

CADERNOS de Direito  
Atual

Número XXVI | 2024

Volumen Ordinario

ISSN 2340-860X

ISSN-e 2386-5229



---

# CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

[www.cadernosdedereitoactual.es](http://www.cadernosdedereitoactual.es)

Nº 26– 2024

Volumen Ordinario

ISSN 2340-860X

ISSN-e 2386-5229

Cadernos de Derecho Actual  
Nº 26. Ordinario - Diciembre - 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 Ferreiro 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 Río de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Río 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 Alexandre**, *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 Itaúna-MG, Brasil), Beata Stepien 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), Leticia Mirelli Faleiro e Silva (Universidade de Itaúna, 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

Proteção de dados pessoais e privacidade: uma perspectiva das relações e distinções entre seus direitos

**Joel Ricardo Ribeiro de Chaves** 8

Abusive clauses and remuneration for non-contractual use of capital – comments against the background of the CJEU judgment of 15 June 2023, C-520/21

**Tomasz Szanciło** 25

A utilização de drones na investigação de infrações penais: uma análise à luz do direito à privacidade

**Fábio André Guaragni & Fábio Augusto Hernandes Tamborlin** 41

A Trick of the (Virtual) Trade: a study on the challenges posed by cross-border e-commerce for national patent systems

**Jorge E. de Azevedo Tinoco & Débora B. Santana de Andrade** 59

A Proteção Deficitária do Direito à Moradia: o que aprender com a experiência de litígios estruturais em Cortes estrangeiras?

**Gabriela Samrsla Möller & Eduarda Peixoto da Cunha França** 85

A liberdade de expressão e o dever de informar o eleitor: ética na comunicação eleitoral no Brasil

**Sarah Gonçalves Ribeiro** 120

Discriminação de gênero sob as lentes do constitucionalismo transformador feminista e dos litígios estruturais no Supremo Tribunal Federal

**Mônia Clarissa Hennig Leal & Eliziane Fardin de Vargas** 152

Plataformização e modelo econômico dos contratos: novas perspectivas e releitura de paradigmas clássicos

**Maria das Graças Macena Dias de Oliveira, Rui Miguel Zeferino Ferreira & Bruno Bastos de Oliveira** 172

Notas e reflexões sobre o branqueamento de capitais e as medidas tendentes ao seu combate

**Marco M. Pereira Rodrigues & Patrícia dos Anjos O. N. de Azevedo** 191

La construcción del bien común en la democracia liberal desde una perspectiva  
iusfilosófica postpositivista  
**Martín Rocha Espíndola** 210

Os benefícios fiscais às empresas e o seu contributo para o desenvolvimento  
empresarial  
**José de Campos Amorim** 230

Fake news e suas consequências: protegendo a democracia em tempos de  
desinformação  
**Luiz E. S. Junior, Larissa de C. Coelho & Maria J. Pompolo Habib** 246

Radicalización, polarización y posverdad. Desafíos e incertidumbres para el Estado de  
Derecho  
**Daniel Sansó-Rubert Pascual, R. Rebeca Cordero Verdugo, Antonio Silva  
Esquinas & Jorge R. Pérez Suárez** 262

Controle e accountability dos incentivos tributários no Estado do Rio de Janeiro  
**Paola L. Ferreira, Hendrick Pinheiro & Fernanda F. Sauerbronn** 285



© **Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 08-24  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **Proteção de dados pessoais e privacidade: uma perspectiva das relações e distinções entre seus direitos**

*Data protection and privacy: a perspective on the relationships and distinctions between their rights*

**Joel Ricardo Ribeiro de Chaves<sup>1</sup>**

*Universidade do Sul de Santa Catarina (UniSul)*

*Universidade do Paraná (UFPR)*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Distintos, mas nem tanto? O problema da terminologia e as acepções dos direitos investigados. 3. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos indistintos. 4. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos distintos. 4.1. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que não se sobrepõem em qualquer ponto. 4.2. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em um único ponto. 4.3. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à privacidade como subconjunto contido no direito à proteção de dados pessoais. 4.4. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade. 4.5. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção. 5. Conclusão. 6. Referências.

**Resumo:** Amparado no método hipotético-dedutivo, com uso de pesquisas documental e bibliográfica, o presente estudo investigou as relações e distinções entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade, propondo uma metodologia capaz de identificar a forma de relação dos elementos que compõem

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre e bolsista institucional em Direito da Sociedade da Informação pela FMU/SP. Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados, em Direito Imobiliário e Notarial, em Direito Constitucional e em Direito e Processo Tributário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Advogado, DPO e professor de Direito da UniSul. Certificado como CDPO/BR e CIPM (IAPP), DPO e ISO (EXIN), *Lead Implementer* ISO 27701 (ABNT), LA e IA ISO 27001 (Certiprof). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5949275058454555>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4267-3313>.



cada um dos direitos e suas interlocuções. Examinados os conceitos e elementos de ambos os direitos, as hipóteses de distinção e correlações entre os direitos foram analisadas, concluindo-se pela existência de correntes que se alinham à identificação do direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade e à identificação do direito à privacidade e do direito à proteção de dados pessoais como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção, defendendo-se a adequação desta última em detrimento da outra.

**Palavras-chave:** Direito à proteção de dados pessoais; direito à privacidade; vida privada; direitos autônomos; distinção.

**Abstract:** Supported by the hypothetical-deductive method, using documentary and bibliographical research, this study investigated the relationships and distinctions between the right to data protection and the right to privacy, proposing a methodology capable of identifying the relationship between the elements that make up each of the rights and their interlocutions. Having examined the concepts and elements of both rights, the hypotheses of distinction and correlations between the rights were analyzed, concluding that there are currents of thought that align with the identification of the right to data protection as a subset contained in the right to privacy and the identification of the right to privacy and the right to data protection as distinct sets with two or more intersecting elements, defending the adequacy of the latter to the detriment of the other.

**Keywords:** Right to data protection; right to privacy; private life; autonomous rights; distinction.

## 1. Introdução

O direito à proteção de dados pessoais tem galgado em relevância na sociedade da informação, especialmente em razão do aumento da importância e do valor econômico dos dados pessoais, e, claro, das informações potencialmente geradas a partir destes, em um contexto de desenvolvimento de novas tecnologias capazes de coletar, produzir e interpretar um imenso volume de dados.

Todavia, disposições legislativas, tribunais e juristas ainda enfrentam um dilema teórico e prático para identificar e delimitar o direito à proteção de dados pessoais em face do direito à privacidade, fator determinante para auferir o alcance e as consequências de sua interpretação e aplicação e que motivou o desenvolvimento deste estudo.

Para a delimitação da pesquisa, trabalhou-se com o seguinte problema: o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade podem ser diferenciados? De que forma eles se relacionam?

Assim, amparado no método hipotético-dedutivo, com utilização das pesquisas documental e bibliográfica, o presente estudo pretendeu investigar as relações e distinções entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade, propondo uma metodologia capaz de identificar a forma de relação dos elementos que compõem cada um dos direitos e suas interlocuções.

Nesse sentido, na primeira seção, analisou-se a questão da terminologia utilizada para se referir ao direito à proteção de dados pessoais e sua correspondência ao direito à privacidade, posteriormente delineando as acepções que correspondem a cada um destes.

Na seção subsequente, avaliou-se a hipótese desses direitos serem indistintos, perquirindo-se acerca da suficiência da correspondência de seus elementos.

Finalmente, na ulterior, examinou-se a hipótese dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais serem distintos, enfocando-se as diferentes

possibilidades de correlações e sobreposições entre seus elementos: primeiro, a inexistência de sobreposição de qualquer elemento; após, a sobreposição em um único ponto; e, então, a possibilidade de sobreposição em múltiplos pontos, vista essa sob a perspectiva do direito à privacidade como subconjunto contido no direito à proteção de dados pessoais, do direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade e, por último, estes direitos como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção.

Em que pese a investigação perpassar por obras e fontes internacionais, o enfoque corresponde ao contexto brasileiro, significativamente influenciado pela perspectiva europeia.

## **2. Distintos, mas nem tanto? O problema da terminologia e as acepções dos direitos investigados**

Os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais possuem múltiplas acepções, com contextos, desenvolvimento histórico e aplicações que se assemelham e que se distinguem. Esses direitos comumente são referenciados expressamente como direitos distintos, mas são corriqueiramente intercambiados como se iguais fossem, inclusive em obras especializadas.

Ilustrativamente, ao escrever sobre o desenvolvimento de instrumentos regulatórios para a proteção da privacidade e interesses relacionados, com relação ao tratamento de dados pessoais, Bygrave identifica a controvérsia terminológica, uma vez que os termos "data protection" (proteção de dados), "privacy" (privacidade), "data privacy" (privacidade dos dados) e "information privacy" (privacidade da informação) tendem a ser utilizados para se referir às regulamentações de processamento de dados relacionados a pessoas, com o fito de salvaguardar a privacidade e outros interesses relacionados a essas pessoas.<sup>2</sup>

Buscando-se a definição dos contornos de cada um desses direitos, observa-se que, de forma geral, o direito à privacidade tomou corpo inicialmente em 1890, como um "right to be let alone", ou direito de ser deixado a sós, termo este atribuído por Samuel Warren e Louis Brandeis ao Juiz Cooley<sup>3</sup>, mas desenvolvido marcadamente pelos autores<sup>4</sup>, centralizado em uma perspectiva negativa, de comando geral de não intromissão em aspectos privados<sup>5</sup>.

Em sua obra "The right to privacy", os autores ressaltam a importância do desenvolvimento de novos direitos em decorrência das mudanças paradigmáticas que demandam a constante reavaliação da natureza e da extensão da proteção ao indivíduo, seja em sua perspectiva pessoal, seja em seu aspecto patrimonial, ou de propriedade<sup>6</sup>.

Mas é na década iniciada em 1960, em uma segunda fase<sup>7</sup>, que se desenvolve a percepção de privacidade inclinada ao direito à proteção de dados pessoais, associada precipuamente como uma acepção de controle sobre as informações a si relacionadas, em um contexto de preocupação pela concentração de dados em

---

<sup>2</sup> BYGRAVE, L. A. "Privacy and Data Protection in an International Perspective", *Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave*, 2010, p. 166.

<sup>3</sup> WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. "The right to privacy", *Harvard Law Review*, Boston, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890, p. 195.

<sup>4</sup> TOMASEVICIUS FILHO, E. "Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan./dez. 2014, p. 141-143.

<sup>5</sup> FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. "Direito à privacidade e novas tecnologias: breves considerações acerca da proteção de dados pessoais no Brasil e na Europa", *Revista Internacional Cosinter de Direito*, Curitiba, v. 4, n. 7, jul./dez. 2018, p. 24.

<sup>6</sup> WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. "The right to privacy", *Harvard Law Review*, Boston, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890, p. 193.

<sup>7</sup> TOMASEVICIUS FILHO, E. "Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan./dez. 2014, p. 144-153.

sistemas computadorizados, tendo Alan Westin como destaque no desenvolvimento de trabalhos sobre o tema<sup>8</sup>.

Na perspectiva de Westin, a revolução no processamento de dados com a computação expandiu a capacidade humana nos mais diversos campos do saber e, como conhecimento é poder, a questão da privacidade levantada pela informatização é que o aumento da coleta e processamento de informação, se não cuidadosamente controlado, enseja o risco de exacerbação do poder de vigilância por parte do governo sobre as vidas individuais e a atividade organizacional<sup>9</sup>.

É possível identificar, nesse sentido, a existência de corrente de pensamento que coloca a evolução histórica e legislativa do direito à proteção de dados pessoais como elemento interno à evolução histórica e legislativa do direito à privacidade, tal qual a proteção de dados pessoais se resumisse a uma continuidade de todas as legislações existentes que protegiam a privacidade.<sup>10</sup>

Noutro giro, a partir da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, o direito à privacidade pode ser visualizado sob quatro perspectivas: vida privada, vida familiar, casa e correspondência<sup>11</sup>, podendo corresponder a questões como a integridade corporal, o acesso a informações e documentos públicos, o segredo de correspondência e comunicação, a proteção do domicílio, a proteção de dados pessoais, escutas telefônicas, gênero, saúde, identidade, proteção contra incômodos ambientais, o direito de fazer escolhas pessoais essenciais, como as relativas a nome e orientação sexual, a autonomia ou autodeterminação do indivíduo, estendendo-se para o resguardo de características visíveis e condutas públicas dos indivíduos, em uma perspectiva de "privacidade pública".<sup>12</sup>

Sob outra linha, Menezes e Beltrão sustentam a existência de divergências na definição do escopo da privacidade, identificando posições como a de Lôbo, na qual o direito à privacidade se trataria de gênero, no qual estariam inclusas as espécies direito à intimidade, à vida privada, ao sigilo e à imagem, a de Bittar, na qual o direito à intimidade que se caracterizaria como o gênero, englobando o resguardo à privacidade, à imagem, ao segredo, entre outros, e, ainda, a de Lewicki, que sintetiza serem esses direitos um conglomerado que abrange interesses diversos interligados à proteção da vida privada.<sup>13</sup>

Por outro lado, reconhecem doutrina alemã, denominada teoria das esferas, que identifica três esferas concêntricas, sendo estas a esfera da intimidade ou do segredo (*Intimsphäre*), a qual abrangeria, entre outros elementos, os pensamentos, os sentimentos, as cartas, os diários, o estado de saúde, a vida sexual; a esfera privada (*Privatsphäre*), na qual está circunscrita a vida privada da pessoa, correspondente aos assuntos domésticos e familiares; e a esfera pessoal (*Individualsphäre*), equivalente à autodeterminação do sujeito nas suas relações com a sociedade.<sup>14</sup>

Já no âmbito formal, o direito à privacidade está contemplado nos mais diversos instrumentos normativos.

---

<sup>8</sup> QUEIROZ, R. M. R. "Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções", *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 144, nov. 2019, p. 16.

<sup>9</sup> WESTIN, A. *Privacy and Freedom*, Ig Publishing, New York, 2018, p. 119.

<sup>10</sup> FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. "Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais", *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, mai./ago. 2019, p. 293.

<sup>11</sup> GELLERT, R.; GUTWIRTH, S. "The legal construction of privacy and data protection", *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, 2013, p. 524.

<sup>12</sup> *Idem*.

<sup>13</sup> MENEZES, R. O. A.; BELTRÃO, S. R. "A necessidade de publicidade restrita dos atos processuais nos casos de planos de saúde: Em prol da proteção da intimidade dos usuários", *Scientia Iuris*, v. 22, n. 2, jul. 2018, p. 278.

<sup>14</sup> FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. "Direito à privacidade na era digital: uma releitura do art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) na sociedade do espetáculo", *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2019, p. 122.

Como direito humano, encontra-se esculpido no artigo 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>15</sup>, no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem<sup>16</sup>, no artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, promulgada no Brasil através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992<sup>17</sup>, gravitando em torno dos pilares da proteção da vida privada, da vida familiar, do domicílio e da correspondência como núcleo desse direito.

Na qualidade de direito fundamental, está previsto no rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal brasileira de 1988, distribuído entre os incisos X, XI e XII, como proteção da intimidade, da vida privada, como a inviolabilidade da casa e do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.<sup>18</sup>

No que tange aos direitos da personalidade – os próprios da pessoa em si, por sua própria natureza como ente humano ou em suas projeções para o mundo exterior<sup>19</sup>, ou “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções”<sup>20</sup> –, o Código Civil explicita apenas a proteção da privacidade apenas sob a alcunha da vida privada, em seu art. 21<sup>21</sup>, não obstante, alicerçado na perspectiva de proteção da personalidade humana e do seu livre desenvolvimento, poder-se influir que os demais aspectos da privacidade também se encontram resguardados na qualidade de direito da personalidade.

Assim, embora o direito à privacidade possua diferentes acepções, seu cerne se adstringe a quatro aspectos principais, correspondentes à proteção da vida privada, da vida familiar, do domicílio e da correspondência, os quais são resguardados como direitos humanos, fundamentais e da personalidade<sup>22</sup>.

Por sua vez, o direito à proteção de dados pessoais teve seu surgimento influenciado pelo desenvolvimento tecnológico com vistas à informatização, a atuação estatal em busca da otimização e eficiência no armazenamento e processamento de dados pessoais de seus cidadãos e o temor dos setores da sociedade no que tange ao uso ao qual estariam suas informações sendo submetidas e a possibilidade do excesso e abuso de poder.<sup>23</sup>

São identificadas por Limberger três gerações de leis de proteção de dados pessoais na legislação europeia. A primeira, caracterizada pelo rigor na criação dos arquivos informatizados, é ilustrada pela lei do Land Hesse, na Alemanha, sucedida pela lei da República Federal Alemã de 1977, a lei sueca de 1973, a lei dinamarquesa de 1978 e a lei austríaca de 1978<sup>24</sup>. A segunda, com enfoque na tutela dos direitos

---

<sup>15</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 de dezembro de 1948.

<sup>16</sup> CONSELHO DA EUROPA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.

<sup>17</sup> BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*.

<sup>18</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

<sup>19</sup> BITTAR, C. A. “Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro”, *Revista de informação legislativa*, v. 15, n. 60, out./dez. 1978, p. 115.

<sup>20</sup> FRANÇA, R. L. “Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais”, *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano VII, n. 4, jul.-dez. 1993, p. 37.

<sup>21</sup> BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

<sup>22</sup> CHAVES, J. R. R. de. *O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: uma análise sob a perspectiva de sua (in)distinguidade do direito à privacidade*. Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2023.

<sup>23</sup> CHAVES, J. R. R. de. “A inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos: uma interpretação baseada no contexto europeu”, em VV.AA. (SOUZA, C. E. S. e (coord.) e SANTOS, M. R. R. dos (org.), *Direito Civil na contemporaneidade e sua interatividade com os direitos fundamentais: questionamentos, reflexões e novas propostas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022, p. 141-142.

<sup>24</sup> LIMBERGER, T. “Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais”, *Revista do Direito*, n. 30, 15 jul. 2008, p. 144.

fundamentais, a exemplo da lei francesa de 1978, da lei suíça de 1981, da lei da Islândia de 1981 e da lei de Luxemburgo de 1979<sup>25</sup>. A terceira, caracterizada pela unificação do direito europeu, lastreada no Convênio de Estrasburgo de 1981, com objetivo de garantia dos direitos e o não obstáculo ao desenvolvimento do setor informático, como observado na lei do Reino Unido de 1984, a lei alemã de 1990, a lei de Portugal de 1991, a lei espanhola de 1992 e a lei italiana de 1996, pela previsão da matéria nas respectivas Constituições de alguns Estados e pela Diretiva 95/46, de 1995, que unificou a regência da matéria legislativa da proteção de dados informatizados na Europa e buscou possibilitar a sua livre circulação<sup>26</sup>.

Outros estudos identificam a existência de mais gerações de leis de proteção de dados pessoais, em que se evoluiu, a partir da década de 1970, de uma primeira geração, de caráter mais rígido e restritivo de processamento, para até uma quarta geração, que alça o indivíduo ao centro, por meio da autodeterminação informativa, somado à criação de mecanismos coletivos de proteção<sup>27</sup>, e, quiçá, uma quinta geração, com o advento do Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu - Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016<sup>28</sup>.

No tocante à realidade brasileira, constata-se a existência de normas esparsas de proteção de dados no ordenamento jurídico<sup>29</sup>, como a disciplina de banco de dados pelo artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), do *habeas data* (art. 5º, LXXII, da CF) e, dentre outras, da proteção de dados pessoais em diversas passagens do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014), mas a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, chamada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), estabeleceu uma sistematização de normas específicas, tendo sido reforçada sua relevância posteriormente com o reconhecimento do direito à proteção de dados pessoais como direito fundamental, ocorrido formalmente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022.

Assim, faz-se relevante observar que também o direito à proteção de dados pessoais é reconhecido e aplicado como direito fundamental e como direito da personalidade.

Como direito humano, não se observa uma previsão expressa que resguarde o direito à proteção de dados pessoais no sistema interamericano, nem no europeu. Neste, a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos resguarda tal direito como uma dedução do direito à privacidade<sup>30</sup>, estabelecido no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que disciplina o direito ao respeito pela vida privada e familiar<sup>31</sup>, consoante entendimento da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Conselho da Europa, em conjunto com a Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>32</sup>.

---

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> DONEDA, D. "A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental", *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 12, n. 2, 2011, p. 96-98.

<sup>28</sup> FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. "Direito à privacidade e novas tecnologias: breves considerações acerca da proteção de dados pessoais no Brasil e na Europa", *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 4, n. 7, jul./dez. 2018, p. 28-31.

<sup>29</sup> BATTOCHIO STUART, M.; VALENTE, V. A. E. "Responsabilidade Civil y Protección de Datos Personales: Tutela Individual y Derecho Procesal Colectivo", *Cadernos de Direito Actual*, n. 14, 2020, p. 355.

<sup>30</sup> SARLET, I. W. "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada", *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 182.

<sup>31</sup> CONSELHO DA EUROPA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.

<sup>32</sup> CONSELHO DA EUROPA; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*. Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2014, p. 22.

Já no sistema interamericano, o tema da proteção de dados pessoais está na agenda da Organização dos Estados Americanos desde 1996, resultando em atuações descentralizadas e na aprovação de resoluções, assim como na emissão de diferentes documentos pelo Comitê Jurídico Interamericano, como o documento "El Derecho de la información: acceso y protección de la información y datos personales en formato electrónico", de 2000, a "Propuesta de Declaración de Principios de Privacidad y Protección de Datos Personales en las Américas", de 2012, a "Guía Legislativa sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales en las Américas", em 2015, e os "Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales, con Anotaciones", em 2021, também aprovados pela Assembleia Geral<sup>33</sup>.

A jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos não possui grandes desenvolvimentos ou aplicações do direito à proteção de dados pessoais. Nos poucos casos no qual esse direito foi abordado expressamente, serviu como fundamento para resguardar algum outro direito, como se observa na Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, solicitada pela Costa Rica, acerca da identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo, no qual a proteção de dados pessoais serviu para fundamentar o resguardo desses direitos<sup>34</sup>.

Como direito fundamental, na Europa, no art. 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, do ano 2000, o direito à proteção de dados foi alçado à condição de direito fundamental de natureza autônoma<sup>35</sup>. No Brasil, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, acresceu-se formalmente ao rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal o inciso LXXIX, que dispõe ser assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, não obstante seu reconhecimento prévio como materialmente pertencente à categoria de direito e garantia fundamental, como um direito implícito, relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, do direito geral de liberdade, dos direitos à privacidade e à intimidade<sup>36</sup>, em atenção aos riscos que o tratamento automatizado traz à proteção da personalidade à luz de garantias constitucionais<sup>37</sup>, com amparo no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira.

No que tange à acepção como direito da personalidade, tendo em vista a necessidade de se considerar a alimentação contínua dessa categoria com novos direitos, ou, ainda, com a redesignação de seus conteúdos e significados<sup>38</sup>, o direito à proteção de dados pessoais também pode ser considerado como integrante.

Em linhas gerais, como direito humano, fundamental ou da personalidade, o direito à proteção de dados pessoais gravita entre três elementos: o controle do cidadão, a legitimidade para tratamento e a segurança do tratamento<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protección de Datos Personales*.

<sup>34</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017*.

<sup>35</sup> SARLET, I. W. "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada", *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 183.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 184.

<sup>37</sup> DONEDA, D. "A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental", *España Jurídica Journal of Law*, v. 12, n. 2, 2011, p. 103.

<sup>38</sup> CAVALCANTI, A. E. L. W. "Os Direitos da Personalidade na Sociedade da Informação: Impactos das Novas Tecnologias", em VV.AA. (Lisboa, R. S. coord.), *O Direito na Sociedade da Informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas*, Almedina, São Paulo, 2020, p. 30.

<sup>39</sup> CHAVES, J. R. R. de; SILVA, V. H. C. "Proteção de dados pessoais e o direito fundamental de acesso a informações públicas", em VV.AA. (Vigliar, J. M. M. org.), *Temas da LGPD para o observatório da proteção de dados*, Dos Autores, São Paulo, 2023, p. 48.

Outrossim, em que pese seu caráter precipuamente individual, também a perspectiva coletiva, ou de grupos, desse direito deve ser considerada<sup>40</sup>, especialmente diante do poder analítico e de inferência preditiva de informações das novas tecnologias<sup>41</sup>, que importam em risco a grupos populacionais, como de discriminação por vieses e valores embutidos na programação de algoritmos, os quais podem ser, por vezes, opacos, arbitrários e discriminatórios<sup>42</sup>.

Tais considerações revelam as diferentes perspectivas que permeiam o entendimento dos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, mas não conseguem traçar linhas precisas nas quais possam ser diferenciados – sendo identificada até a sobreposição em certos momentos. Logo, necessário o aprofundamento de uma proposta de caminho para análise das suas relações e distinções.

### **3. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos indistintos**

para que o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais sejam considerados direitos indistintos, há a necessidade de que tais direitos se sobreponham em todos os pontos, ou seja, é necessário que haja a identidade dos conjuntos, de modo que todos os elementos existentes no direito à privacidade devem igualmente existir no direito à proteção de dados pessoais, e vice-versa.

Para constatar a identidade dos conjuntos através da correspondência exata dos elementos que os compõem, far-se-ia necessário comparar elemento a elemento, buscando-se as correlações, de modo que seria necessário identificar o objeto ou bem jurídico tutelado, sua razão de ser histórica e hodierna, seus limites, os sujeitos tutelados, etc., desenvolvendo-se critérios suficientes para a comparação, ilações para analisar e justificar eventuais ausências de correspondência (ou lacunas legislativas, p. e.), e, ainda, considerar as próprias características do objeto investigado – o Direito, que não pode simplesmente ser visto sob uma perspectiva desvinculada da realidade que o cria e o reconhece e, concomitantemente, que por ele é influenciada.

Todavia, não se identifica qualquer indicativo desse posicionamento no levantamento dos referenciais trabalhados, em razão da dificuldade metodológica em separar cada um desses elementos e dos contextos de surgimento, de consolidação e de aplicação de cada um desses direitos não possuem correspondências exatas entre si.

De fato, não há necessidade de avaliar cada um dos elementos, tendo em vista que a simples formalização normativa através de diferentes veículos normativos, ou diferentes artigos em um mesmo veículo, demonstra a existência de uma diferença entre os direitos, fator que invalida a tese.

Em que pese tais considerações, observa-se corriqueiramente a utilização dos termos *privacidade* e *proteção de dados*, e seus correspondentes nos demais idiomas, sendo utilizados como sinônimos, ou como termos intercambiáveis, especialmente quanto aos termos *data protection* (proteção de dados), *privacy* (privacidade), *data privacy* (privacidade dos dados) e *information privacy* (privacidade da informação)<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> FLORIDI, L. "Open Data, Data Protection, and Grupo Privacy", *Philos. Technol.*, v. 27, 2014, p. 2.

<sup>41</sup> MANTELERO, A. "Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2016, p. 2-3.

<sup>42</sup> ZANATTA, R. A. F.; SOUZA, M. R. O. "A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios", em VV.AA. (De Lucca, N.; Rosa, C. coords.), *Direito & Internet IV: Proteção de Dados Pessoais*, Quartier Latin, São Paulo, 2019, p. 11; 13.

<sup>43</sup> BYGRAVE, L. A. "Privacy and Data Protection in an International Perspective", *Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave*, 2010, p. 166.

Essas ocorrências, no entanto, revelam apenas uma ausência de rigor metodológico conceitual, decorrente do posicionamento aparente de parte da doutrina no sentido de desenvolver e arguir o direito à proteção de dados pessoais como instrumental, ou como o outro lado da moeda do direito à privacidade.

#### **4. O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos distintos**

Superada a hipótese de que os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais poderiam ser direitos indistintos, passar-se-á à investigação das diferentes perspectivas que os distinguem.

##### **4.1 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que não se sobrepõem em qualquer ponto**

Para que os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais possam se enquadrar como direitos que não se sobrepõem em qualquer ponto, há a necessidade de que sejam, ao menos, mutuamente exclusivos, ou seja, nada pode pertencer simultaneamente a ambas as partes. Essa análise pode ser particularmente capciosa.

Por um lado, tal posição poderia ser singelamente negada, pois bastaria identificar qualquer elemento em comum entre ambos os direitos, como a interpretação da Corte Europeia de Direitos Humanos resguarda o direito à proteção de dados pessoais como uma dedução do direito à privacidade<sup>44</sup>, estabelecido no art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que disciplina o direito ao respeito pela vida privada e familiar<sup>45</sup>, como estatuído no entendimento externado pela Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pelo Conselho da Europa, em conjunto com a Secretaria do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>46</sup>. Afinal, se ambos os direitos podem ser tutelados a partir do mesmo dispositivo normativo, bem como se o direito à proteção de dados pessoais pode ser deduzido do direito à privacidade, ao menos um elemento é idêntico em cada um desses direitos, revelando alguma sobreposição.

Todavia, por outro lado, uma análise mais minuciosa poderia levar ao questionamento das próprias premissas já assentadas para cada um desses direitos. Nesse sentido, pode ser proposta a visualização desses direitos como pertencentes a *dimensões* distintas, assim como o espaço e o tempo o são.

Sob essa perspectiva, a privacidade poderia ser caracterizada como elemento físico, inerente ao sujeito ou associado com o ambiente ou com outros sujeitos com os quais este se vincula e a proteção de dados pessoais como elemento abstrato, virtual, correspondente a uma projeção do sujeito ou de sua relação com o ambiente e outros sujeitos traduzida em símbolos (os dados).

Em outras palavras, o direito à privacidade incidiria sobre situações juridicamente qualificáveis que correspondessem ao sujeito e ao seu modo de vida, suas interações com outros seres e com o ambiente que os cercam, de modo que a extensão de sua aplicabilidade estaria limitada aos contornos do ser e dos objetos e da realidade que com ele se inter-relacionam.

Já o direito à proteção de dados pessoais demandaria uma abstração *ab initio*. A proteção não estaria centrada no ser, mas em sua representação através dos dados, ainda que sua finalidade seja, no fim das contas, a proteção do próprio ser. Nessa acepção, a aplicabilidade de ambos os direitos a um mesmo caso importaria

---

<sup>44</sup> SARLET, I. W. "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada", *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 182.

<sup>45</sup> CONSELHO DA EUROPA; TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.

<sup>46</sup> CONSELHO DA EUROPA; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2014, p. 22.



na proteção concomitante das duas dimensões ao invés da sobreposição desses direitos.

Em que pese tais considerações, a pesquisa realizada não demonstrou qualquer autor ou corrente que defenda essa ideia.

#### **4.2 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em um único ponto**

Para que o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais sejam considerados como direitos que se sobrepõem em um único ponto, teria que ser possível, primeiro, delimitar com precisão exatamente o escopo de cada um desses direitos, ou seja, seria necessária a identificação de todo e qualquer elemento existente no que se considera o direito à privacidade e de todo e qualquer elemento existente no que se considera o direito à proteção de dados pessoais, para, então, na busca por um único elemento em comum a ambos os direitos – com a necessária negativa: de que todos os demais elementos não se sobreponham –, em procedimento similar ao aplicável à análise desses direitos como indistintos.

Todavia, assim como na análise desses direitos como indistintos, não se identificou qualquer indicativo de tal posicionamento no levantamento dos referenciais trabalhados no decorrer da presente pesquisa. Isso se deve não somente à dificuldade metodológica, mas também aos contextos de surgimento, de consolidação e de aplicação de cada um desses direitos, os quais não possuem correspondências exatas entre si, sendo hercúleo, mas também absolutamente inútil, enveredar-se no aprofundamento de tal perspectiva.

#### **4.3 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à privacidade como subconjunto contido no direito à proteção de dados pessoais**

Para que o direito à privacidade possa ser considerado um subconjunto contido no direito à proteção de dados pessoais, tudo relacionado à privacidade, ou seja, todos os elementos que integram a acepção de privacidade devem corresponder igualmente a algo atinente à proteção de dados pessoais, tanto em questão de existência, quanto em questão de consequências, efeitos; no entanto, a proteção de dados deve ter elementos que não correspondam à privacidade, sendo, nesse sentido, mais ampla. Essa ideia, no entanto, é facilmente refutável.

Observe-se, por exemplo, o elemento da proteção do domicílio existente na acepção da privacidade. Em sua acepção física, como espaço no qual o indivíduo pode desenvolver regularmente suas atividades pessoais, viver sem a interferência alheia, caso alguém adentre nesse domicílio sem a devida autorização, estará a invadir e violar a privacidade desse indivíduo. No entanto, não há qualquer representação ou projeção desse indivíduo ou desse seu ambiente através de dados, de modo que não haveria elemento de correspondência no conjunto de proteção de dados pessoais.

Esse posicionamento não é defendido em qualquer dos referenciais trabalhados no decorrer da presente obra. Pelo contrário, as obras analisadas tendem justamente a refutar, ainda que indiretamente, tal posição, seja por defender a autonomia de ambos os direitos, seja por defender que a proteção de dados pessoais é que deriva da privacidade.

#### **4.4 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade**

Para que o direito à proteção de dados pessoais possa ser considerado um subconjunto contido no direito à privacidade, tudo relacionado à proteção de dados

personais, ou seja, todos os elementos que integram a acepção de proteção de dados pessoais devem corresponder igualmente a algo atinente à privacidade, tanto em questão de existência, quanto em questão de consequências, efeitos; no entanto, a privacidade deve ter elementos que não correspondam à proteção de dados pessoais, sendo, nesse sentido, mais ampla.

Essa posição fora identificada em autores no decorrer da pesquisa. Ao se investigar a gênese do direito à proteção de dados pessoais, foi possível se depreender que este teria surgido e se desenvolvido, a princípio, como uma extensão, ou o próprio direito à privacidade<sup>47</sup>, sendo ainda aplicado dessa forma pela jurisprudência europeia, uma vez que o Tribunal de Justiça da União Europeia assentou que as leis de proteção de dados pessoais devem ser aplicadas a serviço do direito à privacidade, não reconhecendo qualquer diferença relevante entre esses direitos<sup>48</sup>. Essa ausência de diferença relevante aqui é entendida como sendo uma ausência de diferença que afaste o direito da proteção de dados pessoais do direito à privacidade, ou seja, que exista algum elemento daquele direito que não está incluso neste.

Maria Finkelstein e Claudio Finkelstein defendem essa acepção, estabelecendo que as legislações de proteção de dados pessoais baseiam-se na premissa de que um indivíduo possui uma expectativa de privacidade, a menos que esta tenha sido restringida ou renunciada, sendo a proteção aos dados pessoais uma *continuidade* das legislações que protegiam a privacidade<sup>49</sup>.

Cueva, a seu turno, também defende uma posição do direito à proteção de dados pessoais como um conteúdo positivo do direito à privacidade, pois a privacidade deixaria de ter apenas um conteúdo negativo, de excluir terceiros, e passaria a estar relacionada também ao controle, à "liberdade de o indivíduo decidir como, quando e onde seus dados pessoais podem circular"<sup>50</sup>.

Tal posição, no entanto, não se sustenta. Embora o surgimento e o desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais guarde estreita relação com os elementos atinentes à privacidade, não se restringe à ela.

O direito à proteção de dados pessoais gravita entre três elementos: o controle do cidadão, a legitimidade para tratamento e a segurança do tratamento<sup>51</sup>. Ilustrando-se a partir da segurança do tratamento, incluída nesta está a segurança da informação, a qual se caracteriza principalmente através da tríade de propriedades conhecida como CID: confidencialidade, integridade e disponibilidade. A confidencialidade diz respeito à propriedade de que a informação não esteja disponível ou revelada a indivíduos, entidades ou processos não autorizados. A integridade corresponde à propriedade de exatidão e completeza. Finalmente, a

---

<sup>47</sup> "No sistema da CEDH [Convenção Europeia dos Direitos do Homem], a proteção de dados é garantida pelo artigo 8.º (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e, tal como no sistema da Carta, este direito tem de ser exercido respeitando o âmbito de outros direitos concorrentes". CONSELHO DA EUROPA; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2014, p. 22.

<sup>48</sup> FUSTER, G. G. "The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU", em VV.AA., *Law, Governance and Technology Series*, v. 16, Vrije Universiteit Brussels, Brussels, 2014, p. 259.

<sup>49</sup> FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. "Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais", *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, mai./ago. 2019, p. 293.

<sup>50</sup> CUEVA, R. V. B. "A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil", *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, ano 4, out.-dez. 2017, p. 61-62.

<sup>51</sup> CHAVES, J. R. R. de; SILVA, V. H. C. "Proteção de dados pessoais e o direito fundamental de acesso a informações públicas", em VV.AA. (Vigliar, J. M. M. org.), *Temas da LGPD para o observatório da proteção de dados*, Dos Autores, São Paulo, 2023, p. 48.

disponibilidade se refere à propriedade de estar acessível e utilizável sob demanda de uma entidade autorizada.<sup>52</sup>

A falta desta última revela facilmente a inadequação dessa corrente, uma vez que a destruição de um dado pessoal configuraria uma violação da disponibilidade, podendo ensejar a caracterização de um ato ilícito pela transgressão do princípio da segurança, relacionado à proteção de dados pessoais, ao passo que a ideia de que a privacidade visa resguardar o indivíduo contra intromissões indevidas em suas questões pessoais, de modo que a destruição de um dado pessoal do indivíduo pode ensejar o *reforço* da proteção da privacidade deste, pois o agente de tratamento (controlador ou operador) não mais intrometer-se-ia nas questões pessoais do indivíduo por não dispor do dado pessoal.

Assim, embora seja possível identificar a defesa dessa corrente na literatura analisada, ela não se mostra como a resposta mais adequada para a solução do problema.

#### **4.5 O direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como direitos que se sobrepõem em múltiplos pontos: o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção**

Para a caracterização do direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como conjuntos com dois elementos ou mais de intersecção, faz-se substancial a identificação de ao menos dois elementos que sejam comuns a ambos os direitos. Para tanto, não é essencial que todos os elementos sejam catalogados, pois uma vez constatado um elemento que não seja comum e a existência de uma categoria de elementos em comum, certamente existirão os dois ou mais elementos necessários.

Nesse sentido, Bygrave sustenta que, embora sejam conceitos próximos um do outro, não seriam idênticos, uma vez que proteção de dados pessoais representaria um conceito mais amplo do que a proteção à privacidade, não obstante poder coincidir com a privacidade na dimensão meramente informacional, sem incidir nas dimensões espaciais e físicas da privacidade.<sup>53</sup>

Por sua vez, Rodotà fundamenta uma distinção que atribui à privacidade uma acepção estática, de caráter negativo (ordem de não interferência), que permite determinar como a esfera de privacidade do indivíduo poderá ser construída, enquanto a proteção de dados pessoais seria uma acepção dinâmica, de caráter positivo (de controle) sobre os dados, sendo, no entanto, ambos decorrentes de um longo processo evolucionário a partir do conceito de privacidade<sup>54</sup>, de modo que a sobreposição de ao menos dois de seus pontos elementares seria indiscutível.

Kokott e Sobotta, baseados em jurisprudências do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, duas das maiores Cortes dos sistemas normativos europeus, identificam uma distinção entre privacidade e proteção de dados com relação ao escopo de cada um desses direitos, no sentido de uma distinção material, quanto à informação coberta pelo respectivo direito, que no direito à proteção de dados é mais ampla, representando toda a informação

---

<sup>52</sup> VIANNA, E. W.; FERNANDES, J. H. C. "O gestor da segurança da informação no espaço cibernético governamental: grandes desafios, novos perfis e procedimentos", *Brazilian Journal of Information Science*, v. 9, n. 1, 2015, p. 8.

<sup>53</sup> BYGRAVE, L. A. "Privacy and Data Protection in an International Perspective", *Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave*, 2010, p. 168.

<sup>54</sup> RODOTÀ, S. "Data Protection as a Fundamental Right", em VV.AA. (Gutwirth, S. et al. eds.), *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, p. 79-80.

relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, enquanto o direito à privacidade não inclui necessariamente todo esse escopo.<sup>55</sup>

Ainda, sustentam divergências também quanto às limitações aos referidos direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais para processamento, não haveria problemas quanto ao direito à proteção de dados pessoais, mas ainda poderia subsistir risco de interferência ao direito à privacidade, que demandaria uma justificativa válida para superação.<sup>56</sup>

Sob a perspectiva de Queiroz, a aplicação do direito à privacidade seria feita a um escopo diferente ao da proteção de dados, haja vista que o direito à proteção de dados não faz um filtro substantivo sobre a qualidade do dado, pois, se é dado pessoal, interessa ao direito à proteção de dados, ainda que não seja sensível à privacidade do titular, podendo, por outro lado, ter uma proteção incrementada quando se tratar de dado sensível<sup>57</sup>, demonstrando-se, assim que, embora haja elementos concomitantes em ambos os direitos, estes também possuem elementos que extrapolam o escopo de aplicação do outro direito, sendo, portanto, reciprocamente mais amplos.

Gutiérrez identifica que a necessidade de proteção dos dados pessoais frente aos abusos informáticos derivados do poder da Administração e de outras entidades é uma exigência do Estado de Direito, com o fito de proteger não apenas a intimidade, mas também direitos e liberdades públicas e a própria identidade pessoal, inclusive no tocante a dados aparentemente inócuos e conhecidos, com o eixo da relevância protetiva movendo-se para além do aspecto meramente íntimo, para atender à possibilidade de disposição dos dados.<sup>58</sup>

Já Ortiz assevera que o Tribunal Constitucional Espanhol, nas SSTC 290/2000, contra a LORTAD, e 292/2000, contra a LOPD, em 30 de novembro, reconhece de forma definitiva o direito à proteção de dados pessoais como um direito autônomo, distinto do direito à intimidade, reportando o primeiro reconhecimento do conceito de proteção de dados pessoais à STC 254/93, alinhada a uma perspectiva de "liberdade informática", como um direito de controlar o uso de dados inseridos em um programa informático, diferenciando-se do direito à intimidade por sua função, objeto e conteúdo<sup>59</sup>.

Gellert e Gutwirth defendem que o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais são distintos, mas que existem elementos de sobreposição entre ambos.

No que tange à perspectiva formal, a privacidade está alicerçada no artigo 8.1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem do Conselho da Europa, e no artigo 7 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Em ambos, a proteção se explicita através de aspectos relacionados ao direito à vida privada, à vida familiar, à casa e à correspondência ou comunicação, proteção esta que não é absoluta, por existirem condições, expressas no artigo 8.2 da Convenção e, similarmente, no artigo 52.1 da Carta, nas quais interferências a esses direitos seriam permitidas.<sup>60</sup>

A proteção de dados, a seu turno, está prevista nos artigos 16 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, no artigo 8 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, assim como na Convenção 108 de 1981 do Conselho da Europa e nas Diretrizes para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados

---

<sup>55</sup> KOKOTT, J.; SOBOTTA, C. "The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR", *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 4, 2013, p. 225.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>57</sup> QUEIROZ, R. M. R. "Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções", *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 144, nov. 2019, p. 19.

<sup>58</sup> GUTIÉRREZ, J. M. P. "Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (I)", *Boletín núms.*, 1971-1972, p. 34.

<sup>59</sup> ORTIZ, C. C. *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, DYKINSON, S.L., Madrid, 2005, p. 44-46.

<sup>60</sup> GELLERT, R.; GUTWIRTH, S. "The legal construction of privacy and data protection", *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, 2013, p. 523.

