleva directamente al tema del decrecimiento, que es el Principio inspirador de un movimiento italiano denominado Movimiento para el

Decrecimiento Feliz (MDF - Movimento Per la Decrescita Felice), que nació y se desarrolló informalmente a principios de los años 2000, y que luego se convirtió en una asociación fundada por Maurizio PALLANTE, ensayista, estudioso y divulgador científico del tema de la energía y medio ambiente y fundador del Comité para el Uso Racional de la Energía (CARE), en Italia (SCOTT, 2014).

El movimiento, basado en el decrecimiento teorizado por Nicolas Georgescu-Roegen (1906-1994), matemático y economista rumano, fundador de la Bioeconomía, parte del supuesto de que la correlación entre crecimiento económico y bienestar no es necesariamente positiva, porque se dan frecuentes situaciones en las que el aumento del producto interior bruto trae consigo una reducción de la calidad de vida.

Las acciones del Movimiento se pueden explicar de tres maneras: a) estilos de vida (consumo consciente y autoproducción); b) Política (constitución de círculos territoriales para fomentar el debate sobre el cambio de paradigma cultural en la sociedad y acciones concretas); c) Nuevas Tecnologías (uso de tecnologías que reducen el impacto ecológico y mejoran la calidad de vida independientemente del aumento o disminución del producto interno bruto; d) desarrollo de la realización de una red inteligente, dentro del contexto local, en la que los ciudadanos son productores y consumidores de energía mediante la eliminación de residuos, la reducción de la demanda y el uso de un mix tecnológico de fuentes alternativas.

CIUDADES RESILIENTES

Los eventos naturales relacionados con el cambio climático en curso han aumentado exponencialmente en todo el planeta. Es poco probable imaginar que una ciudad pueda volverse inteligente sin tener un proyecto que no prevea estos aspectos medioambientales para la seguridad de los ciudadanos.

La adaptación del entorno urbano al cambio climático a través de la evaluación de riesgos y la consiguiente promoción de estrategias de acción es la base de los programas internacionales de ciudades resilientes.

Modificar el activo urbano en las ciudades, estrategia que encaja perfectamente en aspectos más genéricos, pero inclusivos del modelo inteligente, requiere un análisis real de los riesgos en los que se incurre inmediatamente y también en el futuro, es decir, un programa consciente y también de financiación. Respecto a este último aspecto, es oportuno pasar de la actual forma verticalista de abordar la cuestión a una visión ascendente basada en la demanda expresada a nivel local, a partir de las ciudades.

Modificar la conformación urbana de las ciudades no es nada sencillo. Una nueva planificación del territorio de las ciudades, teniendo especialmente en cuenta los edificios históricos y el patrimonio artístico, debe tomarse en consideración junto con la conservación y recuperación inteligente de los centros históricos y de los edificios existentes. En otro nivel están las periferias urbanas, en las que es más sencillo planificar barrios resilientes y adaptables, teniendo en cuenta incluso complejos no energéticos.

Entre las acciones de comunicación a nivel internacional se encuentra la campaña Making Cities Resilient, lanzada en 2010 por la Agencia de las Naciones Unidas, que se dedica a reducir catástrofes (UNISDR), como instrumento de concienciación y apoyo a los gobiernos locales para reducir los riesgos urbanos a través de la mejora de la infraestructura, de la seguridad, de la eficiencia energética y recalificación urbana. Hasta el momento, alrededor de 1.382 ciudades y países se han sumado a la campaña. En el Informe de 2012, la ONU evaluó a Venecia como la mejor práctica de buena política para la reducción del riesgo de desastres naturales en el ámbito

lagunar y lo señaló como un ejemplo a seguir por todas las zonas que también tienen las mismas características geomorfológicas y climáticas que la ciudad de Venecia.

CIUDAD INTELIGENTE: EN LA DIRECCIÓN DE UN MODELO INCLUSIVO

Las experiencias analizadas hasta el momento tienen denominadores comunes que contribuyen a la definición del modelo de ciudad inteligente que se está desarrollando actualmente.

Entre los temas comunes encontramos la búsqueda de una nueva relación entre el hombre, el ciudadano y el medio ambiente. Las ciudades solares pasan de los recursos naturales -energía solar, eólica, biomasa- a hipótesis de modelos urbanos completamente autosuficientes desde el punto de vista energético. Algunas experiencias concretas observadas demuestran la posibilidad real de llevar a cabo el proyecto, por ejemplo, el barrio de Kronsberg o el barrio de Vauban, aunque la brecha que existe entre estos casos y la hipótesis de que una ciudad entera pueda funcionar de esta manera es aun muy amplia.

Las experiencias analizadas no se limitan a proponer modelos más eficientes, sino que comprometen a la ciudadanía a participar directamente en las elecciones políticas y en la gestión sucesiva, modificando costumbres en relación con la movilidad, que también debe ser sostenible.

La opción de pasar de una modalidad tradicional, basada principalmente en el entorno individual, a una sostenible, que valore los carriles bici, el uso de medios de transporte públicos, el uso de medios individuales, pero de una manera nueva, desde el uso compartido de automóviles hasta la movilidad eléctrica, en las ciudades inteligentes no es vista como una renuncia, sino como una elección conveniente para los intereses colectivos e individuales. Visitando los barrios de Kronsberg o Vauban se tiene la impresión de que los habitantes son "alternativos" y que en la base de todo hay una cultura ecologista.

Visitando el barrio Bo01 de Malmö se encuentra mucha gente de clase media. Bo01 está habitada principalmente por daneses que trabajan en Copenhague. Los desplazamientos desde casa al trabajo se simplificaron con la llegada de un metro rápido que cruza el río que separa Dinamarca de Suecia mediante el puente de Öresund.

Las ciudades no sostenibles se han vuelto verdes, al menos desde el punto de vista del tráfico, como, por ejemplo, Nueva York, con un 77% de los habitantes de Manhattan que no tienen coche y un 82% que va a trabajar a pie, en bicicleta, en autobús o en metro.

Todos estos cambios ponen de relieve demandas, pero también acciones concretas creadas para satisfacerlas, lo que constituye una prueba de que el camino hacia las ciudades inteligentes ya comenzó hace mucho tiempo.

CONCLUSIÓN

Las "ciudades humanas" constituyen una nueva modalidad de reorganización del espacio urbano, que no sólo se persigue la producción constante de bienes y servicios, sino que también se pretende establecer relaciones sociales que observen la necesidad del bienestar de los ciudadanos, como unidad, así como como aquellos inherentes a su convivencia, como la familia y amigos, con el objetivo de realizar la propuesta de las "ciudades inteligentes".

Las políticas públicas atentas a esta visión contemporánea de vivir en las ciudades han transformado la realidad de varias comunidades, especialmente en los países europeos. Ciudades enteras están experimentando transformaciones sustanciales en sus estructuras, gracias al entendimiento de que los ciudadanos deben estar felices y cómodos en la ciudad en que establecen su domicilio.

La ciudad no es un lugar para sufrimientos innecesarios, que pueden minimizarse mediante políticas públicas serias y de calidad, que tengan como objetivo mejorar la prestación de servicios públicos, especialmente en lo que respecta a la movilidad urbana, la seguridad, la salud y la educación. Todos estos servicios, cuando se gestionan eficientemente, proporcionan mejoras en la calidad de vida de los ciudadanos.

De esta manera, incluso si los conceptos aún no están consolidados en la comunidad académica, merece la pena estudiar el fenómeno desde el punto de vista de algo que está sucediendo y ha ido cambiando la forma de relacionarse en los centros urbanos. Todo esto, debido a un cambio de pensamiento por parte de los poderes públicos atentos a los cambios y demandas presentes en la comunidad. El lema principal de las "ciudades humanas" y también la idea de las "ciudades inteligentes" es mejorar la calidad de vida de la población.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *A Política*. 2.ed. Trad. de Roberto Leal Ferreira. Sao Paulo: Martins Claret, 2002.
- BERMAN, M. *Tudo o que é sólido desmancha no ar*. Sao Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política*. Sao Paulo: Editora Elsevier, 2000.
- DALL'Ó, G. *Smart City: La rivoluzione intelligente delle città*. Bologna: Societa Editrice 11 Mulino, 2014.
- FARHAT, S. *Dicionário Parlamentar e Político: o processo político e legislativo no Brasil*. Petrópolis; Editora Funda ao Petrópolis, 1996.
- FUSTEL DE COULANGES, N. D. *A Cidade Antiga*. Sao Paulo: Martins Claret, 2009.
- HESSE, K. *Escritos de Direito Constitucional*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- HOBBS, T. *O Leviatã*. Sao Paulo: Martins Claret, 2008.
- HUBBERT, M. K. *Nuclear Energy and the Fossil Fuels "Drilling and production Practise"*. USA: American Petroleum Institute, 1956.
- HUSSERL, E. *A Ideia da fenomenologia*. Trad. Artur Morao. Lisboa: Editora 70, 2000.
- KELSEN, H. *O que é Justiça*. Sao Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.
- MAAR, W. L. *O que é Política?* Sao Paulo: Editora Brasiliense, 1994.
- SCOTT, R.; BOULDING, K. *A Voice Crying in the Wilderness*. London: Palgrave Macmillan, 2014.
- SICILIANO AIETA, V. *Ética na Política*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- SILVI, C. *The Work of Italian Solar Energy Pioneer Giovanni Francia*. Orlando (USA): Proc. ISES Solar Word Congress, 2005.
- SOLERI, P. *Arcology: The City in the Image of Man*. Boston: Mit Press, 1981.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 333-343
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Aproximación al tratamiento legal y ético sobre los menores edad influencers

Approach to the legal and ethical treatment of underage influencers

María Candelaria Martín González¹

Universidad de La Laguna

Mientras tratamos de enseñar a nuestros hijos todo acerca de la vida, nuestros hijos nos enseñan de qué trata la vida.
(Angela Schwindt)

Sumario: Introducción. 1. Regulación jurídica de los influencers. 2. Regulación jurídica de los influencers menores de edad. 3. Responsabilidad de los padres a la sobreexposición de sus hijos menores de edad en redes sociales. Conclusiones

Resumen: En la actualidad nos encontramos con un auge de apariciones en redes sociales de menores de edad, incluso bebés, que son expuestos por sus propios progenitores ante toda una comunidad seguidores.