Pessoais, de 1980, elaborada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, apesar desta última não ser vinculante, além de diversos outros instrumentos, a exemplo da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecida como Diretiva da Proteção de Dados, que introduziu os princípios de proteção de dados pessoais na legislação da União Europeia e estabeleceu os principais elementos desse direito e o Regulamento (UE) 2016/679 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conhecido como Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.<sup>61</sup>

Já no que tange à perspectiva material, defendem a existência de diferenciações substanciais entre os direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais, pois o conteúdo do direito à privacidade se consubstancia em quatro vertentes: vida privada, vida familiar, casa e correspondência, abarcando a integridade corporal, acesso à informação e a documentos públicos, segredo de correspondência e comunicação, proteção do domicílio, proteção de dados pessoais, escutas telefônicas, gênero, saúde, identidade, proteção contra incômodos ambientais, a proteção de características visíveis e condutas públicas de indivíduos, o direito a fazer escolhas pessoais um direito à autodeterminação ou autonomia, entre outros, não sendo possível ou necessário determinar exaustivamente o conteúdo do que seria a privacidade.<sup>62</sup>

A seu turno, o direito à proteção de dados pessoais poderia ser entendido como um conjunto de “fair information practices” (“práticas de informação justas”) ou como a regulação e organização das condições nas quais os dados pessoais podem ser legitimamente tratados, práticas complementadas por estruturas institucionais para monitoramento ou consulta, como as Autoridades Supervisoras, ou “Data Protection Authorities” (Autoridades de Proteção de Dados)<sup>63</sup>, observando-se a permissibilidade, por padrão, do tratamento de dados pessoais, embora existam alguns tratamentos sensíveis e de natureza potencialmente danosa que devem observar limiares qualitativos ou limiares quantitativos.<sup>64</sup>

Simbólica, nesse sentido, é a colocação dos autores de que o direito fundamental à proteção de dados está fadado a se sobrepor a outros direitos porque, ao invés de garantir uma liberdade substancial (como o segredo de correspondência, liberdade de expressão, liberdade religiosa, etc.) – que garantiria também os meios para determinar limites os limites dessa liberdade –, está restrito a determinar até que ponto a violação à nossa liberdade pode ocorrer.<sup>65</sup>

Observa-se, nesse sentido, que essa corrente se apresenta mais adequada, por identificar o direito à privacidade e o direito à proteção de dados pessoais como distintos, com dois elementos ou mais de intersecção, ao reconhecer a evolução do direito à proteção de dados pessoais a partir do conceito de privacidade e a existência de elementos comuns a ambos os direitos, ao passo que também reconhece a existência de divergências entre certos elementos que os compõem.

## 5. Conclusão

O desenvolvimento tecnológico impele diversas transformações na sociedade, a exemplo do surgimento de novos direitos ou ressignificação dos direitos preexistentes. O advento da sociedade da informação, momento histórico vivenciado

---

<sup>61</sup> GELLERT, R.; GUTWIRTH, S. “The legal construction of privacy and data protection”, *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, 2013, p. 523.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 524.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 525.

<sup>64</sup> *Idem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 530.

pela sociedade atual, revela o aumento do fluxo de dados pessoais, como exigência de uma economia direcionada por dados, e, por consequência, ressalta a importância dos dados pessoais como elemento e direito a ser resguardado. Todavia, o significado desse direito, sua distinção e relações com o direito à privacidade permanecem controversas, inclusive com extensa controvérsia terminológica.

Propôs-se, assim, investigar as relações e distinções entre o direito à proteção de dados pessoais e o direito à privacidade e oferecer uma metodologia capaz de identificar a forma de relação dos elementos que compõem cada um dos direitos e suas interlocuções.

Para tanto, no decorrer da pesquisa, averiguou-se as origens do direito à privacidade, que remontam ao ano de 1890, através de obra de Samuel Warren e Louis Brandeis, como um direito de ser deixado a só, centralizado em uma perspectiva negativa, de comando geral de não intromissão em aspectos privados, bem como a existência de corrente que identifica posteriormente uma perspectiva positiva, de controle do uso de dados, como elemento existente na privacidade, visão essa que se coaduna com o desenvolvimento do direito à proteção de dados pessoais.

Constatou-se que o direito à privacidade possui múltiplos níveis de proteção, como direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, circundando sua significação sobre quatro perspectivas: vida privada, vida familiar, casa e correspondência, não obstante sua ampla aplicação.

Por outro lado, o direito à proteção de dados pessoais, embora no Brasil tenha sido objeto de legislação de forma específica e ampla apenas a partir da década de 2010, desenvolve-se, ao menos, desde a década de 1970 na Europa, também possuindo múltiplos níveis de proteção, como direito humano, direito fundamental e direito da personalidade, com seu cerne em torno do fluxo de dados pessoais, ou seja, referindo-se a como os dados relativos às pessoas naturais são utilizados em contextos não familiares, com destaque para três elementos centrais: o controle do cidadão, a legitimidade para tratamento e a segurança do tratamento.

Com essas premissas assentadas, as hipóteses de distinção e correlações entre os direitos foram analisadas, concluindo-se pela existência de correntes que se alinham à identificação do direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade e à identificação do direito à privacidade e do direito à proteção de dados pessoais como conjuntos distintos com dois elementos ou mais de intersecção.

Todavia, a posição do direito à proteção de dados pessoais como subconjunto contido no direito à privacidade não se sustenta, ao passo que a outra se mostra a mais adequada, embora ambos estejam interligados pelo contexto histórico, em razão de que cada um se desenvolveu e se exterioriza de uma forma, possuindo previsões normativas e consequências próprias, protegendo valores autônomos dos indivíduos e da sociedade.

## 6. Referências

- BATTOCHIO STUART, M.; VALENTE, V. A. E. "Responsabilidad Civil y Protección de Datos Personales: Tutela Individual y Derecho Procesal Colectivo", *Cadernos de Dereito Actual*, n. 14, 2020, p. 353-373.
- BITTAR, C. A. "Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro", *Revista de informação legislativa*, v. 15, n. 60, out./dez. 1978, p. 105-128.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.
- BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- BYGRAVE, L. A. "Privacy and Data Protection in an International Perspective", *Stockholm Institute for Scandinavian Law & Lee A Bygrave*, 2010, p. 165-200.
- CAVALCANTI, A. E. L. W. "Os Direitos da Personalidade na Sociedade da Informação: Impactos das Novas Tecnologias", em VV.AA. (Lisboa, R. S. coord.), *O Direito*

- na Sociedade da Informação V: movimentos sociais, tecnologia e a proteção das pessoas*, Almedina, São Paulo, 2020.
- CHAVES, J. R. R. de. "A inaplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos: uma interpretação baseada no contexto europeu", em VV.AA. (Souza, C. E. S. e coord.); Santos, M. R. R. dos org.), *Direito Civil na contemporaneidade e sua interatividade com os direitos fundamentais: questionamentos, reflexões e novas propostas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2022.
- CHAVES, J. R. R. de. *O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: uma análise sob a perspectiva de sua (in)distinguilidade do direito à privacidade*, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2023.
- CHAVES, J. R. R. de; SILVA, V. H. C. "Proteção de dados pessoais e o direito fundamental de acesso a informações públicas", em VV.AA. (Vigliar, J. M. M. org.), *Temas da LGPD para o observatório da proteção de dados*, Dos Autores, São Paulo, 2023. p. 36-58.
- CONSELHO DA EUROPA; AGÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados*, Serviço das Publicações da União Europeia, Luxemburgo, 2014.
- CONSELHO DA EUROPA; TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Opinião Consultiva OC-24/17, de 24 de novembro de 2017*.
- CUEVA, R. V. B. "A insuficiente proteção de dados pessoais no Brasil", *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, ano 4, out.-dez. 2017, p. 59-67.
- DONEDA, D. "A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental", *Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 12, n. 2, 2011, p. 91-108.
- FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. "Direito à privacidade e novas tecnologias: breves considerações acerca da proteção de dados pessoais no Brasil e na Europa", *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 4, n. 7, jul./dez. 2018, p. 19-40.
- FACCHINI NETO, E.; DEMOLINER, K. S. "Direito à privacidade na era digital: uma releitura do art. XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) na sociedade do espetáculo", *Revista Internacional Consinter de Direito*, v. 5, n. 9, jul./dez. 2019, p. 119-140.
- FINKELSTEIN, M. E.; FINKELSTEIN, C. "Privacidade e Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais", *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, n. 9, mai./ago. 2019, p. 284-301.
- FLORIDI, L. "Open Data, Data Protection, and Grupo Privacy", *Philos. Technol.*, v. 27, 2014, p. 1-3.
- FRANÇA, R. L. "Direitos da personalidade – coordenadas fundamentais", *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano VII, n. 4, jul.-dez. 1993, p. 37-50.
- FUSTER, G. G. "The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU", em VV.AA., *Law, Governance and Technology Series*, v. 16. Vrije Universiteit Brussels, Brussels, 2014.
- GELLERT, R.; GUTWIRTH, S. "The legal construction of privacy and data protection", *Computer Law & Security Review*, v. 29, n. 5, 2013, p. 522-530.

- GUTIÉRREZ, J. M. P. "Objeto y naturaleza jurídica del derecho fundamental a la protección de datos personales (I)", *Boletín núms.*, 1971-1972.
- KOKOTT, J.; SOBOTTA, C. "The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR", *International Data Privacy Law*, v. 3, n. 4, 2013, p. 222-228.
- LIMBERGER, T. "Da evolução do direito a ser deixado em paz à proteção dos dados pessoais", *Revista do Direito*, n. 30, 15 jul. 2008, p. 138-160.
- MANTELERO, A. "Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2016, p. 1-18.
- MENEZES, R. O. A.; BELTRÃO, S. R. "A necessidade de publicidade restrita dos atos processuais nos casos de planos de saúde: Em prol da proteção da intimidade dos usuários", *Scientia Iuris*, v. 22, n. 2, jul. 2018, p. 272-304.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 de dezembro de 1948.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Protección de Datos Personales*. [https://www.oas.org/es/sla/ddi/proteccion\\_datos\\_personales.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/proteccion_datos_personales.asp).
- ORTIZ, C. C. *La protección de datos personales: un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, DYKINSON, S.L., Madrid, 2005.
- QUEIROZ, R. M. R. "Direito à privacidade e proteção de dados pessoais: aproximações e distinções", *Revista do Advogado*, ano XXXIX, n. 144, nov. 2019, p. 15-21.
- RODOTÀ, S. "Data Protection as a Fundamental Right", em VV.AA. (Gutwirth, S. et al. eds.), *Reinventing Data Protection?*, Springer, Dordrecht, 2009, p. 77-82.
- SARLET, I. W. "Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada", *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 14, n. 42, jan./jun. 2020, p. 179-218.
- TOMASEVICIUS FILHO, E. "Em direção a um novo 1984? A tutela da vida privada entre a invasão de privacidade e a privacidade renunciada", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan./dez. 2014, p. 129-169.
- VIANNA, E. W.; FERNANDES, J. H. C.. "O gestor da segurança da informação no espaço cibernético governamental: grandes desafios, novos perfis e procedimentos", *Brazilian Journal of Information Science*, v. 9, n. 1, 2015, p. 1-28.
- WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. "The right to privacy", *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 15 dez. 1890, p. 193-220.
- WESTIN, A. *Privacy and Freedom*, Ig Publishing, New York, 2018.
- ZANATTA, R. A. F.; SOUZA, M. R. O. "A tutela coletiva na proteção de dados pessoais: tendências e desafios", em VV.AA. (De Lucca, N.; Rosa, C. coords.), *Direito & Internet IV: Proteção de Dados Pessoais*, Quartier Latin, São Paulo, 2019.





---

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

[www.cadernosdedereitoactual.es](http://www.cadernosdedereitoactual.es)

© **Cadernos de Derecho Actual** N° 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 25-40  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **Abusive clauses and remuneration for non-contractual use of capital – comments against the background of the CJEU judgment of 15 June 2023, C-520/21**

**Dr hab. Tomasz Szancilo**<sup>1</sup>

*European University of Law and Administration in Warsaw*

**Summary:** 1. Introduction. 2. The nature of abusive clauses. 3. The effect of the indexation clause and the exchange rate risk clause. 4. Restitutory effect. 5. Admissibility of the claim for damages. 6. Admissibility of claiming remuneration for the use of capital. 7. Summary

**Abstract:** One of the most important issues that is related to foreign currency-linked loans between banks and consumers is the rules for the settlement of parties in relation to the invalidity of a contract containing prohibited contractual provisions (abusive clauses). This is a problem that affects many European countries, especially those facing a shortage of housing. The CJEU judgment of 15 June 2023, C-520/21, which prejudged the admissibility of claims by both parties to an invalid loan agreement (usually a CHF-linked loan) for contractual abuse, is very relevant here. However, the basic problem is the translation of the CJEU's position into domestic law, including Polish law, which doesn't provide for any specific legal regulations concerning the parties' settlements in connection with the invalidity of the agreement, and the existing regulations don't explicitly provide a basis for pursuing a claim for remuneration for the use of the capital paid under a credit agreement declared invalid due to the use of abusive clauses in it.

**Key words:** remuneration, use of capital, Directive 93/13, abusive clause, foreign currency-linked loan

---

<sup>1</sup> Dr hab. prof. European University of Law and Administration in Warsaw (Poland), Justice of the Supreme Court of the Republic of Poland, Civil Chamber. ORCID: 0000-0001-6015-6769; [tszancilo@ewspa.edu.pl](mailto:tszancilo@ewspa.edu.pl)

## 1. Introduction

It's undisputed that Directive 93/13 of the Council of the European Communities of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts<sup>2</sup> has set new standards in the fight against contractual abuse. Although it applies directly only to consumer trade (i.e. contracts concluded by entrepreneurs with consumers), its provisions allow a general direction to be set for the protection of the weaker party of economic trade. It also makes it possible to identify a number of new issues, which have not been given due attention so far. One such issue is the rules of settlements between the parties in connection with the invalidity of a contract containing prohibited contractual provisions (so-called abusive clauses).

Many of the new issues were addressed in the judgment of the Court of Justice of the EU (hereinafter: CJEU) of 15 June 2023<sup>3</sup>, which deals with the rules of settlement of the parties in the event of the invalidity of a credit agreement linked to a foreign currency<sup>4</sup>, insofar as it contains prohibited contractual provisions. In doing so, the Court prejudged the applicability of Directive 93/13 in the event that the contract is void, which was also questionable. Of particular interest is the passage concerning the admissibility of a bank's claim for remuneration for the use of capital disbursed on the basis of a credit agreement containing prohibited contractual provisions and declared invalid for this reason, what will be analysed. It must be theorised here that such a possibility, which is very widely represented in court proceedings by banks, doesn't exist, as it would be contrary to the purpose of Directive 93/13. In other words, a bank cannot claim against a consumer for lending a certain sum of money on the basis of a contract that contained abusive clauses relating to the conversion of the domestic currency into a foreign currency (usually the Swiss franc) and was subject to exchange rate risk on the part of the consumer (the so-called valorisation clause and exchange rate risk clause). The situation of consumers, on the other hand, is much better, as it is not *a limine* excluded to claim against the bank for amounts paid by the borrower under such an agreement, although the recovery of remuneration for the use of capital depends on the legal regulations in this matter in individual EU Member States; as far as the Polish legal system is concerned, this is in principle impossible.

Three types of loans (credits) may be distinguished, in which foreign currency is present (in various roles): indexed, denominated and foreign exchange<sup>5</sup>. In an index-linked loan, the amount of credit is stated in the domestic currency and is disbursed in that currency, but is converted into a foreign currency according to a contractual clause also based on the purchase rate of that currency applicable at the date of disbursement of the loan, with repayment in domestic currency. In a denominated loan, the amount of the loan is denominated in foreign currency and is disbursed in domestic currency according to a contractual clause based on the buying rate of the foreign currency applicable at the date the loan is disbursed, and the loan is repaid in domestic currency. In these two loans, therefore, the foreign currency is merely a yardstick for converting the amounts expressed in domestic currency. In a foreign currency loan, on the other hand, the loan amount is expressed in foreign currency and repayment is also made in that currency.

Thus, it's only in the latter case that the borrower's claim against the lender is expressed in foreign currency, i.e. the borrower can request the lender to pay the loan amount in foreign currency. In the other two cases, the borrower's claim against the lender

---

<sup>2</sup> OJ EU 1993 L 95, p. 29; hereinafter: Directive 93/13.

<sup>3</sup> C-520/21, A. Szcześniak v. Bank M., ECLI:EU:C:2023:478.

<sup>4</sup> In practice known as franking agreements, as the vast majority of such agreements concluded in Poland and other countries were linked precisely to the Swiss currency.

<sup>5</sup> See, e.g., the judgment of the Supreme Court of Poland of 7 November 2019, IV CSK 13/19; SPUREK, J., in: SZANCIŁO, T. (ed.), *Kredyty powiązane z walutą obcą. Aspekty materialnoprawne i procesowe. Komentarz praktyczny*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2022, pp. 1-3; KRAJEWSKI, D., *Charakter prawny typowej umowy o kredyt denominowany do waluty innej niż waluta polska (cz. I) – glosy – V CSK 445/14 i IV CSK 377/10*, „Monitor Prawniczy” 2021, No. 21, p. 116.

for performance (i.e. payment of the amount of the loan) relates solely to the domestic currency; these are the cases addressed in this study. They are permissible, as can be seen, for example, from Article 69(1) and (2)(4a) of the Act of 29 August 1997 – Banking Law<sup>6</sup>; are also not prohibited by EU law. In these loans, the foreign currency is merely an instrument for converting the amount to be paid to the borrower and the instalments to be paid by the borrower to the lender.

This study, although it refers to Polish law, has a far broader and largely universal value as it is based on EU regulations, so the arguments presented herein refer to the legal systems of various European countries in which foreign currency-linked loans (credits) were granted on a large scale. Differences may arise from the internal regulations of individual EU Member States.

## 2. The nature of abusive clauses

The crux of the issue boils down to whether contractual provisions containing conversion clauses and exchange rate risk clauses that are inextricably linked to foreign currency constitute so-called abusive clauses and, if so, what effect their insertion has in a foreign currency-linked loan agreement. The thesis must therefore be that a contract containing such provisions cannot have legal effect.

Illegal contractual provisions are regulated in Articles 3-4 of Directive 93/13 and Articles 385<sup>1</sup>-385<sup>3</sup> of the Civil Code. They aim to protect the consumer against unfavourable terms in a contract between him and a professional. As a result of the analysis of these provisions (both the Directive and the Civil Code), it's possible to distinguish four prerequisites, the cumulative fulfilment of which determines whether a given provision of a model contract may be considered abusive:

1) the provision hasn't been individually agreed with the consumer and therefore hasn't been subject to negotiation, whereby it is not the negotiation of the contract as a whole, but the specific provision to be assessed for abusiveness,

2) the consumer's rights and obligations shaped in this way are in conflict with good practice,

3) the rights and obligations thus formed grossly infringe the interests of the consumer,

4) the contractual provision doesn't relate to the unambiguously formulated main benefits of the parties, including the price or remuneration.

The assessment whether a contractual provision is prohibited (Article 385<sup>1</sup> § 1 of the Civil Code) is made according to the state at the moment of concluding the agreement<sup>7</sup>. In order to assess whether a provision is abusive, it isn't important how it is applied by the trader. This means that even if no negative consequences for the consumer have been drawn from the contested contractual provision in practice, this does not change the abusive nature of the provision if the above-mentioned prerequisites are met. Indeed, the subject of assessment is the provision itself, i.e. the normative content expressed in a specific form (usually in words), i.e. the norm or its element determining the rights or obligations of the parties<sup>8</sup>, and its point of reference – the way the provision affects the rights and obligations of the consumer. The manner in which a provision is applied is a separate issue, which isn't explicitly addressed in the first sentence of Article 385<sup>1</sup> § 1 of the Civil Code<sup>9</sup>, nor is it

<sup>6</sup> Consolidated text: Official Journal of the Republic of Poland 2022, item 2324, as amended; hereinafter: PrBank.

<sup>7</sup> The resolution of 7 judges of the Supreme Court of Poland of 20 June 2018, III CZP 29/17, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej” (OSNC) 2019, No. 1, item 2.

<sup>8</sup> See the resolution of 7 judges of the Supreme Court of Poland of 20 November 2015, III CZP 17/15, OSNC 2016, No. 4, item 40.

<sup>9</sup> See the resolution of the Supreme Court of Poland of 20 June 2018, III CZP 29/17, OSNC 2019, No. 1, item 2.

addressed in Directive 93/13. Therefore, the effect is *ex tunc*, which means that events subsequent to the date of conclusion of the contract containing the abusive clauses are irrelevant to the nature of such contractual provisions (with the exception of the consumer's will, which will be discussed below). For example, it is irrelevant that the legislator introduced (*ex post*) the possibility to repay the loan in the currency to which it was indexed (valorised). Such an act was enacted and entered into force in Poland in 2011 – this was the so-called 'anti-spread law', which amended Article 69(3) of PrBank, allowing the borrower to repay the principal and interest instalments and to prepay the full or partial amount of the loan directly in a foreign currency.

Briefly referring to the aforementioned prerequisites, it should be pointed out that provisions of a contract the content of which the consumer had no real impact on are not individually negotiated, which in particular refers to provisions of a contract taken from the model contract proposed to the consumer by the contractual partner, whereby the burden of proof that a provision has been individually negotiated rests on the one who invokes it, i.e. on the entity which uses the given model contract. As it is emphasised, if the consumer had an influence on the content of the contractual provision, he should not be covered by (consumer) protection, as in a liberal society he should be held responsible for his own decisions<sup>10</sup>. In practice, if the trader uses a template agreement (general terms and conditions, rules and regulations, etc.) prepared by the trader, it is not negotiable. The borrower has no influence on the content of such a template. It's impossible to equate individual negotiation of a contract with the fact that the borrower, for example, chose a particular bank, having previously reviewed the offers of other banks as well, and selected the most favourable – in his opinion – offer, or determined the amount of credit<sup>11</sup>. If the consumer had no real influence on the content of the relevant contractual provision, this condition is fulfilled. In practice, the arrangements relate only to the sum of the loan amount.

Good morals and gross violation of consumer interests are general clauses. The essence of good morals is broadly understood respect for another human being. In relations with consumers, it should be expressed in the provision of information on the rights arising from the contract, not using the privileged position of a professional when concluding and performing the contract and treating the consumer fairly as an equal contractual partner. Actions aimed at failing to inform, confusing, misleading the consumer, taking advantage of the consumer's ignorance or naivety may therefore be regarded as contrary to good morals. These actions are commonly referred to as dishonest, unreliable, deviating in a negative way from the accepted standards of conduct<sup>12</sup>. On the other hand, a gross infringement of the consumer's interests occurs when the balance of interests of the parties to a contract has been grossly upset by one of them taking advantage of its advantage in formulating a specific model. The main consideration is whether it worsens his legal position in relation to that which, in the absence of a contract to the contrary, would result from the provisions of law, including dispositive norms. At the same time, the infringement of the consumer's interests resulting from the prohibited provision must be gross and therefore particularly significant. The term "grossly" should be applied to a significant deviation of the adopted regulation from the principle of a fair balance of rights and obligations<sup>13</sup>. With regard to

---

<sup>10</sup> JANSEN, N., in: JANSEN, N., ZIMMERMANN, R. (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Ed. Oxford Academic, Oxford 2018, p. 966.

<sup>11</sup> See the judgment of the Supreme Court of Poland of 7 November 2019, IV CSK 13/19.

<sup>12</sup> See e.g. the judgments of the Court of Appeal in Warsaw: of 23 August 2011, VI ACa 262/11; of 8 February 2011, VI ACa 913/10.

<sup>13</sup> See e.g. the judgment of the Supreme Court of Poland of 27 February 2019, II CSK 19/18, „Monitor Prawa Bankowego” 2020, No. 6, p. 38; the judgments of the Court of Appeal in Warsaw: of 14 September 2011, VI ACa 291/11; of 14 December 2010, VI ACa 487/10; ZAGROBELNY, K., in: GNIEWEK, E., MACHNIKOWSKI, P. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2023, art. 385<sup>1</sup>, side bumper (Nb) 9–10.

these two prerequisites, it's therefore a question of values such as honesty, sincerity, trust, loyalty, reliability and professionalism. Provisions that violate these principles result in a violation of the equality of the parties to the contractual relationship and an unequal distribution of power and obligations between the contractual partners. This is extremely important if we are talking about the trader-consumer relationship, as the former – as a professional in a certain field of economic activity – is in a privileged position, has an advantage over the other party to the contractual relationship (the consumer).

It's accepted that, in order to establish that the performance of one party to a contract in favour of the other party is in the nature of the main performance, it isn't sufficient to establish that this performance is due to the other party to the contract for the service it provides in the performance of the contract concluded. The concept of "main performance of the parties" must be understood narrowly, with reference to the concept of the material elements (*essentialia negotii*). These elements can therefore include remuneration and price, as well as the counterperformance of the entrepreneur – goods, service<sup>14</sup>. Such provisions (defining the main benefits of the parties) are usually individually agreed, in which case the control characteristic of imposed provisions is in principle excluded<sup>15</sup>. It's therefore essential to determine whether a given contractual provision relates to an element of the contract without which it would be impossible to speak of a given type of contract.

In the jurisprudence of the Polish Supreme Court, the prevailing view is that the clauses in a PLN indexed/denominated credit agreement to a foreign currency, and therefore also the clauses included in the model contracts, shaping the indexation (conversion) mechanism, define the borrower's main benefit<sup>16</sup>. The CJEU's case law also emphasises that contractual terms falling within the concept of "main subject matter of the contract" within the meaning of Article 4(2) of Directive 93/13 must be regarded as those which define the essential performance of the contract in question and which therefore characterise that contract<sup>17</sup>. Provisions (referred to as "exchange rate risk clauses") that involve the borrower-consumer being exposed to the risk of fluctuations in the exchange rate and the associated risk of an increase in the cost of the credit are also considered to be such provisions<sup>18</sup>. It should therefore be assumed that the valorisation clause concerns the main performance of both the lender and the borrower – as regards the former, the amount of credit to be provided to the borrower, and as regards the latter, the amount of credit instalments to be made up in total for the total amount of credit and interest. The exchange rate risk clause, on the other hand, concerns the borrower, as it determines the amount of the loan to be repaid by the borrower (this amount varies depending on the fluctuation of the exchange rate).

<sup>14</sup> See e.g. judgments of the Court of Appeal in Warsaw: of 2 February 2011, VI ACa 910/10; of 29 December 2010, VI ACa 403/10.

<sup>15</sup> See e.g. ŁĘTOWSKA, E., *Prawo umów konsumenckich*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 331; OLEJNICZAK, A., in: KIDYBA, A. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Ed. Wolters Kluwer Business, Warszawa 2014, art. 385<sup>1</sup>, Nb 6.

<sup>16</sup> See the judgments of the Supreme Court of Poland: of 4 April 2019, III CSK 159/17; of 9 May 2019, I CSK 242/18; of 11 December 2019, V CSK 382/18, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izby Cywilnej – Zbiór Dodatkowy” (OSNC-ZD) 2021, No. 2, item 20; of 21 June 2021, I CSKP 55/21; of 3 February 2022, II CSKP 459/22; see also KUBIAK-CYRUL, A., in: ZAŁUCKI, M. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2024, p. 879.

<sup>17</sup> See the judgments of the CJEU: of 30 April 2014 r., C-26/13, Kásler and Káslerné Rábai, ECLI:EU:C:2014:282; of 26 February 2015, C-143/13, Matej; of 23 April 2015, C-96/14, Van Hove, ECLI:EU:C:2015:262; of 20 September 2017, C-186/16, Andriuc and others, ECLI:EU:C:2017:703.

<sup>18</sup> See the judgments of the CJEU: of 20 September 2017, C-186/16; of 20 September 2018, C-51/17, OTP Bank and OTP Faktoring, ECLI:EU:C:2018:750; of 14 March 2019, C-118/17, Dunai, ECLI:EU:C:2019:207; of 3 October 2019, C-260/18, Dziubak, ECLI:EU:C:2019:819.

The provisions of the agreement (rules and regulations), specifying both the rules for converting the amount of the loan granted into PLN upon disbursement of the loan and the instalments to be repaid into foreign currency, allowing the bank to freely shape the foreign currency exchange rate, have already been examined by the Supreme Court of Poland on many occasions<sup>19</sup>. It was explained that such provisions are in the nature of prohibited contractual provisions. The inconsistency with good practice and the infringement of consumer interests in this case consists in making the amount of the bank's benefit and the amount of the consumer's benefit dependent on the bank's free decision. Such provisions, which empower the bank to unilaterally set exchange rates, are non-transparent and leave room for arbitrary action by the bank. They thus burden the borrower with unpredictable risks and violate the equality of the parties. Furthermore, the unclear and unverifiable determination of the exchange rate constitutes an additional, hidden remuneration for the bank, which may be of considerable importance for the counterparty and the amount of which is freely determined by the bank. The level of the loan to be disbursed and, in particular, the level of the instalment debt (and that already repaid) is known to the consumer *post factum*, after the corresponding amount has been debited from his account for servicing the mortgage loan taken out.

This is determined by the exchange rate risk clause just mentioned. Foreign exchange (currency) risk is the change (in this case in the amount of the benefit) due to fluctuations in the exchange rate of one currency against another. Fluctuations in the exchange rate affect settlements between entities that settle in a foreign currency and those that use a foreign currency to convert the benefit amount. Depending on the direction of the change in the exchange rate, this results in a worsening of the financial situation of one party and an improvement of the financial situation of the other party. The source of the exchange rate risk is primarily the impossibility of accurately predicting the direction of fluctuations in the currency exchange rate (appreciation or depreciation) and the magnitude of these fluctuations. It's therefore not a question of the mechanism itself for converting the domestic currency into another currency (mainly CHF) and vice versa, but of introducing a link between the amount of the loan granted and the repayments and the exchange rate of the domestic currency against the other currency. The borrower must be clearly informed that, by signing a loan agreement linked to a foreign currency, he bears a certain exchange rate risk which, from an economic point of view, may prove difficult for him to bear in the event of a fall in the value of the currency in which he is paid in relation to the foreign currency in which the loan was granted. To this end, the trader must outline the possible exchange rate fluctuations and risks involved in taking out a loan in foreign currency<sup>20</sup>. In fact, it's emphasised that the transmission of information (knowledge) of a specific content by a professional entity to its client becomes a legally relevant phase<sup>21</sup>. Article 4(2) of Directive 93/13 must therefore be interpreted as meaning that the requirement that the terms of the contract be expressed in plain and intelligible language obliges financial institutions to provide borrowers with sufficient information to enable them to make informed and prudent decisions. That requirement implies that the condition relating to exchange rate risk must be understood by the consumer both formally and grammatically, as well as with regard to its concrete scope, so that a reasonably well-informed and reasonably observant and prudent average consumer is able not only to be aware of the possibility of a fall in the value of the domestic currency in relation to the foreign currency in

---

<sup>19</sup> See e.g. judgments of the Supreme Court of Poland: of 22 January 2016, I CSK 1049/14, OSNC 2016, No. 11, item 134; of 4 April 2019, III CSK 159/17, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2019, No. 12, item 115; of 7 November 2019, IV CSK 13/19; of 2 June 2021, I CSKP 55/21; of 27 July 2021, V CSKP 49/21.

<sup>20</sup> The judgment of the CJEU of 20 September 2018, C-51/17; similarly, the judgment of the CJEU of 20 September 2017, C-186/16.

<sup>21</sup> See GNELA, B., *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Ed. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013, p. 228.

which the loan was denominated or indexed, but also to assess the – potentially significant – economic consequences of such a condition on his financial obligations<sup>22</sup>.

It's important to note that, in practice, this risk was almost entirely passed on to the consumer by the banks, given the exchange rate at the time the loan was granted and the lack of any limitation in this respect, giving the bank the opportunity to gain unlimited benefits at the expense of the consumer. During the period of granting the so-called franking credits (especially the years 2006-2009), the CHF exchange rate (including to the Polish currency) was very low. From the bank's point of view, this was an extremely advantageous situation. Borrowers weren't really interested in how many Swiss francs they would receive, as they never intended to use this currency; what mattered to them was the amount they would receive in the domestic currency. The very low CHF exchange rate meant that the specific amount in domestic currency that the borrower was to receive gave a much higher amount in francs than if the exchange rate was at today's levels. It was clear that the CHF exchange rate would rise, but the scale of this rise was unknown; this meant an increase both in the nominal amount of the capital to be repaid by the borrower and in the amount of the loan instalment, which still depended on LIBOR. In the case of a loan granted at a low CHF exchange rate, the risk on the bank's side was reduced to a fall in the value of the Swiss franc to "0"<sup>23</sup>, however, this was purely theoretical, as such a possibility did not exist (there was no possibility for the CHF exchange rate to fall to such a level). On the other hand, the exchange rate risk on the part of the client (borrower) was unlimited. Indeed, the foreign currency-linked loan agreements didn't contain any limitation on the subject, in particular the so-called "circuit breaker", i.e. a specific level of the domestic currency to the CHF at which the sum of the loan and loan instalments (after conversion into domestic currency) would stop rising. Characteristically, foreign currency-linked loans stopped being granted in Poland when the CHF exchange rate started to rise. Granting a loan at such a high foreign currency exchange rate (e.g. PLN 4.6/CHF) would definitely increase the bank's risk and significantly reduce the consumer's risk.

The CJEU case law also emphasises that there is a significant contractual imbalance to the detriment of the consumer if unlimited exchange rate risk is imposed on the consumer<sup>24</sup>. And it is the exchange rate risk clause, and not the indexation clause referring to the bank's exchange rate (set at will by the bank), that is the source of the problem in question. This is due to the introduction of unlimited exchange rate risk on the part of consumers into credit agreements, the issue of valorisation mainly concerns the so-called currency spread.

### **3. The effect of the indexation clause and the exchange rate risk clause**

The elimination of abusive contractual provisions from the credit agreement between the parties therefore raises the necessity to assess whether the agreement in its remaining scope is maintainable. This is extremely important, as it determines whether it is reasonable to consider pursuing a claim relating to the use of someone else's money.

The provisions constituting indexation clauses as well as those related to the exchange rate risk are abusive, which means that they are from the outset, by operation of law, rendered ineffective in favour of the borrower, unless he subsequently gives his informed and free consent to these clauses and thereby restores their retroactive effectiveness<sup>25</sup>. As explained in the case law of the Supreme Court of Poland, if the

<sup>22</sup> The judgment of the CJEU of 20 September 2018, C-51/17.

<sup>23</sup> As the vast majority of franking credits were granted at a time when the CHF to PLN exchange rate was in the range of PLN 1.8-2.2/CHF, the theoretical bank risk was around PLN 2 per Swiss franc.

<sup>24</sup> See the judgment of the CJEU of 10 June 2021, C-776/19 – C-782/19, BNP Paribas Personal Finance and BNP Paribas Personal Finance i Procureur de la République, ECLI:EU:C:2021:470.

<sup>25</sup> See the resolution of 7 judges of the Supreme Court of Poland – legal principle of 7 May 2021, III CZP 6/21, OSNC 2021, No. 9, item 56.

elimination of an illicit contractual provision leads to such a deformation of the contractual regulation that the content of the rights and obligations of the parties can't be reconstructed on the basis of its remaining content, it can't be assumed that the parties remain bound by the remaining part of the contract. This corresponds to Article 6(1) of Directive 93/13, which stipulates that unfair terms in contracts concluded by sellers or suppliers with consumers shall not be binding on the consumer and that the contract shall continue to be binding on the parties for the rest of its content, if this is possible after the unfair terms have been excluded from it<sup>26</sup>.

In the judgment of 29 April 2021<sup>27</sup> the CJEU held that Articles 6(1) and 7(1) of Directive 93/13 must be interpreted as, on the one hand, not precluding a national court from merely removing an unfair term from a contract concluded between a trader and a consumer, where the deterrent objective of that directive is attained by the national statutory provisions governing its use, in so far as that term constitutes a distinct contractual obligation which is capable of being reviewed individually for unfairness. On the other hand, those provisions preclude the referring court from merely removing an unfair element of a term in a contract between a trader and a consumer where such removal would amount to altering the content of that term by changing its substance.

Although the view has been expressed in the case law of the Polish courts that the application of the indexation mechanism and the introduction of exchange rate risk means that the credit agreement should be maintained as a credit agreement in domestic currency bearing interest at the LIBOR rate (and thus characteristic of foreign currency credit), the position prevails by far that, once such clauses have been eliminated, it isn't possible to maintain the agreement as intended by the parties, which argues in favour of its complete invalidity<sup>28</sup>. Also, the elimination of abusive conversion clauses does not lead to the CHF-indexed loan being maintained as a loan in domestic currency (here: zloty) bearing interest at the LIBOR rate<sup>29</sup>; the same applies to a loan denominated in CHF<sup>30</sup>. The difference between these loans is fundamental, as in the case of a denominated loan, it is not possible to determine the amount of the bank's consideration at the conclusion of the contract, because unless a conversion clause applies (due to its abrogative nature), it is not possible to convert the amount determined in foreign currency into the amount in domestic currency at the time the contract is concluded. There is therefore no determination of the material elements (*essentialia negotii*) of the credit agreement, which means that the contract is not concluded at all. It's therefore not necessary to refer to the impossibility of converting the instalments to be paid by the borrower, although this problem is also relevant. However, in the case of an index-linked loan, as long as the amount of the bank's benefit (expressed in domestic currency) is known, the abusiveness of the conversion clauses in relation to instalments makes it impossible to determine the amount of the borrower's benefit (both as regards individual instalments and the full amount of the loan)<sup>31</sup>. However, as indicated above, the exchange rate risk clause (irrespective of the conversion clause) prejudices the nullity of such an agreement anyway.

---

<sup>26</sup> See judgments of the Supreme Court of Poland: of 27 July 2021, V CSKP 49/21; of 2 June 2021, I CSKP 55/21; of 3 February 2022, II CSKP 459/22.

<sup>27</sup> C-19/20, Bank BPH, ECLI:EU:C:2021:341.

<sup>28</sup> See e.g. the judgments of the Supreme Court of Poland: of 11 December 2019, V CSK 382/18; of 25 October 2023, II CSKP 835/23; of 12 September 2024, II CSKP 189/24.

<sup>29</sup> The judgment of the Supreme Court of Poland of 10 May 2022, II CSKP 285/22.

<sup>30</sup> The judgment of the Supreme Court of Poland of 13 May 2022, II CSKP 293/22.

<sup>31</sup> However, in its judgment of 13 October 2022, OSNC 2023, No. 5, item 50, the Supreme Court of Poland pointed out that the elimination of the conversion clause from the loan agreement indexed to the foreign currency exchange rate makes it impossible to determine the extent of mutual benefits in accordance with the will of the parties, and above all the amount of the consumer's obligation towards the bank.



The annulment of a contract (here: a credit agreement) falls within the scope of the sanction that Directive 93/13 provides for in relation to the use of unfair contract terms by a trader. It should be emphasised that the protection guaranteed to consumers by the provisions of that Directive is aimed, *inter alia*, at achieving the preventive effect referred to in Article 7 thereof, i.e. discouraging traders from using unfair contractual terms in their contracts. In the judgment of 6 March 2019<sup>32</sup> The CJEU has ruled out that a national court may change the content of unfair terms in contracts. It's therefore not legitimate to replace the prohibited terms with other terms, consisting for example of a reference to the exchange rate applied by the National Bank of Poland. Such a solution would run counter to the preventive objectives of Directive 93/13<sup>33</sup>.

The case-law of the CJEU also accepts that Articles 6(1) and 7(1) of Directive 93/13 must be interpreted as precluding national case-law according to which a national court may declare unfair not the entirety of a term of a contract concluded between a consumer and a trader, but only the elements of that term which give it an unfair character, with the result that the term remains, after the removal of such elements, partially effective, where such removal would amount to a modification of the content of that term which affects its substance, which it's for the referring court to verify. Where it's possible to declare a term null and void, the national court may not replace the unfair terms (abusive clauses) by a national provision of a dispositive or general nature, the will expressed by the consumer being of central importance. In general, therefore, the national court should declare a contract void if the consumer has been informed of and consented to the consequences of such a determination, unless it would have a particularly adverse effect on him or her<sup>34</sup>.

In other words, there is no yardstick that could replace an illicit contractual provision related to the conversion of amounts. What is important here, which has not been pointed out in the case law also of the CJEU, is that the replacement of the valorisation clause by another provision, e.g. referring to the average exchange rate of the central bank of the country concerned (or any other), would only eliminate the so-called currency spread. The problem of exchange rate risk would still remain, as it would not be eliminated or even reduced in such a situation.

#### 4. Restitutory effect

In view of the subject matter of the article, the restitutory effect<sup>35</sup>, which stems from Article 6(1) in conjunction with Article 7(1) of Directive 93/13, understood in view of its objectives, i.e. consumer protection, is of key importance. It's linked to the invalidity of the contract. The CJEU first presented the concept of such effect more extensively in its judgment of 21 December 2016<sup>36</sup>. In this case, the Spanish Supreme Court accepted that the finding of abusiveness of "floor clauses", providing for a minimum rate below which the variable interest rate couldn't fall, didn't affect situations finally resolved by judicial decisions having *res judicata*, nor did it affect payments that had been made before the date of that court's judgment, with the result that only amounts that had been unduly paid on the basis

<sup>32</sup> C-70/17 i C-179/17, Abanca Corporación Bancaria and Bankia, ECLI:EU:C:2019:250.

<sup>33</sup> See e.g. judgments of the Supreme Court of Poland: of 17 March 2022, II CSKP 474/22; of 19 May 2022, II CSKP 797/22; see also extensively CHRÓŚCIK, K., in: T. Szanciło (ed.), *Kredyty powiązane z walutą obcą. Aspekty materialnoprawne i procesowe. Komentarz praktyczny*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2022, pp. 157 et seq.

<sup>34</sup> See. e.g. judgments of the CJEU: of 14 March 2019, C-118/17; of 5 June 2019, C-38/17, GT, ECLI:EU:C:2019:461; of 3 March 2020, C-125/18, Gómez del Moral Guasch, ECLI:EU:C:2020:138; of 8 September 2022, C-80/21 – C-82/21, Deutsche Bank and Bank Millennium, ECLI:EU:C:2022:646.

<sup>35</sup> On this effect, see for more information on WĘGRZYŃSKI, Ł., *Skutek restytucyjny z dyrektywy 93/13 a zasady rozliczeń stron w związku z nieważnością umowy zawierającej niedozwolone postanowienia umowne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2022, No. 5, pp. 47 et seq.

<sup>36</sup> C-154/15 i C-307/15, Gutiérrez Naranjo, ECLI:EU:C:2016:980.

of those clauses after that date had to be reimbursed. In the judgment referred to the CJEU held, however, that such a solution was contrary to Directive 93/13, leading to the deprivation of any consumer who had entered into a mortgage credit contract containing such a clause before the date referred to in the judgment, of the right to receive full reimbursement of the amounts he had unduly paid to the banking institution on the basis of that clause. Such protection therefore proves to be incomplete and insufficient and does not constitute either an adequate or effective measure within the meaning of Article 7(1) of Directive 93/13. In addition, it isn't possible to mitigate the restitutionary effect on account of possible economic disadvantages.

In the judgment of 12 January 2023<sup>37</sup>, which concerned an illicit provision explicitly stipulating the main performance payable to the trader, so that the application of the restitutionary effect could breach the principle of the provision of services for consideration (the trader would fulfil the performance but wouldn't be entitled to be remunerated for it), the CJEU held that Article 6(1) of Directive 93/13 doesn't prevent the implementation of the restitutionary effect or the invalidity of the contract, even if this would lead to the trader not receiving any remuneration for his services. Only exceptionally, if the invalidity of the contract would expose the consumer to particularly unfavourable consequences, may the national court replace the unlawful provision by a provision of national law which is dispositive or applicable in the event of an agreement between the parties to that contract, as mentioned above. Even then, however, the national court may not supplement the contract with its own estimates of the level of remuneration it considers reasonable for the services provided.