Las redes sociales, en las últimas décadas, se han convertido en un medio social de entretenimiento para todas las edades totalmente aceptado, sin embargo, no nos percatamos de que se han convertido también en un medio publicitario en el que muchas marcas ofrecen sus productos y servicios a través de personas "influencers", en este caso menores influencers, que generan un impacto dentro del público al que se dirigen. Así estos menores son "utilizados" por las marcas para que sus productos lleguen a un público donde sus campañas publicitarias tradicionales no llegan a hacerlo.

Sin embargo, desde una perspectiva legal, cabe preguntarnos si esa exposición puede vulnerar derechos del menor. Cuestionarnos si al tratarse de prácticas de naturaleza publicitaria, estamos ante contratos de trabajo de menores de 16 años y cuál es su regulación. Qué responsabilidad tienen los padres frente a esas prácticas y si las mismas son ética y moralmente correctas.

¹ Profesora-Doctora Universidad de La Laguna. Abogada Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife.

Recibido: 16/06/2024

Aceptado: 27/06/2024

DOI: 10.5281/zenodo.12594437

Palabras clave: influencers, redes sociales, menores de edad, progenitores, ley de influencers.

Abstract: Nowadays we find a boom of appearances in social networks of minors, even babies, who are exposed by their own parents to a whole community of followers.

Social networks, in recent decades, have become a fully accepted social medium for entertainment for all ages, however, we do not realize that they have also become an advertising medium in which many brands offer their products and services through "influencers", in this case minor influencers, who generate an impact within the target audience. Thus, these minors are "used" by brands so that their products reach an audience where their traditional advertising campaigns do not reach.

However, from a legal perspective, it is worth asking whether such exposure may violate the rights of minors. We must ask ourselves whether, since these practices are of an advertising nature, we are dealing with employment contracts for minors under 16 years of age and what is their regulation. What responsibility do parents have in relation to these practices and whether they are ethically and morally correct.

Keywords: influencers, social networks, minors, parents, influencer law.

INTRODUCCIÓN

Según el autor Díez Estrella, los influencers pueden definirse como "aquellas personas que tienen la capacidad de influir en el comportamiento de consumidores de manera mucho más incisiva que la publicidad tradicional, y de ahí que los fabricantes y las marcas se fijen en ellos para la promoción de sus productos y servicios".²

Otra definición dada por la fiscal Escarlata Gutierrez Mayo viene a decir que influencer "es aquel usuario que genera contenido a través de las redes sociales sobre diferentes temáticas, consiguiendo gran número de seguidores e interacciones a sus publicaciones y convirtiéndose en referente su ámbito. Estos influencers poseen la capacidad de modificar el comportamiento de sus seguidores, por lo que diferentes marcas de productos y servicios contactan con ellos para que promocionen sus productos a cambio de una remuneración"³

En el caso de los menores influencers que se exponen en las redes sociales se les denomina en el universo digital como "sharenting". Esta generación denominada Alpha, es decir, aquéllos nacidos después del año dos mil diez, utilizan las redes sociales, sobre todo la red social Tik Tok para subir videos de toda índole, muchos de ellos grabados por sus progenitores ya de forma profesional. Tales son los casos de "Las Ratitas", dos hermanas que tienen más de 25,4 millones de seguidores, MikelTube con más de 9,31 millones de seguidores, etc. Pero son cada día más los que se animan a estas prácticas y poseen perfiles en todas las redes sociales, recibiendo ingresos económicos, lo que a todas luces viene a ser un trabajo remunerado sin cobertura legal, tal como lo ponen de manifiesto Ramón Herrera y Alba Paños en su artículo "Los Menores en los entornos digitales".⁴

² DIEZ ESTRELLA, F. , "El régimen jurídico de los influencers". es.linkedin.com. 15 de mayo de 2018

³ GUTIÉRREZ MAYO, E, "Análisis jurídico del fenómeno de los menores influencers" www.icaoviedo.es

⁴ HERRERA, R y PAÑOS, A. "Los menores en los entornos digitales". Periódico El Mundo, 21 de junio de 2024, pág 2.

La utilización de estos “influenciadores” por las empresas y marcas se ha convertido en una práctica totalmente consolidada, por lo que tendremos que analizar cuál es la respuesta legislativa a dichas prácticas.

1. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS INFLUENCERS

Con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección del menor en los entornos digitales aprobado por el Gobierno el cuatro de junio de dos mil veinticuatro, se pretende entre otras medidas un alejamiento virtual de los menores de los entornos virtuales en general. Entre estas medidas, destaca la posibilidad de la realización de test pediátricos para detectar usos inadecuados de las redes, se establecen penas más elevadas por la difusión y creación mediante inteligencia artificial de contenido sexual o vejatorio en el que aparezcan menores, así como la imposición obligatoria y gratuita de controles parentales en todos los dispositivos digitales y etiquetado informativo.

Este anteproyecto de ley orgánica para la protección de menores en los entornos digitales incluye, como medida principal, la modificación del Código Penal en una serie de aspectos relacionados con lo ya establecido como “órdenes de alejamiento” con el fin de adaptarlas al actual paradigma tecnológico y crear lo que se podría definir como ‘órdenes de alejamiento virtual’, especialmente en entornos de plataformas virtuales y redes sociales.⁵ En este sentido, ya la Ley de Protección Digital recoge penas de cárcel de hasta dos años para los que creen contenidos falsos tanto visuales como de audio que contengan aspectos de corte sexual o vejatorio y recoge la agravante en los casos de distribución en internet o redes sociales. Así mismo, la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal establece en el artículo 183 del Código Penal, tras la actualización de septiembre de dos mil veintidós, el acceso al menor a través de internet. Dicho artículo viene a decir lo siguiente, “1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Si ponemos en relación la modificación del Código Penal en relación con el delito online child grooming y embaucamiento de menores a través de los entornos digitales, con el nuevo Anteproyecto de ley de protección de los menores en las redes sociales, observamos como pudiera ser el punto de partida para la regulación de la exposición de los menores en las redes sociales, pues podríamos llevarlas hasta su máxima interpretación entendiendo que los progenitores serían responsables de esa posible “utilización” de los menores para la comisión de los delitos establecidos en el artículo 183 del CP, estaríamos hablando de un supuesto de culpa in vigilando. En el delito de child grooming el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, tal como se ha establecido por la escasa jurisprudencia que tenemos hasta el momento, entendido dicho delito por la misma como el normal desarrollo y formación de la vida sexual; se trata de un delito de peligro, ya que lo que se protege no sólo es la

⁵<https://aulafamilia.malaga.eu/noticias/detalle-de-la-noiticia/ANTEPROYECTO-DE-LEY-ORGANICA-DE-PROTECCION-DIGITAL-DEL-MENOR/>

indemnidad sexual sino también el bienestar psíquico, desarrollo y proceso de formación en el ámbito sexual de los menores de dieciséis años.⁶

Por otro lado, en el Anteproyecto de Ley Orgánica se incluye también la obligación de incorporar de fábrica por todos los operadores y marcas el control parental en todos los móviles, tabletas, ordenadores y televisores inteligentes. Así mismo se prevee que este sistema de protección aparezca por defecto en todos los dispositivos y que se pueda configurar una vez encendido.

Otra de las medidas es el establecimiento de la edad mínima de dieciséis años para acceder y registrarse en las redes sociales, pasando de los catorce años actuales a los dieciséis, requiriendo el consentimiento de los progenitores en aquellos supuestos en los que se quisiera abrir una cuenta por debajo de la edad mínima. Por tanto, volvemos a cuestionarnos el papel de los padres en el acceso de los menores a las redes. Y, por otro lado, dado que algunas redes sociales, como por ejemplo tik tok, permiten el acceso a menores de trece o catorce años, cómo llevamos a cabo el control de protección. Se podría dar solución a este inconveniente mediante la utilización del método ya incluido en el artículo 89 de la Ley General de Comunicación Audiovisual de "verificación de la edad", en el que se dispone que la autoridad audiovisual competente "comprobará la efectividad de los sistemas de verificación y control de la edad para reducir el acceso de los menores de edad a contenidos audiovisuales dañinos o perjudiciales, que deberán estar alineados con las especificaciones técnicas que sirvan de base para la implementación de la cartera de identidad digital europea (EUDI Wallet) conforme al reglamento sobre el Marco para una Identidad Digital Europea (eIDAS2)".

Sería necesario toda una modificación de las herramientas existentes en nuestro sistema de control y verificación de la edad, del cual se prevé su incorporación en este año dos mil veinticuatro.

Por otro lado, otra de las medidas ya aceptadas y adoptadas por diferentes comunidades autónomas en sus centros educativos es la potestad de los mismos para regular el uso de los móviles y otros dispositivos. En estos casos, tanto en primaria como en secundaria se concede a las autonomías la regulación del uso de los móviles de acuerdo con lo establecido en el artículo 124 de la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que establece los planes de convivencia de los centros educativos. Sin embargo, esta es una de las medidas que ya ha sido aceptada y adoptada por muchos centros educativos para el próximo curso escolar siguiendo las directrices del Consejo Escolar de Estado.

En cuanto a la medida ya mencionada sobre los test pediátricos para detectar adicciones es una medida controvertida por varios motivos, entre los que destacan dos. En primer lugar, cabe preguntarse quién debe realizar el test, el propio médico-pediatra o un psicólogo. Y en segundo lugar, cómo detectar que estamos ante un caso de conducta adictiva, qué medios dispone el pediatra en la atención sanitaria general, cuando son los propios progenitores los que inducen al menor a la exposición en los entornos virtuales.

Además de todas esas medidas se incluyen también el control de las deepfakes y de las identidades falsas. Las primeras se incluirán dentro del nuevo artículo 173 bis del Código Penal, que regulará las falsificaciones con imágenes o voces manipuladas tecnológicamente, las que menoscaban la integridad de la persona afectada entre otras. En estos supuestos habría que plantearse cuánto está preparada la sociedad actual para enfrentarse a los avances de la Inteligencia Artificial. Y en relación a las identidades falsas, intenta este Anteproyecto sobre todo controlar aquéllos que mediante identidades falsas contactan con menores, se ganan su confianza logrando así que la víctima menor de edad envíe imágenes de contenido sexual. Se pretende agravar los delitos del Código Penal relacionados con las identidades falsas, artículos 181 y siguientes del CP.

⁶ MARTINEZ SANCHEZ, M. El acceso a menores con fines sexuales a través de las TIC: delito online child grooming y embaucamiento de menores, tras la reforma del CP por la LO1/2015. ELDERECHO.COM. Lefebvre, 2017

En el ámbito general de los influencers, se ha aprobado este año un Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en el que se entra a regular la actividad de los influencers en internet y que viene a obligar, entre otros aspectos, a etiquetar el contenido por edades. El objetivo de dicha norma es "la protección al menor y la difusión de contenidos publicitarios en coherencia con las normas europeas dictadas en los últimos años."⁷ En dicho reglamento se establecen una serie de obligaciones, las cuales son las siguientes: 1.- La prohibición de publicidad sobre tabaco. No se podrá realizar publicidad de cigarrillos electrónicos, cigarros, tabaco, hierbas para fumar, ni de las empresas que producen los productos referidos. 2.- La prohibición de publicidad sobre medicamentos, productos sanitarios o métodos con pretendida finalidad sanitaria, cuando no respete la normativa sobre publicidad y promoción comercial aplicable a este sector. 3.- La regulación de la publicidad de alcohol. Queda prohibido publicitar cualquier producto que sobrepase los 20 grados de alcohol en cualquier horario fuera de la franja entre la 01:00 y las 05:00 de la madrugada. Sí podrá hacerse publicidad de bebidas alcohólicas de una graduación menor a los 20º entre las 20:30 y las 05:00. Además, se contemplan otras limitaciones sobre el contenido de esta publicidad, que no podrá dirigirse a menores, asociar el consumo de alcohol al éxito social o personal, o fomentar un consumo sin moderación. 4.- La regulación de los juegos de azar. Se prohíbe la publicidad de las apuestas y los juegos de azar en toda programación dirigida a una audiencia potencialmente infantil. En el resto de los casos, solo podrá emitirse, por norma general, entre la 1:00 y las 5:00 de la madrugada. 5.- La protección a las personas menores de edad. Será necesario etiquetar el contenido por edades.

Este Decreto también obliga a todas las personas que se encuadren dentro del concepto de influencers, creadores de contenidos, followers, etc, según la descripción contenida en el mismo, a que se inscriban en un Registro en virtud a lo establecido en el artículo 39 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.⁸

También es de aplicación a estos supuestos la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que el artículo 3 de la citada Ley prevé las modalidades de publicidad ilícita. De entre ellas le serán de aplicación a los denominados influencers las siguientes: 1) La publicidad subliminal. 2) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios y 3) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.⁹ Entendemos que dentro

⁷<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/transformacion-digital-y-funcion-publica/Paginas/2024/070524-influencers-regulacion-contenidos-publicidad.aspx>

⁸<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/transformacion-digital-y-funcion-publica/Paginas/2024/070524-influencers-regulacion-contenidos-publicidad.aspx>

⁹ Artículo 3. Publicidad ilícita.

Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento, coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomente estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad, así como la que promueva la prostitución. Igualmente, se considerará incluida en la previsión anterior la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución. b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio,

de esta actividad cabría incluir toda aquella publicidad de la que no se especifica en los contenidos que se está haciendo uso de la misma.

Por último, hacer mención al Código de Conducta sobre el Uso de *Influencers* en la Publicidad. Dicho Código, que entró en vigor el 1 de enero del año 2021, establece que "las empresas que contraten o se valgan de *influencers* para la promoción de sus productos y servicios, deben advertir a éstos de que identifiquen en sus publicaciones la publicidad del contenido".¹⁰

En España es escasa la jurisprudencia y doctrina que se pronuncie sobre la regulación jurídica de la prestación profesional de los influencers. Así encontramos unas de las pocas sentencias que se han dictado, siendo la Audiencia Provincial de Madrid la que ha confirmado la sentencia dictada de condena a un anunciante por utilizar a influencers para promocionar sus productos sin revelar que es publicidad. El tribunal en cuestión desestimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de la anunciante contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 5 de Madrid, que estimó que la campaña de publicidad difundida era desleal, pues consistía en la difusión de vídeos de influencers publicados en el perfil de Instagram de la Compañía y en otras redes sociales, ya que en estos vídeos se hacía referencia a tratamientos específicos que se efectuaban en clínicas de la citada marca. En particular estos influencers explicaban en las redes los tratamientos que habían recibido, generando confianza entre sus seguidores, sin ponerse de manifiesto que se trataba de contenido publicitario. En este sentido, la citada Audiencia Provincial de Madrid consideró probado que la opinión vertida por el influencer tiene un evidente carácter publicitario y se enmarca en la campaña desarrollada por la demandada utilizando testimonios de personas conocidas, sin que pueda considerarse que se trata de una mera opinión o recomendación, sino que tienen un claro contenido y finalidad publicitaria, sin que se advierta de ello a los consumidores a quienes se dirigen estos mensajes.

Otra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid viene a establecer la relación de trabajo entre las Compañías y los influencers, poniendo de manifiesto lo siguiente, "*Hemos sostenido reiteradamente que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otros vínculos de naturaleza análoga [particularmente la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios], regulados por la legislación civil o mercantil, no aparece nítida ni en la doctrina, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social. Y ello es así, porque en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios, en tanto que el contrato de trabajo es una especie del género anterior, consistente en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo, pero en este caso dependiente, por cuenta ajena y a cambio de retribución garantizada. En consecuencia, la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia. Asimismo hemos afirmado que la dependencia y la ajenidad constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contratos, siendo la proyección*

explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros. c) La publicidad subliminal. d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

¹⁰ BENDITO, M. T. *La autenticación de publicidad y anunciante en la publicidad nativa y en particular en la publicidad de influencers*. Revista Aranzadi Doctrinal, Vol. nº8, pp. 217-250.2020

acumulada de indicios de una y otra sobre la relación concreta que se analiza la que permite la calificación...En todo caso, la dependencia ha de ser entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa; y que la ajenidad consiste en la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador, quien a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios.”¹¹

2. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS INFLUENCERS MENORES DE EDAD

La regulación examinada anteriormente tiene su aplicación y afectación al caso de los menores de edad que comparten sus historias en redes sociales, que suben contenidos o que se consideran influencers o sharenting. Pero concretamente la Ley 13/2022 de 7 de junio, de Comunicación Audiovisual, hace especial mención al caso de los menores influencers, en la que se establecen medidas de protección como “implementar sistemas que permitan calificar los contenidos de la plataforma; facilitar sistemas de control parental a los usuarios de la plataforma; indicar en los vídeos si los contenidos incluyen publicidad o prohibir usar datos de menores con fines comerciales,”¹² entre otras.

Sin embargo, todos los estudios apuntan a que cada vez es más frecuente encontrar niños de nueve o diez años que se registran en las redes sociales sin el consentimiento de sus padres o incluso bajo la permisividad de los mismos, por lo que nos enfrentamos a un sistema de fácil acceso y escasos controles. Así, el problema con el que nos encontramos con respecto a los menores de edad y su relación con las redes sociales, no está en poner un límite en la edad de acceso establecida por el nuevo Anteproyecto de Ley mencionado, sino en la dificultad a la hora de establecer un sistema de verificación de esa edad, pues nos encontramos con muchas plataformas donde únicamente solicitan para su registro la fecha de nacimiento y los apellidos o alias, lo cual con poner una fecha anterior a la de su nacimiento basta para su incorporación a la plataforma.