This position means that the restitutionary effect is an absolute obligation on the trader to return the benefit obtained from the consumer as a result of an illicit contractual provision, and therefore the possibility of claiming the benefit on the basis of such a provision is excluded. In general, the CJEU emphasises that an illicit provision must, as a rule, be deemed never to have existed, so that it has no effect vis-à-vis the consumer. Therefore, a judicial declaration that a provision is illegal should have the effect of restoring the legal and factual situation in which the consumer would have been in the absence of the provision<sup>38</sup>. In particular, it involves the corresponding restitutionary effect on amounts paid under the prohibited provision<sup>39</sup>. It isn't the trader's interest and its protection that matters, only the consumer's interest and its protection. Indeed, the protection stemming from Directive 93/13 is clearly directed at the weaker party to the contractual relationship, which means, *inter alia*, that the provisions of the directive are interpreted taking into account the interests of consumers and not of the trader. Since the stronger party to the contract takes advantage of its privileged position, it must bear the consequences of, *inter alia*, the use of prohibited contract terms.

This is supplemented by the reasoning in the judgment of 15 June 2023, C-520/21, which provided the basis for the present study, as it is still the most applicable to the issue at hand. The Tribunal held that, in the context of a mortgage credit agreement being declared void in its entirety on the ground that it cannot continue to operate after the unfair terms contained in it have been removed, Directive 93/13 doesn't preclude an interpretation of national law according to which a consumer is entitled to claim from a credit institution compensation going beyond reimbursement of the monthly instalments and costs paid for the performance of that agreement and beyond payment of statutory default interest from the date of the demand for payment, provided that the objectives of Directive 93/13 and the

---

<sup>37</sup> C-395/21, D.V., ECLI:EU:C:2023:14.

<sup>38</sup> See e.g. the judgments of the CJEU: of 21 December 2016, C-154/15 and C-307/15; of 14 March 2019, C-118/17; of 16 July 2020, C-224/19 and C-259/19, Caixabank, ECLI:EU:C:2020:578; of 29 April 2021, C-19/20.

<sup>39</sup> See the judgments of the CJEU: of 21 December 2016, C-154/15 and C-307/15; of 9 July 2020, C-698/18, Raiffeisen Bank, ECLI:EU:C:2020:537; of 16 July 2020, C-224/19 and C-259/19.

principle of proportionality are respected. The key point here is that it is for the referring court (and, more broadly, the national court) to examine in the light of all the circumstances of the case pending before it, whether the relevant national rules enable the consumer to be restored, in law and in fact, to the position he would have been in in the absence of that contract. This may help to discourage traders from including unfair terms in their contracts with consumers since the inclusion of such terms entailing the invalidity of the contract in its entirety could have financial consequences that go beyond the reimbursement of the sums paid by the consumer and beyond the payment, where applicable, of default interest. This isn't contrary to the principle of legal certainty, as it constitutes a concrete implementation of the prohibition of unfair terms in Directive 93/13.

The restitutionary effect of the invalidity of the contract is not very doubtful, as it would be impossible to assume that in this situation the parties are not entitled to claim for the benefits rendered to the other party to the invalid contract. Nevertheless, the conclusion that Directive 93/13 does not exclude the consumer's ability to claim further compensation is a novelty in the discussion of the parties' settlement under that Directive, going beyond the restitutionary effect, which relates only to the return of a performance rendered to the other party to the contractual relationship. In the light of this position, the consumer may not only claim restitution of what he has paid on the basis of an abusive clause, but may at the same time claim further amounts (another issue is which and on what legal basis). To date, it has rather appeared from the CJEU case law that the deterrent effect is to be ensured by the realisation of the restitutionary effect only, and the Court has not commented on further effects. In other words, the aim was to ensure that traders did not gain unjustified advantages at the expense of consumers as a result of the use of abusive clauses in contracts. This was to restore the state of affairs that the consumer would have been in had they not entered into a contract containing such provisions. On the assumption that the consumer can demand further sums, the deterrent effect of Directive 93/13 is detached from the merely restorative effect. In the CJEU's view, an additional, independent claim by the consumer against the trader can therefore be derived from the objectives of this directive.

This is a far-reaching statement that puts the consumer in a much better position than the trader. With regard to the trader's claims against the consumer arising from the invalidity of the mortgage credit contract, the CJEU considered in the judgment referred that, as with the consumer's ability to pursue his claims, the trader's claims could only be admissible if they didn't jeopardise the objectives of Directive 93/13. However, granting a credit institution (including in particular the bank) the right to require the consumer to pay compensation going beyond the return of the capital paid for the performance of that contract and beyond the payment, if applicable, of default interest could undermine the deterrent effect intended by that directive. The effectiveness of the protection afforded to consumers by Directive 93/13 would be jeopardised if they were exposed, in relying on their rights under that directive, to the risk of having to pay such compensation. Such an interpretation would risk creating situations in which it would be more advantageous for the consumer to continue to perform a contract containing an unfair term rather than to exercise the rights he derives from that directive. A party must not be allowed to derive an economic benefit from his unlawful conduct and be compensated for the inconvenience caused by it.

The Tribunal therefore referred to the trader's various claims against the consumer, limiting them (in the context of the possibility of effective recovery) only to a claim for the reimbursement of the performance rendered (here: the amount of the credit) plus interest for the delayed reimbursement of that amount (as set out in the demand for payment). This is a typical restitution claim. No other claims are available to the trader. Indeed, the CJEU emphasised that a party cannot be allowed to derive economic benefit from its unlawful conduct and be compensated for the inconvenience caused by it. Similarly, the argument concerning the stability of the financial markets is irrelevant when interpreting Directive

93/13, as it is for banking institutions to organise their activities in a manner consistent with that Directive.

Consequently, in the context of a mortgage credit agreement being declared void in its entirety on the ground that it cannot continue to apply once the unfair terms contained in it have been removed, the CJEU held that Directive 93/13 precludes an interpretation of national law according to which a credit institution is entitled to claim compensation from a consumer over and above the reimbursement of the capital paid for the performance of that agreement and over and above the payment of statutory default interest from the date of the demand for payment.

## 5. Admissibility of the claim for damages

In the light of the above considerations, the situation clarifies for a bank (and more broadly: a trader) whose claims are limited to a demand for the reimbursement of the capital and interest, the commencement date of which is determined by a demand for payment<sup>40</sup>. In other words, the bank is only entitled to a claim related to the restitutionary effect, plus interest for the consumer's delay in paying this amount. Any other claim by the trader would be contrary to the purpose and substance of Directive 93/13.

The situation of the consumer is much more interesting, with regard to whom the CJEU – as a party harmed by the contractual abuse – allowed for the possibility of claiming "further compensation", beyond the restitution of the services rendered. Consequently, the consumer may have claims beyond the scope of restitution. It is significant in this regard that the Court has not clarified what these claims would be (neither in terms of legal substance nor in terms of amount), leaving this issue to national legislation. Insofar as such claims cannot be derived from EU law, having regard to the purpose of Directive 93/13, it is permissible to establish in national law an effective measure allowing the consumer to assert a claim beyond the 'ordinary' restitution claim.

In particular, a claim for damages is possible by the consumer, both for the costs incurred in relation to the conclusion of the contract (*damnum emergens*) and for the loss of benefits (*lucrum cessans*) in relation to the loss of the opportunity to dispose of the capital paid in as loan instalments (even if only in relation to the receipt of capital interest). In doctrine, it's permissible for the exploited person to assert further claims of a compensatory nature, although this is sometimes combined with the expiry of two years from the conclusion of the contract, when the claims for exploitation expire (Article 388 § 2 of the Civil Code)<sup>41</sup>, and thus a claim for a reduction in the benefit of the exploited party or an increase in the benefit due to him, or, in cases where both would be unduly difficult, a claim for rescission of the contract.

*Complementary damages* are currently referred to as a specific claim for compensation for the immoral use of one's advantage in the conclusion of a contract, compensation for the fact that, following the conclusion of the contract, the weaker party is worse off than he would have been if the contract hadn't been concluded<sup>42</sup>. The prerequisites for such liability must be met, namely: the event, the damage caused by the event and a normal (adequate) causal link between the event and the damage.

---

<sup>40</sup> This position has been confirmed in the decisions of the CJEU: of 11 December 2023, C-756/22, Bank Millennium, ECLI:EU:C:2023:978; of 12 January 2024, C-488/23, mBank, ECLI:EU:C:2024:45, issued against the background of banks' claims for compensation consisting in the judicial indexation of the benefit of the capital paid out in the event of a significant change in the purchasing power of a given currency after the payment of this capital to the consumer.

<sup>41</sup> See e.g. LONGCHAMPS DE BERIER, R., *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, Ed. Komisja Kodyfikacyjna, Warszawa 1936, p. 49; REMBIELIŃSKI, A., in: Winiarz, J. (ed.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Vol. I, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989, p. 352.

<sup>42</sup> GREBIENIOW, A., *Remedies for Inequality in Exchange. Comparative Perspectives for the Evolution of the Law in the 21st Century*, „European Review of Private Law” 2019, No. 1, pp. 23–24.

As the loan agreement in the situation at hand is invalid, claims can't be asserted under the *ex contractu* regime<sup>43</sup>, The contract is void *ex tunc*, but only on the basis of a tort (in the *ex delicto* regime). Since the contract is invalid *ex tunc*, it's a fiction as if it hadn't been concluded at all, so that the parties were never bound by the bond. The use of abusive clauses constitutes an infringement of the law, and therefore unlawful behaviour on the part of the perpetrator (trader). Therefore, insofar as the previously described prerequisites for the abusiveness of a contractual provision exist, we are dealing with a tort. It therefore remains for the injured party (the consumer) to prove the damage and the normal causal link between the tort and the damage.

In practice, however, this type of claim is relatively rare, due to the difficulty of proving the amount of damage and one that would be in a normal causal relationship with the trader's unlawful act. It's far more common for the right holder to use the provisions on wrongful performance, which relate to the invalidity of the contract (Article 410 § 2 of the Civil Code<sup>44</sup>), and therefore limited to a claim for restitution. In such a case, the claimant must demonstrate the extent of the wrongful service and not the amount of the damage, which is usually much easier. It's possible to assert a claim on both of these grounds, i.e. as reimbursement of the wrongful service and as damages. This is to the advantage of the claimant, as if he/she invokes partially different factual and legal grounds, the court is obliged to refer to each of them, and thus assess the legitimacy of the claim based on all the grounds indicated. From the consumer's point of view, it is irrelevant whether the amount claimed is awarded by the court as damages or as reimbursement of wrongful service. Obviously, it is the most favourable to pursue two claims – restitution (including the return of wrongful service) and damages (over and above the claim for restitution).

## 6. Admissibility of claiming remuneration for the use of capital

Another option for the consumer that operates in the public sphere is to claim remuneration for the use of capital, i.e. amounts paid to the bank on the basis of an invalid credit agreement. Since the Polish legislator hasn't introduced a specific legal regulation concerning settlements from an invalid contract, the legal basis for such a claim must be sought. This is because Articles 224-225 of the Civil Code, which regulate, inter alia, remuneration for non-contractual use, aren't applicable, but of things and it is not possible to translate these provisions into the use of capital. This is because this is a special regulation provided for in the law of property related to the use of a thing, on the basis of which the owner is entitled to counterclaims related to outlays on the thing against its holder, so-called ancillary claims (including just compensation for non-contractual use), while the latter is entitled to counterclaims related to outlays on the thing against the owner. These provisions can't be applied (even *per analogiam*) to claims concerning the use of someone else's capital. The court may apply certain provisions *per analogiam* only if it becomes convinced that there is a legal lacuna in the legal system that should be filled precisely by analogy.

It seems that the starting point for any further claims by the consumer should be the provisions on unjust enrichment (Articles 405 et seq. of the Civil Code) – on the one hand, the consumer has been impoverished (he has lost the possibility to use the capital from instalments and other charges paid on the basis of an invalid credit agreement) at least by the interest that he would have obtained if he had deposited this money in a bank account; on the other hand, the bank is enriched because it obtained capital for which it didn't have to pay and which he could turn (use). These provisions are applicable to undue

---

<sup>43</sup> The basic premise for *ex contractu* liability is a valid contract that hasn't been performed or has been improperly performed.

<sup>44</sup> According to this provision, a benefit isn't due, inter alia, if the legal transaction obligating the performance was invalid and didn't become valid after the performance of the service.

consideration (Article 410 § 1 and 2 of the Civil Code) and form the basis of the parties' settlement in the event of the invalidity of the contract. This is a particular form of unjust enrichment, whereby 'benefit' against the background of Article 410 § 2 of the Civil Code should be understood in the same way as this concept is generally understood - as a conscious and intentional behaviour of the debtor aimed at releasing him from the debt in a manner consistent with the content of the obligation<sup>45</sup>.

As is rightly pointed out, it would be systemically inconsistent to apply the sanction of absolute nullity and then take into account the benefit on the basis of other legal regulations<sup>46</sup>. However, the claim itself arises from the definition of undue benefit, which exhibits specific features in relation to unjust enrichment<sup>47</sup>. First of all, in the case of wrongful performance, there is no need to establish enrichment and impoverishment, as these prerequisites arise from the very concept of wrongful performance. Consequently, the fact that an undue payment has been made justifies a claim for compensation<sup>48</sup>, and therefore each party is entitled to a separate claim for repayment of the performance made under the invalid contract. Moreover, the invalidity of the contract excludes the extinguishment of the obligation to repay despite the possible absence of enrichment (Article 409 of the Civil Code)<sup>49</sup>.

It's important in this regard that Article 410 § 2 of the Civil Code contains a closed catalogue of four cases (conditions) giving rise to the obligation to return the undue benefit, which are mutually exclusive; thus, there is no possibility of their concurrence, and therefore each factual situation may correspond to only one of them<sup>50</sup>. Insofar as this provision omits the cause of invalidity of a legal act<sup>51</sup>, which means that in such a situation, it isn't possible to apply an expansive interpretation and create new claims that are not provided for by the legislation. Indeed, the national legislator introduced specific claims, on the basis of a specific provision, so it would be unreasonable to claim that further claims, which the legislator didn't explicitly provide for, can be derived from this.

It isn't possible to refer directly to Article 405 of the Civil Code, since the basis here is Article 410 of the Civil Code, which defines undue benefit and refers to the provisions on unjust enrichment. The completeness and distinctiveness of the regime of undue benefits is strengthened by the exclusions listed in Article 411 of the Civil Code<sup>52</sup>. In particular, if the obligation to reimburse the wrongful service has been extinguished on the basis of Article 411 point 1 of the Civil Code, it'll still meet the requirements of Article 405 of the Civil Code,

---

<sup>45</sup> See JANTOWSKI, L., in: BALWICKA-SZCZYRBA, M., SYLWESTRZAK A. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2024, p. 793.

<sup>46</sup> See WĘGRZYŃSKI, Ł., *Zasady rozliczeń stron w razie nieważności umowy zawierającej niedozwolone postanowienia umowne. Glosa do wyroku TSUE z 16 marca 2023 r., C-6/22, „Europejski Przegląd Prawa i Stosunków Międzynarodowych” 2023, No. 4, pp. 249-250.*

<sup>47</sup> See DUBIS, W., *Bezpodstawne wzbogacenie i nienależne świadczenie jako źródła stosunków zobowiązaniowych*, in: GNIEWEK, E. (ed.), *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina*, Ed. Kantor Wydawniczy „Zakamycze” Kraków 2000, p. 91.

<sup>48</sup> See e.g. the judgments of the Supreme Court of Poland: of 24 November 2011, I CSK 66/11; of 28 August 2013, V CSK 362/12; of 15 May 2014, II CSK 517/13; of 11 May 2017, II CSK 541/16.

<sup>49</sup> The judgment of the Supreme Court of Poland of 7 February 1974, I CR 497/73.

<sup>50</sup> See e.g. the judgments of the Supreme Court of Poland: of 25 November 2015, IV CSK 29/15; of 16 June 2016, V CSK 581/15; of 27 July 2018, V CSK 401/17.

<sup>51</sup> See FUCHS, D., MALIK, A., in: FRAS, M., HABDAS, M. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III, Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534)*, Ed. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018, p. 375.

<sup>52</sup> Pursuant to this provision, it is not possible to demand the return of a benefit: (1) if the person performing the service knew that he wasn't obliged to perform the service, unless the performance was subject to reimbursement or in order to avoid coercion or in the performance of an invalid legal transaction; (2) if the performance of the service satisfies the principles of social coexistence; (3) if the performance was performed to satisfy a time-barred claim; (4) if the performance was performed before the claim became due and payable.

but this provision can't then be applied. In such a situation, Article 405 of the Civil Code can't be applied to the remuneration for non-contractual use, as Article 411 of the Civil Code would be pointless. What is more, if such a possibility were allowed, the consumer could demand payment for *de facto* the same thing – interest for delayed return of the wrongful service and remuneration for the use of the capital, i.e. the amount of the wrongful service.

The inapplicability of the provisions on undue benefit and unjust enrichment to remuneration for the use of capital, or any other provisions, means that the interest of the right holder (i.e. the consumer) is not fully protected in this situation. It should be noted, as was mentioned, that the issue of the consumer's additional claims was left by the CJEU to the national court, which should assess it on the basis of national legislation. These regulations may therefore be different in each Member State, if they exist at all, of course. In Polish law there are no specific regulations similar to Articles 224-225 of the Civil Code, which would govern additional claims by a consumer to whom a trader has applied an unauthorised contract term, thereby adversely affecting the consumer. In the case of a monetary claim (due to the invalidity of a contract), the legislator seems to have considered the three following claims to be sufficient: for undue performance, for damages and for interest, and thus classic claims relating to the invalidity of a legal act.

Such additional claims cannot be derived from the provisions of Directive 93/13, as it does not regulate at all the settlements of the parties in connection with the invalidity of the contract. The same applies to other acts of EU law. There is no doubt, however, that national rules may also be applied in this regard, in so far as they pursue the aims and objectives of that directive. Accordingly, the national court should apply the national regulations, but taking into account the interpretation of the directive developed by the CJEU.

## 7. Summary

The CJEU judgment of 15 June 2023, C-520/21, is very important for the application of the provisions of Directive 93/13, as it prejudged the admissibility of claims by both parties to an invalid credit agreement (in practice, this is a credit linked to a foreign currency, usually the CHF) in relation to contractual abuse. The Tribunal granted very narrow powers to the bank and very broad powers to the consumer, which creates a new field of discussion against the background of individual national orders in the context of the application of Directive 93/13. The main problem, however, is the translation of the CJEU's position into national law, as the Tribunal has given no guidance on this matter. It must therefore be considered that the national legislator has considerable leeway. For example, Polish law does not provide for any specific legal regulations concerning the parties' settlements in connection with the invalidity of a contract, and the existing regulations do not explicitly provide a basis for claiming remuneration for the use of the capital paid by the consumer to the bank on the basis of a credit agreement declared invalid due to its use of abusive clauses (valorisation clause and exchange rate risk clause).

However, in view of the pro-EU interpretation of the provisions, the question arises as to whether such regulations contained in national law are compatible with EU law. It's apparent from that judgment that the answer is in the affirmative, that is to say, that national law doesn't need to lay down specific rules in that regard. It should be noted that the CJEU accepted in the judgment in question that a pro-EU interpretation of national law is possible (and even advisable), according to which the consumer is entitled to demand from the credit institution (and more specifically from the bank) compensation beyond the reimbursement of the 'classic' restitution claims, i.e. the monthly instalments and costs paid for the execution of this contract, as well as the statutory default interest from the date of the demand for payment. And although the national legislator has considerable discretion in this matter, the legal regulations must take into account the objectives of Directive 93/13 and the principle of proportionality. Significantly, it does not follow from any point in the

judgment that only the permissibility of claiming such compensation prejudices the objectives of that directive. Polish law provides for several claims that can be pursued by an injured consumer, but compensation for the use of capital is not one of them. Such a solution does not contradict *a limine* with the CJEU judgment of 15 June 2023.

## **BIBLIOGRAPHY**

- CHRÓŚCIK, K., in: Szanciło, T. (ed.), *Kredyty powiązane z walutą obcą. Aspekty materialnoprawne i procesowe. Komentarz praktyczny*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2022.
- DUBIS, W., *Bezpodstawne wzbogacenie i nienależne świadczenie jako źródła stosunków zobowiązaniowych*, in: GNIEWEK, E. (ed.), *O źródłach i elementach stosunków cywilnoprawnych. Księga pamiątkowa ku czci prof. Alfreda Kleina*, Ed. Kantor Wydawniczy „Zakamycze”, Kraków 2000.
- FUCHS, D., MALIK, A., in: FRAS, M., HABDAS, M. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III, Zobowiązania. Część ogólna (art. 353-534)*, Ed. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2018.
- GNELA, B., *Umowa konsumencka w polskim prawie cywilnym i prywatnym międzynarodowym*, Ed. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2013.
- GREBIENIOW, A., *Remedies for Inequality in Exchange. Comperative Perspectives for the Evolution of the Law in the 21st Century*, „European Review of Private Law” 2019, No. 1.
- JANSEN, N., in: JANSEN, N., ZIMMERMANN, R. (ed.), *Commentaries on European Contract Laws*, Ed. Oxford Academic, Oxford 2018.
- JANTOWSKI, L., in: BALWICKA-SZCZYRBA, M., SYLWESTRZAK A. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2024.
- KRAJEWSKI, D., *Charakter prawny typowej umowy o kredyt denominowany do waluty innej niż waluta polska (cz. I) – glosy – V CSK 445/14 i IV CSK 377/10*, „Monitor Prawniczy” 2021, No. 21.
- KUBIAK-CYRUL, A., in: ZAŁUCKI, M. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2024.
- LONGCHAMPS DE BERIER, R., *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, Ed. Komisja Kodyfikacyjna, Warszawa 1936.
- ŁĘTOWSKA, E., *Prawo umów konsumenckich*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999.
- OLEJNICZAK, A., in: KIDYBA, A. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, Ed. Wolters Kluwer Business, Warszawa 2014.
- REMBIELIŃSKI, A., in: Winiarz, J. (ed.), *Kodeks cywilny z komentarzem*, Vol. I, Ed. Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989.
- SPUREK, J., in: SZANCIŁO, T. (ed.), *Kredyty powiązane z walutą obcą. Aspekty materialnoprawne i procesowe. Komentarz praktyczny*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2022.
- WĘGRZYŃSKI, Ł., *Skutek restytucyjny z dyrektywy 93/13 a zasady rozliczeń stron w związku z nieważnością umowy zawierającej niedozwolone postanowienia umowne*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2022, No. 5.
- WĘGRZYŃSKI, Ł., *Zasady rozliczeń stron w razie nieważności umowy zawierającej niedozwolone postanowienia umowne. Glosa do wyroku TSUE z 16 marca 2023 r., C-6/22*, „Europejski Przegląd Prawa i Stosunków Międzynarodowych” 2023, No. 4.
- ZAGROBELNY, K., in: GNIEWEK, E., MACHNIKOWSKI, P. (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Ed. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2023.





CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

[www.cadernosdedereitoactual.es](http://www.cadernosdedereitoactual.es)

**Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinário (2024), pp. 41-58  
ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **A utilização de drones na investigação de infrações penais: uma análise à luz do direito à privacidade**

*The use of drones in the investigation of criminal offenses: an analysis regarding the right to privacy*

**Fábio André Guaragni**<sup>1</sup>

*Centro Universitário Curitiba*

**Fábio Augusto Hernandez Tamborlin**<sup>2</sup>

*Universidade Federal do Paraná*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Sociedade de risco. 3. Direito à privacidade. 4. A tensão entre o direito probatório mediante buscas pessoais e domiciliares e o direito à privacidade: breve cronologia do tratamento do tema nos EUA 5. Drone. 6. Aspectos jurídicos do manejo das aeronaves remotamente pilotadas. 7. *Fishing expedition*. 8. Considerações finais. 9. Referências.

**Resumo:** O sistema penal necessita de atualizações e adaptações para promover, ainda que parcialmente, a tarefa de conter riscos e danos produzidos em relação a bens jurídico-penais. Para tanto, a apuração de fatos emprega meios de prova invasivos do direito de privacidade. O conflito entre o direito à privacidade e o direito à produção de provas não é algo recente no ambiente do direito probatório. Atualmente, busca-se analisar a temática sob o viés do desenvolvimento técnico e científico. A utilização de drones no âmbito das investigações policiais insere-se nesse contexto uma vez que é um exemplo do impacto do progresso tecnológico em relação à persecução penal. Ocorre que, a fim de manter a licitude das diligências investigativas e de não incorrer em violações de direitos, é necessário equilibrar a balança entre a vedação de proteção insuficiente e a proibição do excesso, em observância, notadamente, aos direitos fundamentais à segurança e à privacidade.

**Palavras-chave:** Sociedade de risco. Sistema Penal. Drones. Privacidade. Direito probatório. Segurança pública.

---

<sup>1</sup>Procurador de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Pós-Doutor em Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria, com estágio pós-doutoral junto à Università degli Studi di Milano. Professor do PPGD – Mestrado e Doutorado do Unicuritiba/Anima. Presidente da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR) 2023/24.

<sup>2</sup>Promotor Substituto no Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

**Abstract:** The criminal system needs updates and adaptations to promote, even partially, the task of containing risks and damages caused in relation to criminal legal assets. To this end, the investigation of facts uses means of proof that are invasive of the right to privacy. The conflict between the right to privacy and the right to produce evidence is not something new in the evidentiary law. Currently, we seek to analyze the topic from the perspective of technical and scientific development. The use of drones in police investigations fits into this context as it is an example of the impact of technological progress in relation to criminal prosecution. It turns out that, in order to maintain the legality of investigative efforts and not incur rights violations, it is necessary to balance the scales between the prohibition of insufficient protection and the prohibition of excess, in observance, notably, of the fundamental rights to security and privacy.

**Keywords:** Risk society. Penal System. Drones. Privacy. Evidence law. Public safety.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como principal foco a possibilidade do uso de drones pelas autoridades de persecução penal, como mecanismos de investigação de delitos, e a tensão que esse uso produz para o direito fundamental de privacidade. A abordagem evoca categorias típicas de sociologia do risco e elementos de direito comparado.

O Ministério Público é o titular da ação penal de iniciativa pública, regra no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, a efetividade da persecução penal é um tema de grande relevância na atuação de um Promotor de Justiça. A fim de que a atuação no âmbito penal seja efetiva é necessário evitar a prática de comportamentos que violem direitos e que possam dar azo a ilegalidades, e, por conseguinte, a nulidades.

Salienta-se, ainda, a preocupação que deve ser despendida pelo membro do Ministério Público em relação à observância dos direitos e das garantias fundamentais, uma vez que uma das funções da instituição é a fiscalização da ordem jurídica. Desse modo, os fins nem sempre justificam os meios, razão pela qual a produção probatória deve ser pautada pela observância à legalidade e aos direitos fundamentais.

O progresso tecnológico trouxe diversas implicações no cenário social, impactando, também, o direito. No que concerne ao direito penal, destaca-se a necessidade da utilização de recursos oriundos dos avanços obtidos por meio da tecnologia, a fim de que as investigações penais logrem êxito em demonstrar a autoria e a materialidade de práticas delitivas, de acordo com uma perspectiva diacrônica.

Os drones, ou aeronaves remotamente pilotadas, configuram um exemplo de recurso tecnológico que pode ser posto a serviço dos agentes de segurança. Contudo, em decorrência do potencial invasivo dessas ferramentas, é necessário compatibilizá-las com os direitos fundamentais dos indivíduos que serão alvo de diligências investigativas.

Dessa forma, por meio do presente artigo, busca-se fomentar o debate a respeito do uso de aparatos tecnológicos na persecução penal, a fim de que a utilização de recursos de tecnologia potencialmente invasivos a direitos fundamentais possa auxiliar na produção probatória sem, no entanto, promover a violação desses direitos, preservando-se, assim, tanto os elementos de informação colhidos nas investigações, quanto os direitos das pessoas, sejam elas vítimas ou investigadas.

## 2. SOCIEDADE DE RISCO

No século XIX, as revoluções tecnológicas recebiam um olhar humano otimista. Aplaudiam-se tanto os ganhos na produção e consumo de bens e serviços determinados pela 1ª Revolução Industrial, definida pelo uso de máquinas movidas a motores de explosão (vapor), com recursos energéticos como o carvão, como as então contemporâneas conquistas da 2ª Revolução Industrial, concentradas nos empregos da eletricidade<sup>3</sup>. Tudo funcionava como exaltação da razão técnico-instrumental humana, de perfil cartesiano.

Contudo, isso se esvaiu com o aumento da percepção social dos riscos derivados das novas tecnologias e seus impactos nas relações interpessoais, em um fenômeno típico da segunda metade do século XX. O aumento da complexidade dessas relações cresceu concomitantemente ao surgimento de novas e mais potentes tecnologias, bem como *pari passu* com o desaparecimento das fronteiras e aumento da velocidade das informações, consequências do fenômeno da globalização<sup>4</sup>.

Os riscos oriundos desse contexto derivam especialmente de decisões humanas, sendo imperioso ressaltar que muitas delas afetam uma coletividade de sujeitos, ou, até mesmo, todos os indivíduos. Diante dessa conjuntura, Ulrich Beck conceitua a esfera social como sociedade do risco, em virtude da proliferação das fontes de risco, ocasionada especialmente pelos avanços tecnológicos e pela globalização, processos que dificultam a antecipação e a previsibilidade de catástrofes<sup>5</sup> <sup>6</sup>. Destaca que a moldura social atual concede aos riscos o protagonismo na tomada de decisões políticas. A sociedade de risco implica no aumento da respectiva percepção e na concentração de esforços para que sejam domados. Como a política criminal é parte da política de estado, acaba se orientado pelo mesmo objetivo.

Risco nada mais é do que o enfoque moderno concedido à previsão e ao controle das consequências futuras da ação humana. Diz respeito às mais variadas consequências não desejadas derivadas de aparatos tecnológicos. Em outras palavras, é a antecipação da tragédia, algo situado no plano mental, subjetivo<sup>7</sup>.

O sistema penal, como faceta mais repressiva da esfera jurídica, é colocado, então, como instrumento apto a realizar uma parcela significativa da gestão dos riscos – preservado, naturalmente, o princípio da intervenção mínima, lido constitucionalmente através da ideia de proporcionalidade (no trinômio de subprincípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>8</sup> do emprego do remédio penal).

Esse processo também é caracterizado, no tocante à dogmática penal, pelo avanço das barreiras de imputação objetiva, vicissitude extraída da utilização de técnicas como os bens jurídicos supraindividuais, norma penal em branco, tipos

---

<sup>3</sup>GUARAGNI, F.A. "A função do Direito Penal e os 'sistemas peritos'". In: GUARAGNI, F.A. & Luiz Antônio CÂMARA, L.A. (Org.). *Crimes contra a ordem econômica - temas atuais de processo e direito penal*. 1ª ed., Juruá, Curitiba, 2010, v. I, pp. 73-76.

<sup>4</sup>GUARAGNI, F.A. "Da tutela Penal de Interesses individuais aos Supraindividuais: Dialogando com Beccaria", In: *Ler Beccaria Hoje*, v.1. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p.57-63.

<sup>5</sup>GUARAGNI, F.A. "Multiplicação de fontes de risco como marca da sociedade contemporânea e a tragédia da boate Kiss", in *Tragédia em Santa Maria: Uma visão multidisciplinar*. Instituto Memória, 2013. p. 7.

<sup>6</sup>BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, 2. ed., Editora 34, São Paulo, 2011, pp. 7-10.

<sup>7</sup>BECK, U. *Sociedade de risco*: (...) Ob. Cit., pp. 24-28 e pp. 362-363.

<sup>8</sup>A base desse tripé – como de comum sabença – vem da obra de Alexy. In: SARLET, I.W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 18.

penais abertos, crimes omissivos impróprios e os crimes de perigo, notadamente a modalidade abstrata<sup>9</sup>.

O processo penal, como instrumento por meio do qual o direito penal se materializa, também é impactado diante desse cenário, cujos influxos atingem os mais variados segmentos da persecução penal. Diante de um contexto inseguro cresce a demanda por segurança e por vigilância. De modo concomitante, verifica-se a necessidade de atualização tecnológica das forças de segurança, de modo a adequá-las à realidade que as cerca, tendo em vista a efetividade das investigações policiais.

Zygmunt Bauman<sup>10</sup> destacava que, num cenário de pós-panóptico, formas de vigilância se espalharam, tornando-se variadas, fluídas. Comparou-as com a ação de ervas daninhas, denominando esse fenômeno de vigilância líquida. Ao explorar essa temática, o sociólogo polonês correlacionou dois temas num capítulo intitulado "Drones e mídias sociais".

Ambos são fontes de informação e representam, em certa medida, mitigações ao direito à privacidade. Essas duas ferramentas decorrem do avanço tecnológico e são capazes de dar visibilidade a dados privados que tradicionalmente ficavam ocultos, sob uma capa de anonimato. O emprego delas produz um volume inesgotável de informações e de dados<sup>11</sup> desanonimizados.

Uma observação contextual: é evidente que essas ferramentas não estão a serviço só do poder estatal (que inclusive declina nessa primeira metade de século XXI). Lado outro, a privacidade parece ter perdido o valor ou interesse que já possuiu para os próprios titulares do direito subjetivo. A marca de cultura atual é acentuadamente exibicionista, impulsionada por agentes privados, através de redes sociais e captura de dados no ambiente das trocas econômicas. A massa imensa de dados pessoais, associada à velocidade de processamento deste acervo, transferida a e detida por agentes privados, é uma fotografia muito particular de hábitos, gostos, gestos, ações e do próprio fluxo de pensamento humano - de cada ser humano. O homem desvelado, revelado e nu vira objeto e mercadoria. Estrutura-se um capitalismo de vigilância<sup>12</sup>. Nesse contexto, a visão do estado como grande vilão da preservação da privacidade vai se tornando opaca, pois nem os donos da *privacy* a consideram mais tão importante, nem é o estado que protagoniza esforços contínuos para devassá-la. Os dados privados são a riqueza de uma nova economia.

De todo modo, e voltando ao ponto das investigações criminais, nelas efetivamente ocorre a devassa de parcelas da privacidade. Aqui, o estado continua a exercer seu tradicional papel de responsável pela *persecutio criminis*. Nessa moldura, importa dar eco à noção fundamental de que, quanto maior o controle e a vigilância, menor o espaço destinado às liberdades e à privacidade, uma vez que se tratam de grandezas inversamente proporcionais. No dizer de Bauman:

---

<sup>9</sup>BUSATO, P.C. *O papel do Ministério Público no futuro do direito penal brasileiro*. p. 18; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 96-99.

<sup>10</sup>BAUMAN, Z. *Vigilância líquida: Diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*, Zahar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 11-12.

<sup>11</sup>Uma das matérias, da autoria de Elisabeth Bumiller e Thom Shanker, falava do aumento espetacular do número de drones reduzidos ao tamanho de uma libélula ou de um beija-flor confortavelmente empoleirado no peitoril de uma janela; ambos (drone e beija-flor) destinados, na saborosa expressão do engenheiro espacial Greg Parker, 'a desaparecer em meio à paisagem'. A segunda, escrita por Brian Stelter, proclamava a internet como 'o lugar onde morre o anonimato'. As duas mensagens falavam em uníssono, previam e anunciavam o fim da invisibilidade e do anonimato, os dois atributos definidores de privacidade." In: BAUMAN, Z. *Vigilância líquida: (...) Ob. Cit.*, p. 26.

<sup>12</sup>Obrigatória a obra de ZUBOFF, S. *A era do capitalismo de vigilância*, Intrínseca Editora, Rio de Janeiro, 2021.

“No final, a escolha é entre segurança e liberdade: você precisa de ambas, mas não pode ter uma sem sacrificar pelo menos parte da outra; e quanto mais tiver uma, menos terá da outra”<sup>13</sup>.

Esse é o pano de fundo no qual está inserido o sistema penal. De um lado, há necessidade de gerenciamento dos riscos para bens jurídico-penais e de controle social. Do outro, a que se curar da observância dos mais variados direitos fundamentais, entre eles a liberdade e a privacidade. Abre-se uma busca por uma sintonia fina a evitar o excesso estatal diante do imputado por infrações penais e a insuficiência estatal na preservação do interesse público, no combate à criminalidade em favor do tecido social e, dentro da sociedade, do compromisso com os interesses da vítima.

### **3. DIREITO À PRIVACIDADE**

O direito à privacidade, assim como todos os seus corolários, possui previsão constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, gozando de status de direito fundamental, compondo o rol de direitos e garantias fundamentais constantes no artigo 5º, da Constituição Federal:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nesse ponto, é relevante expor que o domicílio configura um recinto no âmbito do qual a vida privada é desenvolvida, tratando-se de uma espécie de refúgio em relação à vida pública. Em decorrência disso, a “casa” possui especial proteção no texto constitucional, mais especificamente no artigo 5º:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

Também se observa a proteção de determinados sigilos uma vez que a Constituição Federal, no seu artigo 5º, inciso XII prevê que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Uma das características do direito é que, por seu intermédio, busca-se a regulação das novas realidades sociais. Atualmente, vivencia-se a sociedade da informação, ou da hiperinformação, tendo em vista a quantidade de informações produzidas, bem como a velocidade da transmissão dessas informações<sup>14</sup>. Nessa perspectiva, Baudrillard fazia menção à hiper-história ou hiper-realidade, caracterizadas por serem mais velozes que o fluxo da realidade e da própria história, substituindo-as. A hiper-realidade ocupa o lugar de uma realidade que morreu: “a função do virtual é proscrever o real”<sup>15</sup>.

No ambiente da sociedade da informação, os dados pessoais foram paulatinamente ganhando maior relevância, seja em razão dos segmentos que os utilizam com a finalidade de obtenção de ganhos financeiros, seja porque os indivíduos inclinam-se a exposições de seu recesso íntimo.

---

<sup>13</sup>BAUMAN, Z. *Vigilância Líquida: (...)* Ob. Cit., p. 44.

<sup>14</sup>ROSENVALD, N. *Manual de Direito Civil*, 6º ed. rev. ampl. e atual, JusPODIVM, Salvador, 2021. p. 175.

<sup>15</sup>BAUDRILLARD, J. *A ilusão vital*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2001, p. 56.

Há, porém, a captação de dados pessoais muitas vezes mediante mecanismos camuflados ou autorizados pelo titular da *privacy* sem boa compreensão do que faz (especialmente, através de *cookies* pelos quais permite o acesso de dados para o impulsivo, sedutor e às vezes fugaz uso de aplicativos). Aqui, a privacidade ergue-se como valor a ser protegido. Nesse cenário, houve, no ano de 2022, a promulgação da Emenda Constitucional nº 115, que incluiu a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais:

LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.

Bernardo Gonçalves<sup>16</sup>, ao conceituar o direito à privacidade, também traz um pouco dessas duas perspectivas:

“Assim, o direito à privacidade é explicado como um direito que um indivíduo tem de se destacar (se separar) de um grupo, isolando-se da observação dele ou como, ainda, o direito ao controle das informações veiculadas sobre si mesmo. Lembramos que a definição ou a qualificação de uma determinada conduta como admissível ou abusiva em relação ao direito à privacidade somente é possível quando nos colocamos diante de um caso concreto específico”.

Esse pensamento coaduna com os ensinamentos do professor italiano Stefano Rodotà<sup>17</sup>, de acordo com o qual o direito à privacidade, inserido no âmbito da sociedade de informação, não mais pode ser resumido ao “direito de estar só”. Nesse sentido, ele desenvolveu o conceito de “autodeterminação informativa”, que consiste no direito de manter o controle sobre as próprias informações de modo a auxiliar na construção da esfera privada.

Ressalta-se, contudo, a inexistência de direitos absolutos. Ou seja, até mesmo os direitos e garantias fundamentais previstos, sobretudo, no artigo 5º da Constituição Federal, podem ser objeto de limitações e de restrições, a fim de que nas hipóteses de conflitos entre diferentes direitos um possa ser compatibilizado com o outro sem que ocorra a aniquilação ou o completo afastamento de um desses direitos ou garantias no âmbito do caso concreto<sup>18</sup>.

A respeito da relatividade dos direitos fundamentais assim leciona Bernardo Gonçalves:

“Para a maioria da doutrina (de viés axiológico), os direitos fundamentais se caracterizaram pela relatividade (por serem ‘direitos relativos’, ou seja, eles não podem ser entendidos como absolutos (ilimitados). Nesses termos, é comum em vários estudos sobre o tema (não sem críticas) a afirmação de que não podemos nos esconder sob o véu (ou atrás) de um direito fundamental para a prática de atividades ilícitas. Assim sendo, não haveria possibilidade de absolutização de um direito fundamental (‘ilimitação’ de seu manuseio) pois esse direito encontraria limites em outros direitos tão fundamentais quanto ele. Embora aqui alguns autores defendam o direito de não ser torturado (e a proibição da tortura) e de não ser escravizado (e a proibição da escravidão) como direitos fundamentais absolutos. Esses seriam exceções à regra delineada pela doutrina majoritária,

---

<sup>16</sup>FERNANDES, B.G. *Curso de Direito Constitucional*, 13º ed., rev. atual. e ampl., JusPodivm, Salvador, 2021, p. 606.

<sup>17</sup>RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, pp. 92-98.

<sup>18</sup>Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.368.160/RS.

nos termos do art. 4 e art. 5 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.”

Diante desse cenário, é necessário compatibilizar o direito à segurança e o direito à produção probatória com o direito à privacidade nas suas mais variadas facetas. O ponto médio é evitar excesso em relação à limitação ou à restrição de um direito fundamental, de um lado, e proteção insuficiente de determinado direito e abstenção estatal na concessão de segurança pública ao tecido social, de outro. Observa-se, dessa forma, a regra da proporcionalidade em suas duas diretrizes<sup>19 20</sup>  
21.

#### **4. A TENSÃO ENTRE O DIREITO PROBATÓRIO MEDIANTE BUSCAS PESSOAIS E DOMICILIARES E O DIREITO À PRIVACIDADE: BREVE CRONOLOGIA DO TRATAMENTO DO TEMA NOS EUA**

O equilíbrio entre a legítima pretensão estatal de produzir provas para apuração de fatos criminosos, dando justa causa para a persecução penal em juízo e, sendo o caso, a condenação do sujeito ativo de delito, e a privacidade do investigado, enquanto direito constitucional de primeira dimensão, é tema largamente adensado na cultura jurídica mundial. Certamente, uma fonte de direito comparado que releva é a norte-americana. Para além da grande potência global que é, os Estados Unidos tiveram papel fundamental na afirmação dos direitos fundamentais de primeira geração, a partir da independência e do correlato modelo constitucional, no final do século XVIII.

Vale percorrer, assim, o modo como os americanos estruturaram a relação entre a atividade de investigação estatal e a barreira do direito à privacidade, no correr do século XX. Expõem-se, aqui, as “gerações” de tratamento do direito probatório, no tocante à relação entre a produção de provas no âmbito do processo penal e a possibilidade de invasão de privacidade. Trata-se de classificação cuja origem remonta a precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos,

---

<sup>19</sup>Uma vez reconhecido que pesa sobre o Estado o dever de proteção de um direito fundamental, logicamente que a eficácia da proteção constitucionalmente requerida integrará o próprio conteúdo desse dever, pois um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido. Nesse tom, a partir do momento em que compreendemos que a Constituição proíbe que se desça abaixo de um certo mínimo de proteção, a proporcionalidade joga, aqui, como proibição de proteção deficiente. Diversamente do que sucede com a proibição de intervenção (excessiva), a função de imperativo de tutela pressupõe uma deliberação sobre o “se” e o “como” da proteção, circunstância que torna sua operacionalização mais difícil em relação àquela. Observe-se: enquanto na proibição de intervenção excessiva a legitimidade da ação estatal é questionada em face de uma medida específica (precisamente aquela que foi adotada), na hipótese de um imperativo de tutela a justificação há de estabelecer-se em face de um arsenal de medidas de possível adoção à proteção do direito fundamental (civis, administrativas, penais etc.). In: FELDENS, L. *Direitos fundamentais e direito penal*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, pp. 91-95.