En este sentido, tanto el artículo 13 de la Ley Orgánica de Protección de Datos y el artículo 8 del Reglamento Europeo de Protección de Datos vienen a establecer que “El responsable del tratamiento hará esfuerzos razonables para verificar en tales casos que el consentimiento fue dado o autorizado por el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, teniendo en cuenta la tecnología disponible”, por tanto, se podría decir que el legislador español ha hecho dejación de sus funciones a la hora de proteger el bien jurídico del menor, cual es su protección frente a las posibles intromisiones en su vida y por tanto, que pudieran afectar a su dignidad, todo ello bajo la sospecha de dejación de vigilancia debida por parte de los progenitores e incluso, en algunos de los casos bajo su permisividad o en otros exponiéndolos ellos mismos. En este último caso, estaríamos ante los supuestos en los que existiría consentimiento del titular de la patria potestad, por lo que el responsable del tratamiento de datos se vería absuelto de toda responsabilidad.

Los derechos de los menores que se trataría de proteger por el legislador con unas garantías mínimas serían los derechos de privacidad, intimidad, dignidad, a la propia imagen que estarían en riesgo por la exposición de los mismos en las redes sociales. La nueva Ley de protección del menor, en su artículo 5 de la Ley 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor establece en su apartado 1, “los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, **identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos**

¹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 445/2021, de 14 de junio.

¹² VALDÉS, B. Ley de Influencers en menores: si incumplen los requisitos y son multados, los padres responderán de forma solidaria. Confilegal.com, 2024

riesgos y protegerse de ellos. Así mismo el artículo 4 de la misma Ley viene a decir que, 1. Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones. 2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. 3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública. 5. Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

Por tanto, de la lectura de la exposición de motivos de esta ley se extrae que la sobreexposición del menor puede considerarse una falta de protección del menor.

Otra de las consecuencias que tiene la exposición de los menores de edad en los entornos virtuales es una de las formas de maltrato más frecuentes como es el ciberacoso, situación en la que la víctima sufre el acoso por redes sociales mediante mensajes ofensivos, burlas, etc. El ciberacoso puede adoptar muchas formas: correos electrónicos, grupos en redes sociales que invitan a excluir a esa persona de las actividades, juegos creados para gastar bromas, etc. Se organizan a través de internet y, como cualquier acoso o discriminación, tiene consecuencias muy dañinas para la víctima.¹³

A la vista de de todos los perjuicios que se generan con la exposición de los menores en las redes sociales, cabe preguntarse, qué límites se deben poner y cual es la responsabilidad los progenitores?

3. RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES A LA SOBREEXPOSICIÓN DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD EN REDES SOCIALES.

El garantizar el respeto a los derechos de los menores de edad es tarea principal de cualquier progenitor que quiera preservar su intimidad, privacidad, etc, tanto desde una perspectiva ética como legal.

Abordando la Declaración de los Derechos del Niño, establece que "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño."

Son impactantes los estudios que confirman que tres de cada diez padres publican imágenes de sus hijos en redes sociales, lo que se denomina como *sharenting*, que es un anglicismo que proviene de las palabras *share* (compartir) y *parenting* (paternidad) y según el diccionario británico Collins consiste en "*la práctica de los padres de usar las redes sociales para comunicar abundante y detallada información sobre sus hijos*" ¹⁴ . La cuestión es la siguiente, cómo puede protegerse un hijo de esa sobreexposición por parte de sus progenitores si no puede negarse a

¹³ PIÑAR RAMIREZ, A. Los derechos de la infancia en internet y las redes sociales. Lavanguardia.com/vida/junior, 2021.

¹⁴ MARTIN DEL CAMPO FERNANDEZ PANIAGUA, A , Sharenting: ¿es ético publicar la vida de nuestros hijos en las redes? <https://docs.google.com/document/d/13CfbYy1dQay-U2DEqUghlOH27wDH2RCE/edit>, 2018.

ello o desconoce las consecuencias de esa actuación. A su vez, muchos de esos estudios afirman que esa sobreexposición es la causa de los supuestos analizados de grooming y bullying anteriormente. Por tanto, se da la paradoja que quien por quien se entiende que es quien tiene la potestad de protección del menor sea el mismo el que proporcione los medios para que se produzcan los delitos mencionados, por tanto, se debe exigir la responsabilidad debida a los progenitores en estos casos, que actúan en muchos de los casos en beneficio propio y no del menor.

En este sentido, a la vista de la falta de legislación que ponga límites a los padres que "utilizan" a sus hijos, exponiéndolos en los diferentes entornos virtuales, tanto con fines lucrativos como por el mero hecho de generar "me gustas" lo que conlleva según estudios científicos a generar dopamina y las consecuencias que ello implica, nos conduce a repensar el sistema de las redes sociales y cuáles son los aspectos a mejorar con respecto a los menores.

En un primer lugar, a los progenitores se les debe pedir dos acciones encaminadas a, por un lado, asegurar quién tiene acceso a las imágenes que suben de sus hijos, por tanto, deberían limitar los accesos. El problema se vería incrementado en aquellos supuestos en los que sus padres son influencers (instamamis o instapapis) y exponen a sus hijos en sus mismas redes donde ya tienen acceso infinidad de seguidores, lo que el límite se convierte en incontrolable. Por otro lado, los progenitores deberían repensar qué tipo de contenido suben de sus hijos, si el mismo pudiera perjudicarles en un futuro y si el menor tuviera la suficiente madurez, poder consensuar con los mismos qué tipo de contenido se va a exponer y sus consecuencias.

Sería necesario crear una normativa específica para estos casos, como lo han hecho en países de nuestro entorno. En Francia, por ejemplo se obliga a una comunicación previa a la autoridad laboral (en el caso de influencers con carácter lucrativo) y se limita las horas de grabación. Se prevé también una ley que imponga sanciones a los padres que difundan imágenes de sus hijos en las redes sociales y socaven su integridad física y moral pudiendo perder la autoridad parental. En Alemania se ha llevado a cabo una campaña publicitaria que dice lo siguiente: *"Hola mamá, hola papá. Soy yo, Ella... bueno, una versión digital de mí con un poco más de edad. Es sorprendente lo que puede hacer la tecnología en estos días ¿no? Todo lo que necesitas es un par de fotos como las que ustedes comparten en las redes sociales, en donde pueden ser recuperadas y usadas... por cualquier persona", dice el personaje en el spot. "Sé que para ustedes -agrega-, estas fotos no son más que recuerdos. Pero para otros son datos. Y para mí es quizás el comienzo de un futuro horrible"*.¹⁵

Nuestra jurisprudencia ya se ha posicionado al respecto, y ha declarado la responsabilidad de los padres frente a la sobreexposición de los hijos en las redes sociales.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de junio de dos mil quince, ya ha declarado ilegal la subida a la red de fotos de un menor cuando no existe consentimiento de ambos progenitores independientemente de quien ejerza la guardia y custodia, que se da sobre todo en los casos de separación de los mismos. Si alguno no lo concediere deberá acudir al Juzgado a solicitar autorización en virtud del artículo 156 del Código Civil. Por lo tanto, el progenitor que constata que han subido una foto de su hijo menor sin su consentimiento puede instar al juzgado, a través del correspondiente procedimiento judicial, para la inmediata retirada de esta. El juez, por su parte, valorará el caso atendiendo a las circunstancias, sin perjuicio de que se pueda reclamar por los daños y perjuicios que ello haya generado tanto al menor como a los padres. Pero ¿qué pasa cuando hay consentimiento por parte de los progenitores o son ellos mismos los que sobreexponen a sus hijos? En estos casos en que los menores no tengan suficiente madurez, "el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, así lo establece el artículo 3.2 de la

¹⁵<https://undergroundperiodismo.com/campana-alemana-alerta-sobre-compartir-fotos-de-los-hijos-en-redes-sociales-video/>

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

En los supuestos en los que aunque los padres estén de acuerdo en subir imágenes de sus hijos menores de edad, el apartado 3º del artículo 4 de la LO de Protección Jurídica del Menor dispone que, *"Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales"*.

Por ello son numerosas las sentencias de nuestros tribunales que condenan a los progenitores a retirar dichas imágenes e incluso a resarcir por daños y perjuicios causados al menor. Esto ha significado que últimamente muchos progenitores hayan tomado la decisión de dejar de publicar material de sus hijos en las redes sociales aún a pesar de haberse lucrado con anterioridad a base de la utilización de sus hijos como influencers. Todo ello a la vista de las posibles demandas a las que se pudieran enfrentar en aquellos supuestos en los que sus hijos al adquirir la mayoría de edad pudieran demandarlos por vulneración de sus derechos. Estas posibles demandas a las que se enfrentarían los progenitores tendrán su base en lo establecido en el artículo 197.7 del Código Penal ¹⁶. En estos casos tendría que intervenir el Ministerio Fiscal en su función de protección de los derechos del menor. Esta cuestión ya fue planteada en un tribunal de Roma, donde un hijo de dieciséis años denunció a su propia madre por colgar sin su consentimiento fotos y comentarios sobre él, lo que le provocaba una enorme "presión mediática". La progenitora contaba con un fuerte seguimiento en redes sociales, lo que justificaba la petición del menor para retirar las fotos. Por ello el tribunal ordenó la eliminación de todo el material y prohibió a la madre a seguir subiendo fotos de su hijo, so pena de una indemnización de hasta 10.000 €. ¹⁷

En definitiva, cabría preguntarse muchas cuestiones que quedan en el aire como puede ser si se permitiría la revocación del consentimiento efectuado por un hijo menor de edad, cabría plantearse también si sería necesario implementar un Caja de consignaciones como se ha hecho en Francia, donde los progenitores ingresarían los beneficios obtenidos por los menores de edad. Son muchas las cuestiones que entendemos que la nueva Ley, a la vista del Anteproyecto aprobado, no entra a estudiar ni, por consiguiente, a regular.

CONCLUSIONES

Cuando pensamos en nuestros hijos menores de edad y su relación con las redes sociales, nos hacemos eco de todas las amenazas a las que se enfrentan a diario desde el punto de vista de personas ajenas que pueden entrometerse en sus vidas, vulnerando sus derechos a la intimidad, a la dignidad, a la propia imagen, a la privacidad, etc. Pero no nos damos cuenta de que podemos ser nosotros mismos los que los enfrentemos a esas amenazas unas veces con ánimo de lucro sin pensar en las consecuencias futuras y otras veces por desconocimiento.

Ese desconocimiento nos lleva a enfrentarnos a unas consecuencias tanto éticas como legales, que a pesar de no estar totalmente definidas en nuestra legislación, pues carecemos de una regulación específica al respecto, aún así son numerosas las normas y la doctrina jurisprudencial que aboga por la más alta protección del menor, lo que nos lleva a concluir que en nuestro sistema legislativo

¹⁶ Art 197.7 CP "Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona."

¹⁷ BARJOLA, J.M. Subir la imagen de un menor a redes sociales: cuándo es ilegal y cómo reclamar para ello. Noticias.juridicas.com, 2019

gozamos de unas garantías legales frente a la desprotección con la que se encuentran los bienes a proteger de los menores en su sobreexposición en las redes sociales por parte de sus progenitores. Esta desprotección la encontramos sobre todo cuando se utiliza al menor en los entornos virtuales con fines publicitarios y lucrativos. No existe una ley que regule el carácter publicitario de estas prácticas, lo que lleva a plantearse si la normativa actual es suficiente y si el nuevo Anteproyecto de Ley incide de forma específica en esta cuestión.

Lo que no debemos olvidar cuál es el bien jurídico a proteger, cuales son los derechos del menor y en este sentido nuestra legislación es clara "con los derechos de los menores no se juega". Sin embargo, la normativa con respecto al tratamiento de las imágenes de los menores con fines publicitarios es un tanto ambigua, pues no determina ni regula con exactitud todas las consecuencias que se generan por la exposición de los menores en cualquier entorno virtual, ni la responsabilidad a la que se enfrentan los progenitores ante las mismas. Ante esta situación, es preceptiva una regulación urgente que de forma específica regule estas situaciones con el fin de evitar futuros procesos judiciales en los que ver inmersos a padres e hijos, en pro de un buen entendimiento entre los mismos.

BIBLIOGRAFIA

- BENDITO, M. T. *La autenticación de publicidad y anunciante en la publicidad nativa y en particular en la publicidad de influencers*. Revista Aranzadi Doctrinal, Vol. nº8, pp. 217-250.2020
- BARJOLA, J.M. Subir la imagen de un menor a redes sociales: cuándo es ilegal y cómo reclamar para ello. Noticias.juridicas.com, 2019
- DIEZ ESTRELLA, F. , "El régimen jurídico de los influencers". es.linkedin.com. 15 de mayo de 2018
- GUTIÉRREZ MAYO, E, "Análisis jurídico del fenómeno de los menores influencers" www.icaoviedo.es
- HERRERA, R y PAÑOS, A. "Los DIE menores en los entornos digitales". Periódico El Mundo, 21 de junio de 2024, pág 2.
- MARTIN DEL CAMPO FERNANDEZ PANIAGUA, A , Sharenting: ¿es ético publicar la vida de nuestros hijos en las redes? <https://docs.google.com/document/d/13CfbYy1dQay-U2DEqUghlOH27wDH2RCE/edit>, 2018.
- PIÑAR RAMIREZ, A. Los derechos de la infancia en internet y las redes sociales. [Lavanguardia.com/vida/junior](http://lavanguardia.com/vida/junior), 2021.
- VALDÉS, B. Ley de Influencers en menores: si incumplen los requisitos y son multados, los padres responderán de forma solidaria. Conflegal.com, 2024 <https://aulafamilia.malaga.eu/noticias/detalle-de-la-noticia/ANTEPROYECTO-DE-LEY-ORGANICA-DE-PROTECCION-DIGITAL-DEL-MENOR/>
- <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/transformacion-digital-y-funcion-publica/Paginas/2024/070524-influencers-regulacion-contenidos-publicidad.aspx>
- <https://undergroundperiodismo.com/campana-alemana-alerta-sobre-compartir-fotos-de-los-hijos-en-redes-sociales-video/>



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 24. Núm. Ordinario (2024), pp. 344-353
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Direito financeiro estratégico de Fabrício Dantas. Editora d'plácido, São Paulo, 2022, 452pp. ISBN 978-65-5589-509-4.

Strategic Financial Law by Fabrício Dantas. Editora D'Plácido, São Paulo, 2022, 452pp. ISBN 978-65-5589-509-4.

Fábio Lucas de Albuquerque Lima¹

Centro de Estudos Jurídicos Celso Barroso Leite, Brasília, DF, Brasil

Sumario: 1. Introdução. 2. O Direito Financeiro Estratégico. 3. Descrição dos capítulos do livro. 4. Crítica da obra. 5 Considerações finais. 6. Referências.

Resumo: Este artigo objetiva resenhar criticamente a obra "Direito Financeiro Estratégico", de Fabrício Dantas, publicada pela Editora D'Plácido, São Paulo, 2022, 452pp. A análise segue uma abordagem sob o método dedutivo, descrevendo as principais categorias da obra, para, após isto, fazer a crítica do livro. Para tanto, no tópico 1, o artigo apresenta a obra, recentemente publicada, bem como o seu autor. No tópico 2, contextualiza-se a tese do *direito financeiro estratégico* de Fabrício Dantas, baseada em uma interdisciplinaridade com a teoria sociológica dos sistemas de Talcott Parsons, a teoria dos jogos e Ciência Política. No tópico 3, descrevem-se as ideias principais contidas nos capítulos do livro. No tópico 4, tecem-se críticas à tese do autor, visando encontrar convergências, divergências ou lacunas no livro resenhado, em relação à literatura. Por fim, o artigo traz as considerações finais acerca da relevância e contribuições da obra resenhada para a comunidade científica.

Palavras-chave: Direito Financeiro. Direitos Fundamentais. Teoria dos jogos.

Abstract: This paper aims to present a critical review of the book "Strategic Financial Law", by Fabrício Dantas, published by Editora D'Plácido, São Paulo, 2022, 452pp. The methodology follows the deductive method, describing the main categories of the work and then comparing it to the literature. Thus, to this end, topic 1 introduces the work and its author. Topic 2 describes Fabrício Dantas' strategic financial law thesis, considering its interdisciplinarity with Parsons' sociological theory, game theory and political science theories. Topic 3 presents the main ideas in each chapter of the book. Topic 4 analyses the book's main thesis, aiming to find convergences, divergences or gaps in relation to the literature. Lastly, the article concludes with

¹ Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Procurador Federal em Brasília. Coordenador-Geral de Editoração do Centro de Estudos Jurídicos Celso Barroso Leite, em Brasília, DF, Brasil.

final considerations on the relevance and contributions of the book reviewed to the scientific community.

Keywords: Financial Law. Human Rights. Game Theory.

1. Introdução

O Direito Financeiro demorou para ascender ao *status* formal e material na esfera do constitucionalismo contemporâneo.

Entretanto, com a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, essa situação estratégica se concretizou tópica e substantivamente no Título VI, Capítulo II, *DAS FINANÇAS PÚBLICAS* da Carta Magna.

De modo que, embora a constitucionalização das normas financeiras tenha sido disposta formalmente no movimento de redemocratização do país, o reconhecimento material da importância constitucional do Direito Financeiro foi acontecendo paulatinamente ao longo dos anos, depois do fim do regime ditatorial.

O Direito Constitucional Financeiro, a judicialização da política e o crescimento do *judicial review*, a internalização dos processos sociológicos de institucionalização, a relevância da sustentabilidade na análise dos fenômenos jurídicos, dentre outras categorias, são discutidas, com originalidade e em profundidade, no livro ora resenhado: "Direito Financeiro Estratégico" do professor Doutor Fabrício Dantas Leite.

O livro recebeu edição especial da Editora D'Plácido e possui 452 páginas. A obra é prefaciada pelo jurista Heleno Taveira Torres, Professor Titular de Direito Financeiro da USP e é apresentada pelo ex-Ministro da Fazenda, Dr. Joaquim Vieira Ferreira Levy.

Somente essas referências credenciariam o seu autor e recomendariam a leitura da obra. Mas para além disso, Fabrício Dantas é doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Foi Procurador da Fazenda Nacional e é atualmente Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Foi Secretário-Executivo Adjunto do Ministério da Fazenda e Presidente Substituto do Conselho de Política Fazendária na gestão do Ministro Joaquim Levy. O autor também é professor da renomada Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas.

A importância de resenhar a obra se encontra na abordagem metodológica inovadora adotada no livro, o qual, por exemplo, utilizando a teoria dos jogos para a análise do Direito Constitucional Financeiro, cria a *teoria do direito financeiro estratégico*.

Este artigo objetiva analisar criticamente as principais categorias trabalhadas no livro, apresentando-o para a comunidade científica em geral, abordando inclusive os desdobramentos que a continuidade das pesquisas no tema do direito financeiro estratégico pode ensejar no âmbito do Direito Constitucional Financeiro.