<sup>20</sup>Ainda sobre o tema é imperioso trazer o escólio de Alessandro Baratta citado em obra de Maria Luiza Schafer: “ampliar La perspectiva Del derecho penal de La Constitución em La perspectiva de uma política integral de protección de los derechos, significa también definir el garantismo no solamente no sentido negativo, como limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino también y sobre todo, como garantismo positivo. Esto significa La respuesta a las necesidades de seguridad de todos los derechos; también, de los de prestación por parte del Estado (derechos económicos, sociales y culturales) y no solo de aquella pequeña, pero importante parte de ellos, que podríamos denominar de derechos de prestación de protección, em particular contra agresiones provenientes de comportamientos delictuosos de determinadas personas”. In: BARATTA, A. *Criminología y sistema penal*, editora IBdeF, Argentina, 2004, pp. 191-192

<sup>21</sup>apud STRECK, M.L.S. *Direito Penal e Constituição: A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado Porto Alegre, 2009.

respectivamente, Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001)<sup>22</sup>. O cerne desses julgados está na necessidade, ou não, de prévia autorização judicial para a consecução de determinadas diligências investigativas reputadas invasivas, sobretudo em relação ao direito à privacidade e ao direito à intimidade, à luz do teor da IV Emenda. Ela assim dispõe:

“O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas<sup>23</sup>”.

A 1ª geração do direito probatório é oriunda do caso Olmstead. No ano de 1928 a polícia americana realizou uma interceptação telefônica por intermédio da instalação de equipamentos diretamente na fiação da empresa de telefonia, ou seja, em via pública. Contudo, não houve a solicitação de autorização judicial para a realização da referida diligência. A Corte Americana entendeu pela licitude da prova produzida uma vez que, em que pese a ausência de mandado judicial, não houve o ingresso dos agentes de segurança na propriedade do acusado<sup>24</sup>.

Dessa forma, elaborou-se, nesse primeiro momento, a denominada teoria proprietária. Essa teoria exteriorizava uma interpretação constitucional que protegia coisas, objetos e lugares como extensões da casa, do *domus*, enquanto ambiente físico por excelência da privacidade e do segredo. A ausência de violação direta e específica de um espaço de propriedade privada implicava na licitude do material probatório colhido. A privacidade tinha conotação de extensão do direito fundamental à propriedade.

Por sua vez, a 2ª geração do direito probatório possui origem no precedente *Katz v. United States* (1967), por meio do qual a Corte americana promoveu uma alteração no seu entendimento, estendendo a proteção concedida à vida privada para além daquela realizada pela teoria proprietária<sup>25</sup>.

No referido caso, houve a instalação de dispositivo de gravação na parte externa de uma cabine de telefone público. No julgamento, observou-se que a partir do momento em que o indivíduo entra na cabine, fecha a porte e paga o valor relativo à chamada há uma expectativa de proteção ao direito da intimidade dessa pessoa. Portanto, a prova ali produzida, sem autorização judicial prévia, é ilícita. Verifica-se, diante disso, uma expansão da proteção constitucional ao direito à intimidade, não restringindo essa tutela às pessoas e aos locais, ampliando-a às expectativas de privacidade dos indivíduos (teoria da proteção constitucional integral).

Na 1ª geração, havia uma certa "fiscalidade", no apelo a lugares, objetos e coisas enquanto substratos sobre os quais o direito à privacidade recaía. Nesses elementos físicos palpáveis se realizava a *privacy*. A captação de sons, por isso, parecia alheia ao olhar da "teoria proprietária". A mudança foi acrescentar a) à ideia de que a privacidade era violada por estranhos, pela entrada num local ou acesso a um objeto ou coisa de propriedade do titular da *privacy*, uma outra ideia: b) a de que a privacidade deve ser concebida como uma expectativa nutrida pelo titular, independente da forma de como é objetivamente atingida.

---

<sup>22</sup>LIMA, R.B.D. *Manual de processo penal*: volume único, 9º ed., rev. ampl. e atual, JusPodivm, Salvador, 2021, pp. 695-696.

<sup>23</sup>Tradução livre. KNIJNIK, D. *A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo*: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI, Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, ano 2, número 4, Porto Alegre/RS, 2016, pp. 85-89.

<sup>24</sup>LIMA, R.B.D. *Manual de (...) Ob. Cit.*, pp. 695-696.

<sup>25</sup>LIMA, R.B.D. *Manual de (...) Ob. Cit.*, pp. 695-696.



A forma de violentar a privacidade não se restringiria, assim, à objetiva entrada de terceiros, estranhos ao titular da privacidade e sob sua oposição, em sua casa, ou no acesso de estranhos a seus objetos ou coisas, como formas limitadas e únicas de invasão da privacidade, objetivamente constatadas *ex post factum*, diante da ação concreta do violador. A privacidade passa a ser concebida não objetiva, mas subjetivamente, como expectativa do titular do direito. Já o substrato sobre o qual o titular do direito faz residir essa expectativa, ou mesmo que esse substrato seja de sua propriedade, passa a importar menos (objetos, coisas, casa). O que frustra o direito fundamental é a defraudação da expectativa. De todo modo, como um resquício da conexão entre privacidade e propriedade – dando enlevo ao caráter patrimonial do direito –, o julgado dava destaque ao fato de que o titular do direito subjetivo estava pagando pela ligação e pelo uso do serviço.

No ano de 2001, a Suprema Corte dos Estados Unidos deu azo à 3ª geração do direito probatório ao julgar o caso *Kyllo*. Foi fixado o entendimento de que o avanço tecnológico não poderia limitar o âmbito de incidência da proteção constitucional direcionada à intimidade das pessoas.

No supracitado precedente havia uma desconfiança pelas forças de segurança de que Danny *Kyllo* cultivava substância proibida (maconha) no âmbito de sua residência. Os agentes da polícia eram cientes de que para esse cultivo seriam necessárias lâmpadas de alta intensidade. Em decorrência desse cenário, eles utilizaram um equipamento de captação térmica e verificaram, à distância (sem ingressar na residência do suspeito), que ocorria forte emanção de calor da residência de Danny *Kyllo*<sup>26</sup>.

Analisando-se a situação em concreta sob o prisma da 2ª geração do direito probatório não se verifica, ainda que sem autorização judicial, a ilicitude da prova, uma vez que não houve a invasão da propriedade do suspeito, e tampouco houve a violação de uma expectativa de privacidade adquirida mediante pagamento de um serviço, como ocorreu no caso da cabine telefônica.

Apesar desse contexto, a Suprema Corte norte-americana fixou o entendimento de que os avanços tecnológicos não poderiam limitar a proteção concedida ao direito à privacidade e ao direito à intimidade. Ou seja, a dispensa de autorização judicial conferida a uma mera observação a “olho nu” não é equiparável à utilização de equipamentos de captação térmica, tornando a prova ilícita<sup>27</sup>.

Portanto, caso as forças de segurança optem por utilizar ferramentas tecnológicas cujo acesso não é difundido na sociedade faz-se imprescindível a obtenção de mandado judicial prévio a fim de que a prova eventualmente obtida não seja eivada de ilegalidades.

De fato, o proprietário de uma residência sabe que, se possui uma cerca vazada, ou uma janela envidraçada com plena visibilidade do interior do imóvel, a expectativa de privacidade tangente ao que está na alçada da visão de estranhos fica reduzida ou mesmo eliminada. Nesse caso, a esfera de privacidade se estende somente aos locais de ausência de acessibilidade ao olhar externo. Há aí uma opção do titular da *privacy*. Porém, essa opção não se estende a tecnologias invasivas capazes de detecção, por exemplo, do calor produzido pelas lâmpadas.

Essa é a conjuntura do direito probatório de terceira geração, o qual corresponde às provas produzidas por intermédio do manejo de ferramentas tecnológicas avançadas, que possibilitam um nível muito alto de invasão aos direitos dos indivíduos investigados, em patamares superiores ao das técnicas investigativas mais corriqueiras, razão pela qual necessitam de prévia autorização judicial.

Danilo Knijnik<sup>28</sup> resume a trilogia da seguinte forma:

---

<sup>26</sup>LIMA, R.B.D. *Manual de (...)* Ob. Cit., pp. 695-696.

<sup>27</sup>LIMA, R.B.D. *Manual de (...)*, *Idem*.

<sup>28</sup>Visto que o avanço da tecnologia, se não compatibilizado com as garantias constitucionais, pode levar à destruição destas últimas, uma atualização interpretativa se faz de rigor. Se os

“A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo põe à luz que o paradigma da “intrusão física”, reclamando uma coisa ou o ingresso em ambiente alheio (teoria proprietária), como ocorreu com Olmstead, evoluiu para uma noção de expectativa legítima de privacidade, associada ao reconhecimento que lhe conferiu Katz. Mas a penetração da tecnologia nos mecanismos investigatórios fez notar que, mesmo sem intrusão física de espécie alguma, ou mesmo à base de observações em espaços públicos nos quais não haveria nem pretensão, nem reconhecimento da expectativa à privacidade, a proteção constitucional ainda ali merece respeito, sob pena de tornar a sociedade refém, a ponto de ser, em última instância, reduzida a níveis intoleráveis, eliminando qualquer laivo de privacidade”.

Desse modo, percebe-se a preocupação da Suprema Corte norte-americana em relação aos dispositivos derivados do progresso tecnológico. A utilização dessas ferramentas de forma invasiva pelas autoridades de segurança pode acarretar violações inaceitáveis ao direito à privacidade. Isso torna necessário prévio filtro judicial a fim de constatar a existência, ou não, de proporcionalidade entre o caso concreto e o manejo de mecanismos invasivos aos direitos das pessoas.

De fato, as mudanças em relação aos instrumentos de produção probatória devem implicar alterações em relação à interpretação a respeito da temática, com o desenvolvimento de um direito probatório compatível com as inovações tecnológicas<sup>29</sup>.

## 5. DRONES

O cenário de vulneração do direito à privacidade frente a capacitação das forças de segurança para devassá-lo, mediante novos meios tecnológicos, produz um sentimento de insegurança. Lado outro, abre promissoras possibilidades na apuração de fatos criminosos. Dentre os mecanismos de investigação que ampliam as competências dos aparatos de vigilância, estão inseridas as aeronaves remotamente pilotadas.

No site do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DCEA), vinculado ao Ministério da Defesa da República Federativa do Brasil, é possível verificar a seguinte definição a respeito de “Drones”:

“Antes de mais nada é importante destacar que o termo ‘drone’ é apenas um nome genérico. Drone (em português: zangão, zumbido) é um apelido informal, originado nos EUA, que vem se difundindo, mundo a fora, para caracterizar todo e qualquer objeto voador não tripulado, seja ele de qualquer propósito (profissional, recreativo, militar, comercial, etc.), origem ou característica. Ou seja, é um termo genérico, que,

---

mecanismos probatórios mudaram, a interpretação jurídica tem de acompanhar, simetricamente, essa transformação”. Para provas de terceira geração, é de se exigir um direito probatório de terceira geração”. *In: KNIJNIK, D. A trilogia (...) Ob. Cit., pp. 94-96.*

<sup>29</sup>“Visto que o avanço da tecnologia, se não compatibilizado com as garantias constitucionais, pode levar à destruição destas últimas, uma atualização interpretativa se faz de rigor. Se os mecanismos probatórios mudaram, a interpretação jurídica tem de acompanhar, simetricamente, essa transformação. Para provas de terceira geração, é de se exigir um direito probatório de terceira geração”. *In: KNIJNIK, D. A trilogia (...) Ob. Cit., pp. 94-96.*

embora seja aceito, não tem amparo técnico ou definição nas legislações existentes<sup>30</sup>.

O termo técnico utilizado é "Aeronave Remotamente Pilotada" (RPA), em relação ao qual se observa a seguinte definição<sup>31</sup>:

"Subconjunto de Aeronaves Não Tripuladas, pilotada a partir de uma estação de pilotagem remota, com finalidade diversa de recreação, que seja capaz de interagir com o Controle de Tráfego Aéreo em tempo real".

A demanda por segurança e pela contenção de riscos impacta diretamente a atividade de quem está na linha de frente, ou seja, a ação das polícias. Nesse contexto, a fim de que as forças de segurança tenham êxito na consecução da gestão de riscos, é imprescindível que a atividade de investigação, em sentido amplo, esteja atualizada ao cenário atual, marcado por avanço tecnológico.

Verifica-se nos últimos anos um aumento progressivo em relação à utilização dos drones pelas polícias, destacando-se a Polícia do Estado de Minas Gerais, precursora na temática no âmbito da atividade investigativa brasileira<sup>32</sup>.

Há uma série de possibilidades para o uso do Drone, conforme a atuação e as necessidades de determinado agente de segurança. No âmbito da Polícia Civil esse instrumento pode ser utilizado para a perseguição ou acompanhamento de criminosos; para a análise prévia do local onde serão cumpridos mandados de busca e apreensão, ou onde será realizada alguma outra atividade operacional<sup>33</sup>.

No que concerne à atuação da polícia federal a utilização do Drone pode auxiliar, entre outras possibilidades, no monitoramento de áreas sensíveis, em especial localidades de fronteiras, visando ao combate de crimes como o tráfico de drogas, o descaminho, o contrabando e de cenários de degradação ambiental<sup>34</sup>.

No que diz respeito, notadamente, à atuação da polícia militar, as aeronaves remotamente pilotadas podem auxiliar na perseguição de autores de crimes, no atendimento de situações emergenciais, na movimentação de viaturas em locais de trânsito lento, no monitoramento de áreas com grande número de pessoas, especialmente em decorrência de eventos<sup>35</sup>.

Ademais, também é possível utilizá-lo nos combates a incêndio, captura de animais perigosos, enfrentamento a desastres, realização de perícia em locais de difícil acesso, observação de movimentações nas redondezas de presídios, e no patrulhamento de rodovias, auxiliando os trabalhos promovidos pelo corpo de bombeiros, pela polícia científica, pela administração penitenciária e pela polícia rodoviária federal<sup>36</sup>.

<sup>30</sup>DECEA. "Voos de RPAS (drones). Entenda a nova legislação do DECEA!", disponível em: [https://www.decea.mil.br/?i=midia-e-informacao&p=pg\\_noticia&materia=voos-de-rpas-drones-entenda-a-nova-legislacao-do-decea](https://www.decea.mil.br/?i=midia-e-informacao&p=pg_noticia&materia=voos-de-rpas-drones-entenda-a-nova-legislacao-do-decea), acesso em: 25 jun. 2024.

<sup>31</sup>DECEA. "MCA 56-5 e IC 100-40", disponíveis em: <https://publicacoes.decea.mil.br/publicacao/mca-56-5> e <https://publicacoes.decea.mil.br/publicacao/ica-100-40>, acesso em: 25 jun. 2024.

<sup>32</sup>LACERDA, F.M.F.D. *Drone policial: a modernização da investigação*, Editora Dialética, São Paulo, 2023, pp. 66-67.

<sup>33</sup>JORGE, H.V.N. *Investigação criminal tecnológica: contém informações sobre inteligência policial, drones e recursos tecnológicos aplicados na investigação*, v. 2., Brasport, Rio de Janeiro, 2018, pp. 52-53.

<sup>34</sup>JORGE, H.V.N. *Investigação (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 53-54.

<sup>35</sup>JORGE, H.V.N. *Investigação (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 54-55.

<sup>36</sup>JORGE, H.V.N. *Investigação (...)*, *Ob. Cit.*, pp. 56-57.

## 6. ASPECTOS JURÍDICOS DO MANEJO DAS AERONAVES REMOTAMENTE PILOTADAS

A análise do emprego de drones na persecução penal e suas consequências jurídicas deve se dar por grupos de casos. Divisam-se as seguintes situações em que o emprego de drone de vigilância capta elementos probatórios: a) provas de um crime já ocorrido; b) evidências de um crime em sua dinâmica, no momento em que está ocorrendo; c) evidências de um crime prestes a ocorrer, permissivo de intervenção impeditiva do aparato estatal.

a) Nas situações de apuração de crime já ocorrido, em que há mandado judicial para busca e apreensão, seja domiciliar ou pessoal, o emprego do drone para apoiar a diligência não produz violação à privacidade. Afinal, a devassa do direito subjetivo já foi autorizada pelo juízo, através do controle de admissibilidade do meio de obtenção de prova proposto pela polícia ou pelo Ministério Público (art. 240, CPP)<sup>37</sup>. Alguns casos penais já chegaram aos tribunais superiores e não houve a decretação de nulidade processual em decorrência do uso das aeronaves remotamente pilotadas<sup>38</sup>.

Quando o drone surpreende provas de um crime passado, a descoberta em local sobre o qual o sujeito ativo não deposita expectativas de privacidade, permite a apreensão da prova para posterior apresentação ao juízo. Importam, principalmente, os espaços públicos e de circulação geral.

Já a percepção de prova colhida em local privado parece remeter ao art. 8º -A, Lei 9296/96. Afinal, o drone permite captar sinais ótico e/ou sonoros de local, daí evocar-se o mencionado marco legal. Por ele, o uso de drone na investigação exigirá autorização judicial, observada a inexistência de meio igualmente eficaz e menos invasivo (controle de proporcionalidade pela via legal, baseado na adequação e necessidade da tecnologia) e a investigação de delito com pena mínima superior a 4 anos ou crime conexo (incisos I e II da regra antedita).

Imagine-se sobrevoo a uma residência em que se capte a imagem do corpo de vítima de homicídio no quintal. O sujeito ativo pretendia enterrá-la ali, mas não o fez imediatamente. Enquanto ato preparatório para ocultação de cadáver, não há flagrante delitivo, apenas prova de crime passado. A princípio, a prova só será válida se precedida de autorização de uso do meio invasivo.

b) A temática da prisão em flagrante e da inviolabilidade do domicílio não é amplamente regulamentada, pendendo discussão correlata perante os tribunais superiores, notadamente em relação aos crimes previstos no âmbito da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), uma vez que diversos verbos núcleos do tipo penal referente ao comércio ilegal de drogas configuram crimes permanentes, em relação aos quais é possível a execução da prisão em flagrante enquanto perdurar a permanência delitiva<sup>39</sup>.

No âmbito de julgamentos realizados perante os tribunais superiores busca-se o estabelecimento de parâmetros e de critérios para avaliar se o afastamento do direito à privacidade, naquele caso concreto, foi lícito ou ilícito.

---

<sup>37</sup>Modo geral, a busca e apreensão tem natureza mista, compreendida como meio de obtenção de provas (não meio de prova, mas de obtê-las, repita-se) e cautelar. A nosso aviso, a natureza do art. 240, alíneas d, e, f, h, é de meio de produção de prova, pois a expedição do mandado independe de risco de perecimento do objeto a ser apreendido – *periculum in mora*. Nas hipóteses das alíneas b, c, embora também não haja essa exigência, o fato de a busca recair sobre instrumentos e produtos de crime aproxima os objetos daqueles sobre os quais se costuma expedir cautelares reais.

<sup>38</sup>No Supremo Tribunal Federal destaca-se o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.422.228/SC e no Superior Tribunal de Justiça destacam-se o Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus nº 158.206/DF.

<sup>39</sup>MASSON, C. & MARÇAL, V. *Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais*, 2º ed., Forense, Rio de Janeiro, 2021, p. 38.

Em muitos contextos fáticos a linha que separa a legalidade da ilegalidade é muito tênue, razão pela qual existe uma dificuldade na regulamentação do assunto de forma a abarcar os mais variados cenários fáticos possíveis, favorecendo o desenvolvimento de um método indutivo de solução dos problemas fático e jurídicos em debate. Dessa forma, parte-se do caso concreto a fim de se lograr êxito na consecução de critérios mais genéricos de avaliação da legalidade da prisão em flagrante e dos elementos de informação obtidos mediante a diligência investigativa.

Quando há flagrante delitivo de crime que está ocorrendo, apoiado em indícios de realização criminosa não captados pelo drone, aqueles indícios justificam a atuação *ex ante factum*, por parte da autoridade policial (na verdade, de qualquer pessoa, conforme CPP, art. 301). Permite-se, então, a devassa do local para prisão do sujeito ativo do crime e o recolhimento dos produtos e instrumentos do crime (art. 6º, II, CPP) com apoio de drone.

Diferente é a situação de crime que está ocorrendo, cujos indícios são trazidos pelo emprego do drone.

Uma perspectiva seria condicionar o exame de legalidade ao resultado obtido por meio da ação invasiva, uma espécie de validação *a posteriori*. Caso a diligência seja frutífera o resultado terá validado a ação invasiva anterior. Outra perspectiva é aquela que se preocupa mais com os fundamentos que justificaram a ação invasiva, ou seja, uma perspectiva *ex ante*, na qual o resultado obtido não é o principal critério, mas sim a motivação que animou a ação.

O Supremo Tribunal Federal<sup>40</sup>, no tema de Repercussão Geral nº 280, posicionou-se em sentido muito semelhante ao dessa perspectiva:

“A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”.

Diante da tese acima exposta, verifica-se que a corte constitucional não adotou um raciocínio no sentido de que os fins justificam os meios. Pelo contrário, para a ação invasiva é imprescindível a justificação com base em fundadas razões sob pena de invalidação da diligência e dos resultados dela derivados.

Por isso, nas hipóteses de emprego de drone para esclarecer situações nas quais há suspeita da prática de crime *ex ante factum* – justa causa para abordagem e flagrante – há de se fazer uma distinção:

1) se o crime se dá em local público, como rodovias, ruas, praças, o emprego do drone é lícito, ausente expectativa de privacidade pelo sujeito ativo do delito. Como exemplos, pode-se citar o manejo do equipamento no âmbito de operações direcionadas a grandes apreensões de drogas em rodovias. Dessa forma, a utilização das aeronaves remotamente pilotadas seria direcionada ao aprimoramento da execução dessas operações, agregando efetividade às atividades das forças de segurança;

2) se ocorre em residência, a justa causa para a entrada no domicílio, a princípio, não pode ter derivado do sobrevoo do drone no local acerca do qual pendia expectativa de privacidade pelo dono do imóvel. Deve estar no mínimo

---

<sup>40</sup>Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/5/2016.

associada a outros elementos. A visibilidade do pátio ocorre mediante tecnologia invasiva, com a qual o titular da *privacy* não conta. Do contrário, todos os pátios de todas as casas podem ser continuamente vigiados por drones, murchando o conteúdo do direito fundamental de privacidade.

De todo modo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de Repercussão Geral no âmbito do Recurso Extraordinário nº 1.368.160/RS, pendente de julgamento e de fixação de tese<sup>41</sup>. Nesse caso poderão ser estabelecidos novos contornos em relação às ações invasivas aos domicílios de pessoas supostamente em flagrante delito<sup>42</sup>, uma vez que serão analisadas as hipóteses de consentimento dos moradores para o ingresso de agentes de segurança em suas residências.

Ademais, é importante salientar que na decisão que reconheceu a repercussão geral o Supremo Tribunal Federal ratificou que a Corte possui firme entendimento no sentido de que os direitos e as garantias fundamentais não são absolutos, de forma que não podem configurar instrumentos viabilizadores da prática de delitos ou seu encobrimento<sup>43</sup>.

c) A urgência poderia configurar uma terceira perspectiva referente à validação da ação policial. Nas ocasiões em que houver urgência e em relação às quais não for possível aguardar uma decisão judicial, tendo em vista a salvaguarda de bens jurídicos relevantes, a ação invasiva estaria legitimada. Tratam-se de situações em que se evita a consumação delitiva. Nessa situação, residindo valor maior que a privacidade no bem jurídico que seria lesado pelo delito e não foi, mediante intervenção policial viabilizada por drone, a diligência policial é válida.

## 7. FISHING EXPEDITION

A utilização de aeronaves remotamente pilotadas voltadas a investigações indeterminadas, cujos alvos ou objetivos são incertos, caracterizando o fenômeno da “pesca probatória”, configura mais uma possibilidade de utilização desses aparatos tecnológicos no âmbito da investigação policial e da ação de vigilância das forças de segurança. Nesse sentido, os drones atuariam como um catalisador do fenômeno denominado “fishing expedition”.

Devido às características desse aparato tecnológico ele é capaz de potencializar essas violações indevidas a direitos fundamentais, assim como o fenômeno da pesca probatória (*fishing expedition*).

A utilização de instrumentos penais decorrentes do progresso tecnológico, entre os quais as RPA's (aeronaves remotamente pilotadas), não pode servir de estímulo ao desenvolvimento de investigações meramente especulativas, também denominadas de *fishing expedition*.

Os indícios de autoria antecedem as medidas invasivas, não se admitindo em um Estado Democrático de Direito que primeiro sejam violadas as garantias constitucionais para só então, em um segundo momento, e eventualmente, justificar-se a medida anterior, sob pena de se legitimar verdadeira *fishing expedition*.

---

<sup>41</sup>Tema de Repercussão Geral nº 1208. “Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º, XI; 18, e 144, §7º, da Constituição Federal, os requisitos de validade do consentimento do morador para busca e apreensão em domicílio, considerando o disposto no artigo 5º, XI, da Constituição da República e os princípios da inviolabilidade do domicílio, da dignidade da pessoa humana, da vedação à proteção deficiente e da segurança jurídica”.

<sup>42</sup>“Não bastasse isso, em segundo lugar, na presente hipótese, o Tribunal da Cidadania extrapolou sua competência jurisdicional, pois sua decisão, não só desrespeitou os requisitos constitucionais previstos no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal, restringindo as exceções à inviolabilidade domiciliar, como também, inovando em matéria constitucional, criou uma nova exigência – gravação audiovisual da anuência de entrada no local – para a plena efetividade dessa garantia individual, desrespeitando o decidido por essa SUPREMA CORTE no Tema 280 de Repercussão Geral”. *In*: STF. RE 1.342.077, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe de 6/12/2021.

<sup>43</sup>Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.368.160/RS.

Alexandre Morais da Rosa<sup>44 45 46</sup> traz a seguinte definição a respeito da “fishing expedition”:

“É possível, portanto, definir pescaria probatória (fishing expedition), como a apropriação de meios legais para, sem objetivo traçado, “pescar” qualquer espécie de evidência, tendo ou não relação com o caso concreto. Trata-se de uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, que, de forma ampla e genérica, “lança” suas redes com a esperança de “pescar” qualquer prova, para subsidiar uma futura acusação ou para tentar justificar uma ação já iniciada. Por se tratar de meio (abusivo) de obtenção de prova, tem largo campo de ocorrência na cultura da prática penal, tais como nos mandados de busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, interrogatório do acusado etc”.

O drone não pode ser uma espécie de novo panóptico potencializado, mais abrangente, que atinja o direito privacidade de uma coletividade indefinida.

Na conjuntura abordada no tópico anterior constata-se que a ordem dos fatores altera o produto. A investigação por prospecção, realizada, ou não, com auxílio de “drones”, dará azo à ilicitude da “prova” obtida.

A prova será considerada ilícita nas hipóteses em que for constatada a violação de regra de direito material. Isso ocorre, por exemplo, nas situações fáticas nas quais direitos fundamentais são violados, entre eles a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio e dos sigilos previstos no texto constitucional<sup>47</sup>.

Como já ressaltado no tópico relativo ao direito à privacidade, inexistem direitos ou garantias fundamentais absolutos, entendimento corroborado pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, verifica-se que o direito à produção probatória não é absoluto, conforme a disciplina constitucional constante no artigo 5º, inciso LVI, segundo a qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”.

Nesse sentido, leciona o professor Renato Brasileiro de Lima<sup>48</sup>:

“A eficiência processual, compreendida como a funcionalidade dos mecanismos processuais tendentes a alcançar a finalidade do processo, que é a apuração dos fatos e das responsabilidades, não pode prescindir do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sob pena de deslegitimação do próprio sistema punitivo...  
...Além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, a vedação das provas ilícitas também funciona como uma forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator de inibição e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais”.

---

<sup>44</sup>GHIZONI DA SILVA, V; BENONI MELO E SILVA, P. & MORAIS DA ROSA, A. *Fishing Expedition* e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal. 2.ed. Florianópolis: Emais, 2022. p. 50-51.

<sup>45</sup>Nas palavras de Gilmar Mendes, a prática da *fishing expedition* consiste em “investigações genéricas para buscar elementos incriminatórios aleatoriamente, sem qualquer embasamento prévio”. In: STF HC 163.461.

<sup>46</sup>Celso de Melo conceitua esse fenômeno como “investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção, simplesmente vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro”. In: STF RE 1055941/SP.

<sup>47</sup>LIMA, R.B.D. *Manual de (...) Ob. Cit.*, p. 582.

<sup>48</sup>LIMA, R.B.D. *Manual de (...) Ob. Cit.*, p. 581.

O Drone é um aparato tecnológico apto a ser inserido em uma investigação em andamento e que esteja seguindo o rito legal, desde que não dê ensejo a violações e a mitigações não permitidas a direitos fundamentais, e o manejo desse instrumento ocorra em observância aos parâmetros estabelecidos no âmbito da jurisprudência, sobretudo nos julgados dos tribunais superiores.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho procurou mostrar o contexto no qual está inserido o sistema penal, destacando a necessidade de atualização dos métodos de investigação e da compatibilização desses métodos aos direitos e às garantias fundamentais a fim de que não haja violações a direitos, bem como que o processo penal tenha eficácia e, para além disso, tenha efetividade, não potencializando comportamentos aptos a dar ensejo a ilegalidades e a nulidades, preservando-se os direitos das pessoas e os elementos de informação obtidos nas investigações.

As aeronaves remotamente pilotadas podem configurar um importante mecanismo no âmbito da consecução de diligências investigativas, de operações criminais, de cumprimento de mandados, de ingresso em locais de difícil acesso. No ingresso em locais perigosos, o prévio ou concomitante sobrevoo da área alvo da operação permite mapeamento de local e realização da atividade estatal com maior segurança e minoração de resultados lesivos, tanto para os agentes de estado, como para os alvos.

Enfim, há uma multiplicidade de situações concretas nas quais é possível observar a colaboração positiva dessa ferramenta tecnológica, visando-se à implementação do *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, por intermédio do qual é garantido “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Como regra, notadamente a partir de uma perspectiva criminal, dá-se mais ênfase à proibição do excesso, no que diz respeito às disposições de natureza penal, em detrimento da faceta da vedação da proteção deficiente. Ocorre que ambas são inerentes à regra da proporcionalidade, perspectiva a qual possui maior disseminação no âmbito dos direitos humanos.

Diante desse contexto, e tendo em vista a relatividade dos direitos fundamentais, é plenamente possível o afastamento do direito à privacidade, desde que devidamente amparado em fundamentos concretos, de modo a proporcionar a consecução da diligência investigativa invasiva por intermédio da utilização da ferramenta tecnológica do drone, o que poderá ser precedido de autorização judicial ou sujeito a controle judicial posterior, a depender das vicissitudes da situação fática em apreço.

## 9. REFERÊNCIAS

- BAUDRILLARD, J. *A ilusão vital*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2001.
- BAUMAN, Z. *Vigilância líquida: Diálogos com David Lyon/Zygmunt Bauman*, Zahar, Rio de Janeiro, 2013.
- BECK, U. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*, 2º ed., Editora 34, São Paulo, 2011.
- BOTTINI, P.C. *Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco*, 3º ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso em: 15 de abril de 2024.
- BRASIL. *Departamento de Controle do Espaço Aéreo*, disponível em: <https://www.decea.mil.br>, acesso em: 22 de abril de 2024.



- BRASIL. "Ministério da Defesa Comando da Aeronáutica - MCA 56-5, disponível em <https://publicacoes.decea.mil.br/publicacao/mca-56-5>, acesso em 12/04/2024.
- BRASIL. Ministério da Defesa Comando da Aeronáutica - IC 100-40, disponível em: <https://publicacoes.decea.mil.br/publicacao/ica-100-40>, acesso em 12/04/2024.
- BUSATO, P.C. *O direito penal e os paradigmas da revolução tecnológica*, disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13302-13303-1-PB.pdf>., acesso em 18 de abril de 2024.
- \_\_\_\_\_. *O papel do Ministério Público no futuro do direito penal brasileiro*, disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32755-40424-1-PB.pdf>., acesso em: 18 de abril de 2024.
- DEUS GARCIA, R. *Drone e inviolabilidade domiciliar: Quando pode a polícia sobrevoar residências com drone? – Parte II*, Disponível em <https://magis.agej.com.br/drone-e-inviolabilidade-domiciliar-quando-pode-a-policia-sobrevoar-residencias-com-drone-parte-ii>, acesso em: 04 de abril de 2024.
- FELDENS, L. *Direitos fundamentais e direito penal*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.
- FERNANDES, B.G. *Curso de Direito Constitucional*, 13º ed., rev. atual. e ampl. Ed. JusPodivm, Salvador, 2021.
- GHIZONI DA SILVA, V; BENONI MELO E SILVA, P. & MORAIS DA ROSA, A. *Fishing Expedition e encontro fortuito na busca e na apreensão: um dilema oculto do processo penal*, 2º ed., Emais, Florianópolis, 2022.
- GUARAGNI, F.A. "A função do direito penal e os 'sistemas peritos'", In: GUARAGNI, F.A. & CÂMARA, L.A. (Org.), *Crimes contra a ordem econômica - temas atuais de processo e direito penal*, 1º ed., Juruá, Curitiba, 2010, v. I, pp. 72-87.
- \_\_\_\_\_. "Da tutela de interesses individuais aos supraindividuais: dialogando com Beccaria" in BUSATO, P.C. *Ler Beccaria hoje*, v.1., Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2009.
- \_\_\_\_\_. "Multiplicação de fontes de risco como marca da sociedade contemporânea e a tragédia da boate Kiss" in: *Tragédia em Santa Maria: Uma visão multidisciplinar*, Instituto Memória, 2013.
- JORGE, H.V.N. *Investigação criminal tecnológica: contém informações sobre inteligência policial, drones e recursos tecnológicos aplicados na investigação*, v. 2., Brasport, Rio de Janeiro, 2018.
- KNIJNIK, D. *A trilogia Olmstead-Katz-Kyllo: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI*, Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, ano 2, número 4, Porto Alegre/RS, 2016.
- LACERDA, F.M.F.D. *Drone policial: a modernização da investigação*, Editora Dialética, São Paulo, 2023.
- LIMA, R.B.D. *Manual de processo penal: volume único*, 9ª ed., rev. ampl. e atual, editora JusPodivm, Salvador, 2021.
- MACHADO, M.R.D.A. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, IBCCRIM, São Paulo, 2005.
- MASSON, C. & MARÇAL, V. *Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais*, 2º ed., Forense, Rio de Janeiro, 2021.
- RAMOS, A.C. *Curso de Direitos Humanos*, 8ª ed., Saraiva Educação, São Paulo, 2021.
- RODOTÀ, S. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008.
- ROSENVALD, N. *Manual de Direito Civil*, 6ª ed., rev. ampl. e atual, Editora JusPODIVM, Salvador, 2021.
- SARLET, I.W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

- STF. Recurso Extraordinário nº603.616, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10924027>, acesso em 14 de abril de 2024.
- STF. Recurso Extraordinário nº1.342.077, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349033491&ext=.pdf>, acesso em: 16 de abril de 2024.
- STF. Recurso Extraordinário nº1.368.160, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=760047243>, acesso em: 15 de abril 2024.
- STF. Recurso Extraordinário nº1.055.941, disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755364496>, acesso em: 14 de abril de 2024.
- STF. Habeas Corpus nº 163.461, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753368425>, acesso em 15 de abril de 2024.
- STRECK, M.L.S. *Direito Penal e Constituição: A face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.
- ZUBOFF, S. *A era do capitalismo de vigilância*, Intrínseca Editora, Rio de Janeiro, 2021.



© **Cadernos de Direito Actual** N<sup>o</sup> 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 59-84  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **A Trick of the (Virtual) Trade: a study on the challenges posed by cross-border e-commerce for national patent systems**

**Jorge Enrique de Azevedo Tinoco**<sup>1</sup>

*Universidade de São Paulo (USP)*

**Débora Barreto Santana de Andrade**<sup>2</sup>

*Universidade de Fortaleza (UNIFOR)*

**Summary:** 1. Introduction. 2. The rise of e-commerce and its relation to the national patent systems. 2.1. Transnational e-commerce and Free-on-Board (FOB). 2.2. National patent systems and the problem of importing patented products. 2.3. A matter of time: enforcement delays and their adverse effect on a patent owner's rights. 3. Pathways to enforcing a national court order overseas. 3.1. The transnational injunction dilemma. 3.2. The possibility of preliminary injunction measures. 3.3. Enforcing foreign decisions (and contempt of court orders) domestically. 4. Who is to blame when a violation occurs? 4.1. The chain of events in importation: in search of a model for liability attribution. 4.2. Importation rules and consumer liability. 4.3. Liability of the online seller. 5. Conclusion. 6. References.

**Abstract:** The rise of cross-border e-commerce creates a worldwide marketplace accessible to all – businesses and consumers alike. The international reach of electronic commerce provides unique challenges to patent owners, as infringing activity is enabled to occur transnationally, while innovators must rely on patent systems which are geographically confined. From the alluded context, this study aims to explore the challenges posed by transnational e-commerce to patent owners'

---

<sup>1</sup> Lawyer. Associate at the Kasznar Leonardos Advogados law firm. Master of Laws (LL.M.) student at the University of São Paulo (USP) focusing on International Commercial Law. Post-graduate degree in International Law from the University of Fortaleza (UNIFOR). Bachelor of Laws (LL.B.) from the Federal University of Rio Grande do Norte (UFRN). Researcher at the International Law Observatory of Rio Grande do Norte (OBDI/UFRN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8774-7438>. E-mail: [jorge.tinoco@usp.br](mailto:jorge.tinoco@usp.br).

<sup>2</sup> Lawyer. Partner at the Rêgo e Santana Advogados Associados law firm. Professor in the International Law post-graduate course at the University of Fortaleza (UNIFOR). Guest professor in the International Business Course of the European Academic Institute. Doctor of Juridical Sciences (S.J.D.) and Master of Laws (LL.M.) from the CERIC of the Aix-Marseille Université (France). Bachelor of Laws (LL.B.) from the Federal University of Ceará (UFC). E-mail: [deborabsantana@gmail.com](mailto:deborabsantana@gmail.com).

rights and evaluate some of the most pressing issues towards curtailing cross-border infringement. Through the literature review conducted herein, results point to the fact that the difficulties associated with adjudicating infringement in a cross-border setting have led national judges to find "creative" solutions to the transnational infringement problem. The conclusions taken from this study suggest that the current commercial paradigm calls for a rethinking of the "nationally confined" nature of patent systems.

**Keywords:** Patents; Infringement; Transnational; E-Commerce; International Commerce.

**Resumo:** O crescimento do *e-commerce* transfronteiriço cria um mercado mundial e acessível a todos – empresas e consumidores indistintamente. O alcance internacional do comércio eletrônico provê desafios singulares aos titulares de patentes, uma vez que atividade infratora pode ocorrer em âmbito transnacional enquanto inovadores precisam se amparar em sistemas patentários geograficamente confinados. Neste contexto, o presente estudo busca explorar os desafios postos pelo *e-commerce* transnacional aos direitos dos titulares de patentes e avaliar alguns dos mais importantes pontos para combater a infração transfronteiriça. Por meio da revisão bibliográfica conduzida, os resultados apontam para o fato de que as dificuldades associadas com a adjudicação de casos de infração em um contexto transfronteiriço levaram juízes nacionais a encontrar soluções "criativas" ao problema da infração transnacional. As conclusões retiradas deste estudo sugerem que o atual paradigma comercial clama por uma reavaliação da natureza "nacionalmente confinada" dos sistemas patentários.

**Palavras-Chave:** Patentes; Infração; Transnacional; E-Commerce; Comércio Internacional.

## 1. Introduction

Advancements in logistics and international trade have brought forth an incredible potential for commercial globalisation.<sup>3</sup> This statement rings particularly true when taking into account the widespread use of electronic tools for commerce in the last few decades.<sup>4</sup>

Cross-border electronic commerce is not only a manner by which companies can sell and acquire supplies amidst themselves in high-volume transactions, it also provides an open marketplace for consumers. Such traits have led a group of 71 members of the World Trade Organization (WTO) to initiate a work programme<sup>5</sup> for diplomatic talks in the context of harmonizing trade-related aspects of electronic commerce within the 11th WTO Ministerial Conference in December 2017. This intention was confirmed through a joint statement by 76 WTO members in January

---

<sup>3</sup> SAVRUL, M.; INCEKARA, A.; SENNER, S. "The Potential of E-commerce for SMEs in a Globalizing Business Environment", *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, v. 150, nº 5, 2014, p. 35–45.

<sup>4</sup> SHARMA, V. "*E-Commerce: evolution, meaning and types*", Indira Gandhi National Open University, April 10th, 2017. Available at: <https://egyankosh.ac.in/handle/123456789/7646>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>5</sup> WTO. "*Joint Initiative on E-Commerce*", World Trade Organization, October 2023. Available at: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/ecom\\_e/joint\\_statement\\_e.htm#participation](https://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/joint_statement_e.htm#participation). Accessed on: July 4th, 2024.

2019<sup>6</sup> and, as of October 2023, 90 WTO members are participating in discussions related to international e-commerce regulation.<sup>7</sup>

Along with further global integration, another byproduct of intense transnational trade is the rise of cross-border litigation, which puts pressure on a dated international framework which is often inadequate to address contemporary issues in digital trade.<sup>8</sup> Such legal action, in turn, brings about the need for enforcement of decisions of an extraterritorial sort. This act of 'exporting' a domestic judgement abroad brings challenges of its own, even though some European states have found a considerable degree of success recognising these decisions amongst themselves.<sup>9</sup>

In the context of intellectual property, questions regarding cross-border infringement using the internet are not new.<sup>10</sup> Albeit developments to adapt the law to an interconnected and online world are often slow, copyright law has experienced significant reform to adjust itself to this new paradigm. A stark example of such adaptational effort is the Digital Millennium Copyright Act (DMCA).<sup>11</sup>

Patent law, on the other hand, has not been as diligent. Though it is not uncommon to see cross-border infringement litigation in the field of patent law,<sup>12</sup> there is still plenty of room for international coordination among jurisdictions.

The national nature of patent systems<sup>13</sup> demands cooperation with foreign jurisdictions due to the insertion of such intrinsically domestic structures in an international market. The necessity of cooperation is in scope: it is needed both to enforce foreign judgements and to uphold the international principle of comity.<sup>14</sup>

In this vein, this article aims to (i) define some of the challenges posed by cross-border e-commerce to national patent protection, (ii) explore how judgements are enforced in a cross-border setting and (iii) study liability attribution in a transnational online commercial transaction. These objectives are achieved through literature review of pertinent statutes, scholarly studies and case law<sup>15</sup> on the fields

<sup>6</sup> WTO. "Joint Statement on Electronic Commerce", World Trade Organization, January 25th, 2019. Available at: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/1056.pdf&Open=True>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>7</sup> WTO, 2023, *Joint Initiative (...)*, *Ob. cit.*

<sup>8</sup> MITCHELL, A.; MISHRA, N. "Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy", *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, V. 20, n° 4, January 2018, p. 1073.