Para cumprir esta finalidade, a resenha crítica, no tópico 1, descreve os paradigmas metateóricos que fundamentam a teoria do direito financeiro estratégico; em seguida, no tópico 2, discorre sobre as principais ideias objeto dos capítulos da obra; e, no tópico 3, faz a análise crítica da tese do autor. Ao final, tecem-se as considerações finais sobre a importância da obra resenhada.

2. O Direito Financeiro Estratégico

De ponta a ponta, o livro de Fabrício Dantas analisa os motivos ou as *forças reais de poder* que interferem no mecanismo de funcionamento das Finanças Públicas, agora sob a roupagem constitucional do Direito Constitucional Financeiro. Desde a

demora em se reconhecer na legislação infraconstitucional a *Constituição Financeira*, passando pela necessidade de justiça na sustentabilidade fiscal num pacto intra e intergeracional, até o modo como as instituições trabalham a cooperação interinstitucional, extremamente necessária, na modalidade predominantemente cooperativa entre os entes federativos e a União, visando o bom funcionamento do sistema financeiro, são questões discutidas ao longo da obra.

De fato, estando o Direito Constitucional Financeiro posto na Constituição de 1988, a demora em sair do foco da legislação infraconstitucional para um *zoom out* da planície orientativa contida no texto constitucional, denota uma resistência temporal à compreensão da relevância do Direito Financeiro para a consecução da qualidade no gasto do Estado para atender às expectativas sociais.

De certo modo, o período autoritário anterior à Carta Maior relegava o Direito Financeiro às lindes da infraconstitucionalidade e assim ele ficou durante os primeiros anos da redemocratização do país. Enquanto o olhar dos estudiosos e mesmo do eleitor médio se dirigia ao problema do valor orçado das receitas, através da fixação anterior de tributos no orçamento, com o novo regime democrático, abrem-se as portas para que a lupa do contribuinte se dirija ao modo como o Estado realiza o *gasto público*.

A tensão que percorre todo o livro apresenta o paradoxo entre a limitação dos recursos e a expansão do reconhecimento de direitos fundamentais. Para discutir essa tensão, Dantas permeia sua argumentação jurídica com os clássicos das teorias institucionalistas:

O chamado "novo institucionalismo" mudara a estrutura política do Estado Administrativo para além da legitimação democrática da influência de um Poder sobre o outro. A multiplicidade de centros decisórios institucionais criava um complexo mecanismo de manipulação política, que estimulava grupos de interesse a manobrar o poder democrático, ao largo das instituições clássicas da separação dos poderes. A teoria institucional da decisão jurídica ganhava novos atores, novas técnicas e formas mais sofisticadas de manipulação política, enquanto a teoria constitucional mantinha o olhar unívoco para o papel do Judiciário na estrutura tradicional de poder².

Como essa trama entre as interações institucionais dos líderes e representantes de Poderes perpassa toda a tese do Direito Financeiro Estratégico de Dantas, o autor também busca subsídios teórico-metodológicos na teoria da ação social de Talcott Parsons, não para construir um marco teórico central da sua tese em discussão sociológica apenas, mas para, de forma interdisciplinar, costurar a importância dos arranjos dialógicos interinstitucionais que se prologará até o final da obra. Nesse aspecto, aduz Dantas que:

A visão institucionalista do direito, portanto, não se limita a uma estrutura subjetiva de órgãos, entidades ou instituições. O comportamento e as relações sociais e institucionais, dentro de padrões de interação, são o centro do institucionalismo, que busca ainda elementos lingüísticos e componentes técnicos da *teoria da decisão interativa*³.

Não há dúvida da influência do sistema sociológico de Parsons na sociologia estadunidense⁴, porém não somente Parsons, mas muitos outros sociólogos e juristas trabalharam a questão da importância do discurso⁵

Os sistemas que reconhecem os mecanismos de institucionalização tendem à utilização de um método que coloca maior ênfase na coercibilidade social de forma

² DANTAS, F. *Direito Financeiro Estratégico*. Ed. D'Plácido, São Paulo, 2022, p. 51.

³ DANTAS, F. *Ibid.*, p. 53.

⁴ MOREIRA, A. da S. "A Construção Social da Realidade de Peter Berger e Thomas Luckmann". *Caminhos*, v. 20, nº 1, pp. 12-28, 2020.

⁵ VALDIVIA, J. F. C. "El análisis discursivo del derecho". *Opinión Jurídica*, v. 3, nº 5, 2004, p. 107.

normativa para além da natureza cognoscitiva⁶. Por outro lado, a visão normativista de que a ordem social se impõe como o pensamento coletivo, recebe algumas críticas metodológicas, embora minoritárias. Em que pese os autores da sociologia do conhecimento como Mannheim⁷ ponderarem que não existem pensamento senão no nível individual, e, de mesmo modo, Machado Neto desafiar que algum conhecimento tenha sido produzido fora do espectro do indivíduo ou grupo de indivíduos reunidos⁸, as abordagens funcionalistas privilegiam um olhar da influência do coletivo sobre o nível da ação social.

Dando sequência a discussão sociológica, coloca-se que a importância da linguagem é demonstrada não apenas no sistema funcional estruturalista de Parsons, como na teoria institucionalista funcional de Berger e Luckmann, mais pendente ao funcionalismo de Durkheim (embora reconheça a importância do método compreensivo weberiano). Durante toda a obra *Direito Financeiro Estratégico*, essa discussão dos paradigmas metateóricos abrilhanta a argumentação contida no livro.

De modo que se pode afirmar que na obra resenhada a abertura das perspectivas da ciência política, da sociologia e da teoria geral do direito, que alicerçam facilita a compreensão da relevância do Direito Financeiro, como um ramo do sistema jurídico que se denota *estratégico*. A influência do método compreensivo weberiano como ponto de partida, não somente da teoria dos sistemas de Parsons, mas, a título de exemplo, para a formulação da teoria da ação comunicativa de Habermas, demonstra a importância metodológica weberiana. Neste sentido, também é clara a interpretação de Dantas:

Tanto a teoria da ação social de Weber, em que as interações sociais são praticadas por indivíduos que compreender o seu comportamento, quanto a teoria do sistema social de Parsons, com a conjunção dos processos de internalização e institucionalização dos padrões sociais, tornaram-se a base de uma releitura sistêmica e institucionalizada do direito⁹.

Para além disso, a necessidade de uma burocracia escolhida com base em critério de mérito, podem ser outro ponto em que a influência de Max Weber se faça sentir na administração das finanças públicas.

Entretanto, preferências metodológicas à parte, como bem abordam Berger e Luckmann, não existe incompatibilidade frontal ou total entre o individualismo weberiano e as metodologias coletivistas, como a marxista e a sociologia de Durkheim, para fins de abordar o funcionamento das instituições, enquanto organizações¹⁰. As diferenças se avultam quanto à postura crítica e ao conteúdo de que tomam partido ou defesa.

Pode-se dizer que esse alicerce de ciência política, hermenêutica e sociologia, que os capítulos iniciais abordam, irá subsidiar, junto com a teoria dos jogos, a exposição e argumentação pela defesa de um sistema interativo de ampla cooperação, com sustentabilidade intergeracional para construção social de um diálogo interinstitucional. Essas abordagens interdisciplinares são estruturantes na obra e seu autor irá demonstrar como esse conhecimento multifacetado circunda o ordenamento jurídico das finanças públicas no Direito brasileiro.

3. Descrição dos capítulos do livro

Ao longo do Capítulo 1, o autor demonstra como o arranjo fiscal brasileiro, desde a década de 1980, estava fragilizado com um endividamento no nível subnacional, e

⁶ BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *A Construção Social da Realidade*. Vozes: Petrópolis, 2022.

⁷ MANNHEIM, K. *Sociologia*. Editora Ática, São Paulo, 1982.

⁸ MACHADO NETO, L. A. *Sociologia Jurídica*. Saraiva: 3ª ed. São Paulo.

⁹ DANTAS, F. Op. Cit., p. 54.

¹⁰ BERGER, P. L.; LUCKMANN, T. *A Construção Social da Realidade*. Vozes: Petrópolis, 2022.

como se processou a estruturação de um sistema de freios e contrapesos capitaneados pela União (Congresso Nacional e Poder Executivo) para instituir programas de estabilização fiscal dos entes federativos. Tal reestruturação tem seu ápice com a promulgação com maciça votação favorável da Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Segundo Dantas:

Além de seu amplo reflexo subjetivo, a LRF modificou aspectos materiais da atividade financeira do Estado. Seus quatro vetores axiológicos precípuos, portanto, planejamento, transparência, responsabilidade e controle, fixaram a responsabilidade fiscal como contraponto à completa desorganização que imperava na arrecadação de receitas e na realização de despesas, evolução sensível em matéria de finanças públicas e, por via de consequência, estimularam uma vasta produção acadêmica, que influenciou diretamente na elevação da responsabilidade fiscal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹.

O Capítulo 1 se encerra com uma discussão de controle concentrado de constitucionalidade sobre a preponderância da Secretaria do Tesouro Nacional sobre a *accountability* das finanças públicas dos demais entes federativos e já faz um gancho com a continuidade da discussão doutrinária, ao enfatizar arranjos colaborativos para a superação do problema da escassez de recursos e a crescente necessidade de atendimento às expectativas sociais¹².