<sup>9</sup> ZILINSKY, M. "Mutual Trust and Cross-Border Enforcement of Judgments in Civil Matters in the EU: Does the Step-by-Step Approach Work?", *Netherlands International Law Review*, Vol. 64, issue 1, April 2017, p. 115–139.

<sup>10</sup> Discussions regarding cross-border infringement have become a larger point of focus in policy discussion with the increase in international trade. Section 4 of the TRIPS Agreement is one of the main sources of law which attempts to address cross-border policies to curtail infringement.

<sup>11</sup> UNITED STATES OF AMERICA. "Digital Millennium Copyright Act", Legal Information Institute (LII), Ithaca, February 2022. Available at: [https://www.law.cornell.edu/wex/digital\\_millennium\\_copyright\\_act](https://www.law.cornell.edu/wex/digital_millennium_copyright_act). Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>12</sup> TRIMBLE, M. "Cross-Border Injunctions in U.S. Patent Cases and Their Enforcement Abroad", *Marquette Intellectual Property Law Review*, V. 13, n° 2, July 2009, p. 331.

<sup>13</sup> HALL, B. H.; HELMERS, C. "The impact of international patent systems: Evidence from accession to the European Patent Convention", *Research Policy*, V. 48, n° 9, November 2019, p. 103810.

<sup>14</sup> LEHMAN, J.; PHELPS, S. *West's Encyclopedia of American Law*. V. 3. 2nd ed. Ed. Thomson Gale, Detroit, 2004, p. 2. "Comity of nations is a recognition of fundamental legal concepts that nations share. It stems from mutual convenience as well as respect and is essential to the success of international relations".

<sup>15</sup> While this study is transnational in nature, where possible, the article makes use of Brazilian legal sources. This choice is due to the familiarity of the authors with the Brazilian legal paradigm. Nevertheless, it is worth noting that Brazilian case law is especially scarce in this

of intellectual property, private international law (i.e.: "conflicts of law") and international commercial law.

## 2. The rise of e-commerce and its relation to the national patent systems

The World Trade Organization (WTO) defines "electronic commerce" (or "e-commerce") as the "production, distribution, marketing, sale or delivery of goods and services by electronic means".<sup>16</sup> This broad definition is well-reflective of the large scope of usage of electronic apparatuses in commerce. Despite what is quite common today, the first use of electronics for commercial purposes was not directly seen by or accessible to the consumer.<sup>17</sup>

In fact, electronic means have been used for commercial purposes, in primitive stages, since the 1960s with the Electronic Data Interchange (EDI).<sup>18</sup> The EDI served primarily as a Business-to-Business (B2B) sales management tool - having no interaction with the final consumer whatsoever. The reasons for this limitation were quite evident: computer technology was not easily accessible to the average consumer in the 1960s, and the internet was still at its embryonic stages with the ARPANET.<sup>19</sup>

With the rise of personal computers and the advent of the internet, however, that landscape changed drastically. Electronic commerce is no longer limited to B2B models. There are websites now which cater to most modes of commerce, be it Business-to-Business<sup>20</sup> (B2B), Business-to-Consumer<sup>21</sup> (B2C), Consumer-to-Business<sup>22</sup> (C2B), or Consumer-to-Consumer<sup>23</sup> (or C2C). Indeed, e-commerce in the 21st century offers a wide web-based marketplace that is in constant development - especially in Asian markets, such as China.<sup>24</sup> By some estimates focused especially on the growth of transnational e-commerce in emerging markets, it is estimated that, by 2028, the global expenditure with cross-border e-commerce will surpass a staggering USD 3 trillion.<sup>25</sup>

Establishing a consumer-focused market with global reach has many advantages - particularly for sellers in developing countries.<sup>26</sup> Some of the upsides

---

field. While cases of patent infringement through importation were tried in Brazil in the past, such cases do not involve patent infringement in the e-commerce context (e.g.: recently, the Bayer v. EMS case regarding the pharmacological active ingredient rivaroxaban, tried by the State Court of São Paulo under the no. 1000349-17.2019.8.26.0229). Thus, with the lack of Brazilian jurisprudence, it is especially important to look to how other jurisdictions solved such issues when presented with them. With that said, the legal cases cited herein are representative of the main legal families worldwide, namely Civil Law (e.g.: Germany) and Common Law (e.g.: Canada, United States of America).

<sup>16</sup> TUTHILL, L. "e-Commerce and the WTO", Permanent Missions of Mexico, Indonesia, the Republic of Korea, Turkey, Australia (MIKTA) to the World Trade Organization, July 5th, 2016. Available at: [https://www.wto.org/english/forums\\_e/business\\_e/1\\_1\\_TUTHILL.pdf](https://www.wto.org/english/forums_e/business_e/1_1_TUTHILL.pdf). Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>17</sup> SHARMA, 2017, *E-Commerce (...)*, *Ob. cit.*

<sup>18</sup> SHARMA, 2017, *E-Commerce (...)*, *Ob. cit.*

<sup>19</sup> MARKOFF, J. "An Internet Pioneer Ponders the Next Revolution", *The New York Times*, December 20th, 1999. Available at: <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/tech/99/12/biztech/articles/122099outlook-bobb.html?Partner=Snap>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>20</sup> e.g., BulkBookstore.com.

<sup>21</sup> e.g., Amazon.com.

<sup>22</sup> e.g., Yelp.com.

<sup>23</sup> e.g., eBay.com.

<sup>24</sup> MA, S.; CHAI, Y.; ZHANG, H. "Rise of Cross-border E-commerce Exports in China", *China & World Economy*, Vol. 26, nº 3, 2018, p. 63–87.

<sup>25</sup> JUNIPER RESEARCH. "33% of eCommerce Spend to Be Cross-border by 2028 Globally, as e-Commerce Growth Shifts to Developing Markets", Juniper Research, November 4th, 2023 Available at: <https://www.juniperresearch.com/press/press-releases/33-of-ecommerce-spend-to-be-cross-border-by-2028>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>26</sup> SAVRUL; INCEKARA; SENNER, 2014, *The Potential (...)*, *Ob. cit.*

inherent to international commerce are: (i) access to wealthier consumers, (ii) wider reach, (iii) increased brand awareness, and (iv) wider market for low-demand domestic products. These benefits are attractive to small and big businesses alike. Nonetheless, such advantages were not always worth the hassle of undergoing the process required for trading internationally.

In the first stages of the 20th century, the amount of capital required to engage in international trade was still prohibitively substantial for most small and medium enterprises (SME) - a concept often referred to as 'barriers to entry'.<sup>27</sup> Technological and socio-political developments (especially after World War II), however, have turned the page onto a new century of international commerce.<sup>28</sup> Products could now be shipped overseas in a quicker and much more affordable manner. Although some hassles regarding tariffs and a lack of international commercial frameworks still endure, the overall barriers to international trade are in a steady decline.

Data from the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)<sup>29</sup> points to some of the most relevant costs involved with international trade and their subsequent sharp decline in the decades that followed World War II. According to the OECD, figures collected between the years 1930 and 2003 point to the fact that the price of sea freight dropped around 77,68%, while the cost of passenger air transport fell 89,53% and the cost of international calling decreased by 99,93%.

Although the drop in costs was substantial, in the middle of the 20th century there was still no feasible cost-effective way to establish a business model which was, at the same time, cross-border, on-demand and retail. A few decades forward, with the astonishing growth of the internet and e-commerce, along with the rise of online retail giants,<sup>30</sup> smaller vendors have found in these companies an interesting partner to make their products available in a much wider scale.<sup>31</sup> According to Ma, Chai and Zhang (2018), the trade volume of Chinese vendors who have been expanding their distribution channels to international trading platforms increased by 200 percent in 2016, and around 80% of such vendors are concurrently operating in some of the aforementioned online retail platforms.<sup>32</sup>

Given this scenario of substantial growth, focus is now shifted to one of the main tools that allow this international B2C commerce to work: the international standardised term known as Free-on-Board (FOB) and its diverse interpretations.

## **2.1. The rise of e-commerce and its relation to the national patent systems**

Free-on-Board (FOB) is a term widely used in international trade and standardised by the International Chamber of Commerce (ICC) in its Incoterms.<sup>33</sup> Be that as it may, there are certain controversies regarding the usage of "FOB", specifically in the United States. The source of contention over the meaning of the term stems from a disparity between two sources: the Incoterms definition and the

<sup>27</sup> LAZAROFF, D. E. "Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation", *Business Law Journal*, Vol. 7, n° 1, December 2006.

<sup>28</sup> ORTIZ-OSPINA, E.; BELTEKIAN, D. "*Trade and Globalization*", Our World in Data, October 2018. Available at: <https://ourworldindata.org/trade-and-globalization>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>29</sup> This data was organised by Ortiz-Ospina & Beltekian (2018), but originally published by the OECD (2013). OECD. "*Economic Globalisation: Origins and consequences*", Organisation for Economic Co-operation and Development, 2013. Available at: [https://www.oecd-ilibrary.org/economics/economic-globalisation\\_9789264111905-en](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/economic-globalisation_9789264111905-en). Accessed on: July 4th, 2024; ORTIZ-OSPINA, BELTEKIAN, 2018, *Economic Globalisation (...)*, *Ob. cit.*

<sup>30</sup> e.g., AliExpress, DHgate, Amazon and eBay.

<sup>31</sup> MA; CHAI; ZHANG, 2018, *Rise of Cross-border (...)*, *Ob. cit.*

<sup>32</sup> MA; CHAI; ZHANG, 2018, *Rise of Cross-border (...)*, *Ob. cit.*

<sup>33</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Incoterms® 2020*. 1st ed. Ed. ICC, Paris, 2019.

definition adopted by the Uniform Commercial Code (UCC), found in Section 2-319(1).<sup>34</sup>

While the internationally adopted definition (Incoterms) refers to FOB as a term exclusively meant to represent the division of responsibilities when a shipment is sent by sea or inland waterway,<sup>35</sup> the definition of the UCC is much less restrictive. UCC § 2-319 (1) allows for two interpretations on what comprises the aforementioned responsibilities, the two being "FOB the place of shipment" and "FOB the place of destination".<sup>36</sup> Furthermore, the UCC definition also allows for FOB agreements to occur under any mode of transportation, be it "vessel, car, or other vehicle".<sup>37</sup>

With this said, it is important to be reminded that the UCC is not a "code" in the civil law sense but is rather much closer to a "model law", proposed by the American Law Institute (AIL), which does not preclude acceptance and incorporation by the individual states within the United States of America (USA), something which was largely done by all 50 states with minor modifications.<sup>38</sup>

Thus, the adoption of the definitions proposed by the Incoterms and the UCC varies significantly due to their origin and breadth. While the Incoterms were an expression of rules developed by merchant practice (an expression of *lex mercatoria*)<sup>39</sup> compiled and revised by the ICC, the UCC is a model law widely adopted within the USA, but not much anywhere else. In this sense, it is not surprising that the Incoterms find more adoption in international commerce than the meanings contained in the UCC.

Hence, for the purposes of this article, we shall employ the term "FOB" in its international denotation, following the Incoterms guidelines. Therefore, FOB will be referred to as the responsibility of a seller to deliver the goods cleared for export onto a named vessel at the port of shipment, at which point the responsibility and costs pass on to the buyer.<sup>40</sup>

In the same vein, when referring to other types of responsibility sharing involving any means of transportation (including by sea), the terms most often used will be "Free-Carrier" (FCA), "Delivered at Place" (DAP) or "Delivered Duty Paid" (DDP). FCA is applied in cases in which the responsibility of the seller is to make the goods available and cleared for export at a specific place<sup>41</sup> at which point responsibility and costs pass on to the buyer. DAP is the term used when the responsibility of the seller is to deliver the goods to a named place by the buyer,<sup>42</sup> however, the buyer still has to bear any costs regarding customs clearance and taxes.<sup>43</sup> DDP is much like the DAP agreement, except the seller still has to bear costs regarding customs clearance and taxes.<sup>44</sup>

---

<sup>34</sup> JONES, J. "FOB: You Keep Using That Word. I Do Not Think It Means What You Think It Means", Lexology, November 6th, 2017. Available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2b05e1cd-ffeb-4dd5-8041-e512f6779a08>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>35</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2019, *Incoterms® (...)*, Ob. cit.

<sup>36</sup> UNITED STATES OF AMERICA. "Uniform Commercial Code", Legal Information Institute (LII), Ithaca, 2012. Available at: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-319>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>37</sup> UNITED STATES OF AMERICA, 2012, *Uniform Commercial (...)*, Ob. cit.

<sup>38</sup> DALHUISEN, J. H. *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law Volume 1: The Transnationalisation of Commercial and Financial Law. The Lex Mercatoria and its Sources*. V. 1. 8th ed. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2022, p. 243.

<sup>39</sup> COSTA, J. A. F. "A Autonomia da Nova Lex Mercatoria e a Estabilização de Relações Comerciais Internacionais", *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, V. 2, nº 6, 2013, p. 4783-4810.

<sup>40</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2019, *Incoterms® (...)*, Ob. cit.

<sup>41</sup> e.g., the seller's own premises.

<sup>42</sup> e.g., buyer's house or place of business.

<sup>43</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2019, *Incoterms® (...)*, Ob. cit.

<sup>44</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2019, *Incoterms® (...)*, Ob. cit.



In this respect, some e-commerce websites<sup>45</sup> deal with a massive number of sellers and buyers, and, therefore, need to cater to a large quantity of different market actors with different needs. Hence, the referred companies often offer educational material on the meaning of some of the Incoterms on their seller support pages.<sup>46</sup>

With this in mind, FOB has been described by Alibaba as "probably the most popular agreement, especially if shipping from China".<sup>47</sup> The low cost of maritime freight<sup>48</sup> allied with FOB's lack of responsibility for importing taxes and customs (for the vendor) makes the FOB agreement a viable option for many small merchants and allows these potential sellers to offer their products at a low cost - often lower than most internal markets.<sup>49</sup>

The lower prices offered by international sources are one of the main attractions for buyers. In this sense, it is not uncommon to see e-commerce marketplaces being used to offer counterfeit goods.<sup>50</sup> And, in a sense, a counterfeiter selling under a legitimate website may bring some benefits to the legal platform, such as: increased traffic, increased number of sellers and buyers, and an increase in revenue.<sup>51</sup> Many of these counterfeit goods are made in violation of trademark and copyright.<sup>52</sup> However, a less common and harder to detect violation still looms in such environments: patent infringement.

## **2.2. National patent systems and the problem of importing patented products**

The legal and philosophical justification for patent systems is often to encourage inventive behaviour.<sup>53</sup> Such was the intention behind the US Constitution in its Commerce Clause: "To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries".<sup>54</sup> The same can be said of the Brazilian Constitution in article 5, item XXIX: "[...] statute will grant the authors of industrial inventions the temporary privilege over its utilisation, as well as protection over the industrial creations, the property of trademarks, company names and other

---

<sup>45</sup> e.g., Alibaba/Alibaba.com.

<sup>46</sup> ALIBABA. "Incoterms Guide", Alibaba.com Seller Central, October 2020. Available at: <https://seller.alibaba.com/businessblogs/px577140-incoterms-guide>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>47</sup> ALIBABA. "Understanding Incoterms: Free on Board (FOB)", Alibaba.com Seller Central, September 2020. Available at: <https://seller.alibaba.com/businessblogs/pxgl1342-understanding-incoterms-free-on-board-fob>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>48</sup> MERK, O. "Maritime transport: too cheap to be good". Shipping Today, April 8th, 2016. Available at: <https://shippingtoday.eu/maritime-transport/>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>49</sup> SEMUELS, A. "The Problem With Buying Cheap Stuff Online", The Atlantic, May 22nd, 2018. Available at: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/05/wish-china-cheap-stuff/560861>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>50</sup> TREADWELL, J. "From the car boot to booting it up? eBay, online counterfeit crime and the transformation of the criminal marketplace", *Criminology & Criminal Justice*, V. 12, issue 2, April 2012, p. 175-191.

<sup>51</sup> KENNEDY, J. P. "Counterfeit Products Online", in (HOLT, T. J.; BOSSLER, A. M. ed.), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Ed. Springer International Publishing, New York, 2020, p. 1001-1024.

<sup>52</sup> e.g., branded film merchandise.

<sup>53</sup> DE AZEVEDO TINOCO, J. E. "Reformulando Promessas: das Teorias e Objetivos dos Sistemas de Propriedade Intelectual", *Revista FIDES*, V. 12, nº 1, September 2021, p. 908-926.

<sup>54</sup> UNITED STATES OF AMERICA. "Constitution of the United States of America", Legal Information Institute (LII), Ithaca, 1787. Available at: <https://www.law.cornell.edu/constitution>. Accessed on: July 4th, 2024.

distinctive signs, bearing in mind the social interest and the economic and technological development of the country".<sup>55</sup>

The set of rights awarded to patent holders may vary from country to country. Notwithstanding, there are some entitlements which are as close to "universal" as one may come. Among these common prerogatives given to patent holders is the right of importation and exportation of a patented product. Such exclusive privilege is present in the patent systems of many countries, such as the United States<sup>56</sup> and Brazil.<sup>57</sup>

These rights prohibit the importation of a product that incorporates the technology protected by a national patent into the territory of that specific country. For illustrative purposes, should a Russian company sell a product which infringes upon a Brazilian patent exclusively to the Russian market, the Brazilian patent holder has no legal claim to make. However, if the foreign seller were to import such a product to the patent holder's country, such an act could give rise to a claim for patent infringement.

Common procedure in some countries, including Brazil,<sup>58</sup> involves a notification from the customs authority when there is a suspicion of intellectual property infringement. In such circumstances it is far easier for a customs operator to be suspicious over trademark or copyright infringement than it is to suspect patent infringement. The reason for this is quite simple: copyrighted works<sup>59</sup> and trademarks<sup>60</sup> are much more recognisable than patented inventions.

Furthermore, when dealing with customs clearance, operators are far more likely to suspect bulk, high-volume purchases ordered by resellers inside the country, than they are of individual purchases made by consumers. Additionally, some patented inventions are merely components of a final product.<sup>61</sup>

In this sense, one cannot reasonably expect the customs authority to be able to ascertain (or even be suspicious of) patent infringement with a reasonable degree of certainty, as inventions may be characterised by complex nuances which become apparent only to the trained eye. This is precisely why patent holders need to be ever vigilant for any credible infringement source in the internal market where the patent is valid.

The reason that gives rise to concern over these imports in international e-commerce is that although there are a few international agreements that attempt to harmonise and conform the national patent systems, there is no global patent system.<sup>62</sup>

---

<sup>55</sup> BRAZIL. "*Constituição da República Federativa do Brasil*", Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, October 5th, 1988. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Accessed on: July 4th, 2024. The snippet shown above is a free translation of the original text which, in Portuguese, reads as: "*a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*".

<sup>56</sup> UNITED STATES OF AMERICA. "*United States Code 35 U.S. Code § 271 - Infringement of patent*", Legal Information Institute (LII), Ithaca, 2010. Available at: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/271>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>57</sup> BRAZIL. "*Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*", Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, May 14th, 1996. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>58</sup> BRAZIL. "*Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 (Law of Customs Regulation)*", Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, February 5th, 2009. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm). Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>59</sup> e.g., film and videogame characters.

<sup>60</sup> e.g., high-end fashion brands.

<sup>61</sup> e.g., a patented lens inside the camera of a mobile phone.

<sup>62</sup> HALL; HELMERS, 2019, *The impact (...)*, Ob. cit.

Advancements in harmonization in the field of intellectual property are far from new. The Paris Convention for the Protection of Industrial Property ("Paris Convention", 1883) set some of the most fundamental international principles for the protection of patents.<sup>63</sup> A century later, the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights ("TRIPS", 1994) further expanded on the harmonization efforts, now under the administration of the WTO.

However, even though these international efforts have led to a relevant degree of harmonization, they have not created an international patent system. Hence, although the overall policy regarding intellectual property law may be the object of discussion at international forums, the fact remains unchanged that innovators must live with the fact that patent prosecution and protection remain strictly national. While important international tools make the multi-territorial prosecution of patents more convenient (such as the tools present in the Patent Cooperation Treaty – PCT), the first experiment with a true multi-national patent system involving both prosecution and protection was taken recently, by some European Countries, through the unitary patent and the Unified Patent Court (UPC).<sup>64</sup>

Whether or not there is a need for a global all-encompassing patent system is an ambitious and multi-layered question, far too complex to be answered in a single article. However, in a world where international commerce is the norm and patent systems are strictly national, a certain degree of international cooperation is bound to be required.

With that said, TRIPS has made available a few mechanisms to curtail cross-border infringements from taking place.<sup>65</sup> Part III, Section 4 of said agreement describes a set of procedures under which the intellectual property holder applies to the customs authority seeking the seizure of the infringing products.<sup>66</sup> The procedures enshrined in Section 4 are detailed and provide a clear path to the protection of one's intellectual property assets.<sup>67</sup> Nevertheless, those procedures are challenging to follow when the infringing products are sold individually in retail.

Additionally, when considering products being sold in retail and entering customs individually, some may argue for the use of the 'de minimis' defense, enshrined in Article 60 of TRIPS.<sup>68</sup> Notwithstanding the possibility of pleading de minimis, this approach would be unstable at best. The reason for the dismissal of such a defence is that, even though products are not being shipped in bulk, the act of importation is commercial in nature and deliberate at least from the seller's point of view. Furthermore, the vendor is presumed to be a regular merchant, therefore, his actions are probably not going to be limited to a single act of infringement which can be dismissed.<sup>69</sup>

---

<sup>63</sup> Some examples of these international principles include the right to priority, the right to national treatment and the principle of independence among patents.

<sup>64</sup> WSZOŁEK, A. "Still Unifying? The Future of the Unified Patent Court". *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, V. 52, n° 9, October 2021, p. 1143–1160.

<sup>65</sup> WTO. "Annex 1C: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights", World Trade Organization, Montevideo, April 15th, 1994. Available at: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf). Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>66</sup> WTO, 1994, *Annex 1C* (...), Ob. cit.

<sup>67</sup> It is important to note that Part III, Section 4, Article 51 of TRIPS only makes explicit mention of 'counterfeit trademark goods' or 'pirated copyright goods'. Therefore, member-countries could argue that the provisions in Section 4 are not applicable to patents - therefore, making vigilance duties harder still for the patent holder.

<sup>68</sup> WTO, 1994, *Annex 1C* (...), Ob. cit., p. 345, part III, s. 3, article 60.

<sup>69</sup> An act of infringement can be ignored under the de minimis doctrine if the object (or objects) being imported consists of 'small quantities of goods of a non-commercial nature'. In this sense, pleading de minimis would be more suitable for a defendant who has brought an infringing product from a trip in a personal luggage for purely personal and non-commercial purposes.

To summarise, in the context of transnational retail e-commerce, the problems presented so far regarding patents are twofold: (i) products are bought individually, making it harder to seize in customs and (ii) the enforceability of patents is strictly national (in most cases).<sup>70</sup> Nonetheless, there are other matters to consider when dealing with patents.

### **2.3. A matter of time: enforcement delays and their adverse effect on a patent owner's rights**

Intellectual Property Rights (IPR) are a very distinct form of property. Whereas most forms of property do not have a limited time in which they are considered to be part of someone's estate, IPR, in general, are subjected to the ticking of the clock from their very origins. In this context, trademarks are one of the few forms of IPR that are not subject to term limitation, as they can be renewed indefinitely as long as the brand is still commercially active.

One reason for this limitation on IPR has its roots in the aptly called 'utilitarian theory' and the need to strike a balance between providing incentives for innovators and curtailing the natural tendencies of property rights to exclude others from enjoying such inventions and other creative works.<sup>71</sup>

Patents are, in this sense, one of the most time-sensitive property titles – seeing as patents have one of the shortest terms of any of the IPR. By virtue of the TRIPS Agreement, the agreed-upon term of patents for most countries around the world is twenty years from the day of filing.<sup>72</sup> Even considering the short lifespan of patents, the effective time for this mode of IPR may be even smaller due to prosecution delays – most of which are caused by backlog.<sup>73</sup> A study from 2016 pointed to the fact that the average granted application age for some countries can reach ten years from the first date of filing.<sup>74</sup>

This topic was a heavy focus of discussion in Brazil after a decision from the Brazilian Federal Supreme Court ("*Ação Direta de Inconstitucionalidade no. 5529*" – ADI 5529) deemed a statutory provision safeguarding a minimum 10-year term for Brazilian patents to be unconstitutional. The decision in ADI 5529, in turn, spurred a wave of litigation<sup>75</sup> seeking patent term adjustment (PTA) due to the unjustified delay by the Brazilian Patent and Trademark Office (BRPTO).<sup>76</sup> Most of these lawsuits are still underway, but the overall trend seems to be unfavourable to the PTA thesis.<sup>77</sup>

---

<sup>70</sup> The present article will address some of the possibilities regarding transnational injunctions and monetary damages awards in Section 3.

<sup>71</sup> FISHER III, W. "Theories of Intellectual Property", in (MUNZER, S. R. ed.) *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. 1st ed. Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 29.

<sup>72</sup> WTO, 1994, *Annex 1C (...)*, Ob. cit., p. 334, part II, s. 5, article 33.

<sup>73</sup> Backlog may be succinctly described as the cumulation of filings which exceeds the capacity of examination and, in turn, causes delays from the Patent Office (PTO) and hampers the process of patent examination. Therefore, backlog can effectively shorten a patent term if the PTO is not capable of finalizing examination in a timely manner

<sup>74</sup> SCHULTZ, M.; MADIGAN, K. *The Long Wait for Innovation: the Global Patent Pendency Problem*, Ed. Center for the Protection of Intellectual Property, Arlington, 2016.

<sup>75</sup> LEONARDOS, G.; REZENDE, L. R. V.; DE AZEVEDO TINOCO, J. E. "Anpassung der Wirksamkeitsdauer von Patenten in Brasilien: eine Stellungnahme der brasilianischen Justiz", *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, V. 41, nº 1, October 2023, p. 11–34.

<sup>76</sup> The name "Brazilian Patent and Trademark Office" is used to communicate the goals and scope of this government agency's activities more closely and to create a ready parallel to other national counterparts, such as the United States Patent and Trademark Office (USPTO). However, the agency's name, in Portuguese, is "*Instituto Nacional da Propriedade Industrial*" (INPI), which most closely translates to "National Institute of Industrial Property".

<sup>77</sup> LEONARDOS; REZENDE; DE AZEVEDO TINOCO, 2023, *Anpassung der (...)*, Ob. cit., p. 31.

Although damages may often be sought retroactively,<sup>78</sup> patent owners are commonly more concerned with halting infringement than seeking damages. In this sense, while damages provide a way to garner some compensation for infringement, injunctions are not available if the patent is still under examination in the patent office (PTO). This point is important to illustrate how administrative delays erode patent protection and, therefore, make patents of a given country substantially weaker and less desirable.

The same can be said of delays in legal disputes regarding patents. Should a judge not grant a preliminary injunction in an infringement case, every day without such measure means one more day of allowing infringement to happen and one less day of coverage by the patent term. From this perspective, the time-related depreciation of such assets encourages the patent holder to act quickly and request preliminary measures to the magistrate, which are seldom granted – especially due to the heavily technical nature of patent infringement lawsuits.

Hence, delays cause adverse effects to the patent owner's rights wherever they may stem from, be it from the PTO, faulty customs authority action or from a court's slow pace of proceedings. In the international context, however, the opportunities for delay multiply, as coordinated action from multiple jurisdictions is known to perform at a sub-optimal pace.<sup>79</sup>

Remedies to such inefficiencies in a cross-border setting could be attained from the development of a multinational patent which may rely on a likewise multinational enforcement system. However, such goals are knowingly ambitious, and an international patent system is, at the moment, the object of early discussions at the World Intellectual Property Organization (WIPO) through the Draft Substantive Patent Law Treaty (SPLT). Conversely, at the regional level, experiments are being conducted within Europe through the unitary patent and the Unified Patent Court (UPC).<sup>80</sup>

In the meantime, while no true international solution is reached, innovators must rely on notions of private international law (in the "conflict of laws" sense), which are still underdeveloped in the field of intellectual property,<sup>81</sup> to seek cross-border enforcement of their IPR. Hence, the threat of delays is still a very relevant obstruction in the path towards multinational enforcement of patents.

### **3. Pathways to enforcing a national court order overseas**

As discussed *supra*, infringement has the potential to occur at a rapid pace, and the traits particular to patent litigation make it a slow endeavour to undertake. This scenario is specifically prevalent in litigation seeking to enjoin acts of cross-border infringement, as coordination between multiple laws, jurisdictions and legal orders makes it costly and time-consuming to attain the appropriate legal remedy – notably injunctions.

With this in mind, the present section aims at discussing some of the most pressing issues to curtail acts of infringement transnationally, namely: (i) the

---

<sup>78</sup> These retroactive damages are often limited only by rules concerning the statute of limitations.

<sup>79</sup> DE AZEVEDO TINOCO, J. E.; MACHADO, P. E. M.; CLEMENTINO, M. B. M. "Conectando Pontos: Cooperação Jurídica Internacional e os Desafios Impostos pelas Redes Distribuídas", in (MENEZES, W. ed.), *Direito Internacional em Expansão*. V. 21. 1st ed. Ed. Arraes Editores, Belo Horizonte, 2021, p. 231–249.

<sup>80</sup> DREYFUSS, R. C. "Launching the Unified Patent Court: Lessons from the United States Court of Appeals for the Federal Circuit", in (DESAUNETTES-BARBERO, L.; DE VISSCHER, F.; STROWEL, A.; CASSIERS, V. ed.), *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court: problems, possible improvements and alternatives*. V. 1. 1st ed. Ed. Ledizioni, Milan, 2023, p. 73–95.

<sup>81</sup> DINWOODIE, G. B. "Developing a Private International Intellectual Property Law: The Demise of Territoriality?", *William and Mary Law Review*, V. 51, nº 2, 2009, p. 711–800.

effectiveness of cross-border enactment of judicial decisions (specifically injunctive orders), (ii) the availability of preliminary remedies against infringement; and (iii) the enforcement of transnational contempt of court orders and measures against non-compliance.

### 3.1. The transnational injunction dilemma

Court orders usually have a strictly national reach. Some exceptions apply, of course, most notably for international and regional courts. Nevertheless, the universal reach of these international courts is derived from the concept of 'universal jurisdiction', which is reserved for crimes so grave that such actions are considered to be harmful to the entire international community,<sup>82</sup> and regional courts are established for specific purposes and through proper instruments. Patent infringement (barring infringement tried under the jurisdiction of the European UPC) certainly does not qualify under these strict specifications.

With this in mind, patent infringement suits must be filed in the country where the violation takes place. For illustrative purposes, if a United States patent is infringed upon by a Brazilian company exporting a given product into the USA, the patent holder would file suit in a United States district court. The challenge then becomes 'exporting' this court order, so that it may produce effects in a foreign territory.<sup>83</sup>

The process of submitting a national judgement to the appreciation of a foreign judge is often referred (notably in civil law countries) as *exequatur*.<sup>84</sup> Obtaining an *exequatur* from a foreign jurisdiction is far from automatic. In most cases, the request has to undergo a form of vetting from the foreign court. The varying wait times associated with this analysis give rise to some of the problems described in the last section.

In Brazil, for example, when judging an *exequatur*, courts take into account whether: (i) the national court was competent to judge that particular subject matter; (ii) the parties were capable to enter into agreements or undertake legal responsibilities; (iii) there was due process and ample chance for defence; (iv) the judgement does not violate Brazilian public policy, sovereignty or human dignity; (v) there is no conflict between the decision to be recognised and a previous final domestic decision on the same matter and involving the same parties; (vi) the decision is valid, lawful and enforceable in the jurisdiction where it was rendered; (vii) the request is presented alongside a certified copy of the national judgment to be recognised alongside a sworn translation and an authentication by the competent Brazilian consular authority; (viii) the national judgement is sufficiently reasoned.<sup>85</sup>

The process required by the Brazilian legal system presents some hurdles to foreign plaintiffs. Nevertheless, there is still a clear path to the enforcement of foreign judgements, and, if the proceedings go unopposed and the formal requirements listed above are met, an *exequatur* does not take very long to attain. If there is opposition, however, the discussion may be prolonged and the scope of examination may expand itself towards aspects not entirely connected to the formal requirements set above.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> PHILIPPE, X. "The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, issue 862, June 2006, p. 375–398.

<sup>83</sup> TRIMBLE, 2009, *Cross-Border Injunctions (...)*, Ob. cit.

<sup>84</sup> BOUVIER, J. *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America, and of the Several States of the American Union: With References to the Civil and Other Systems of Foreign Law*. V. 2. 1st ed. Ed. Forgotten Books, London, October 9th, 2011.

<sup>85</sup> GRION, R. S.; ANDRADE SILVA, G. P. "Brazil", in (FALACH, A. ed.) *The International Comparative Legal Guide to: Enforcement of Foreign Judgments 2018*. 3rd ed. Ed. Global Legal Group, London, 2018, p. 40–46.

<sup>86</sup> For a thorough review of the Brazilian *exequatur* proceedings referring to judgments from the USA, see: MOURA, C. A. B.; DE AZEVEDO TINOCO, J. E.; CLEMENTINO, M. B. M. "Sentenças Estadunidenses no Judiciário Brasileiro: o Estado da Arte e Perspectivas para o

Conversely, in other countries, such as Sweden, may not even recognise foreign decisions unless they are required to do so by force of treaty or other legislation.<sup>87</sup> With this in mind, it is crucial that a prospective petitioner knows how other countries approach the recognition and enforcement of judicial sentences made abroad and what is the process (and even whether or not such pathways exist) to request such recognition.

From this perspective, it becomes clear that seeking out foreign enforcement of a domestic judgement is not a trivial matter, since some countries are either unwilling to enforce an external judgement or put significant restrictions in place that may render enforcement essentially unattainable. In this vein, one may find the enforcement of decisions regarding patents particularly questionable, since patent systems are mostly national and have a considerable number of local differences from one another. And these differences, in turn, may bring into play the "public policy" debate.

"Public policy" is an exception in private international law that has long been the focus of controversies regarding its perceived uncertainty.<sup>88</sup> The exception to which the term refers may be described as an allowance that 'a forum may exclude the foreign law designated by its own choice of law rules or refuse to enforce a foreign judgment otherwise entitled to enforcement if the application of the foreign law or the enforcement of the foreign judgment would be contrary to the forum's public policy'.<sup>89</sup>

However, USA-based quantitative research has indicated that, though theoretically possible, United States courts have seldom used the public policy exception to repeal foreign decisions.<sup>90</sup> One of the reasons which may be responsible for the lack of use of the public policy exception is that prohibiting injunctions that target infringement which happens solely on the US may not affect the enforcing a country's public policy at all.<sup>91</sup>

Be that as it may, there are still instances in which injunctions may be construed as interfering with a foreign country's public policy. Illustrative of this hypothesis is the judicial order that has been awarded in *O2 Micro International Ltd. v. Sumida Co.*<sup>92</sup> (hereinafter "*Sumida*") and another, in a future case involving the same plaintiff, in *O2 Micro International Ltd. v. Beyond Innovation Technology Co.*<sup>93</sup> (hereinafter "*Beyond*"). In both instances, the Court of the Eastern District of Texas granted a permanent injunction requiring the defendants to label prominently their infringing products and accompanying literature with the words "Not for Sale in, Use in, or Importation into the United States".<sup>94</sup>

---

Futuro", in (MENEZES, W. ed.), *Direito Internacional em Expansão*. 1st ed. Ed. Arraes Editores, Belo Horizonte, 2022, p. 248–258.

<sup>87</sup> ÅKERLUND, T.; HOPE, J. "Litigation: Enforcement of Foreign Judgments in Sweden", Lexology, February 1st, 2019. Available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4041d830-2c95-430b-b6fa-8fcec85ff2f6>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>88</sup> MILLS, A. "The Dimensions of Public Policy in Private International Law", *Journal of Private International Law*, V. 4, nº 2, August 2008, p. 201–236.

<sup>89</sup> ENONCHONG, N. "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall around Little England?", *The International and Comparative Law Quarterly*, V. 45, nº 3, 1996, p. 633–661.

<sup>90</sup> TRIMBLE, 2009, *Cross-Border Injunctions (...)*, Ob. cit.

<sup>91</sup> TRIMBLE, 2009, *Cross-Border Injunctions (...)*, Ob. cit.

<sup>92</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Eastern District of Texas, Marshall, "*O2 Micro International Ltd. v. Sumida Co.*", 2:03-CV-07, April 12th, 2006. Available at: <https://casetext.com/case/o2-micro-international-limited-v-sumida-corporation?>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>93</sup> UNITED STATES OF AMERICA. Eastern District of Texas, Marshall, "*O2 Micro International Ltd. v. Beyond Innovation Technology Co.*", 2:04-CV-32. April 22nd, 2009. Available at: <https://casetext.com/case/o2-micro-international-v-beyond-innovation-technology>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>94</sup> UNITED STATES OF AMERICA, 2009, *O2 Micro (...)*, Ob. cit.

These injunctions were aimed at the defendant's infringing activities in the US, not seeking to enjoin commercialisation of such products outside of the United States. The language used in the Sumida case by former judge T. John Ward of the Eastern District of Texas is aligned with this notion: "These terms preserve [Sumida]'s ability to sell its products for use outside the United States while placing potential purchasers and importers on notice that the importation or sale of such products within the United States is prohibited".<sup>95</sup>

Although surely aiming to protect the plaintiff against infringement happening in the US, the measure ordered by the court targets an action made solely on foreign soil: the labelling of a product made by a Taiwanese company for sale worldwide. In this sense, the court order may have been issued by a US District Court, but it would need to be carried out in a foreign country and, therefore, would need foreign enforcement to be brought into effect.

While there have been some scholars who have suggested an 'enforcement by proximity' in cases where one cannot enforce an injunction abroad as it was ordered by a national court,<sup>96</sup> this doctrine is still reliant on a national court's adoption of the foreign ruling. In conclusion, although there is an active scholarly discussion on cross-border enforcement of patent judgements, as of this moment there is still no uniform and cohesive answer to the transnational injunction dilemma.

### 3.2. The possibility of preliminary injunction measures

One of the principles guiding private international law dictates that, before a decision may be recognised or enforced abroad, it must be final.<sup>97</sup> The concept of finality, however, is not clear beyond a shadow of a doubt. In Brazil, for example, the court vested with jurisdiction shall not recognise or enforce a foreign decision unless it has already been made into *res judicata*.<sup>98</sup> The United Kingdom, on the other hand, allows the High Court to provide interim relief in proceedings commenced outside of its jurisdiction according to the rules enshrined in Section 25 of the Civil Jurisdiction and Judgments Act of 1982.<sup>99</sup>

Patent litigation, in turn, often presents very high stakes to the parties involved - particularly when dealing with startup tech companies<sup>100</sup>, research universities (including public entities)<sup>101</sup>, as well as smaller patent-dependant businesses. In this context, such companies need to resolve disputes quickly and sometimes resort to interim relief to prevent further damages. Regardless, when such measures need to be applied in a cross-border context, finality may prove difficult to overcome.

While domestically, national court orders are effective immediately upon issue, foreign enforcement may depend on a non-appealable verdict. What this means for a given plaintiff is that foreign preliminary injunctions are, in most cases,

<sup>95</sup> UNITED STATES OF AMERICA, 2006, *O2 Micro (...)*, Ob. cit.

<sup>96</sup> OESTREICHER, Y. *Recognition and Enforcement of Foreign Intellectual Property Judgments: Analysis and Guidelines for a New International Convention*, Doctorate Thesis, Duke University School of Law, April 2004.

<sup>97</sup> TRIMBLE, 2009, *Cross-Border Injunctions (...)*, Ob. cit.

<sup>98</sup> BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. "Emenda Regimental n. 18 de 17 de dezembro de 2014", Diário da Justiça Eletrônico do STJ, Brasília, December 19th, 2014. Available at: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/83924>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>99</sup> UNITED KINGDOM. "Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982", Legislation.gov, Westminster, 1982. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/27/section/25#commentary-key-9a33dfd6a7c16ffe4d1be36c6d58d943>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>100</sup> DE WILTON, A. "Patent Value: A Business Perspective for Technology Startups", *Technology Innovation Management Review*, V. 5, nº 12, 2011, p. 5-11.

<sup>101</sup> DIVINO, S. "Responsabilidade do Funcionário Público pela valoração de Tecnologia destinada à Transferência das Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) para o setor privado", *Cadernos de Direito Actual*, issue 24, June 2024, p. 278-291.



non-exportable. In this sense, a separate plea for interim relief must, necessarily, be filed in the jurisdiction in which the injunction shall be enforced.

In the spirit of harmonising interim relief procedures, the TRIPS Agreement dedicates Part III, Section 3 to regulate provisional measures regarding IPR.<sup>102</sup> The procedures enshrined in Article 50, paragraphs 1 and 2 specifically, mention that such measures may be adopted even *inaudita altera parte*, where appropriate.<sup>103</sup> Paragraph 6, on the other hand, provides rules regarding situations where a defendant may request the competent authority to revoke provisional measures if proceedings to decide the merits are not initiated in a timely manner.<sup>104</sup>

The rules brought forth by TRIPS provide a pathway to quick and decisive action, provided that there is evidence of imminent acts of infringement.<sup>105</sup> Regardless, in the years following the Uruguay Round and the TRIPS Agreement, there have been scholars who questioned if national courts would be obliged to exercise this power and how the 'irreparable harm' test would be applied in an international context.<sup>106</sup>

Article 50 has seen application in some courts around the world, most notably, the European Court of Justice (ECJ) was asked to provide a clear definition of what constitutes a 'provisional measure' under TRIPS rules.<sup>107</sup> Still, even though TRIPS requires this pathway to be available, enforcement of provisional measures are still subject to the evaluation of national courts and, therefore, conditions for imposing these measures may vary considerably. For an instance, authors have noted that France seldom grants such provisional injunctions.<sup>108</sup>

### **3.3. The possibility of preliminary injunction measures**

As indicated prior, enforcing foreign decisions is not a simple matter, notably when dealing with injunctions. In this vein, some authors have noted that many courts are more willing to award money damages instead of orders to enjoin from infringing behaviour in cross-border issues.<sup>109</sup>

One of the reasons often mentioned to justify the plight of cross-border injunctions is that these are commonly perceived as intrusive to a nation's sovereignty and may affect the behaviour of a company outside of the infringed jurisdiction.<sup>110</sup> Using the *Beyond* case for illustrative purposes, the order given by a US Court would significantly intervene in a Taiwanese company's behaviour outside of the United States. Should this exterior meddling cause the Taiwanese company to cease commercial activities, this would mean, for instance, a drop in tax revenue coming from the enjoined company.<sup>111</sup>

<sup>102</sup> WTO, 1994, *Annex 1C (...)*, Ob. cit., part III, s. 3.

<sup>103</sup> WTO, 1994, *Annex 1C (...)*, Ob. cit.

<sup>104</sup> WTO, 1994, *Annex 1C (...)*, Ob. cit., part III, s. 3, article 50.6.

<sup>105</sup> WTO. "TRIPS Agreement – Article 50 (Jurisprudence)", World Trade Organization, December 2021, p. 50. Available at: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/ai17\\_e/trips\\_art50\\_jur.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art50_jur.pdf). Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>106</sup> REICHMAN, J. "Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPS Agreement", *Virginia Journal of International Law*, V. 37, nº 2, January 1996, p. 335–356.

<sup>107</sup> EUROPEAN UNION. Court of Justice of the European Union, "*Hermès International v. FHT Marketing Choice BV*", C-53/96, June 16th, 1998. Available at: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-53/96>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>108</sup> HEATH, C.; COTTER, T. F. "Comparative Overview and the TRIPS Enforcement Provisions", in (HEATH, C; PETIT, L. ed.) *Patent Enforcement Worldwide: A Survey of 15 Countries: Writings in Honour of Dieter Stauder*. V. 23. 2nd ed. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2005.

<sup>109</sup> OESTREICHER, 2004, *Recognition and Enforcement (...)*, Ob. cit.

<sup>110</sup> TRIMBLE, 2009, *Cross-Border Injunctions (...)*, Ob. cit.

<sup>111</sup> TRIMBLE, 2009, *Cross-Border Injunctions (...)*, Ob. cit.

When weighing the pros and cons of recognising and enforcing a foreign-issued injunction, a state should, ideally, also take into account the principle of comity<sup>112</sup> and how its decision to do so will impact its position on the world stage. Canada, for instance, had a doctrine of only enforcing foreign money judgements as a way to limit the scope of foreign enforcement.<sup>113</sup> After the *Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*<sup>114</sup> case (hereinafter "Pro Swing"), though, the Supreme Court of Canada began allowing the execution of foreign non-monetary rulings.<sup>115</sup>

Even then, there has been substantial debate on the matter. Particularly in regards to contempt of court orders, which are sometimes interpreted to be criminal in nature. In this regard, in *Pro Swing*, Justice Deschamps noted that "The contempt order is quasi-criminal in nature, and a Canadian court will not enforce a penal order, either directly or indirectly"<sup>116</sup> and elaborated further by noting that "The gravity of a contempt order in Canada is underscored by the criminal law protections afforded to the person against whom such an order is sought and by the sanction that person faces, which could include imprisonment".<sup>117</sup>

TRIPS rules also allow for magistrates to issue judicial orders pertaining to goods retained in customs with the aim of protecting domestic IPR.<sup>118</sup> However, if injunctive orders are deemed unacceptable by a given national judiciary, Article 44(2) also gives member-states enough leeway to substitute injunctions for measures compatible with internal legislation - such as declaratory judgements or adequate compensation.<sup>119</sup>

In summary, the enforcement of a national patent may be able to produce extraterritorial effects if the national judgement is recognised and enforced by a foreign competent court. Nevertheless, when "exporting" the national sentence, the injunction first imposed may be changed to correspond with the foreign country's internal judicial standards. Furthermore, in most cases, preliminary injunctions granted by a national court are not enforceable externally, as they lack, by definition, the "finality" requirement. Lastly, when dealing with contempt of court, some jurisdictions, as was the case in *Pro Swing*, may decline to enforce a contempt order by citing concerns of the "quasi-criminal nature" of such measures.

#### 4. Who is to blame when a violation occurs?

After discussing the pathways made available to seek international remedies in the patent context, it is now important to consider the liability of the infringing parties. The e-commerce framework allows for many business settings to take place, as mentioned in the prior sections.<sup>120</sup> For the purposes of this analysis, the setting in which focus will be applied is the B2C retail model.

The reason for this choice is in part due to the novelty of such a business model in the transnational context, whereas other models were more common in transnational frameworks (particularly B2B), the retail model is still quite recent in the cross-border stage, as discussed in Section I.

<sup>112</sup> LEHMAN; PHELPS, 2004, *West's Encyclopedia (...)*, Ob. cit.

<sup>113</sup> PITEL, S. G. A. "Enforcement of Foreign Non-Monetary Judgments in Canada (And Beyond)", *Journal of Private International Law*, V. 3, n° 2, October 2007, p. 241-260.

<sup>114</sup> CANADA. Supreme Court of Canada, "*Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*", 2 SCR 612 30529, November 17th, 2006. Available at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2326/index.do>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>115</sup> CANADA, 2006, *Pro Swing (...)*, Ob. cit.

<sup>116</sup> CANADA, 2006, *Pro Swing (...)*, Ob. cit.

<sup>117</sup> CANADA, 2006, *Pro Swing (...)*, Ob. cit.

<sup>118</sup> WTO, 1994, *Annex 1C (...)*, Ob. cit., part III, s. 3, article 44.

<sup>119</sup> WTO, 1994, *Annex 1C (...)*, Ob. cit., part III, s. 3, article 44.

<sup>120</sup> e.g., B2B, B2C, C2B or C2C.

Even though it has become relatively widespread and seen substantial growth in recent years,<sup>121</sup> B2C e-commerce still poses some challenges logistically, especially for SMEs. In this scenario, domestic SMEs may refrain from engaging in cross-border online markets due to uncertainties and high barriers to entry (as discussed supra), particularly in what concerns different laws, methods of payment, marketing strategies and logistics.<sup>122</sup>

Thus, this section will aim at addressing the distinctive traits which make the trend towards widespread adoption of B2C transnational e-commerce particularly troublesome for patent owners and what remedies may be envisaged to safeguard the legitimate interests of innovators in this scenario.

#### **4.1. The chain of events in importation: in search of a model for liability attribution**

It is unknown whether there is a patent system in which the duty to patrol<sup>123</sup> one's patents does not fall solely upon the patent holder and authorised licensees.<sup>124</sup> In this sense, it is far simpler for a patent holder to take notice of a large quantity of infringing products being offered for sale in an internal market by a domestic competitor who bought such items abroad (as happens in the B2B model) than recognising small shipments entering the market individually and directly to consumers.

In order to illustrate the process in which a given product arrives at a foreign country's ports of entrance, it is possible to illuminate the following steps as common in international commercial activities: (A) Product is manufactured; (B) Product is cleared for export; (C) Product is shipped; (D) Product arrives in customs; (E) Product is delivered to importer; (E) Product is delivered to importer; and (F) Product is delivered to consumer.

Under B2B, in general, products are screened by a customs officer in Point D and are offered for sale after arrival upon Point E, after which, the product is passed along to the final consumer (Point F). In this hypothetical chain of events, infringement (as it relates to importation) normally takes place when the product passes from Point D to Point E.<sup>125</sup> Additionally, if there is no retention of goods in customs, the patent holder should conventionally only gain knowledge of potential infringement when the product is offered for sale.

With B2C, however, there is a considerable suppression of roles in the chain of events. There is no longer a distinction between an importer and a consumer and, therefore, it becomes clear that points E and F are merged. In this perspective, less-than-optimal circumstances for liability attribution are observed.

---

<sup>121</sup> MA; CHAI; ZHANG, 2018, *Rise of Cross-border (...)*, *Ob. cit.*

<sup>122</sup> DING, F.; HUO, J.; CAMPOS, J. K. "The Development of Cross Border E-commerce", *Advances in Economics, Business and Management Research*, V. 37, September 2017, p. 487–500.

<sup>123</sup> For a more in-depth look into the duty to patrol a patent, see: RABINOWITZ, A. "Keep Your Eye on Your Ball: Patent Holders' Evolving Duty to Patrol the Marketplace for Infringement", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, V. 5, nº 2, January 2007, p. 192.

<sup>124</sup> This statement is made by taking into account the known patent law in the United States of America and Brazil. In this context, seeing a patent as a property title, one may find it difficult to envision parties other than the patent holder and duly authorised licensees as legitimate claimants to seek out the enforcement of such IPR.

<sup>125</sup> This statement is made by taking into account the provisions in 35 U.S.C. §271(g) (for the United States), and article 42 of the "Lei 9.279, de 14 de maio de 1996" (for Brazil).

## 4.2. Importation rules and consumer liability

In cases pertaining to importation, it is imperative to understand who is responsible for each step of the logistics chain. This division of attributions is normally done through agreements, and the Incoterms are of great value to determine how such arrangements are made. FOB, for instance, determines vendor responsibility until the cargo is packed onto the ship<sup>126</sup> (intermediary point between Points B and C). An even stricter approach is observed in FCA, where responsibility passes to the buyer as soon as the goods are cleared for export and made available at a predetermined location<sup>127</sup> (a stage much closer to Point B).

In both FOB and FCA, the vendor has not taken any actions in foreign countries, nor is it responsible for any further steps in the logistics chain apart from the ones that were already taken domestically. Thus, both of these agreements allow for a much more 'hands-off' approach by the seller, who has no obligation to deal with other countries' customs, taxation, or other bureaucracies applicable.

DAP, however, offers a different approach. Whereas in FOB and FCA the merchant has no responsibility to take action in foreign countries, the DAP arrangement still calls for that to happen. The DAP, in this respect, further places the responsibility of delivery upon a foreign merchant, but not the duty to pay the taxes or other fees associated with importation - this attribution remains with the buyer. For illustrative purposes, a DAP arrangement would place the responsibility of delivery for a seller in Point E and the duty to bear importation costs would shift at Point D.<sup>128</sup> DDP agreements go even further and require the seller both to deliver the wares to a named place by the buyer and also shoulder the costs of customs clearance and taxes.<sup>129</sup> In this instance, the stage at which responsibilities shift is solely Point E.

From an importation perspective, then, FOB and FCA offer significantly less involvement in the operation for a potential vendor, with most of the importing procedures being done by the consumer. In DAP and DDP, however, significant steps in a foreign country are still taken by the seller (albeit at the mandate of the buyer), and, therefore, acts of infringement could be construed to implicate the seller as a defendant in possible litigation.

Nevertheless, indicting a foreign vendor as an importer would place a heavy argumentative burden on a potential plaintiff. The main reason for this being that, even though definitions on what constitutes an importer may shift from country to country, an importer is generally perceived as the person who seeks out to bring a product into a given country.<sup>130</sup> The legal definition for 'importer', as pertaining to United States law, is found in Chapter 19 of the Code of Federal Regulations (C.F.R.) and generally seems to corroborate with the regular definition,<sup>131</sup> although interpretation may vary according to the facts presented in a given case.

<sup>126</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2019, *Incoterms® (...)*, Ob. cit.

<sup>127</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2019, *Incoterms® (...)*, Ob. cit.

<sup>128</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2019, *Incoterms® (...)*, Ob. cit.

<sup>129</sup> INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2019, *Incoterms® (...)*, Ob. cit.

<sup>130</sup> MERRIAM-WEBSTER. "Definition of Importer", Merriam-Webster, 2023. Available at: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/importer>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>131</sup> UNITED STATES OF AMERICA. "Code of Federal Regulations", Legal Information Institute (LII), Ithaca, 2016. Available at: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/19/101.1>. Accessed on: July 4th, 2024. The definition presented reads as such: "Importer" means the person primarily liable for the payment of any duties on the merchandise, or an authorized agent acting on his behalf. The importer may be: (1) The consignee, or (2) The importer of record, or (3) The actual owner of the merchandise, if an actual owner's declaration and superseding bond has been filed in accordance with § 141.20 of this chapter, or (4) The transferee of the merchandise, if the right to withdraw merchandise in a bonded warehouse has been transferred in accordance with subpart C of part 144 of this chapter.

This could lead one to believe that, in the strictest of definitions, infringement issues in cross-border e-commerce are generally attributable to the consumer. After all, it is the consumer who carries out the action contained in most statutes of "importing [a product] into" the infringed country. However, when one seeks case law in the matter, it is difficult, though not impossible,<sup>132</sup> to find consumers as defendants in an infringement case.

In the Brazilian context, authors Barbosa and Barbosa<sup>133</sup> specifically cite the impossibility of consumers being held liable for patent infringement under Brazilian Law. This is due to the lack of "commercial intent" in the actions of the importer. This interpretation is, indeed, consistent with the strict language of art. 42 of the Brazilian Industrial Property Law (Public Law no. 9.279/96), which states that a patent grants to its owner "the right to impede a third-party, without the owner's consent, to produce, use, offer for sale, sell or import with these purposes [...]". The "import with these purposes" snippet does call for the act of importation to be intentionally linked to the prior other acts (e.g. "production", "use", "offer for sale" and "sale") for it to constitute an act of infringement.

Nevertheless, it is important to call attention to practical problems stemming from this interpretation. If the consumer's act of importation is de facto legal, the only recourse left for innovators would be to file action against the seller – an alternative which involves all of the inefficiencies discussed in the previous sections.

While the prospect of holding individual consumers liable for patent infringement may raise valid concerns even in the public policy setting, it is important to ponder whether the Law should hold liable consumers who import patented products for uses that are commercial in nature.<sup>134</sup>

#### **4.3. Liability of the online seller**

As mentioned *supra*, in the context of a violation of the 'importation rights',<sup>135</sup> it is simpler to attribute the role of 'importer' to the domestic buyer. Nevertheless, in case law for patent infringement, it is less common to include consumers as defendants - and when consumers are among the defendants, plaintiffs are, in some cases, patent trolls.

In *Pro Swing*, for example, the object of infringement was a set of golf clubs sold in Canada by Elta. Even after Elta was previously enjoined from selling such clubs in the USA, an investigator hired by the plaintiff was able to buy a set of clubs and have them delivered to an address in Ohio.<sup>136</sup> Therefore, the action which the plaintiff sought to prohibit, was not the importation per se of the clubs into the US, but an offer to sell those clubs to consumers in the United States.

---

<sup>132</sup> For examples of when consumers have been defendants in patent infringement cases, see: NAZER, D. "Actually, Mr. Waxman, Consumers Are Sued For Patent Infringement All the Time", *Electronic Frontier Foundation*, April 30th, 2014. Available at: <https://www.eff.org/deeplinks/2014/04/actually-mr-waxman-consumers-are-sued-patent-infringement-all-time>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>133</sup> BARBOSA, P. M. N.; BARBOSA, D. B. *Código da Propriedade Industrial Conforme os Tribunais. Patentes*. 2018, v.1. 1st ed. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

<sup>134</sup> e.g.: one could argue that a Brazilian food company which imports mobile phones with patented components from China for their local commercial representatives should be held liable for patent infringement.

<sup>135</sup> The expression 'importation right' refers to the exclusive right of importation as enshrined in 35 U.S.C. §271(g) (for the United States), article 42 of the Brazilian Industrial Property Law (Public Law no. 9.279/96, for Brazil), and similar rights in other jurisdictions.

<sup>136</sup> CANADA, 2006, *Pro Swing* (...), Ob. cit.

Similarities can also be found in the decision by the German District Court of Düsseldorf (Landgericht Düsseldorf) in *Sohlen für Sportschuhe*.<sup>137</sup> In this case, the plaintiff was a German patent holder who claimed a website from the USA offered to sell shoes with a multi-layered sole which infringed upon the domestic patent.<sup>138</sup> The defendant alleged that it did not directly offer the product to German consumers, despite that, the court noted that there were German distributors listed on the US website and the plaintiff demonstrated that an associate did in fact order and receive an infringing product through the website.

In this sense, there are two acts of infringement potentially taking place in such cross-border e-commerce: (i) direct local infringement from a consumer actively importing a patented product into the protected country,<sup>139</sup> and (ii) direct transnational infringement from a manufacturer offering to sell a patented product to the end-consumer.<sup>140</sup>

Case law in the United States has already made clear that acts made abroad can constitute an act of infringement.<sup>141</sup> Nevertheless, there are some distinctions to be made on the limits of such actions. In *Crystal Semiconductor Corp. v. Tritech Microelectronics International, Inc.*,<sup>142</sup> the Court of Appeals for the Federal Circuit held a judgment for infringement as it was considered that there was enough evidence to demonstrate the existence of coordination by the foreign defendant (who designed and manufactured a computer chip) and the importer, who subsequently imported and distributed the chip into the United States.

The same cannot be said of *Shockley v. Arcan, Inc.*,<sup>143</sup> in which the foreign entity was cleared of any infringement claims, as the Chinese company merely sold a product to an US retailer who subsequently imported the products into the United States. Thus, the Chinese company could not be held liable for the act of infringement, since there was no offer to sell or any other attempt at a coordination in which the final aim would be an act of infringement against a United States Patent.

With this perspective in mind, even though consumers may be the ones infringing upon importation rights, the most efficient stance (in terms of discouraging infringing behaviour) may be to target legal action against those who offer to sell patented products instead of individual consumers.

## 5. Conclusion

In conclusion, cross-border e-commerce presents significant risks and opportunities for national markets. Some of the countries traditionally active in e-commerce are already implementing statutes seeking to regulate this market and its transnational activities. In this context, the number of patented products being

---

<sup>137</sup> GERMANY. District Court of Düsseldorf, "*Sohlen für Sportschuhe*", 4a O 33/01, February 5th, 2002. Available at: <https://www3.hhu.de/duesseldorfer-archiv/?p=1115>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>138</sup> For an in-depth analysis of this case, see: TRIMBLE, 2009, *Cross-Border Injunctions (...)*, Ob. cit.

<sup>139</sup> e.g., the provisions enshrined in 35 U.S.C. §271(a) or (g) (for the United States).

<sup>140</sup> e.g., the provisions enshrined in 35 U.S.C. §271(b) or (c) (for the United States).

<sup>141</sup> PETERSEN, T. "U.S. Infringement Liability for Foreign Sellers of Infringing Products", *Duke Law & Technology Review*, V. 2, n° 1, December 2003, p. 1-8.

<sup>142</sup> UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Federal Circuit, "*Crystal Semiconductor Corp. v. Tritech Microelectronics International, Inc.*", 246 F.3d 1336 (Fed. Cir. 2001), March 7th, 2001. Available at: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/246/246.F3d.1336.-1559.00-1006.99-1558.html>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>143</sup> UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Federal Circuit, "*Shockley v. Arcan, Inc.*", 248 F.3d 1349 (Fed. Cir. 2001), July 2nd, 2001. Available at: <https://casetext.com/case/shockley-v-arcan-inc>. Accessed on: July 4th, 2024.

commercialised is expected to grow and give rise to more litigation targeted at activities abroad.

The present instruments of intellectual property protection are, as discussed in the prior sections, mainly focused on national protection. As established in Section II of this article, the effectiveness and reach of national protection is increasingly challenged by international commerce and the need to enforce domestic decisions abroad.

Even though, in the context of cross-border e-commerce, large retail companies are taking steps to enforce intellectual property rights,<sup>144</sup> these movements do not yet provide a substantive or comprehensive solution to the problem of infringement.

In order to bolster the effectiveness of protection, national patent systems may also look to other fields of intellectual property law in search of inspiration for patent safeguarding. One could argue that an analogy with the safe harbour provisions of copyright law could bring e-commerce platforms to be more cooperative. The same could be said of notice and takedown systems.

Nevertheless, there are authors who argue that substantial progress in international coordination for patent law judgements can only be achieved through a comprehensive international convention on the recognition and enforcement of foreign judgements in intellectual property matters.<sup>145</sup>

International treaties have, indeed, been the backbone through which intellectual property harmonization was achieved. Efforts coming from the field of public international law have, thus, played a large role in building the modern notions which permeate the field of intellectual property – notably patents. Hence, considering the WTO's interests in regulating e-commerce and the need to safeguard patent holders' rights against cross-border infringement, one could argue that the next significant step to promote international progress and innovation is the drafting and adoption of a treaty to promote the recognition and enforcement of foreign judgements for a wide range of intellectual property rights.<sup>146</sup>

## 6. References

- ÅKERLUND, T.; HOPE, J. *"Litigation: Enforcement of Foreign Judgments in Sweden"*, Lexology, February 1st, 2019. Available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4041d830-2c95-430b-b6fa-8fcec85ff2f6>. Accessed on: July 4th, 2024.
- ALIBABA. *"Alibaba Group - Intellectual Property Protection Platform (IPP platform)"*, 2023. Available at: <https://ipp.alibabagroup.com/index.htm>. Accessed on: July 4th, 2024.
- ALIBABA. *"Incoterms Guide"*, Alibaba.com Seller Central, October 2020. Available at: <https://seller.alibaba.com/businessblogs/px577140-incoterms-guide>. Accessed on: July 4th, 2024.
- ALIBABA. *"Understanding Incoterms: Free on Board (FOB)"*, Alibaba.com Seller Central, September 2020. Available at: <https://seller.alibaba.com/businessblogs/pxgl1342-understanding-incoterms-free-on-board-fob>. Accessed on: July 4th, 2024.
- BARBOSA, P. M. N.; BARBOSA, D. B. *Código da Propriedade Industrial Conforme os Tribunais. Patentes. 2018*, v.1. 1st ed. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.
- BOUVIER, J. *A Law Dictionary, Adapted to the Constitution and Laws of the United States of America, and of the Several States of the American Union: With*

<sup>144</sup> For an example, see: ALIBABA. *"Alibaba Group - Intellectual Property Protection Platform (IPP platform)"*, 2023. Available at: <https://ipp.alibabagroup.com/index.htm>. Accessed on: July 4th, 2024.

<sup>145</sup> OESTREICHER, 2004, *Recognition and Enforcement (...)*, Ob. cit.

<sup>146</sup> OESTREICHER, 2004, *Recognition and Enforcement (...)*, Ob. cit.

- References to the Civil and Other Systems of Foreign Law*. V. 2. 1st ed. Ed. Forgotten Books, London, October 9th, 2011.
- BRAZIL. "*Constituição da República Federativa do Brasil*", Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, October 5th, 1988. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Accessed on: July 4th, 2024.
- BRAZIL. "*Decreto nº 6.759, de 5 de fevereiro de 2009 (Law of Customs Regulation)*", Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, February 5th, 2009. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6759.htm). Accessed on: July 4th, 2024.
- BRAZIL. "*Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*", Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, May 14th, 1996. Available at: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm). Accessed on: July 4th, 2024.
- BRAZIL. Superior Tribunal de Justiça. "*Emenda Regimental n. 18 de 17 de dezembro de 2014*", Diário da Justiça Eletrônico do STJ, Brasília, December 19th, 2014. Available at: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/83924>. Accessed on: July 4th, 2024.
- CANADA. Supreme Court of Canada, "*Pro Swing Inc. v. Elta Golf Inc.*", 2 SCR 612 30529, November 17th, 2006. Available at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2326/index.do>. Accessed on: July 4th, 2024.
- COSTA, J. A. F. "A Autonomia da Nova Lex Mercatoria e a Estabilização de Relações Comerciais Internacionais", *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, V. 2, nº 6, 2013, p. 4783–4810.
- DALHUISEN, J. H. *Dalhuisen on Transnational and Comparative Commercial, Financial and Trade Law Volume 1: The Transnationalisation of Commercial and Financial Law. The Lex Mercatoria and its Sources*. V. 1. 8th ed. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2022, p. 243.
- DE AZEVEDO TINOCO, J. E. "Reformulando Promessas: das Teorias e Objetivos dos Sistemas de Propriedade Intelectual", *Revista FIDES*, V. 12, nº 1, September 2021, p. 908–926.
- DE AZEVEDO TINOCO, J. E.; MACHADO, P. E. M.; CLEMENTINO, M. B. M. "Conectando Pontos: Cooperação Jurídica Internacional e os Desafios Impostos pelas Redes Distribuídas", in (MENEZES, W. ed.), *Direito Internacional em Expansão*. V. 21. 1st ed. Ed. Arraes Editores, Belo Horizonte, 2021, p. 231–249.
- DE WILTON, A. "Patent Value: A Business Perspective for Technology Startups", *Technology Innovation Management Review*, V. 5, nº 12, 2011, p. 5–11.
- DING, F.; HUO, J.; CAMPOS, J. K. "The Development of Cross Border E-commerce", *Advances in Economics, Business and Management Research*, V. 37, September 2017, p. 487–500.
- DINWOODIE, G. B. "Developing a Private International Intellectual Property Law: The Demise of Territoriality?", *William and Mary Law Review*, V. 51, nº 2, 2009, p. 711–800.
- DIVINO, S. "Responsabilidade do Funcionário Público pela valoração de Tecnologia destinada à Transferência das Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICT's) para o setor privado", *Cadernos de Dereito Actual*, issue 24, June 2024, p. 278–291.
- DREYFUSS, R. C. "Launching the Unified Patent Court: Lessons from the United States Court of Appeals for the Federal Circuit", in (DESAUNETTES-BARBERO, L.; DE VISSCHER, F.; STROWEL, A.; CASSIERS, V. ed.), *The Unitary Patent Package & Unified Patent Court: problems, possible improvements and alternatives*. V. 1. 1st ed. Ed. Ledizioni, Milan, 2023, p. 73–95.
- ENONCHONG, N. "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall around Little England?", *The International and Comparative Law Quarterly*, V. 45, nº 3, 1996, p. 633–661.



- EUROPEAN UNION. Court of Justice of the European Union, "*Hermès International v. FHT Marketing Choice BV*", C-53/96, June 16th, 1998. Available at: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-53/96>. Accessed on: July 4th, 2024
- FISHER III, W. "Theories of Intellectual Property", in (MUNZER, S. R. ed.) *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*. 1st ed. Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 29.
- GERMANY. District Court of Düsseldorf, "*Sohlen für Sportschuhe*", 4a O 33/01, February 5th, 2002. Available at: <https://www3.hhu.de/duesseldorfer-archiv/?p=1115>. Accessed on: July 4th, 2024.
- GRION, R. S.; ANDRADE SILVA, G. P. "Brazil", in (FALACH, A. ed.) *The International Comparative Legal Guide to: Enforcement of Foreign Judgments 2018*. 3rd ed. Ed. Global Legal Group, London, 2018, p. 40–46.
- HALL, B. H.; HELMERS, C. "The impact of international patent systems: Evidence from accession to the European Patent Convention", *Research Policy*, V. 48, n° 9, November 2019, p. 103810.
- HEATH, C.; COTTER, T. F. "Comparative Overview and the TRIPS Enforcement Provisions", in (HEATH, C; PETIT, L. ed.) *Patent Enforcement Worldwide: A Survey of 15 Countries: Writings in Honour of Dieter Stauder*. V. 23. 2nd ed. Ed. Hart Publishing, Oxford, 2005.
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Incoterms® 2020*. 1st ed. Ed. ICC, Paris, 2019.
- JONES, J. "*FOB: You Keep Using That Word. I Do Not Think It Means What You Think It Means*", Lexology, November 6th, 2017. Available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2b05e1cd-ffeb-4dd5-8041-e512f6779a08>. Accessed on: July 4th, 2024.
- JUNIPER RESEARCH. "*33% of eCommerce Spend to Be Cross-border by 2028 Globally, as e-Commerce Growth Shifts to Developing Markets*", Juniper Research, November 4th, 2023 Available at: <https://www.juniperresearch.com/press/press-releases/33-of-ecommerce-spend-to-be-cross-border-by-2028>. Accessed on: July 4th, 2024.
- KENNEDY, J. P. "Counterfeit Products Online", in (HOLT, T. J.; BOSSLER, A. M. ed.), *The Palgrave Handbook of International Cybercrime and Cyberdeviance*, Ed. Springer International Publishing, New York, 2020, p. 1001–1024.
- LAZAROFF, D. E. "Entry Barriers and Contemporary Antitrust Litigation", *Business Law Journal*, Vol. 7, n° 1, December 2006.
- LEHMAN, J.; PHELPS, S. *West's Encyclopedia of American Law*. V. 3. 2nd ed. Ed. Thomson Gale, Detroit, 2004, p. 2.
- LEONARDOS, G.; REZENDE, L. R. V.; DE AZEVEDO TINOCO, J. E. "Anpassung der Wirksamkeitsdauer von Patenten in Brasilien: eine Stellungnahme der brasilianischen Justiz", *Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, V. 41, n° 1, October 2023, p. 11–34.
- MA, S.; CHAI, Y.; ZHANG, H. "Rise of Cross-border E-commerce Exports in China", *China & World Economy*, Vol. 26, n° 3, 2018, p. 63–87.
- MARKOFF, J. "*An Internet Pioneer Ponders the Next Revolution*", *The New York Times*, December 20th, 1999. Available at: <https://archive.nytimes.com/www.nytimes.com/library/tech/99/12/biztech/articles/122099outlook-bobb.html?Partner=Snap>. Accessed on: July 4th, 2024.
- MERK, O. "*Maritime transport: too cheap to be good*". *Shipping Today*, April 8th, 2016. Available at: <https://shippingtoday.eu/maritime-transport/>. Accessed on: July 4th, 2024.
- MERRIAM-WEBSTER. "*Definition of Importer*", Merriam-Webster, 2023. Available at: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/importer>. Accessed on: July 4th, 2024.

- MILLS, A. "The Dimensions of Public Policy in Private International Law", *Journal of Private International Law*, V. 4, nº 2, August 2008, p. 201–236.
- MITCHELL, A.; MISHRA, N. "Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy", *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, V. 20, nº 4, January 2018, p. 1073.
- MOURA, C. A. B.; DE AZEVEDO TINOCO, J. E.; CLEMENTINO, M. B. M. "Sentenças Estadunidenses no Judiciário Brasileiro: o Estado da Arte e Perspectivas para o Futuro", in (MENEZES, W. ed.), *Direito Internacional em Expansão*. 1st ed. Ed. Arraes Editores, Belo Horizonte, 2022, p. 248–258.
- NAZER, D. "Actually, Mr. Waxman, Consumers Are Sued For Patent Infringement All the Time", *Electronic Frontier Foundation*, April 30th, 2014. Available at: <https://www.eff.org/deeplinks/2014/04/actually-mr-waxman-consumers-are-sued-patent-infringement-all-time>. Accessed on: July 4th, 2024
- OECD. "Economic Globalisation: Origins and consequences", Organisation for Economic Co-operation and Development, 2013. Available at: [https://www.oecd-ilibrary.org/economics/economic-globalisation\\_9789264111905-en](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/economic-globalisation_9789264111905-en). Accessed on: July 4th, 2024
- OESTREICHER, Y. *Recognition and Enforcement of Foreign Intellectual Property Judgments: Analysis and Guidelines for a New International Convention*, Doctorate Thesis, Duke University School of Law, April 2004.
- ORTIZ-OSPINA, E.; BELTEKIAN, D. "Trade and Globalization", *Our World in Data*, October 2018. Available at: <https://ourworldindata.org/trade-and-globalization>. Accessed on: July 4th, 2024.
- PETERSEN, T. "U.S. Infringement Liability for Foreign Sellers of Infringing Products", *Duke Law & Technology Review*, V. 2, nº 1, December 2003, p. 1–8.
- PHILIPPE, X. "The principles of universal jurisdiction and complementarity: how do the two principles intermesh?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 88, issue 862, June 2006, p. 375–398.
- PITEL, S. G. A. "Enforcement of Foreign Non-Monetary Judgments in Canada (And Beyond)", *Journal of Private International Law*, V. 3, nº 2, October 2007, p. 241–260.
- RABINOWITZ, A. "Keep Your Eye on Your Ball: Patent Holders' Evolving Duty to Patrol the Marketplace for Infringement", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, V. 5, nº 2, January 2007, p. 192.
- REICHMAN, J. "Enforcing the Enforcement Procedures of the TRIPS Agreement", *Virginia Journal of International Law*, V. 37, nº 2, January 1996, p. 335–356.
- SAVRUL, M.; INCEKARA, A.; SENNER, S. "The Potential of E-commerce for SMEs in a Globalizing Business Environment", *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, v. 150, nº 5, 2014, p. 35–45.
- SCHULTZ, M.; MADIGAN, K. *The Long Wait for Innovation: the Global Patent Pendency Problem*, Ed. Center for the Protection of Intellectual Property, Arlington, 2016.
- SEMUELS, A. "The Problem With Buying Cheap Stuff Online", *The Atlantic*, May 22nd, 2018. Available at: <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/05/wish-china-cheap-stuff/560861>. Accessed on: July 4th, 2024.
- SHARMA, V. "E-Commerce: evolution, meaning and types". Indira Gandhi National Open University, April 10th, 2017. Available at: <https://egyankosh.ac.in/handle/123456789/7646>. Accessed on: July 4th, 2024.
- TREADWELL, J. "From the car boot to booting it up? eBay, online counterfeit crime and the transformation of the criminal marketplace", *Criminology & Criminal Justice*, V. 12, issue 2, April 2012, p. 175–191.
- TRIMBLE, M. "Cross-Border Injunctions in U.S. Patent Cases and Their Enforcement Abroad", *Marquette Intellectual Property Law Review*, V. 13, nº 2, July 2009, p. 331.

- TUTHILL, L. "e-Commerce and the WTO", *Permanent Missions of Mexico, Indonesia, the Republic of Korea, Turkey, Australia (MIKTA) to the World Trade Organization*, July 5th, 2016. Available at: [https://www.wto.org/english/forums\\_e/business\\_e/1\\_1\\_TUTHILL.pdf](https://www.wto.org/english/forums_e/business_e/1_1_TUTHILL.pdf). Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED KINGDOM. "*Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*", Legislation.gov, Westminster, 1982. Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/27/section/25#commentary-key-9a33dfd6a7c16ffe4d1be36c6d58d943>. Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED STATES OF AMERICA. "*Code of Federal Regulations*", Legal Information Institute (LII), Ithaca, 2016. Available at: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/19/101.1>. Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED STATES OF AMERICA. "*Constitution of the United States of America*", Legal Information Institute (LII), Ithaca, 1787. Available at: <https://www.law.cornell.edu/constitution>. Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED STATES OF AMERICA. "*Digital Millennium Copyright Act*", Legal Information Institute (LII), Ithaca, February 2022. Available at: [https://www.law.cornell.edu/wex/digital\\_millennium\\_copyright\\_act](https://www.law.cornell.edu/wex/digital_millennium_copyright_act). Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED STATES OF AMERICA. "*Uniform Commercial Code*", Legal Information Institute (LII), Ithaca, 2012. Available at: <https://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-319>. Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED STATES OF AMERICA. "*United States Code 35 U.S. Code § 271 - Infringement of patent*", Legal Information Institute (LII), Ithaca, 2010. Available at: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/35/271>. Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED STATES OF AMERICA. Eastern District of Texas, Marshall, "*O2 Micro International Ltd. v. Sumida Co.*", 2:03-CV-07, April 12th, 2006. Available at: <https://casetext.com/case/o2-micro-international-limited-v-sumida-corporation?>. Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED STATES OF AMERICA. Eastern District of Texas, Marshall, "*O2 Micro International Ltd. v. Beyond Innovation Technology Co.*", 2:04-CV-32. April 22nd, 2009. Available at: <https://casetext.com/case/o2-micro-international-v-beyond-innovation-technology>. Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Federal Circuit, "*Crystal Semiconductor Corp. v. Tritech Microelectronics International, Inc.*", 246 F.3d 1336 (Fed. Cir. 2001), March 7th, 2001. Available at: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/246/246.F3d.1336.-1559.00-1006.99-1558.html>. Accessed on: July 4th, 2024.
- UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals for the Federal Circuit, "*Shockley v. Arcan, Inc.*", 248 F.3d 1349 (Fed. Cir. 2001), July 2nd, 2001. Available at: <https://casetext.com/case/shockley-v-arcan-inc>. Accessed on: July 4th, 2024.
- WSZOŁEK, A. "Still Unifying? The Future of the Unified Patent Court". *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, V. 52, n° 9, October 2021, p. 1143-1160.
- WTO. "*Annex 1C: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*", World Trade Organization, Montevideo, April 15th, 1994. Available at: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf). Accessed on: July 4th, 2024.
- WTO. "*Joint Initiative on E-Commerce*". World Trade Organization. October 2023. Available at: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/ecom\\_e/joint\\_statement\\_e.htm#participation](https://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/joint_statement_e.htm#participation). Accessed on: July 4th, 2024.
- WTO. "*Joint Statement on Electronic Commerce*", World Trade Organization, January 25th, 2019. Available at:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/WT/L/1056.pdf&Open=True>>. Accessed on: July 4th, 2024.

WTO. "*TRIPS Agreement – Article 50 (Jurisprudence)*", World Trade Organization, December 2021, p. 50. Available at: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/ai17\\_e/trips\\_art50\\_jur.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/trips_art50_jur.pdf). Accessed on: July 4th, 2024.

ZILINSKY, M. "Mutual Trust and Cross-Border Enforcement of Judgments in Civil Matters in the EU: Does the Step-by-Step Approach Work?", *Netherlands International Law Review*, Vol. 64, issue 1, April 2017, p. 115–139.



© *Cadernos de Direito Actual* Nº 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 85-119  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **A Proteção Deficitária do Direito à Moradia: o que aprender com a experiência de litígios estruturais em Cortes estrangeiras?<sup>1</sup>**

*The Deficient Protection of the Right to Housing: what can be learned from the experience of structural litigation in foreign Courts?*

**Gabriela Samrsla Möller<sup>2</sup>**

*Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)*

**Eduarda Peixoto da Cunha França<sup>3</sup>**

*Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)*

**Sumario:** 1. Introdução. 2. Do direito à propriedade ao direito à moradia adequada. 3. Direito à moradia no Brasil. 4. A judicialização do direito à moradia no Brasil. 5. Litígio estrutural e direito à moradia. 6. Análise de casos. 6.1. Índia: Caso Olga Tellis (Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council, 1981). 6.2. Estados Unidos (United States vs. City of Yonkers, 1980). 6.3. África do Sul (Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others, 1988). 6.4. Colômbia (Sentencia T-025/04). 7. Conclusão. 8. Referências.

**Resumo:** O direito fundamental à moradia enfrenta uma série de restrições devido a interesses econômicos e ideológicos conflitantes. No Brasil, políticas públicas reduzem o direito à aquisição de propriedade, enquanto o Judiciário adota uma proteção limitada, focando em abordagens negativas – protegendo-o de violações, utilizado na defesa em ações possessórias e petitorias – e baixa atuação positiva – quando as Cortes atuam na ampliação do conteúdo do direito, ou reconhecendo de

<sup>1</sup> A pesquisa é resultado de estudos fomentados pelo Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP), e pelo Programa de Demanda Social, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Chapecó/SC, Brasil. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PROSUP/CAPES). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Grupo de Estudos e Pesquisas em Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa (Gepethos). E-mail: [gabriela.moller@unoesc.edu.br](mailto:gabriela.moller@unoesc.edu.br). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5018848966767230>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7378-3235>.

<sup>3</sup> Doutoranda e Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Recife-PE, Brasil. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais (LAPEDI) e do Programa de Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH). E-mail: [eduardacunhapf@gmail.com](mailto:eduardacunhapf@gmail.com). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3505409056838918>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7163-923X>.

omissão estatal. Em contraste, litígios estruturais em países como Índia, Estados Unidos, África do Sul e Colômbia mostram uma proteção mais abrangente, resultando em uma implementação mais eficaz desse direito. Este artigo, com uma abordagem dedutiva baseada em análise bibliográfica e documental, examina essas experiências internacionais em busca de práticas que possam ser adaptadas tanto para a realidade brasileiro, como para outras realidades, visando promover uma proteção mais efetiva e abrangente do direito à moradia.

**Palavras chave:** Litígios estruturais; Direito à moradia adequada; Processo estrutural.

**Abstract:** The fundamental right to housing faces a series of restrictions due to conflicting economic and ideological interests. In Brazil, public policies reduce the right to property acquisition, while the judiciary adopts limited protection, focusing on negative approaches—defending against violations, used in possessory and petitory actions—and minimal positive action—when the courts expand the content of the right or recognize state omission. In contrast, structural litigation in countries like India, the United States, South Africa, and Colombia demonstrates a more comprehensive protection, resulting in a more effective implementation of this right. This article, with a deductive approach based on bibliographic and documentary analysis, examines these international experiences in search of practices that can be adapted both to the Brazilian reality and to other realities, aiming to promote more effective and comprehensive protection of the right to housing.

**Keywords:** Structural Litigation; Right to Adequate Housing; Structural Process.

## 1. Introdução

Em que pese a elevação de *status* do direito à moradia como direito fundamental social, o encontro do direito com os interesses econômicos reduz o espaço para a sua substantivação. No Brasil, a interpretação reconhecida ao direito à moradia tem o efeito limitado de relegá-lo à propositura de projetos políticos para a aquisição da propriedade. Entretanto, o conteúdo do direito humano à moradia adequada é muito mais amplo<sup>4</sup>, e a abordagem limitada que é historicamente dada a esse direito afeta principalmente as pessoas em situação de vulnerabilidade econômica, para as quais não basta a produção de moradia por mecanismos financeiros, sendo necessárias pensar sobre outras políticas e intervenções.

O presente estudo justifica-se na observação de que o direito à moradia é insuficientemente concretizado/substantivado<sup>5</sup> na sua dimensão positiva<sup>6</sup>, tanto na fase de produção legislativa (Poder Legislativo) quanto na implementação de políticas públicas (Poder Executivo). Ademais, durante muito tempo, esse direito também foi escassamente protegido na sua dimensão negativa<sup>7</sup>. O Poder Judiciário,

---

<sup>4</sup> Comentário Geral ao PIDESC n.4 da ONU, Agendas estabelecidas pela ONU Habitat I, II e III, Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, a título de exemplos.

<sup>5</sup> Ampliação do conteúdo do direito por interpretação realizada a partir dos direitos humanos. A substantivação de um direito fundamental não deve ser realizada tão somente com vistas ao ordenamento interno do país, mas deve observar parâmetros do direito internacional, através das conferências (ONU) e demais produções doutrinárias e multidisciplinares, como filosóficas e sociológicas. Logo, a interpretação de um direito fundamental envolve abordá-lo desde uma perspectiva ampla, não somente jurídico-positiva.

<sup>6</sup> No que toca à obrigação de *cumprir*, trata-se das ações positivas do Estado, na dimensão dos poderes legislativo, administrativo e judicial para dar efetividade aos direitos sociais. Nesse sentido, devem ser propostas proposições legislativas que garantam a prestação do direito, políticas públicas e interpretação constitucional ampliada.

<sup>7</sup> A obrigação de *proteger*, por sua vez, é a ação negativa que o Estado deve ter, com o objetivo de prevenir o abuso de terceiros – empresas, particulares grupos – e do próprio Estado contra

diferentemente do que ocorre com outros direitos sociais como educação e saúde, carece de um histórico de efetivação do direito à moradia e, assim como os demais poderes, oferece uma proteção limitada a esse direito. Assim, a judicialização do direito à moradia no Brasil ocorre predominantemente em ações possessórias ou petitorias, nas quais o direito é invocado como um “escudo” (dimensão negativa). Nesses casos, o possuidor busca defender a sua posse (ações possessórias) ou proteger-se contra aquele que reivindica a posse com base no direito de propriedade (ações petitorias).

Esse cenário é impulsionado por fatores ideológicos e econômicos, pois o direito à moradia, sendo um direito de “segunda dimensão”<sup>8</sup>, é frequentemente reduzido ao conceito de “direito de propriedade.” Esse entendimento equivocado deriva da falta de distinção entre esses dois direitos — o direito de ser proprietário de algo e de proteger essa propriedade contra ameaças de terceiros — o que leva a uma visão limitada do direito à moradia — que é direito de todas as pessoas a viverem em um lugar seguro, com condições dignas, acesso a serviços básicos e proximidade de oportunidades de trabalho, educação e saúde — tratando-o como uma questão meramente privada. No entanto, o direito à moradia é muito mais abrangente, pois envolve a construção da subjetividade e a qualidade de vida das pessoas, incluindo uma privacidade adequada, paz territorial, espaço suficiente, segurança, iluminação e ventilação adequadas, infraestrutura básica e localização conveniente em relação ao trabalho e serviços essenciais, tudo isso a um custo acessível.

Nesse sentido, litígios estruturais passam a ser levados ao Judiciário como denúncia a violações estruturais a direitos humanos e fundamentais, em um período no qual a ação judicial passa a servir de canal pelo qual grupos vulneráveis e organizações da sociedade civil passam a demandar políticas públicas de qualidade. A experiência estrangeira com litígios desse cariz em moradia, despontaram por terem sido capazes de efetivar o direito à moradia não somente como “escudo” — quando o direito está ameaçado —, mas como “espada” — dimensão positiva —, realizando uma proteção mais abrangente do direito à moradia, incluindo medidas como a determinação de criação de políticas públicas pelo Poder Executivo (*Caso Grootboom*), ou o combate ao racismo (*Caso United States vs. City of Yonkers*).