Mas o autor não fica por aí. O Capítulo 2, além de trazer novamente questões epistemológicas, brinda o leitor com discussão teórica que vai desde Grécia e Roma Antigas até chegar ao patamar atual em que o Direito Financeiro está contextualizado no nível constitucional:

Os Estados grego e romano, até pela noção de unidade geral, não conheceram a economia política de Estado. Na visão de Hannah Arendt, havia uma extraordinária dificuldade de compreender a "divisão decisiva entre as esferas públicas e privada, entre a esfera da *polis* e da família". Em feliz síntese de Gunnar Myrdal, a dimensão política da economia era vista como uma espécie de administração doméstica coletiva (*Volkswirtschaft*)¹³.

A história assim avança, passando pela Idade Média, para, enfim, com a Idade Moderna e os estados nacionais, permitir o surgimento de uma ciência sistematizada da economia política. Com a evolução doutrinária das finanças públicas, o modelo passa de uma análise mais detida sobre a ótica da política fiscal, para nos séculos seguintes (XIX e XX), ver-se o surgimento do Direito Financeiro. Assim, antes da redemocratização do Brasil em 1988, predominava a visão da arrecadação das receitas e alocação das despesas como política fiscal, e a dogmática se reduzia à Ciência das Finanças, com predomínio inclusive da tributação. Até chegar à redemocratização do país, o autor traz a discussão normativa e teórica, com importantes passagens pela Lei de Contabilidade Pública.

Com a Constituição de 1988, há a recepção de legislação anterior, mas, no entanto, as receitas públicas e a racionalidade do gasto público estão no texto magno e, com os direitos fundamentais agora não somente programáticos, mas direitos de aplicação presente, é necessário fazer uma argumentação estratégica de como o Estado adimplir todas as obrigações sociais assumidas pelo e para o povo na Constituição. Esse é um bom gancho para conectar *política* e *Constituição*: a perspectiva do capítulo seguinte.

Então assim o Capítulo 3 discute desde as suas origens até a governança constitucional da organização dos poderes políticos dentro do Estado e a mesma governança do poder para realização das políticas públicas.

¹¹ DANTAS, F. Op. Cit., p. 75-76.

¹² DANTAS, F. Ibid., p. 83.

¹³ DANTAS, F. Ibid., p. 97-98.

Do predomínio do monarca ou déspota, no modelo de absolutismo, os pensadores e a classe políticas estruturaram uma forma de dividir o poder, que resultou na teoria da divisão dos poderes, a mais famosa das quais de Montesquieu, em *O Espírito das Leis*. Essas teses ao longo do iluminismo buscaram defender os direitos civis e políticos dos cidadãos, inclusive em face do próprio Estado.

Passando ao Capítulo 4, o mesmo se inicia com uma metáfora, explicada com maestria pelo autor: “*privilegiar a alma externa, a aparência, o reflexo, pode ser paradoxalmente um caminho para a solidão*”¹⁴.

Nesse sentido, é que houve a positivação dos direitos fundamentais de forma que antes era meramente programática sem um planejamento prévio ou sem o pacto social que visasse também o custeio dos direitos pactuados na Constituição e que agora, diante da limitação fiscal, não prescindem mais de um planejamento técnico estruturado. Assim, preocupado com a consecução social dos direitos fundamentais, pondera Dantas:

A posição competitiva na alocação, fiscalização e interpretação do binômio fiscal-social na negociação institucional culmina com os resultados decepcionantes que se sucedem, a despeito das previsões constitucionais de vanguarda.

As concepções teóricas que foram desenvolvidas para tentar aumentar a efetividade dos direitos fundamentais somente pensaram em um lado da questão, ou seja, na densidade normativa dos princípios. Esqueceram, portanto, o lado concreto, qual seja, o gasto ineficiente de recursos públicos escassos para o atendimento de todas as demandas decorrentes da efetivação destes princípios”¹⁵.

O autor propõe então uma premissa para a busca de atendimento dos direitos fundamentais: a qualidade no gasto público. Isso necessita de uma *accountability* específica¹⁶. Além das premissas técnicas de qualificação do gasto público e do controle, o Capítulo 4 põe na mesa a discussão da interação estratégica interinstitucional para que o pacto do atendimento das expectativas sociais da geração presente não inviabilize o compromisso e as expectativas das gerações futuras¹⁷.

Por fim, no Capítulo 5, apresenta-se a utilização dos ferramentais teórico-empíricos das seções precedentes.

Com farta demonstração de aplicabilidade prática da teoria dos jogos, o autor apresenta várias matrizes nas quais a cooperação institucional, a busca pela sustentabilidade e a responsabilidade fiscal podem influenciar positivamente na consecução das políticas públicas que garantam os direitos fundamentais previstos na Constituição.

4. Crítica da obra

A sistemática de freios e contrapesos promove a repartição do poder entre Executivo, Legislativo e Judiciário, que parece perfeita na teoria, na prática encontra diversos dilemas e paradoxos. Como o autor vem enfatizando desde o início do livro, uma série de direitos fundamentais foram reconhecidos constitucionalmente e o Direito Financeiro precisa alcançá-los. Como o Executivo muitas vezes não consegue atender à abrangência constitucional do caráter responsivo das políticas públicas, agora obrigações do Estado, o Judiciário é o caminho para o reconhecimento mais

¹⁴ DANTAS, F. *Ibid.*, p. 205.

¹⁵ DANTAS, F. *Ibid.*, p. 206.

¹⁶ REZENDE, F.; CUNHA, A. *Disciplina Fiscal e Qualidade do Gasto Público*. Editora Fundação Getúlio Vargas: Rio de Janeiro, 2005.

¹⁷ DANTAS, F. *Op. Cit.*, p. 210.

amplo dessa gama de direitos sociais. E aqui é o momento em que surge o fenômeno da judicialização da política:

A judicialização da política, na feliz expressão dos cientistas sociais C. Neal e Torbjörn Vallinder, emergiu como efeito negativo maior da expansão global da crença no Poder Judiciário como única instituição moralmente íntegra para atuar ativamente no processo decisório de outras instituições democráticas e para impor políticas públicas. Com base nesta tendência mundial, as Cortes Constitucionais passaram a reivindicar poderes ao *judicial review*, ainda que a Constituição não os tenha conferido expressamente¹⁸.

A presente discussão, que se iniciou com a aparente dicotomia entre política e normas jurídicas, passando pela discussão da divisão dos poderes, entra no debate da questão do reconhecimento dos direitos fundamentais. Esse debate entre a *vontade constitucional* e a *escassez de recursos*, segundo Dantas (2022), volta a clamar por planejamento estratégico na equação direitos e financiamento:

Entretanto, ainda que legítimas, especificamente no campo econômico, as reações, por vezes, correspondem a teorias jurídicas, descritivas ou prescritivas, desconectadas da *realidade inexorável* de que os recursos disponíveis para a satisfação das necessidades humanas são escassos¹⁹.

Isso está no contexto do Estado Democrático de Direito, e assim precisa ser respeitado, apesar da aparente tensão, como diz o autor, entre a escassez dos recursos e a ampliação da demanda social por eles:

A concretização de direitos, por óbvio, não decorre automaticamente de uma previsão constitucional abstrata, por maior avanço civilizatório que ela possa representar. Há um componente político indiscutível e, acima de tudo, demandam custos e escolhas políticas entre múltiplas alocações financeiras. A política social, como importante elemento da Constituição de 1988, depende da política fiscal. Enquanto política pública, o aspecto fiscal também tem seus contornos delimitados pelos fins constitucionais do Estado, inclusive e principalmente, a promoção dos direitos sociais, positivados no rol constitucional dos direitos fundamentais. A tensão, portanto, é potencial, iminente e não é nova. Foi um dos motivos para a crise fiscal do Estado Social, diante da geopolítica da globalização e dos financiamentos internacionais regidos pela pasteurização econômica do papel dos Estados nacionais²⁰.

Essa tensão sofrerá críticas conforme o modelo de economia política que o jurista seja seguidor. Um liberal achará um absurdo a constitucionalização de inúmeras garantias sociais para além dos direitos civis e liberdades políticas. Por outro lado, um pensador marxista entenderá essa tensão do ponto de vista da dominação dos donos dos meios de produção, para garantir o equilíbrio das finanças e a estabilidade econômica que lhe garantam amplificar seus ganhos²¹. Esse desafio de assegurar os direitos fundamentais num cenário de dificuldades financeiras do erário será debatido como um dilema entre a evolução civilizatória que buscou atender mais amplamente as necessidades e expectativas sociais e a realidade factual da limitação de recursos econômicos.

Neste ponto, o autor, que no Capítulo 3 utilizou fortemente a ciência política para debater exaustivamente política *versus* Constituição, entrará na teoria sociológica de Talcott Parsons para fundamentar, de maneira sistemática e institucional, a necessidade de equilíbrio interinstitucional para atingir o conteúdo constitucional das

¹⁸ DANTAS, F. Ibid., p. 149.

¹⁹ DANTAS, F. Ibid., p. 216.

²⁰ DANTAS, F. Ibid., p. 124.

²¹ REIS, B. P. W. *Modernização, Mercado e Democracia. Política e Economia em Sociedades Complexas*. UFRGS EDITORA, Rio Grande do Sul, 2020.

políticas públicas. O método estrutural funcionalista de Parsons é explicado para fins de ser uma matriz teórica na qual se encaixe a inovadora nomenclatura, cerne da tese do livro, que é o conceito jurídico-social do *Direito Financeiro Estratégico* (DFE). Nisso, afigura-se que o autor se desincumbiu muito bem em trabalhar o Direito Financeiro com a teoria dos sistemas do sociólogo estadunidense.