O artigo adota o método comparativo, por meio de estudo de casos e pesquisa bibliográfica. Os países selecionados foram Índia, Estados Unidos (EUA), África do Sul e Colômbia, de modo que cada um apresenta uma particularidade específica no contexto do direito à moradia. A escolha desses casos se justifica pelo fato de, nestes países, as Cortes terem adotado abordagens inovadoras, ao contrário de uma visão meramente sucinta ou limitada sobre o tema, como costumeiramente ocorre com o direito à moradia: na Índia, problemas como o êxodo rural levaram milhares de pessoas aos centros urbanos, quando inexistente qualquer sorte de política para a recepção dessas pessoas e para a proteção contra a remoção forçada; nos EUA, por seu turno, o racismo motivou a criação de guetos e o isolamento das pessoas, fazendo com que a prestação de serviços públicos fosse deficitária e houvesse a generalização da violência; na África do Sul, a ausência de política pública para pessoas em situação de vulnerabilidade em moradia é foi o motor do litígio estrutural; na Colômbia, o problema dos deslocados, decorrente dos conflitos paramilitares, fez com que a Corte Constitucional criasse novas soluções para resolver a violação do direito à moradia.

---

os direitos dos particulares. Nesse sentido, deve ser colocado à disposição dos cidadãos recursos jurídicos, formas de denúncia, enfim, meios de proteção.

<sup>8</sup> Os direitos de segunda geração são conhecidos como direitos econômicos, sociais e culturais. Eles focam na garantia de condições de vida dignas e no bem-estar social e econômico dos indivíduos.

Cada uma dessas experiências, portanto, permite compreender como a proteção do direito à moradia foi efetivado em outros países e extrair aprendizados para a realidade brasileira. Ressalta-se, ainda, que o presente estudo não tem o intuito de realizar uma importação acrítica de institutos e soluções estrangeiras para a dinâmica do Poder Judiciário brasileiro. Pretende-se mapear alternativas que, se adequadamente estudadas, tenham o condão de sugerir alternativas interessantes e viáveis para uma proteção adequada do direito à moradia no sistema jurídico brasileiro.

## 2. Do direito à propriedade ao direito à moradia adequada

O reconhecimento das liberdades fundamentais do homem, como reflexo da reivindicação de direitos naturais inerentes à racionalidade humana, surgiu como importante mudança no palco do século XVII, pois abriu caminhos para que o capitalismo se consolidasse como a nova ordem mundial.<sup>9</sup> De fundamento profundamente liberal, uma das principais liberdades é a propriedade privada, ou seja, o direito de possuir, dispor e, em suma, de fazer as próprias escolhas no que concerne à propriedade,, enquanto o Estado deve respeitar e não interferir na autonomia dos indivíduos. As liberdades são inscritas na forma do direito positivo, identificadas como "direitos de primeira dimensão/geração".

A conquista dos direitos de primeira geração foi um profundo avanço no que toca à emancipação humana. Seu objetivo, foi, sobretudo, combater a opressiva instituição do Estado pré-moderno (Idade Média e início da Idade Moderna), desprovida dos direitos civis e políticos básicos, como a liberdade de não sofrer castigos desproporcionais, de se expressar e de participar da vida pública. Ao defender a existência desses direitos, buscou-se evitar o acúmulo de poder em uma única instituição.<sup>10</sup> O direito alinha-se aos clamores sociais da época, e é desenhado pela burguesia para atender às liberdades fundamentais, pautando-se na racionalidade do sujeito atuante, no mercado como alicerce da criação de riqueza, e na atuação mínima do Estado, a quem caberia somente manter um marco legal e institucional confiável.<sup>11</sup>

O avanço do capitalismo, cuja ideia-motor é o desenvolvimento econômico, desvelou um panorama orientado pela busca do lucro acima do bem-estar das pessoas. A desigualdade social e a concentração de renda inerente a essa lógica não passaram despercebidas e foram debatidas e questionadas no decorrer do século XIX. Algumas filosofias políticas nascentes não acreditavam no potencial do direito para realizar mudanças sociais; para outras, todavia, o direito poderia exercer esse papel. Assim, capitaneado pelo movimento trabalhista, inicia-se um debate sobre a positivação de direitos de outras dimensões da vida humana, como a saúde, educação, trabalho, previdência social e moradia.

Por esta razão, historicamente os direitos sociais são ligados às ideologias políticas nascentes, mais à esquerda política, pois diferente do que ocorre para os direitos de primeira geração, defende-se que o Estado deve intervir e também atuar positivamente na garantia de direitos sociais.

Com a consagração dos direitos sociais como Direitos Humanos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, nasce uma profunda consciência sobre a necessidade de agregar também os direitos sociais nas novas cartas constitucionais.<sup>12</sup> A despeito das atrocidades causadas pela Segunda Guerra

---

<sup>9</sup> MASCARO, A. *Curso de Filosofia do Direito*, Atlas, São Paulo, 2016. p. 142; TAMANAHA, B.Z. *On the Rule of Law. History, politics, theory*, Cambridge University Press, New York, 2004. p. 32.

<sup>10</sup> TAMANAHA, B.Z. *On the Rule of Law. History, politics, theory*, Cambridge University Press, New York, 2004. p. 33-35.

<sup>11</sup> ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002. p. 47.

<sup>12</sup> PÉREZ-LUÑO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995. p. 123-126.



Mundial, o início da guerra fria e a bipolaridade entre norte e sul foram fundamentais para aprofundar as diferenças políticas e ideológicas entre direitos civis e sociais, o que fica evidente no panorama internacional pela criação de dois tratados, um versando sobre direitos civis<sup>13</sup>, e outro versando sobre direitos sociais.<sup>14</sup>

A adoção de dois tratados internacionais distintos refletiu a intenção de que fossem estabelecidas diferentes obrigações de diferentes alcances, levando em consideração a categoria do direito (se civil ou se social). Enquanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) se consagra incondicionalmente a obrigação de tornar efetivo os direitos consagrados pelo Pacto, bem como prevê um direito a recurso no caso de violação, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), a obrigação de adotar medidas é relativizada pela disponibilidade de recursos e realização progressiva, e não há previsão expressa sobre a possibilidade de recurso. Ainda, quanto aos mecanismos de implementação, o PIDCP cria um Comitê de direitos humanos, enquanto o PIDESC fala em um sistema de informações, mas sem prever mecanismos de comunicação das violações.<sup>15</sup>

Essa divisão ideológica por muito tempo impediu que direitos sociais básicos tivessem força para serem considerados como verdadeiros direitos e para que fossem positivados nas Constituições e passíveis de reivindicação e defesa. No mais, mesmo em Constituições que previam esses direitos, a sua efetividade era baixa. A despeito do contexto econômico e político que marca a era dos extremos que foi o século XX, movimentos como a sustentabilidade, a erradicação da pobreza e a busca pela redução das desigualdades sociais tornam-se um pauta global, defendida por diversas matrizes políticas.

Análises críticas, como as de Amartya Sen<sup>16</sup>, sugerem que o aprofundamento das desigualdades evidencia que as liberdades fundamentais dos indivíduos — entendidas como as condições essenciais para o desenvolvimento de suas capacidades — dependem tanto de fatores ligados às liberdades civis (como a liberdade de participar de debates públicos, de se expressar e o direito de propriedade) quanto de garantias sociais e econômicas (como acesso à alimentação, educação, saúde e seguridade social), que se relacionam diretamente com os direitos sociais.

Dessa forma, o autor compreende que o desenvolvimento de uma sociedade exige que se removam as principais fontes de privação de liberdade, como a pobreza econômica, a carência de oportunidades econômicas e a negligência dos serviços públicos, a exemplo de políticas em moradia, saúde, educação e previdência social. Com a garantia desses direitos, Amartya aponta que ocorre também um aumento e inclusão de participação na vida social e política, e também a ampliação do desenvolvimento econômico no que tange às habilidades produtivas e ao aumento de renda dos indivíduos, incentivando o consumo.<sup>17</sup> Ampliar capacidades aumenta, sobretudo, o leque de possibilidades das pessoas para que possam escolher a vida que desejam levar. Isso diz respeito tanto às escolhas mais simples – não passar fome, viver em uma moradia digna, não morrer de forma violenta – quanto às mais complexas – crescer profissionalmente, fazer uma dieta, exercitar-se.

---

<sup>13</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)*. 1966a. Disponível em: [https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2\\_pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos.pdf](https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf). Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>14</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)*. 1966b. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B4micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>15</sup> ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002. p. 65-66.

<sup>16</sup> SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*, Companhia das Letras, São Paulo, 2011.

<sup>17</sup> SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*, Companhia das Letras, São Paulo, 2011. p. 170-171.

A partir de análises críticas como a de Sen, o enfoque na produção de riqueza em detrimento da preocupação com o bem-estar humano, passa a ser problematizado também juridicamente. Consoante delineado, no contexto capitalista, a propriedade privada refere-se ao direito dos indivíduos disporem de bens e recursos econômicos, como terras, imóveis, equipamentos e capital financeiro. A propriedade privada, ademais, permite que os proprietários gerem lucro e acumulem riqueza. O desenvolvimento da propriedade privada, porém, ao mesmo tempo em que representa uma transformação fundamental com uma dimensão emancipatória, ligada à liberdade, representa uma dimensão de alienação e de domínio. O direito social à moradia surge como um direito autônomo ao direito de propriedade<sup>18</sup>, com a proposta de garantir a todos condições mínimas relativas à habitação, inserido dentro de um contexto de crítica e problematização do contexto social desigual.

O direito à moradia é problematizado primeiramente por Engels<sup>19</sup>, no século XIX, quando aponta os problemas que enfrentavam os trabalhadores num contexto de revolução industrial e concentração urbana. Entretanto, é Henri Lefebvre que nos anos 60, ao estudar o espaço urbano e as contradições do capitalismo, sistematiza uma crítica à vida urbana e espaço social em um contexto capitalista. O sociólogo aponta que as cidades não são espaços neutros, mas sim espaços políticos, e que em um contexto capitalista as cidades manifestam um urbanismo despreocupado com a qualidade de vida das pessoas.<sup>20</sup> A cidade capitalista, para o autor, é um grande negócio, e a renda imobiliária é o motor central, ao afirmar que "Já é bem conhecido o duplo caráter da centralidade capitalista: lugar de consumo e consumo de lugar."<sup>21</sup>

Enquanto a análise de Lefebvre foi sobre os impactos do capitalismo crescente nas cidades, ocasionado pela industrialização no século XX, Thomas Piketty<sup>22</sup>, por sua vez, efetua uma análise do capital no século XXI, e suas conclusões demonstram como as contradições sociais apenas tendem a se aprofundar. O autor observa que o retorno financeiro sobre os imóveis tende a ser significativo e apresenta menor taxa de risco em comparação com as taxas de crescimento econômico (que, por sua vez, se dá a partir da renda do trabalho). Neste cenário, é cada vez mais interessante que os investimentos sejam feitos sobre a propriedade imóvel, amorfa, que não apresenta riscos, ao invés de pretender que haja a circulação das riquezas.

É pelo efeito da relação das cidades e do capital que ocorre a densificação das áreas centrais e a organização de espaços segregados em subúrbios, marcados entre si pela diferença da prestação de serviços públicos universais e pelo acesso à cidade, investimento estatal, etc.; a especulação imobiliária, com o efeito de gentrificar bairros e ocasionar o deslocamento de pessoas mais pobres para espaços periféricos; decisões públicas e privadas orientadas pelo lucro, e não pela qualidade de vida das pessoas; aprofundamento de desigualdades raciais e sociais pela escolha relegada ao mercado sobre as decisões acerca da organização espacial, que envolvem a valorização dos imóveis e o valor dos aluguéis.

Um ponto nefasto acerca da organização espacial das cidades é que alguns grupos são mais suscetíveis a terem seus direitos violados, como famílias capitaneadas por mulheres, crianças, habitantes de favelas, moradores de rua, pessoas com deficiência, imigrantes e indígenas. Isso porque a organização espacial das cidades sob o capitalismo tende a marginalizar certos grupos sociais ao definir o espaço urbano com base em interesses econômicos e políticos dominantes. Essa produção do espaço gera não apenas desigualdades físicas e econômicas, mas

---

<sup>18</sup> A DUDH traz o direito à moradia (Art. XXV) como um direito distinto do tradicional "direito de propriedade".

<sup>19</sup> ENGELS, F. *Para a questão da habitação*. 1873. Disponível em: [http://resistir.info/livros/engels\\_q\\_habitacao.pdf](http://resistir.info/livros/engels_q_habitacao.pdf). Acesso em: 15 ago. 2024.

<sup>20</sup> Para Lefebvre, o urbano é a morfologia social e a cidade a morfologia material: *cidade*, realidade presente, imediata, dado prático-sensível, arquitetônico; e o "urbano", realidade social composta de relações a serem concebidas, construídas ou reconstruídas pelo pensamento (LEFEBVRE, H. *Direito à Cidade*, Centauro, São Paulo, 2001. p.54-55).

<sup>21</sup> LEFEBVRE, H. *Direito à Cidade*, Centauro, São Paulo, 2001. p. 130.

<sup>22</sup> PIKETTY, T. *O Capital. No século XXI*, Intrínseca, Rio de Janeiro, 2014.

também simbólicas, ao deslocar e invisibilizar esses grupos do centro político e econômico da cidade.

Para Lefebvre<sup>23</sup>, o futuro das cidades, caso continue fundado em um urbano despreocupado com a qualidade de vida, seria a perpetuação de cidades desconexas e isoladas, nas quais as relações sociais seriam brutalmente abandonadas em prol de estruturas centralizadas para tomada de decisão e para o consumo das cidades. Existe para o autor, porém, a possibilidade de se pensar uma alternativa, pois o urbanismo nunca estará todo submetido ao capitalismo, na medida em que expressa práticas e o pensar social. Lefebvre propõe a hipótese do direito à cidade, que longe de ser um conceito meramente jurídico, manifesta uma reivindicação política-revolucionária contra a desumanização das cidades.

O direito à cidade guarda estreita conexão com o direito à moradia, pois envolve a participação ativa dos moradores na definição de suas condições habitacionais, promovendo soluções habitacionais que emergem das necessidades reais das comunidades.

O direito à moradia foi substantivado quanto ao seu conteúdo sobretudo por documentos internacionais, como o PIDESC<sup>24</sup>, o Comentário Geral n. 4<sup>25</sup>, n. 7<sup>26</sup> da ONU, a Nova Agenda Urbana<sup>27</sup> e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável<sup>28</sup>.

Do que se infere da leitura dos documentos, não se trata somente do direito de ter um teto, ou somente ser detentor de uma mercadoria (propriedade comercializável), e não deve ser inacessível em razão da renda da pessoa ou acesso a recursos econômicos. É o direito de viver em segurança, paz e dignidade e, por esta visão ampla que proporciona o pensar sobre a moradia, é possível desde já verificar que este direito está atrelado a outros direitos humanos, como os direitos de personalidade, tal qual a privacidade e a proteção à intromissão arbitrária na vida privada; o direito à saúde, que envolve o viver em um local salubre, longe de doenças, e gozar de serviços básicos, como esgoto e água potável. Igualmente, o direito à moradia também diz respeito ao direito ao meio ambiente, evitando-se construções em locais perigosos ou em zonas de preservação ambiental e ao direito à vida, para garantir a segurança do local em que se reside e que não haja violência. Do mesmo modo, ao direito à educação, trabalho e transporte, na medida em que a moradia deve ser bem localizada, a fim de garantir a todos, independentemente da condição econômica, o acesso ao direito à cidade - ou seja, o direito de participar da vida da cidade e garantir o acesso aos serviços universais, educacionais e ao trabalho. A moradia "adequada", significa que o ambiente deve assegurar privacidade, espaço, segurança, ventilação, infraestrutura e localização adequada a um custo razoável, para garantir a integridade física e mental das pessoas.

A moradia adequada é também a que proveja segurança legal da ocupação contra expulsão, agressão e outras ameaças; disponibilidade de serviços e infraestrutura, como água potável, esgoto, energia, instalações sanitárias, limpeza, tratamento de lixo e serviços de emergência; acessibilidade, no sentido de que o

---

<sup>23</sup> LEFEBVRE, H. *Direito à Cidade*, Centauro, São Paulo, 2001. p. 117-118.

<sup>24</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)*. 1966b. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econômicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>25</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentário Geral n.4*. 1991. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>26</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentário Geral n. 7*. 1997. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>. Acesso em: 3 mar. 2024.

<sup>27</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 2016. *Nova Agenda Urbana*. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>28</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 11 ago. 2024.

custo da moradia não comprometa a satisfação de outras necessidades básicas; habitabilidade, de modo a propiciar a proteção do frio, calor, chuvas e de todos os riscos para a saúde; e uma boa localização, capaz de proporcionar acesso a empregos e serviços de saúde e educação.

Algumas incompreensões atrapalham a percepção sobre o conteúdo do direito à moradia adequada: esse direito não exige que o Estado construa moradia para todos, mas sim dá ênfase a medidas que sejam capazes de suprir a falta de moradia, principalmente para pessoas vulneráveis; proíbe remoções forçadas ilegais; defende que as moradias sejam adequadas e estabelece o foco de delinear novas estratégias aptas a garantir o direito à moradia para todos em um contexto de capitalismo e de geografia espacial revanchista<sup>29</sup>, bem como de promover a participação social para a reflexão de ideias locais para suprir os problemas em moradia.<sup>30</sup>

O conceito da moradia adequada, assim, revela um direito mais amplo a um entorno urbano inclusivo, sustentável e democraticamente administrado.

Apesar do potencial transformador do direito à moradia na vida das pessoas e na configuração das cidades, sua efetivação enfrenta barreiras significativas, enraizadas na teoria dos direitos sociais. Primeiramente, a vagueza e ambiguidade dos textos normativos dificultam a concretização desse direito, já que disposições genéricas não delimitam claramente as obrigações do Estado e as garantias dos indivíduos. A ausência de uma prática institucional sólida de interpretação dos direitos sociais contribui para que esses direitos sejam frequentemente relegados a segundo plano, vistos como promessas de difícil implementação em vez de compromissos efetivos. Além disso, persiste a visão de que os direitos sociais acarretam um custo elevado para o Estado, o que desestimula a criação de políticas públicas robustas e sustentáveis para assegurar a moradia digna.

Essas dificuldades são ainda agravadas pelos interesses econômicos que moldam a construção das cidades, onde a lógica de valorização imobiliária e especulação territorial prevalece sobre as necessidades sociais.

### 3. Direito à moradia no Brasil

O direito à moradia foi inscrito no rol de direitos sociais na Constituição brasileira de 1988 por uma Emenda Constitucional ao art. 6º, no ano 2000.<sup>31</sup> Ao garantir um "direito à moradia", de forma vaga, a proposta foi deixar o conteúdo aberto para substantivação. Alguns reflexos provenientes da inclusão desse direito na Constituição foram experienciados, a exemplo do princípio da função social da propriedade, que estabelece que a propriedade deve ser utilizada de forma que contribua para o bem-estar coletivo e o desenvolvimento social, econômico e ambiental. Apesar de prometer grandes conquistas sociais<sup>32</sup>, o direito em questão é

---

<sup>29</sup> Com a segregação racionalizada de parcela da população, narrativas como a criminalização da pobreza ganham forma, como modo de justificar o isolamento de parte da população em áreas abandonadas, degradadas ou subaproveitadas. Outras narrativas alicerçam esse pensar, como a constante conexão causal entre crime e imigração, superpopulação é uma combinação de uma pseudociência, característica de uma cidade revanchista (SMITH, N. *La Nueva Frontera Urbana. Ciudad revanchista y gentrificación*. Traficante de Sueños, Madrid, 2012. p. 295-296).

<sup>30</sup> BRASIL. *Direito à moradia adequada*, Secretaria de Direitos Humanos, Brasília, Coordenação Geral de educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. p. 16-19.

<sup>31</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL. [Constituição (1988)], *Emenda Constitucional nº 26, de 2000*, Brasília, DF: Presidência da República, 2000).

<sup>32</sup> Propriedades rurais que não cumprem a função social podem ser desapropriadas para fins de reforma agrária (Lei 4.504/64); Nas cidades, pode ser utilizado para combater a especulação imobiliária e garantir o uso adequado do solo urbano, promovendo a construção de habitações, equipamentos públicos e áreas verdes; As propriedades que possuam recursos naturais devem ser usadas de forma sustentável e respeitar leis ambientais (Art. 225 da

aplicado de forma muito restrita e, conseqüentemente, não conseguiu promover os progressos sociais esperados no espaço urbano.

Logo, apesar da vagueza ser importante para agregar ao direito diferentes leituras progressistas e caminhar para uma maior efetivação, pode ser nociva para alguns direitos, como é o caso do direito à moradia, que encontra impeditivos para a sua efetivação tanto de matriz ideológica<sup>33</sup> como de matriz econômica<sup>34</sup>.

A falta de distinção entre o direito à moradia e o direito à propriedade decorre, em grande parte, do desconhecimento sobre a ampla dimensão do direito social à moradia. Historicamente e ideologicamente, o conceito de propriedade no direito civil sobrepõe-se ao direito à moradia, sendo moldado pelos interesses econômicos que dominam a organização do espaço urbano. Como resultado, as políticas voltadas à efetivação do direito à moradia têm, tradicionalmente, focado na aquisição de propriedade, perpetuando a visão de que o gozo desse direito depende da propriedade de um imóvel. Além disso, as políticas habitacionais têm sido insuficientes para enfrentar as profundas desigualdades socioespaciais. Essa abordagem limitada negligencia as necessidades das populações em situação de vulnerabilidade, que frequentemente não têm acesso ao crédito e demandam políticas e intervenções do Estado mais abrangentes e integradas para que seu direito à moradia seja efetivamente garantido.

Raquel Rolnik<sup>35</sup> aponta que, a partir da primeira década do século XXI, as políticas habitacionais passaram a intensificar um processo de desconstrução da moradia como bem social, transformando-a em mercadoria e ativo financeiro. Esse movimento insere a moradia na lógica da financeirização, em que o setor habitacional se torna cada vez mais dominado por atores e práticas financeiras, e a moradia, antes vista como direito, passa a ser valorizada pelo seu potencial de lucro. Essa financeirização ocorre com o apoio de políticas públicas voltadas para a aquisição da casa própria, que promovem a socialização do crédito e trazem consumidores de média e baixa renda para o mercado financeiro, permitindo-lhes acessar crédito habitacional e inserindo-os no circuito financeiro de maneira mais ampla<sup>36</sup>.

A tomada do setor habitacional pelo financeiro não é apenas a abertura de um campo para o investimento do capital, mas forma peculiar de reserva do valor,

---

Constituição Federal de 1988); É possível desapropriar por interesse público as propriedades (Art. 5, XXIV da Constituição Federal de 1988).

<sup>33</sup> Para ilustrar a diferença dos direitos sociais entre si, com o exemplo do direito à saúde em mãos e o direito à moradia, há nítida distinção quanto ao potencial de efetivação. Isso porque o direito à saúde é associado diretamente à vida, adquirindo maior importância, inclusive como direito de primeira geração/dimensão. O direito à moradia, por sua vez, desde que identificado e reivindicado é visto a partir da ótica do movimento trabalhista e operário e, pela falta de efetivação pelo Estado, passou a ser reivindicado e defendido por movimentos sociais, marcadamente de esquerda, como o MST (Movimento Sem Terra) ou MTST (Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto). A associação à movimentos da esquerda política faz com o que o direito à moradia seja criticado por governistas da ala à direita e centro.

<sup>34</sup> Sob o pretexto de que direitos sociais são "caros", se comparados com os civis. Essa falácia é frontalmente enfrentada no livro de Holmes e Sunstein, onde os autores defendem que a crítica aos direitos sociais é, em grande parte, infundada e baseada em uma visão estreita dos direitos. Argumentam que todos os direitos, sejam civis, políticos ou sociais, estão interligados e dependem de recursos públicos e da ação do Estado para sua plena realização (HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *El Costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo veintiuno, México, 2012).

<sup>35</sup> ROLNIK, R. *Guerra dos Lugares: Colonização da terra e da moradia na era das finanças*, Boitempo, São Paulo, 2019. p. 26-30.

<sup>36</sup> O cenário de financeirização da moradia se faz nítido no século XXI, porém, é construído historicamente. Destaca Harvey que essa construção se inicia com a filosofia liberal, em meados do século XVI, quando a propriedade foi alçada como direito natural (HARVEY, D. *Cidades Rebeldes. Do direito à cidade à revolução urbana*. Martins Fontes, São Paulo, 2014. p. 148-153).

permitindo a interligação do sistema financeiro global, como fundos de pensões, bancos de investimento, instituições de crédito e instituições públicas.<sup>37</sup>

No Brasil, a partir dos anos 60 se iniciam políticas maiores de provisão de moradia e criação de financiamentos, inaugurando uma era de estreita conexão entre empreiteiros e Estado. O Estado passou a ser o responsável por fomentar a estruturação do setor de engenharia, fruto do patrimonialismo, que, em suma, significou que, ao invés de um sistema impessoal e normatizado, laços pessoais são realizados diretamente com o poder público, marcados por apoio e trocas políticas, o que se aprofunda no período militar e se estende até hoje.<sup>38</sup>

A criação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH, Lei 4.380/64) inicia uma era de política cuja estratégia era a construção de domicílios para o combate dos problemas habitacionais, com mecanismos de apoio voltados à construção de habitações sociais pela iniciativa privada. Foi a primeira grande política nacional para a provisão de moradia aos mais pobres, onde o norte da política previa uma atuação do governo limitada às tarefas normativas e de supervisão o que, conseqüentemente, levou a um conflito entre as ações empresariais e os objetivos sociais. O resultado foi a construção de COHABS em locais periféricos e desprovidos de infraestrutura, como a remoção em massa de pessoas em assentamentos informais com o auxílio do aparato estatal. Esse programa desvela uma despreocupação política com as pessoas e promove uma reorganização do espaço urbano de forma excludente.<sup>39</sup>

A política pública em questão termina em 1986, com a incorporação do BNH à Caixa Econômica Federal, de modo que a moradia passa a ser mais uma atividade setorial da Caixa Econômica Federal. Somente no ano de 2003 nasceu uma nova política nacional de habitação, o Minha Casa Minha Vida. Novamente, nesse programa, trata-se de política de aquisição de propriedade, que não visa à promoção do direito autônomo à moradia, mas reproduz a lógica de aquisição de novas propriedades.<sup>40</sup> Com a inclusão de setores de baixa e média renda nos circuitos financeiros por meio do setor habitacional, o sistema de habitação torna-se campo de aplicação do excedente, onde a moradia se torna, sobretudo, mercadoria e ativo financeiro.<sup>41</sup>

Dessa forma, o acesso à moradia deixa de ser tratado como uma necessidade básica e passa a depender das dinâmicas do mercado, o que aprofunda as desigualdades e exclui as camadas mais vulneráveis, que muitas vezes não têm acesso ao crédito ou, quando o conseguem, acabam comprometendo quase toda a renda familiar para o pagamento de um financiamento. Essas populações necessitam de uma abordagem pública e social mais ampla para que o direito à moradia adequada seja realmente assegurado.

Nesse panorama, o maior problema histórico em políticas públicas voltadas à efetivação do direito à moradia envolve o reconhecimento do direito à moradia adequado para a camada mais pobre da população, que vive à mercê dos agentes financeiros, da latente insegurança da posse e não tem acesso aos serviços públicos de forma adequada. Por muito tempo no Brasil houve a completa ausência de organização federal em políticas em moradia para a população mais vulnerável, pois o resultado das políticas foi historicamente revertido favoravelmente às classes

---

<sup>37</sup> ROLNIK, R. *Guerra dos Lugares: Colonização da terra e da moradia na era das finanças*, Boitempo, São Paulo, 2019. p. 26-30.

<sup>38</sup> ROLNIK, R. *Guerra dos Lugares: Colonização da terra e da moradia na era das finanças*, Boitempo, São Paulo, 2019. p. 273-274.

<sup>39</sup> ROLNIK, R. *Guerra dos Lugares: Colonização da terra e da moradia na era das finanças*, Boitempo, São Paulo, 2019. p. 223.

<sup>40</sup> MASTRODI, J.; ZACARRA, S.M.L.S. "O que é o objeto "moradia" do programa minha casa minha vida?" *RDC - Revista de Direito da Cidade*, vol. 8, n. 3, p.859-885, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22506>. Acesso em: 15 ago. 2024. p. 869-872.

<sup>41</sup> ROLNIK, R. *Guerra dos Lugares: Colonização da terra e da moradia na era das finanças*, Boitempo, São Paulo, 2019. p. 26-28.

médias e altas e, principalmente, em prol do setor empresarial, bancário, as empreiteiras e as grandes incorporadoras.

Políticas públicas em moradia importam uma nova abordagem desse direito humano, que o observe desde uma perspectiva que supere políticas voltadas à provisão de propriedade e do financiamento em massa da moradia, pois essa abordagem compromete a renda familiar das pessoas e vem acompanhada de problemas como o endividamento, a má qualidade dos materiais de construção, a localização dos imóveis longe da franja urbana, bem como tem sido o nascedouro dos grandes casos de corrupção no Brasil<sup>42</sup> e tem mantido a perpetuação do clientelismo e de trocas políticas.

Sobre o ponto, é necessário avaliar a qualidade da moradia, a localização e o acesso aos serviços básicos. O déficit é um conceito que tem dado sustentação aos indicadores que buscam estimar a falta de habitações e/ou existência de habitações que apresentam carência de algum tipo de item que a habitação deveria estar minimamente fornecendo. Os dados conjugam a prestação de serviços habitacionais básicos que devem ser prestados para garantir o direito à moradia.

O déficit habitacional<sup>43</sup>, que totaliza 6 milhões de moradias no país, cresceu 4,2% em comparação com 2019, e é predominante em famílias com até dois salários mínimos de renda domiciliar (R\$2.640,00). O componente "ônus excessivo com o aluguel urbano" representa 52,2% do déficit habitacional, mulheres são 62,6% do total de responsáveis pelos domicílios com déficit e as pessoas negras representam a maioria dos moradores em domicílios com déficit. As habitações precárias (domicílios improvisados ou rústicos) são o principal componente responsável pelo déficit habitacional no Norte (42,8%) e Nordeste (39,9%), onde há maior relevância do déficit habitacional rural. No Sudeste, Sul e Centro-Oeste do país, o predomínio é do ônus excessivo com o aluguel urbano. Ainda, cerca de 26 milhões de domicílios urbanos são inadequados<sup>44</sup>, o que corresponde a 41,2% do número total de moradias.<sup>45</sup>

A geografia urbana das cidades brasileiras revela uma marcante concentração de ocupações informais nos centros urbanos, resultado da dificuldade de acesso à moradia adequada, cuja principal barreira é de ordem econômica. Essa dificuldade é intensificada pelo comprometimento de uma renda já insuficiente para grande parte da população, o que limita o acesso a políticas públicas de financiamento

---

<sup>42</sup> Ocorreu no Brasil a Operação Lava Jato (2014-2021), uma das maiores investigações de corrupção e lavagem de dinheiro já realizadas no Brasil, que revelou um esquema de lavagem de dinheiro, a operação acabou revelando um amplo sistema de corrupção envolvendo grandes empreiteiras, políticos e executivos da Petrobras, a maior empresa estatal brasileira. Grandes empreiteiras brasileiras, envolvidas em uma série de colossais projetos de infraestrutura, inclusive na construção de estádios superfaturados para a Copa do Mundo de 2014, realizada no Brasil, estavam envolvidas no esquema. Dentre os esquemas, as empreiteiras fraudavam licitações e pagavam propinas a políticos.

<sup>43</sup> Aponta a necessidade de substituição ou construção de novas habitações, em razão da precariedade do domicílio, ônus com aluguel (famílias com renda domiciliar de até três salários-mínimos que gastam mais de 30% de sua renda com aluguel) e existência de coabitação (vários familiares dividindo mesmo cômodos) dimensionam as moradias incapazes de atender o direito de acesso minimamente adequado. Os números não incluem pessoas em situação de rua.

<sup>44</sup> Os domicílios são classificados como inadequados segundo três critérios de inadequação: infraestrutura urbana, cujos subindicadores são abastecimento de água, esgotamento sanitário, coleta de lixo e energia elétrica; inadequação edilícia, composto pelos subindicadores de armazenamento de água, cômodos (exceto banheiros) servindo como dormitórios, ausência de banheiro de uso exclusivo, cobertura inadequada e piso inadequado; e, por último, inadequação fundiária, que corresponde aos imóveis em terrenos não próprios (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). *Déficit Habitacional no Brasil*, 2021. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>. Acesso em: 11 ago. 2024).

<sup>45</sup> FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). *Déficit Habitacional no Brasil*, 2022. Disponível em: <https://fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

habitacional, frequentemente inacessíveis àqueles que possuem restrições de crédito. Além disso, o elevado custo dos imóveis e do solo urbano, que funcionam como mercadorias e ativos financeiros em um mercado sem regulação, torna a habitação formal ainda mais inacessível para a população de baixa renda. Esse panorama favorece o surgimento e a expansão de ocupações informais, em áreas denominadas "ilegais/informais" nos centros das cidades, onde a ausência de serviços essenciais e de infraestrutura adequada é comum. Nessas áreas, os moradores frequentemente enfrentam graves riscos ambientais, como deslizamentos e enchentes, que colocam em perigo suas vidas e bens. Ademais, a segurança pública é geralmente limitada às áreas "legais" da cidade, o que intensifica a vulnerabilidade das populações que residem em ocupações informais. Essa segregação urbana contribui para a perpetuação da desigualdade socioespacial, aprofundando o ciclo de exclusão e precariedade que caracteriza as grandes cidades brasileiras.

Segundo Maricato<sup>46</sup>, esse cenário reflete uma realidade alarmante, cujas consequências são profundas e expõem a configuração espacial das cidades, entregue aos interesses privados e à intervenção estatal aparelhada ao mercado. Historicamente, o Estado se aliou ao setor imobiliário, utilizando essa relação para fins eleitorais e fortalecimento político, enquanto o agente privado é impulsionado exclusivamente pela busca do lucro. Nesse jogo de definição do espaço urbano, o aparato estatal desempenha um papel crucial ao legitimar a atuação dos mercados no território urbano, delegando ao setor privado a responsabilidade pela regulação da cidade. Essa dinâmica gera contradições significativas: enquanto o capital privado direciona suas ações para a maximização dos lucros, os interesses públicos, como a promoção de qualidade de vida e o desenvolvimento equitativo do espaço urbano, são relegados a um segundo plano. Assim, a cidade se estrutura sob uma lógica que não prioriza o bem-estar dos seus habitantes, mas sim o valor financeiro dos terrenos e edificações. Essa falta de regulação e a prevalência dos interesses econômicos sobre os sociais intensificam a desigualdade urbana e agravam a precariedade habitacional, evidenciando o fracasso de uma organização espacial orientada apenas pela lógica do mercado.

Assim, alguns delineamentos desde já podem ser feitos, do que já foi visto até então, quais sejam: as políticas públicas em moradia devem ir além dos processos de financeirização; há uma urgência na regulamentação da terra, associada à necessidade de redução da especulação imobiliária; as políticas públicas para as camadas mais baixas da população não devem ser as mesmas do que para as camadas médias e altas; as políticas públicas devem levar em consideração e privilegiar o gênero feminino, bem como conceder especial atenção aos casos de vulnerabilidades atingidas pela interseccionalidade; as políticas públicas devem buscar reduzir a problemática da segregação social nas cidades.

Existem várias ações possíveis para um acesso à moradia adequada, que não são exploradas pelas políticas públicas, principalmente ao se identificar os problemas mais latentes em déficit habitacional e inadequação da moradia. Os problemas com lares que apresentam ao menos um quesito de inadequação ocorre em domicílios onde a renda é menor do que um salário-mínimo (12 milhões), dos quais 60% são chefiados por mulheres e 53% têm como responsáveis principais indivíduos não-brancos.<sup>47</sup> Ademais, o déficit atinge predominantemente o comprometimento da renda com o pagamento de aluguel, e também atinge pessoas mais pobres e lares chefiados por mulheres.

Pensar novas formas de garantir o acesso à moradia e de resolver problemas na infraestrutura urbana envolve: pensar em hipóteses como a ampliação de programas de moradia popular, como o Minha Casa Minha Vida, principalmente para a Faixa 1<sup>48</sup> (ainda que não como único meio de promover o acesso à moradia);

<sup>46</sup> MARICATO, E. *Para entender a crise urbana*, Expressão popular, São Paulo 2015. p. 17-18.

<sup>47</sup> FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). *Déficit Habitacional no Brasil*, 2022. Disponível em: <https://fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>48</sup> Famílias com renda mensal bruta até R\$ 2.640,00, para habitações urbanas, de imóveis subsidiados com recursos do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) ou Fundo de



incentivar Parcerias Público-Privadas para desenvolver projetos habitacionais para famílias de baixa renda; facilitar a regularização de terrenos ocupados ilegalmente; investir na revitalização de favelas; primar pelo desenho de políticas que apliquem a função social da propriedade; implementar políticas tributárias para desencorajar a especulação imobiliária; oferecer subsídios para a reforma de moradias para famílias de baixa renda; garantir o acesso universal aos serviços de água potável, esgoto, coleta de lixo e transporte público; transformar prédios e casa abandonadas em habitações populares; promover construções sustentáveis para reduzir custos a longo prazo, entre outras propostas.

#### **4. A judicialização do direito à moradia e os litígios estruturais: para repensar a tutela adequada**

##### **4.1. A judicialização do direito à moradia no Brasil**

Como delineado, os direitos sociais são, em geral, previstos de forma concisa nas constituições, cabendo à legislação infraconstitucional detalhar seu conteúdo e assegurar sua efetividade. No entanto, o legislativo, movido por interesses políticos, frequentemente deixa de conferir substância concreta a esses direitos. Além disso, as políticas públicas voltadas para sua implementação mostram-se, em diversos casos, insuficientes ou mal estruturadas. Diante dessa omissão, recorre-se ao Poder Judiciário, especialmente às Cortes Constitucionais e Supremas, para que definam e concretizem o conteúdo desses direitos, desempenhando, assim, um papel fundamental na proteção e promoção dos direitos sociais em contextos de inércia legislativa e falhas administrativas.

No final do século XX ocorre uma expansão da atuação do Poder Judiciário. Nesse ínterim, observa-se, a partir do final do século XX, uma ampliação significativa do seu campo de atuação. Essa expansão se deve a dois principais fatores: o primeiro é a transformação do sistema jurídico em um sistema de matriz constitucionalista, ocorrida na metade do século XX; o segundo é a evolução do sistema político impulsionada pelo desenvolvimento do Estado social. Essas mudanças, inseridas em um contexto de globalização, impactaram diversos países, conduzindo as Cortes a assumir papéis que anteriormente eram exclusivos do poder constituinte ou do legislador ordinário.<sup>49</sup> As Cortes passaram a interpretar normas constitucionais e exercer funções quase legislativas ao complementar lacunas deixadas pelo texto normativo. Nesse cenário, a ampliação do acesso à justiça intensifica a quantidade e a complexidade das demandas submetidas aos tribunais, que frequentemente envolvem extensos debates sobre direitos fundamentais, muitas vezes negligenciados pelos demais poderes. A atuação judicial na efetivação desses direitos, assim, responde a uma necessidade de proteção social, suprindo omissões legislativas e proporcionando uma salvaguarda para direitos que, sem essa intervenção, poderiam jamais sair do papel.

A Constituição de 1988 reflete essa mudança, ao prever um amplo rol de direitos fundamentais e uma série de ações e remédios que concederam ao Judiciário a prerrogativa de controlar a (in)constitucionalidade das normas. Todo esse contexto acabou por fortalecer o papel desse poder, que passou a resolver conflitos cada vez mais complexos envolvendo direitos humanos, muitas vezes em decorrência da omissão inconstitucional dos demais poderes.

---

Desenvolvimento Social (FDS) (BRASIL. Caixa Econômica Federal, *Minha Casa, Minha Vida* - Faixa I, 2024c. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/faixa-I/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 11 ago. 2024).

<sup>49</sup> FACCHINI NETO, E. "O Protagonismo do judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões", *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n.1, p.89-132, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/12788>. Acesso em: 11 ago. 2024. p. 94-95.

Por muito tempo, o direito à moradia sequer foi objeto de judicialização no Brasil e, segundo Valle<sup>50</sup>, há três vetores que podem ser destacados para explicar essa realidade. O primeiro deve-se à ausência de parâmetros relativos à definição do conteúdo do direito à moradia, bem como não há listagem das características que devem ser seguidas por uma política pública destinada a fornecer o direito à moradia, o que dificulta a judicialização para fins prestacionais. Dessarte, alguns despejos são resolvidos com medidas compensatórias, acionadas via litígio individual, porém, nessa hipótese, não se soluciona um problema estrutural, tendo em vista que o efeito normalmente é o deslocamento dos removidos para outra ocupação irregular, com a possibilidade de repetição do fenômeno da remoção.<sup>51</sup>

Quanto ao segundo vetor, o Estado é quem, no mais das vezes, promove uma ação ordenada à remoção, seja orientada à construção de obra pública, para a retomada do espaço público, ou como força do poder de polícia, para a proteção ambiental ou para a remoção de áreas de risco. Coloca-se a questão acerca do agir da administração, sob pena de confundir-se a proteção constitucional à moradia com o dever de assistência e novamente a falta de abordagem ou resposta jurídica abre um cenário cinzento sobre a solução adequada.<sup>52</sup>

Quanto ao terceiro vetor, a simples inclusão no Art. 6º não esclarece quem é o responsável primário pela tutela do direito à moradia. Da leitura do Art. 23, IX, da CF, a lógica é que, tendo a Constituição conferido competência aos entes federados para promover programas de construção de moradias, a responsabilidade seria compartilhada, o que parte da jurisprudência tem cunhado de "solidariedade social", no sentido de reconhecer objetividade e opor-se à subjetividade judicial. Entretanto, tais conceitos também padecem de indeterminação.<sup>53</sup>

Por esse motivo, o maior índice de judicialização do direito à moradia é como "escudo", ou seja, para proteção das pessoas sob ameaça ou já despejadas em ações possessórias, do que como forma de "espada", ou seja, para acionar a prestação do direito: não é prática, no Brasil, a judicialização do direito à moradia visando a prestação "positiva" do direito (efetivação de políticas, exigir do Estado, criação de novas políticas, etc., combate ao racismo e gentrificação).

#### 4.2. Litígio estrutural e direito à moradia

Segundo França<sup>54</sup>, litígios estruturais são situações reais e dinâmicas que envolvem, usualmente, a violação massiva e reiterada de direitos fundamentais, tendo como principais características a: complexidade, policentria, imbricação de direitos, prospectividade e difícil resolução.

---

<sup>50</sup> VALLE, V.R.L. *Desproteção judicial do direito à moradia: desafios trazidos pela empiria e caminhos de solução*. 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/35413058/PROTECAO\\_JUDICIAL\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_MORADIA\\_DE\\_SAFIOS\\_TRAZIDOS\\_PELA\\_EMPIRIA\\_E\\_CAMINHOS\\_DE\\_SOLUCAO\\_JUDICIAL\\_PROTECTION\\_OF\\_HOUSING\\_RIGHTS\\_CHALLENGES\\_FROM\\_THE\\_CASE\\_LAW\\_AND\\_POSSIBLE\\_APPROACHES](https://www.academia.edu/35413058/PROTECAO_JUDICIAL_DO_DIREITO_A_MORADIA_DE_SAFIOS_TRAZIDOS_PELA_EMPIRIA_E_CAMINHOS_DE_SOLUCAO_JUDICIAL_PROTECTION_OF_HOUSING_RIGHTS_CHALLENGES_FROM_THE_CASE_LAW_AND_POSSIBLE_APPROACHES). Acesso em: 3 mar. 2024.