O Capítulo 4, por conseguinte, retoma a discussão das interações interinstitucionais na formação do centro decisório do poder político, normatizado e sistematizado pelo Direito Constitucional.

Nesse jogo estratégico e comunicativo para efetivação do Direito Financeiro Estratégico, os arranjos competitivos entre as *facções* representativas do poder político-econômico necessitam superar a mera competição para encenar o *jogo* da cooperação. Essa responsabilidade, no âmbito da governança federativa e interinstitucional, é necessária para que, dentro do jogo democrático, assegure-se a sustentabilidade para as gerações futuras:

Na realidade da sociedade de risco, a reflexão de Thomas Jefferson sobre a dívida pública intergeracional, no nascimento do constitucionalismo real, transforma-se, na visão de Tremmel, em um conceito sem polarização temporal. O foco não é mais unidirecional, ignorando o passado, e com peso no presente, ora no futuro. A *preocupação* intergeracional se transforma em *justiça* intergeracional, como um conjunto maior que abrange a *sustentabilidade* ecológica e a *sustentabilidade* financeira.

O desenvolvimento sustentável é multidirecional. Considera o passado, o presente e o futuro, ao mesmo tempo, ou seja, recai respectivamente sobre o conjunto temático da justiça *intrageneracional* e sobre o conjunto temático de uma sociedade preocupada com risco²².

As expectativas sociais crescem, no mesmo ritmo que a sociedade se moderniza, com um aumento significativo das clivagens no tecido social. As Constituições democráticas, mormente na América Latina, após o aprisionamento dos direitos civis por ditaduras conservadoras, trouxeram um amplo reconhecimento de direitos coletivos e transindividuais, conforme preleciona Landau:

Primeiramente, a Constituição chilena de 1980, que foi escrita num regime autoritário, entretanto, contém uma gama significativa de direitos sociais assegurados, muito devido a uma ideologia católica conservadora. Em segundo lugar, a Constituição brasileira escrita num ambiente de pluralismo e de redemocratização de um país, de igual forma, tem um amplo rol de direitos fundamentais conferido a seu povo. Em terceiro lugar, a Constituição colombiana (1991), ainda que escrita num contexto de crise política, assegurou uma série de direitos socioeconômicos dentro de um paradigma de neoliberalismo, com menor participação e força do Estado. No mesmo sentido, as constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), trazem, apesar de suas diferenças, um catálogo extenso de direitos socioeconômicos²³.

Nesse sentido, a análise crítica que o autor elabora sobre os efeitos nefastos da Emenda Constitucional nº 95 de 2016 corrobora os estudos de Gioia²⁴ que ponderou pelos prejuízos que a contingência gerou à educação no Brasil.

Então, em que pese o compromisso do livro não envolve a questão da possibilidade de participação popular na vontade de decidir sobre como os recursos

²² DANTAS, F. *Ibid.*, p. 301-302.

²³ LANDAU, D. "Socioeconomic Rights in Latin America: Closing the Gap between Aspiration and Reality". *Revista de Derecho del Estado*, n. 57, 2023, p. 12 [tradução do autor].

²⁴ GIOIA, F. H. O novo regime fiscal veiculado pela emenda constitucional 95/16: reflexos no custeio da educação no Brasil. *Cardenos de Direito Actual*, nº 5, Vol Extraordinário, 2017.

do orçamento podem ser alocados para a satisfação das expectativas sociais, poderia o livro ter aberto algum capítulo para discutir essa face popular que a Constituição da República de 1988 inaugurou.

A importância, quando realmente isso é possível, da participação popular direta nos arranjos da distribuição das despesas públicas, traz consigo um efeito de legitimidade aos governos e, por conseguinte, ao próprio Estado²⁵. Como a discussão se travou muito mais no nível das relações interinstitucionais que na análise da relação Estado *versus* cidadão, não se pode reputar uma incongruência. Aliás, atualmente a dificuldade dessa relação direta da vontade popular tem sido superada muito mais na localidade ou na municipalidade, em que pesem os esforços do governo federal brasileiro de inserir essa participação no atual PPA. A par disso, a engenhosa aplicação hipotético-dedutiva do sistema de Parsons e da doutrina da Teoria Organizacional de Waldo trazem uma singularidade aos fundamentos iniciais da tese do livro.

Por fim, o Capítulo 5 traz inovações extraordinárias na abordagem teórico-metodológica, utilizando técnicas de teoria dos jogos, com uma perspectiva cooperativa e não de competição exclusivamente, para demonstrar como os arranjos interinstitucionais podem favorecer a responsabilidade fiscal dos entes federativos, atingindo os objetivos do DFE: a consecução do máximo possível dos direitos fundamentais, enfrentando a realidade da escassez de recursos. Como isso pode ser concretizado, com a qualidade no planejamento e execução dos gastos governamentais.

Para encerrar a análise crítica, o livro estrategicamente se encerra com a utilização de recursos lúdicos para a interpretação do mundo do direito.

Na Introdução, Dantas inicia o livro dizendo que "*das mais interessantes interpretações do fenômeno jurídico, de caráter antropológico, mas com forte conteúdo filosófico, surge a partir do inovador Homo ludens, do holandês Johan Huizinga*"²⁶. Exatamente após o decurso das mais de 400 páginas do livro, a ideia do jogo, do lúdico, que transcendeu a perspectiva da competitividade meramente instrumental para se firmar em sólidas bases de cooperação institucional em busca de viabilizar as políticas públicas, ressurge:

O jogo, portanto, seria um sistema normativo, institucionalizado e composto por normas de validade conjunta. Pode ser, inclusive, referencialmente aberto, ou seja, contínuo e indefinido, com jogadores exercendo papéis institucionais e buscando algo além da vitória e da derrota²⁷.

Assim, de igual forma com uma bela utilização do recurso do paralelismo, o Capítulo 5 irá encerrar a discussão com alusões a essa metáfora que percorre o livro, sempre com muita técnica e rigor metodológico e muita erudição.

5. Considerações finais

Não ter encontrado resenhas sobre a obra foi apenas um dos motivos que levaram a criticar "Direito Financeiro Estratégico". Como exposto no desenvolvimento do presente artigo, singrar pela interdisciplinaridade entre Direito, Ciência Política e Sociologia, foi o fator preponderante.

Ao longo dos 5 capítulos, o livro leva o estudioso do Direito Financeiro desde a base histórica das finanças públicas até a modernidade em que o gasto público se alça à perspectiva de ser o elemento estratégico para consecução das políticas públicas.

²⁵ JARAMILLO, L.; JARAMILLO, J. I. P. "Participación ciudadana en procesos de gobernanza regulatoria local. Análisis de la construcción normativa en la Alcaldía de Medellín (Colombia) (2017-2018)". *Revista Derecho del Estado*, nº 51.

²⁶ DANTAS, F. Op. Cit., p.37.

²⁷ DANTAS, F. Ibid., p. 375.

A erudição que trouxe a construção do Direito Constitucional Financeiro para além de dispositivos constitucionais, mas fulcrada em alicerces sociológicos e de Ciência Política, permitiu que a análise jurídica ganhasse contornos de interdisciplinaridade que enriquecem a compreensão do fenómeno jurídico.

Sem dúvida, a intuitiva citação da teoria lúdica do holandês Huizinga no início do livro prenunciava a farta utilização de matrizes de teoria dos jogos aplicáveis ao Direito Financeiro para explicar os movimentos complexos dos *stakeholders* do sistema financeiro nacional, principalmente o relacionamento interinstitucional entre a União e os entes subnacionais. Mas dessa vez numa abordagem de que a racionalidade humana tem condições de optar pela cooperação e não somente pela competição.

Falar mais, seria um *spoiler* indevido para o leitor de "Direito Financeiro Estratégico".

6. Referências

- Berger, P. L.; Luckmann, T. *A Construção Social da Realidade*, 36ª ed. Ed. Vozes, Petrópolis, 2022.
- Gioia, F. H. "O novo regime fiscal veiculado pela emenda constitucional 95/16: reflexos no custeio da educação no Brasil", *Cardenos de Direito Actual*, 5, Volume Extraordinário, 2017.
- Jaramillo, L. G.; Jaramillo, J. I. P. "Participación ciudadana en procesos de gobernanza regulatoria local. Análisis de la construcción normativa en la Alcaldía de Medellín (Colombia) (2017-2018)", *Revista Derecho del Estado*, 5, 2022.
- Landau, D. "Socioeconomic Rights in Latin America: Closing the Gap between Aspiration and Reality". *Revista de Derecho del Estado*, 57, 2023.
- Machado Neto, L. A. *Sociologia Jurídica*, 3ª ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1974.
- Mannheim, K. *Sociologia*, Ed. Ática, São Paulo, 1982.
- Moreira, A. da S. "A Construção Social da Realidade de Peter Berger e Thomas Luckmann", *Caminhos*, 20, n. 1, 2020.
- Reis, B. P. W. *Modernização, Mercado e Democracia. Política e Economia em Sociedades Complexas*, UFRGS ED., Rio Grande do Sul, 2020.
- Rezende, F.; Cunha, A. *Disciplina Fiscal e Qualidade do Gasto Público*, Ed. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2005.
- Valdivia, J.F.C. "El análisis discursivo del derecho", *Opinión Jurídica*, 3, n. 5, 2004.