<sup>51</sup> VALLE, V.R.L. "Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective", *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 67-102, maio/ago 2014. p. 88-89.

<sup>52</sup> VALLE, V.R.L. *Desproteção judicial do direito à moradia: desafios trazidos pela empiria e caminhos de solução*. 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/35413058/PROTECAO\\_JUDICIAL\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_MORADIA\\_DE\\_SAFIOS\\_TRAZIDOS\\_PELA\\_EMPIRIA\\_E\\_CAMINHOS\\_DE\\_SOLUCAO\\_JUDICIAL\\_PROTECTION\\_OF\\_HOUSING\\_RIGHTS\\_CHALLENGES\\_FROM\\_THE\\_CASE\\_LAW\\_AND\\_POSSIBLE\\_APPROACHES](https://www.academia.edu/35413058/PROTECAO_JUDICIAL_DO_DIREITO_A_MORADIA_DE_SAFIOS_TRAZIDOS_PELA_EMPIRIA_E_CAMINHOS_DE_SOLUCAO_JUDICIAL_PROTECTION_OF_HOUSING_RIGHTS_CHALLENGES_FROM_THE_CASE_LAW_AND_POSSIBLE_APPROACHES). Acesso em: 3 mar. 2024. p. 11.

<sup>53</sup> VALLE, V.R.L. "Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective", *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 67-102, maio/ago 2014. p. 12-14.

<sup>54</sup> FRANÇA, E.P.C. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Thoth, Londrina, 2024. p. 63.

A complexidade diz respeito ao fato de que, em litígios estruturais, não é possível encontrar, de antemão, a solução para a violação massiva e reiterada a direitos fundamentais que se busca superar.<sup>55</sup> É necessário, ao revés, passar por um período experimental no qual diversas medidas são testadas e avaliadas até que o caminho para superar ou mitigar o litígio seja, de fato, trilhado. Desse modo, pode-se dizer que a característica da complexidade faz com que nenhuma das ações realizadas para superar litígios estruturais seja garantia de sucesso, uma vez que não existe linearidade entre causa e efeito ou entre intervenção e retorno.<sup>56</sup>

A policentria, por sua vez, diz respeito à existência de diversos centros de interesse que merecem proteção.<sup>57</sup>

A imbricação de direitos significa que, em litígios estruturais, por mais que exista um direito que esteja sendo violado de forma mais evidente, outros direitos, ainda que em caráter secundário, também estão sendo violados em uma proporção semelhante ou ainda maior, razão pela qual diz-se existir uma violação massiva e reiterada a direitos fundamentais e não a um direito fundamental em específico.<sup>58</sup>

Por fim, a ideia de difícil resolução está vinculada ao fato de que todas as características elencadas acima demonstram que litígios estruturais dificilmente são erradicados, pois não é raro que representem violações a direitos que se perpetuam por décadas e estão arraigadas no âmago de uma determinada sociedade, fazendo com que a sua superação seja quase utópica.<sup>59</sup> Assim, é possível que esses litígios jamais sejam completamente resolvidos, ainda que existam ganhos na proteção de direitos das vítimas. Mesmo sendo difícil pensar na completa mudança da realidade transgressora de direitos fundamentais, “[...] qualquer avanço no campo de proteção a direitos humanos e fundamentais vale a pena, independentemente dos esforços que precisem ser executados”.<sup>60</sup>

Os litígios estruturais, quando chegam ao Poder Judiciário, devem ser resolvidos, preferencialmente, por meio de processos estruturais, que são aqueles cujo propósito é transformar um “estado A”, violador de direitos fundamentais, em um “estado B”, no qual esses direitos são assegurados. O processo estrutural ocorre quando: 1) o magistrado reconhece o caráter estrutural da ação; e 2) medidas estruturais<sup>61</sup> são prolatadas (não de forma unilateral pelo magistrado, mas sim de modo dialogado entre ele e os demais atores envolvidos).<sup>62</sup>

Um mecanismo fundamental para que processos desse cariz sejam exitosos é o monitoramento judicial, cujo intuito é fiscalizar a execução do plano estrutural. A retenção da jurisdição sobre o caso permite um constante diagnóstico das medidas

---

<sup>55</sup> FRANÇA, E.P.C. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Thoth, Londrina, 2024. p. 63.

<sup>56</sup> ARENHART, S.C.; OSNA, G.; JOBIM, M.F. *Curso de Processo Estrutural*, Thomson Reuters, São Paulo, 2021. p. 63.

<sup>57</sup> VITORELLI, E. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*, Juspodium, Salvador, 2020. p. 56.

<sup>58</sup> FRANÇA, E.P.C. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Thoth, Londrina, 2024. p. 66.

<sup>59</sup> FRANÇA, E.P.C. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Thoth, Londrina, 2024. p. 66.

<sup>60</sup> FRANÇA, E.P.C. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Thoth, Londrina, 2024. p. 67.

<sup>61</sup> Nesse sentido, medidas estruturais: “São medidas que devem ser formuladas por meio de um diálogo entre o magistrado e as partes envolvidas no processo estrutural, devendo levar em consideração as reais necessidades do caso concreto [...] não são inflexíveis, pois como buscam pôr fim a litígios estruturais, que são dinâmicos, precisam ser constantemente revisitadas, a fim de que as medidas que lograram êxito sejam mantidas ou aperfeiçoadas e que as medidas ineficazes sejam reformuladas ou descartadas” (FRANÇA, E.P.C. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Thoth, Londrina, 2024. p. 25).

<sup>62</sup> FRANÇA, E.P.C. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Thoth, Londrina, 2024. p. 25.

implementadas para que revisões periódicas sejam realizadas e, caso necessário, as medidas sejam ajustada para o alcance de um estado de coisas ideal.<sup>63</sup>

Landau<sup>64</sup> propõe haver uma estreita relação entre o tipo de remédio usado pelas Cortes e a identidade dos beneficiados pela intervenção. A judicialização individual/tradicional, consoante expõe, não tem o condão de alterar o comportamento burocrático e afeta grupos de classe média; as tutelas negativas, de defesa, também alcançam o mesmo grupo, e manterão o "status quo"; a tutela estrutural, por sua vez, tem o condão de alterar a prática burocrática e pode atingir grupos subalternizados.<sup>65</sup>

O juiz, no processo estrutural, atua como um catalisador da transformação social, provocando o desbloqueio das instâncias políticas e realizando a mediação entre as partes, podendo, ademais, fomentar o diálogo entre o sistema de justiça, as partes, especialistas na temática e o grupo vitimado. A postura do magistrado, portanto, é de articulador<sup>66</sup>, podendo ser intitulada, também, de uma postura ativista dialógica<sup>67</sup>.

Apesar disso, nem sempre os atores envolvidos na resolução do litígio estrutural sub judice desejam cooperar. Quando o requerido apresentar resistência à reestruturação pretendida e a tentativa de diálogo não lograr êxito, é possível que o magistrado adote uma postura mais forte, utilizando estratégias que obriguem o demandado a cumprir com as tarefas necessárias para a mitigação ou erradicação do litígio estrutural, .

Desse modo, a postura judicial, em um plano ideal, pode oscilar entre dialógica e rígida.

A tutela estrutural enfrenta desafios particulares, pois envolve a reinterpretção e adaptação de mecanismos processuais tradicionais. Essa abordagem, apesar de não ser completamente nova<sup>68</sup>, visa enfrentar problemas sistêmicos e complexos que resultam na inefetividade de direitos fundamentais historicamente negligenciados.

No Brasil, os litígios e processos estruturais têm ganhado espaço tanto no desenvolvimento acadêmico quanto no âmbito do Poder Judiciário, especialmente nos últimos dez anos, quando iniciam os primeiros estudos no Brasil. O Supremo Tribunal Federal (STF) recentemente consolidou uma posição crucial ao delinear os limites da intervenção do Judiciário em políticas públicas, tema central dos litígios estruturais, ao reconhecer que o Judiciário pode e deve intervir quando há ausência ou prestação inadequada de políticas públicas, sem que isso represente uma violação

---

<sup>63</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; FRANCO, D.R. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores Buenos Aires, 2015. p. 65-6. p. 28-31.

<sup>64</sup> LANDAU, D. "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1774914](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1774914). Acesso em: 15 ago. 2024. p. 202.

<sup>65</sup> LANDAU, D. "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1774914](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1774914). Acesso em: 15 ago. 2024. p. 202.

<sup>66</sup> Nesse sentido, ver: Lima e França (FRANÇA, E.P.C.; LIMA, F.D.S. "Processo coletivo, estrutural e dialógico: o papel do juiz-articulador na interação entre os partícipes na ação civil pública" *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 21, n. 84, p. 169-198, 2021).

<sup>67</sup> Sobre a temática, ver: Lima e França (FRANÇA, E.P.C.; LIMA, F.D.S. "Ativismo dialógico x bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da Sentencia T-025/04 da Corte Colombiana." *Revista Argumenta*, n. 31, p. 209-243, 2019).

<sup>68</sup> Surge a partir da proposta de Owen Fiss, nos final dos anos 70 (FISS, O. "Foreword: the forms of justice", *Harvard Law Review*, v.93, n.1, p. 1-58, 1979. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers). Acesso em: 15 ago. 2024).

à separação de poderes. Essa postura permite que o Judiciário "aponte as finalidades a serem alcançadas e determine à Administração Pública que apresente um plano e/ou meios adequados para atingir o resultado desejado"<sup>69</sup>. Ainda nesse sentido, de forma inovadora, já em estágio de finalização, está sendo elaborado um anteprojeto de lei desenvolvido por uma comissão de juristas que busca regulamentar formalmente o processo estrutural no Brasil.<sup>70</sup>

Apesar do avanço no que concerne aos processos estruturais no país, o direito à moradia no Brasil, conforme apontado no tópico anterior, raramente é judicializado como "espada", mas mais comumente como "escudo". Em outras palavras, dificilmente chegam ao Poder Judiciário brasileiro ações estruturais que visem à reestruturação ou à implementação de políticas públicas para garantir o direito à moradia de forma adequada. Essa realidade contrasta com a gravidade dos problemas habitacionais enfrentados pelo país, também já abordados neste texto. Em vez de buscar intervenções transformadoras, a judicialização do direito à moradia no Brasil ocorre, na maioria das vezes, como uma tentativa de proteção contra violações individuais ou ameaças de perda de moradia, sem provocar mudanças substanciais nas políticas públicas subjacentes.

Desse modo, o próximo tópico tem o intuito de apresentar casos estrangeiros envolvendo o direito à moradia. Em tais situações, observa-se, de forma inovadora, a substantivação e a defesa desse direito pelo Poder Judiciário em resposta à inércia dos demais poderes, ainda que nem sempre a intervenção do magistrado seja capaz de provocar os efeitos materiais desejados. Esses casos revelam uma atuação judicial inovadora, de modo que o Judiciário é chamado não apenas a proteger o direito à moradia, mas também a contribuir para a sua concretização, suprimindo lacunas deixadas pelo legislativo e pelo executivo e reafirmando o compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais.

## **5. Análise de casos**

Os países selecionados para a análise de caso são Índia, Estados Unidos, África do Sul e Colômbia, cada um com suas particularidades no campo do direito à moradia. Na Índia, o êxodo rural levou milhares de pessoas aos centros urbanos sem qualquer política de acolhimento ou proteção contra remoções forçadas. Nos Estados Unidos, o debate em torno da moradia está fortemente marcado pelo racismo estrutural. Na África do Sul, a falta de políticas públicas para habitação é o principal impulsionador dos litígios relacionados ao direito à moradia. Já na Colômbia, o deslocamento forçado devido aos conflitos paramilitares levou o Judiciário a buscar soluções para a crise habitacional enfrentada pelos deslocados. Esses contextos ilustram diferentes desafios que impulsionaram o Poder Judiciário a intervir na proteção e efetivação do direito à moradia em diferentes circunstâncias.

### **5.1. Índia: Caso Olga Tellis (Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council, 1981)**

O Caso Olga Tellis representa o primeiro grande marco na judicialização do direito social à moradia, estabelecendo um precedente significativo para a proteção de pessoas em situações de despejo. Até então, não havia discussões consistentes,

---

<sup>69</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 684612 - Tema 698*. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Trânsito em julgado em 17 nov 2023. Acesso em: 11 nov 2024.

<sup>70</sup> SENADO FEDERAL (Brasil). *Comissão de juristas aprova anteprojeto de lei sobre processo estrutural*. Brasília: Agência Senado, 31 out. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/10/31/comissao-de-juristas-aprova-anteprojeto-de-lei-sobre-processo-estrutural>. Acesso em: 11 nov 2024.

seja no âmbito internacional ou nacional, sobre a proibição e regulamentação das remoções forçadas. Esse julgamento pioneiro não apenas introduziu um debate jurídico essencial, mas também impulsionou a criação de diretrizes para assegurar os direitos das pessoas afetadas por despejos, oferecendo uma base normativa para futuras ações judiciais e políticas públicas nesse campo.

O intenso êxodo rural na Índia, combinado com a escassez de recursos financeiros e a esperança de oportunidades de trabalho, levou muitas pessoas a instalarem moradias improvisadas nas ruas das cidades. A remoção forçada desses indivíduos já era uma prática recorrente; no entanto, em 1981, uma decisão administrativa ampliou essa política, autorizando a remoção de todos os ocupantes, a destruição de seus pertences e até mesmo seu retorno, de forma obrigatória, às cidades nas quais moravam anteriormente. Apesar dessas medidas, muitos dos removidos retornavam, reassentando-se em novos locais nas ruas, em uma tentativa de resistir à exclusão urbana e buscar alternativas de sobrevivência.<sup>71</sup>

O problema das remoções forçadas foi levado à Suprema Corte através de uma petição de interesse público (*Public Interest Litigation* - PIL) assinada por várias pessoas afetadas pelo despejo, incluindo a jornalista Olga Tellis, cujo nome tornou-se sinônimo do caso. Olga Tellis foi uma das jornalistas que acompanhou e relatou cada etapa do processo, destacando-se por sua cobertura detalhada e pelo papel fundamental que desempenhou na sensibilização pública sobre as implicações dos despejos forçados.<sup>72</sup> Na época, o direito indiano não protegia o direito à moradia, de modo que, na petição, foi reclamado que o despejo violaria sobretudo o direito à vida, uma vez que esses indivíduos não tinham acesso a qualquer tipo de trabalho para garantir a sua subsistência. Postularam o oferecimento de moradia alternativa ou indenização.

A Suprema Corte da Índia decidiu que o direito à vida, garantido pelo Artigo 21 da Constituição Indiana, inclui o direito ao sustento. A Corte reconheceu que a remoção forçada de moradores de rua e favelas sem a devida reabilitação violaria esse direito fundamental. Junto com a decisão de declaração do direito, a Corte determinou que: (i) aqueles que apresentassem cédula censitária de 1976 tivessem lugar para morar, protegendo o direito à permanência de moradores já registrados; (ii) favelas com 20 anos ou mais de existência não fossem despejadas, com exceção daquelas que representassem terras necessárias para a concretização fins públicos (e, nesses casos, um assentamento alternativo deveria ser fornecido) e (iii) a priorização da realocação de pessoas, assegurando alternativas habitacionais adequadas. O Tribunal reconheceu que a ação de despejo forçado dos moradores, em uma via pública, sem proporcionar um local alternativo para que pudessem habitar e assegurar sua subsistência, era ilegal.<sup>73</sup>

A decisão declaratória da Corte, que reconheceu um cenário de violação de direitos, não tomou como base o direito à moradia, a despeito de tê-lo substantivado, mas tomou como base o direito à vida, ao considerar, com base em dados, que a maioria das pessoas removidas possuíam trabalhos na cidade, e a partir do despejo seu meio de subsistência e sobrevivência foi afetado. É muito comum, ainda hoje, que se protejam direitos de cunho social, como a moradia, sob o pretexto de se estar protegendo um direito civil, como a vida, por ser juridicamente mais fácil de efetivar e defender.

No caso, porém, foi reconhecido um direito de proteção que as pessoas possuíam contra o Estado, ou seja, o direito de que, considerando determinados parâmetros, a remoção forçada não poderia acontecer; mas não foi reconhecida a obrigação do Estado de prover políticas públicas para as pessoas removidas ou que

---

<sup>71</sup> ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002. p. 192-194.

<sup>72</sup> ÍNDIA. Corte Constitucional. *Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council*, 1985. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/709776/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>73</sup> ÍNDIA. Corte Constitucional. *Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council*, 1985. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/709776/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

enfrentavam problemas relativos à inadequação da moradia, dentre as quais, destaca-se, muitas eram crianças e idosos.

No caso, também, a administração foi ouvida principalmente no âmbito processual, através de petições e defesas formais apresentadas durante o curso judicial. Não houve a realização de audiências públicas ou fóruns de consulta aberta que envolvessem diretamente a população afetada ou o público em geral. A decisão, portanto, foi baseada nas alegações e provas documentais apresentadas, sem a ampla consulta participativa que poderia incluir diretamente a voz dos afetados, além dos seus representantes legais.<sup>74</sup>

Como a decisão foi proferida pela Suprema Corte da Índia, a decisão teve alcance nacional, aplicando-se a todo o território indiano. Embora o caso tenha surgido a partir de uma situação específica em Bombaim (Mumbai), as decisões da Suprema Corte da Índia estabelecem precedentes obrigatórios para todo o país. Dessa forma, o entendimento da Corte sobre o direito ao sustento como parte integrante do direito à vida, bem como as diretrizes para remoções e realocação de moradores, serviram como padrão para casos futuros em outras regiões da Índia.

Consequentemente, a despeito de se tratar de decisão audaz para a época, a Corte não estabeleceu um diálogo com administração ou com a população, de forma que a decisão proferida pelo Tribunal foi, sobretudo, de cunho impositivo e vinculativo.

Logo, a solução ofertada pelo Tribunal, mesmo que inovadora, não alcançou todos os vulnerabilizados. Permaneceram desprotegidos aqueles moradores que não possuíam o censo de 1976 como prova de residência, ou seja, todos aqueles que se estabeleceram nas favelas após essa data. Além disso, a decisão também não protegeu aqueles que residiam em áreas não reconhecidas ou em terrenos considerados essenciais para projetos públicos, onde, embora houvesse uma recomendação de realocação, essa garantia não era absoluta e dependia da disponibilidade de alternativas habitacionais.

Ademais, a ordem do tribunal não foi acompanhada de uma jurisdição supervisora para análise do cumprimento. Por esta razão, não foi instituída uma obrigação legal de fornecer aos despejados espaços alternativos para habitarem.<sup>75</sup> Naquela época, predominava uma visão de que não caberia ao tribunal instruir a ação dos demais poderes. Dessa forma, continuaram a ocorrer despejos ilegais e o deslocamento de pessoas para assentamentos precários, sem qualquer tipo de serviços básicos.

O litígio estrutural em moradia na Índia foi marcado por um avanço na substantivação do direito à moradia na Índia. Entretanto, o modelo processual adotado pelo Tribunal, considerando a complexidade do caso, deveria ter como base um maior diálogo com a administração e os afetados. Ademais a decisão deveria ter sido supervisionada pelo Tribunal, razão pela qual sua efetividade foi limitada. De conclusão similar comunga Young<sup>76</sup>, para quem o caso *Olga Tellis* foi um caso de insucesso envolvendo litígios estruturais na Índia, uma vez que não foi implementado um plano de ação a partir da decisão, com prazos e com posterior monitoramento por parte da Corte.

---

<sup>74</sup> ÍNDIA. Corte Constitucional. *Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council*, 1985. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/709776/>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>75</sup> LANGFORD, M. "Justiciable and Aspirational Economic and Social Rights in National Constitutions" In: SEN, A.; YOUNG, K. *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019. p. 66-109. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/future-of-economic-and-social-rights/2C2C20AE05EC2C48FB2807739843D610>. Acesso em: 3 mar. 2024. p. 107-108.

<sup>76</sup> YOUNG, K.G. *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, 2012. p. 323.

## 5.2. Estados Unidos (United States vs. City of Yonkers, 1980)

Embora a população americana desfrute de um maior conforto econômico em comparação com muitos outros países, essa realidade não é compartilhada por todos. Uma parcela significativa da população enfrenta condições de precariedade, e essa situação se agrava em um contexto de interseccionalidade, particularmente entre pessoas negras e de baixa renda. Como é amplamente reconhecido, os Estados Unidos possuem um histórico de racismo e escravidão que ainda hoje sustenta um quadro de segregação racial, visível em várias esferas da vida social. No âmbito habitacional, isso se traduz em uma clara separação entre bairros predominantemente negros e brancos, reforçando desigualdades de acesso à moradia adequada. Assim, problemas de falta de moradia e condições habitacionais inadequadas persistem mesmo em um dos locais mais economicamente desenvolvidos do mundo, revelando a existência de disparidades que afetam de forma desproporcional as minorias raciais<sup>77</sup> e socioeconômicas.

O Caso Estados Unidos vs. Cidade de *Yonkers*<sup>78</sup>, que ocorreu em 1980, reflete as nuances dessa realidade social. Pessoas negras e pobres que buscavam financiamento federal para adquirir a moradia própria foram, por anos, direcionadas para moradias localizadas em conjuntos habitacionais em bairros segregados da cidade, enquanto outras áreas, de melhor qualidade urbana, permaneceram predominantemente brancas. O Município concentrou a construção de conjuntos habitacionais na parte sudoeste da cidade, de modo que cerca de 80% da população negra vivia em um bairro, o qual, por sua vez, agrupava 30% da população geral.

A questão central da segregação habitacional nos Estados Unidos, além de revelar as marcas profundas do racismo e da aporofobia, especialmente no contexto de conjuntos habitacionais, reside nas disparidades na prestação de serviços públicos. Serviços essenciais e universais, como educação, saúde, transporte e infraestrutura urbana, são predominantemente concentrados nas áreas "brancas" da cidade. Em contraste, as áreas segregadas, habitadas majoritariamente por comunidades negras e de baixa renda, recebem serviços de qualidade inferior, perpetuando um ciclo de exclusão e desigualdade. Essa desigual distribuição de recursos reflete uma divisão estrutural que não apenas marginaliza esses bairros, mas também compromete o acesso dessas comunidades a oportunidades e direitos básicos, acentuando a injustiça social e econômica.

Pela segregação racionalizada operada pela cidade de *Yonkers*, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos processou o Município, alegando que suas políticas habitacionais perpetuavam a segregação racial e violavam a Lei dos Direitos Civis de 1968, que proíbe a discriminação habitacional (*Fair Housing Act*). O *Fair Housing Act*<sup>79</sup> ou "Lei de Habitação Justa" é uma legislação que visa eliminar a discriminação na habitação, promulgada no Título VIII da Lei dos Direitos Civis de 1968. A legislação proíbe a discriminação na venda, aluguel e financiamento de moradias com base em raça, cor, origem nacional, religião, sexo, estado familiar e deficiência.

O caso *Yonkers* se desenvolveu em quatro fases distintas. A primeira foi a fase de pré-julgamento (1980-1982), durante a qual foram reunidas provas e argumentos iniciais. Em seguida, ocorreu a fase de julgamento (1983-1985), na qual o caso foi formalmente analisado e decidido. A terceira fase foi a recursal (1985-1989), em que foram realizados os recursos e revisões da decisão no tribunal. Finalmente, a quarta fase foi a de cumprimento contínuo (compliance), durante a qual foram

---

<sup>77</sup>Minorias aqui entendidas em um sentido qualitativo, e não meramente quantitativo.

<sup>78</sup> CIVIL RIGHTS LITIGATION. *United States v. City of Yonkers*, 880 F. Supp. 212, 1985-2007, Disponível em:

<https://www.clearinghouse.net/detail.php?id=11075&search=source%7Cgeneral%3BcaseCat%7CSD%3Borderby%7CfilingYear%3B>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>79</sup> UNITED STATES OF AMERICA (USA). *Fair Housing Act*. 1968. Disponível em: <https://www.justice.gov/crt/fair-housing-act-1> Acesso em: 11 ago. 2024.



implementadas e monitoradas as ações ordenadas pela corte para assegurar o cumprimento das determinações judiciais ao longo do tempo.<sup>80</sup>

Considerando que a solução do litígio estrutural poderia ser resolvida com menos danos para ambas as partes pela via negocial, em 1982 o juiz Leonard B. Sand nomeou um negociador para facilitar o entendimento entre o Estado e os envolvidos no litígio. Entretanto, não foi possível chegar a um acordo extrajudicial, e em 1985 sobreveio o julgamento de procedência. O Tribunal do Distrito Sul declarou a existência de discriminação habitacional intencional realizada pelo Município e ordenou que a construção de 200 habitações subsidiadas pelo governo em áreas estratégicas que permitissem a integração racial e econômica. Exigiu também que a cidade implementasse políticas de habitação justa para garantir acesso igualitário à moradia, independentemente de raça, cor, religião ou origem nacional e determinou que fossem estabelecidos mecanismos de monitoramento e fiscalização para garantir o cumprimento das medidas e evitar futuras práticas discriminatórias.<sup>81</sup>

Durante um período que se estendeu até 1990, houve um grande problema na efetivação da decisão, pois o Município se negava a cumprir a determinação judicial. Essa negativa escondia a perversa visão de que colocar pessoas negras e pobres em bairros de classe média seria uma ameaça para a segurança pública e para os valores da propriedade. Pelo descumprimento, foram cominadas multas judiciais ao Município, assim como àqueles políticos que eram responsáveis pela determinação do cumprimento da ordem. Também, em 1987, o juiz proibiu a cidade de vender ou transferir qualquer um dos seus terrenos e promover o desenvolvimento comercial e residencial até que a cidade cumprisse a ordem de dessegregação. Sob o impacto da proibição, quatro grandes projetos foram afetados: dois empreendimentos de escritórios, um shopping center e 200 unidades de habitação de luxo.<sup>82</sup>

A atuação judicial na cominação das multas, principalmente as individuais, e o impedimento do desenvolvimento de projetos locais foi alvo de muita polêmica e crítica, pois muitos defendiam que a atuação do Judiciário havia extrapolado o razoável e adentrado no campo da discricionariedade e mérito administrativo. Esse é, inclusive, um debate inerente à discussão sobre as medidas estruturais, pois há diferentes correntes que falam sobre as formas de atuação do judiciário: alguns defendem que as medidas estruturais devem ser apenas no formato *weak-form* (ordens mandamentais fracas, sem cominação de multa e coerção), enquanto outros defendem que a *strong-form* é necessária (fortes, com a adoção de mecanismos de coerção para efetivar os mandamentos do tribunal).

Em 1988, depois de tentativa de conciliação, o Tribunal emitiu a determinação para que o Município adotasse um plano para a efetivação da ordem de dessegregação e construção de moradias, o que incluía a adoção de uma legislação adequada para tanto. A ordem concedia ampla discricção ao Município para gerenciar as políticas, a despeito do teor mandamental. A ordem foi então aceita pelo Município, mas não sob pouca pressão, pois vinha sofrendo com as multas anteriormente cominadas, e também pelo modo como o caso estava afetando o desenvolvimento econômico da cidade.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> CIVIL RIGHTS LITIGATION. *United States v. City of Yonkers*, 880 F. Supp. 212, 1985-2007, Disponível em: <https://www.clearinghouse.net/detail.php?id=11075&search=source%7Cgeneral%3BcaseCat%7CSD%3Borderby%7CfilingYear%3B>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>81</sup> CIVIL RIGHTS LITIGATION. *United States v. City of Yonkers*, 880 F. Supp. 212, 1985-2007, Disponível em: <https://www.clearinghouse.net/detail.php?id=11075&search=source%7Cgeneral%3BcaseCat%7CSD%3Borderby%7CfilingYear%3B>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>82</sup> ZIMMERMAN, J. F. "Federal Judicial Remedial Power: The Yonkers Case", *Publius*, v. 20, n. 3, p. 45-61, 1990.

<sup>83</sup> ZIMMERMAN, J. F. "Federal Judicial Remedial Power: The Yonkers Case", *Publius*, v. 20, n. 3, p. 45-61, 1990.

O caso foi levado à Suprema Corte americana, que em 1990 que, ao analisá-lo, não adentrou no debate constitucional mais amplo do caso sobre moradia, racismo e segregação habitacional, mas apenas julgou se o Tribunal Distrital abusou do poder discricionário ao impor multa aos políticos que se recusaram a cumprir a ordem de construção das habitações. As multas individuais aos políticos foram suspensas, mas a multa por descumprimento contra a cidade foi mantida.<sup>84</sup>

A cidade cumpriu o requisito das duzentas habitações e a última construção ocorreu em 1994. Em 1998, o Estado de Nova Iorque concordou em pagar mais de dezesseis milhões de dólares para que a cidade alcançasse as metas de dessegregação. Em 2007, todas as reivindicações foram alcançadas. Os termos do acordo exigem que *Yonkers* mantenha 800 unidades habitacionais (previamente estabelecidas como parte do Plano de Longo Prazo de 1988) por 30 anos após as unidades estarem disponíveis; ou seja, até 2037. Dessas, 425 unidades são de propriedade de residentes, enquanto 315 unidades são unidades habitacionais para locação. A cidade é obrigada a monitorar as unidades para garantir a acessibilidade contínua e o cumprimento da ordem de desagregação.<sup>85</sup>

A despeito dos resultados práticos alcançados pelo caso, o litígio acabou se tornando um exemplo paradigmático do poder excessivo dos juízes nos processos estruturais estadunidenses. Com efeito, litígios estruturais logram mais êxito quando envolvem o estabelecimento do diálogo entre os envolvidos, a escuta dos afetados e a adoção de técnicas adequadas para o caso, como o estabelecimento da jurisdição supervisora, prazos, e a adoção de um plano com metas estabelecidas. A emissão de ordens mandamentais, desprovidas de uma interlocução bem sedimentada com os envolvidos, pode afetar profundamente a efetividade da pretensão do processo.

### 5.3. África do Sul (Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom and Others, 1998)

O caso *Grootboom*<sup>86</sup>, semelhante ao caso *Olga Tellis*, apesar de ter ocorrido cerca de uma década depois, expõe uma realidade de remoções forçadas e violentas de famílias em um contexto de ausência de políticas públicas habitacionais para pessoas em situação de vulnerabilidade econômica e social. Na África do Sul, essas remoções forçadas tinham motivações diferentes das observadas na Índia, onde as expulsões estavam associadas ao êxodo rural. No caso sul-africano, mesmo após o apartheid, os resquícios de uma ideologia racista que havia perdurado por décadas continuavam a alimentar um cenário de racismo sistêmico, visível na segregação habitacional e na distribuição desigual das terras.<sup>87</sup> Esse histórico contribuiu para uma divisão espacial e social, onde as populações negras e desfavorecidas enfrentavam constantes ameaças de despejo sem soluções adequadas de reassentamento, evidenciando a persistência de desigualdades estruturais.

O direito à moradia foi invocado no litígio estrutural de *Grootboom* para reduzir os impactos do apartheid e proporcionar uma maior dignidade para as famílias que, ao serem vítimas da remoção forçada, tiveram todos os seus pertencentes destruídos e foram deixadas a própria sorte (cerca de 900 pessoas, dentre as quais 500 crianças, e em sua maioria mulheres e idosos). Após serem despejados,

<sup>84</sup> ZIMMERMAN, J. F. "Federal Judicial Remedial Power: The *Yonkers Case*", *Publius*, v. 20, n. 3, p. 45-61, 1990.

<sup>85</sup> CIVIL RIGHTS LITIGATION. *United States v. City of Yonkers*, 880 F. Supp. 212, 1985-2007, Disponível em: <https://www.clearinghouse.net/detail.php?id=11075&search=source%7Cgeneral%3BcaseCat%7CSD%3Borderby%7CfilingYear%3B>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>86</sup> ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169*, 2000. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>. Acesso em: 3 mar. 2024.

<sup>87</sup> YOUNG, K.G. "The right-remedy gap in economic and social rights adjudication: holism versus separability", *University of Toronto Law Journal*, v.69, n.1, p. 124-149, nov. 2019. p. 132.

buscaram pela via judicial obrigar o governo local e federal a prover abrigo adequado e alojamento provisório até a obtenção de um local permanente.

A recente Constituição Sul Africana, promulgada em 1996, previa no Art. 26 o direito à moradia, enquanto o Art. 28 (c) (1) previa o direito à moradia para crianças. O Tribunal local rejeitou que existisse um direito de provisão de abrigos pelo governo com base no Art. 26, mas aceitou que havia um direito de proteção à moradia para as crianças, e determinou ao Estado a provisão de abrigo para famílias com crianças. Na fase recursal, a Corte Constitucional da África do Sul resolveu não adentrar no debate sobre a substantivação do direito à moradia, mas decidiu analisar o caso sob a ótica do padrão de razoabilidade de políticas públicas.<sup>88</sup>

O padrão de razoabilidade foi uma técnica muito utilizada pelo Tribunal Sul Africano em um ambiente pós-apartheid, com a finalidade de colocar em prática a recente Constituição. Mediante o emprego dessa técnica, considerava-se que pelo menos em algum nível o Tribunal deveria determinar o objetivo prescrito constitucionalmente pelo direito fundamental e avaliar se, na prática, eram perseguidos pelo governo.<sup>89</sup> No caso *Grootboom*, a Corte reconheceu que as políticas de moradia do governo nacional eram coerentes e coordenadas, porém, não protegiam pessoas em situação de vulnerabilidade social extrema, de modo que considerou que o Estado não cumpria as determinações do Art. 26 (2)<sup>90</sup> da Constituição.<sup>91</sup> Nesse norte, a sentença final do litígio determinou ao Estado desenhar e implementar uma política pública para pessoas em situação de vulnerabilidade. Tratou-se de uma ordem de cunho declaratório, pois não previu em seu bojo sanções em face do descumprimento.<sup>92</sup>

Com efeito, o litígio estrutural foi abordado como um verdadeiro problema estrutural, de modo que um caso que versava sobre a remoção de pessoas de uma localidade foi abordado pela Corte como um problema muito maior e complexo, que atingia todas as pessoas do país, e não somente aquele grupo. Mariela Puga<sup>93</sup> alinha essa atuação do Poder Judiciário de “função performativa” que expressa uma atribuição constitucional concedida ao Judiciário para enfrentar os cenários de violação ampla de direitos fundamentais, inclusive ampliando a interpretação do caso - passando de um litígio individual ou coletivo, reconhecendo-o como estrutural, no caso.

Logo, o tribunal compreendeu que o pano de fundo do debate era a ausência de políticas em moradia e, para sanar o problema, determinou ao Estado que criasse legislação específica para garantir o direito à moradia adequada aos mais pobres. Não houve no processo, entretanto, a elaboração de um plano estrutural, a emissão de medidas estruturantes, e nem a jurisdição supervisora, mas sim a determinação

---

<sup>88</sup> ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002. p. 161-162.

<sup>89</sup> BRAND, D. “The Proceduralisation of South African Socio-Economic Rights Jurisprudence, or “What Are Socio-Economic Rights For?” In: BOTHA, H.; VAN DER WALT, A.; VAN DER WALT, J. (eds.). *Rights and democracy in transformative constitution*, Sun Press, South Africa, 2003. p. 33-56. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/188224649.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2024. p. 43-51.

<sup>90</sup> *Housing 26. (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.*

<sup>91</sup> ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002. p. 164-165.

<sup>92</sup> ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169*, 2000. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>. Acesso em: 3 mar. 2024.

<sup>93</sup> PUGA, M. *Litígio Estructural*, 2013, Programa de Doctorado - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013. p. 102-105.

de que o governo apresentasse um programa razoável, abrangente e inclusivo para prover moradia adequada e responder às necessidades das pessoas em maior risco.

Um ano após a sentença, foi aprovado plano para o ingresso das famílias em moradias. O programa seria executado em dez etapas e as famílias poderiam optar por duas alternativas: moradias fabricadas por contratados do Estado e a opção *Peoples's Housing Process*, cujo funcionamento era centrado na solidariedade dos vizinhos e autogestão. Na segunda opção, o Estado proveria um subsídio para que as partes adquirissem os materiais e construíssem moradias por seus próprios meios. Para os que optaram pela primeira opção, até 2008 já haviam conseguido a moradia. Para os que optaram pela segunda, como Irene Grootboom, houve demora na entrega. Somente em 2012 foram entregues para, pelo menos, 90%.<sup>94</sup>

O caso foi muito criticado por parte dos pesquisadores que defendem uma postura mais ativa dos tribunais na emissão das medidas estruturais, devido à postura contida da Corte da África do Sul, que deixou de elaborar um plano estrutural e de supervisionar a decisão declaratória, o que teria ocasionado a demora de mais de 10 anos para o cumprimento da decisão.<sup>95</sup> Por outro lado, foi muito elogiada por outros, que entendem que a elaboração de um plano deve ser delegada aos demais poderes, de modo que a ordem declaratória já teria sido suficiente.<sup>96</sup> Para além da análise dos efeitos materiais, Garavito<sup>97</sup>, em interessante apontamento, destaca a existência de efeitos simbólicos e materiais indiretos produzidos pela decisão, como a reprodução de litigâncias semelhantes em que comunidades de diferentes partes da África do Sul conseguiram evitar o despejo até garantir a criação de políticas de habitação de emergência.

A título de comparação com o caso *Yonkers*, a Corte não impôs multa ou sanções pelo descumprimento da ordem declaratória, ou mesmo impediu o desenvolvimento da cidade e a construção de outros empreendimentos. Com efeito, assim como em *Yonkers*, em *Grootboom* o Tribunal apontou a necessidade de criar uma legislação e um plano estrutural, mas diferente daquele, a atuação na África do

---

<sup>94</sup> BELTRÁN, A.M.G. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Facultad de Derecho Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica Área de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid, 2016. p. 293-295.

<sup>95</sup> Hirsch (HIRSCH, D.E. "A Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law" *Oregon Journal of International Law*, v.9, n.1, p.1-55, 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/76622258.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2024), Landau (LANDAU, D. "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1774914](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1774914). Acesso em: 15 ago. 2024) e Van Der Berg (VAN DER BERG, S. "A capabilities approach to remedies for systemic resource-related socioeconomic rights violations in South Africa", *African Human Rights Law Journal*, v.19, p. 290-316, 2019).

<sup>96</sup> Young (YOUNG, K.G. *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, 2012 e YOUNG, K.G. "The right-remedy gap in economic and social rights adjudication: holism versus separability", *University of Toronto Law Journal*, v.69, n.1, p. 124-149, nov. 2019), Rodríguez-Garavito (RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.669-1.698, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2024), Abramovich e Courtis (ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002), Sunstein (SUNSTEIN, C.R. "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *John M. Olin Program in Law and Economics*, Working Paper n. 124, 2001. Disponível em: [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12785996/Social%20and%20Economic%20Rights\\_%20Lessons%20from%20South%20Africa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12785996/Social%20and%20Economic%20Rights_%20Lessons%20from%20South%20Africa.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 19 abr. 2021).

<sup>97</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.669-1.698, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2024. p. 1.681.

Sul foi mais branda. O Caso permite vislumbrar como em litígios estruturais a atuação judicial pode ocorrer de formas divergentes.<sup>98</sup>

#### 5.4. Colômbia (Sentencia T-025/04)

O litígio estrutural colombiano está diretamente relacionado ao deslocamento em massa da população dentro do território nacional, resultante do agravamento dos conflitos paramilitares que se intensificaram no país a partir de 1980. Forçadas a abandonar suas comunidades devido à violência, as pessoas deslocadas chegavam a outras cidades e, sem recursos ou apoio imediato, viam-se obrigadas a construir abrigos precários com os materiais mais acessíveis, como lonas de plástico e pedaços de madeira. Esse cenário de vulnerabilidade gerou uma crise habitacional marcada pela informalidade e precariedade, que por sua vez motivou o litígio estrutural, visando obrigar o Estado a responder às necessidades habitacionais e de proteção dessas populações deslocadas.

O direito à moradia na Colômbia está previsto no Art. 51 da Constituição, mas não foi reconhecida eficácia imediata ao direito, e a substantivação, do mesmo modo, era demasiadamente restrita. A despeito da ausência de substantivação e eficácia, a Corte Constitucional Colombiana (CCC) firmou jurisprudência reconhecendo, para algumas situações, a possibilidade de reconhecer a eficácia imediata do direito à moradia.<sup>99</sup>

Após um longo período em que o governo se limitou à criação de marcos legais insuficientes para atender à proteção dos direitos fundamentais dos deslocados, o que incluía o grave problema associado à ausência de moradia, em 2004 a CCC, após provocação, decidiu intervir na questão. Depois de analisar 108 pedidos de tutelas individuais formuladas por várias pessoas que sofriam com o deslocamento, a Corte declarou a existência de um “Estado de Coisa Inconstitucional”, pelo fato de haver uma reiterada ausência de proteção oportuna e efetiva por parte das distintas autoridades.<sup>100</sup>

Após reconhecer o ECI, a Corte ditou três ordens principais.<sup>101</sup> Primeiro, ordenou ao governo formular um plano de ação coerente para ocupar-se da emergência humanitária e para superar o Estado de Coisas Inconstitucional. Em segundo, ordenou à administração calcular o valor necessário para implementar o plano de ação. Terceiro, deu instruções ao governo para que garantisse a proteção do mínimo vital dos direitos básicos; alimentação, moradia e educação. A Corte dirigiu essas três ordens a todos os organismos relevantes, incluídas as entidades dos governos nacional e local<sup>102</sup>.

Na *Sentencia*, foi reconhecido o direito à moradia digna e determinado ao governo a adoção de medidas urgentes para atender aos deslocados, que resultou

---

<sup>98</sup> Para uma análise maior sobre o caso, ver: França e Möller (FRANÇA, E.P.C.; MÖLLER, G.S. “Desvelando as técnicas estruturais para a proteção de direitos fundamentais no Brasil: uma análise comparada a partir do caso Grootboom”, *Revista de processo*, vol. 49, n. 352, jun. 2024a) e Möller (MÖLLER, G.S. *Proteção à Moradia Adequada Pelo Processo Estrutural: litígios e comportamento das cortes*, Toth, Londrina, 2021).

<sup>99</sup> Sobre o tema, sugere-se: Serafim, França e Nóbrega (FRANÇA, E.P.C.; LIMA, F.D.S. “Ativismo dialógico x bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da Sentencia T-025/04 da Corte Colombiana.” *Revista Argumenta*, n. 31, p. 209-243, 2019).

<sup>100</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; FRANCO, D.R. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores Buenos Aires, 2015. p. 65-66.

<sup>101</sup> COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025/04*, 2004, Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 3 mar. 2024.

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; FRANCO, D.R. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores Buenos Aires, 2015, p.43.

em medidas como a criação do Programa Nacional de Reassentamento (*Programa Nacional de Reubicación*).

A CCC manteve a jurisdição sobre o caso, realizou mais de 20 audiências públicas, exigiu do governo relatórios regulares e requisitou a participação de *experts* e acadêmicos para a avaliação dos avanços e retrocessos.<sup>103</sup> Em 2015, o processo de acompanhamento contava com um milhão e meio de páginas. O processo de acompanhamento visou, sobretudo, proporcionar diretrizes gerais com o fim de melhorar e elaborar indicadores para medir o progresso dos esforços para superar o ECI<sup>104</sup>.

Com as audiências, foram criados métodos e ferramentas para avaliar os efeitos, progressos e retrocessos das medidas estruturais. Esses indicadores são o sinal da existência de uma política pública na etapa de avaliação do ciclo da política, que marcou uma mudança na lógica de medição e acompanhamento de satisfação dos direitos humanos; favoreceu a evolução dos resultados concretos sobre medição de processos; levou à criação de indicadores de forma pública, deliberativa e experimental; os indicadores são exemplos paradigmáticos da caixa de ferramentas de política pública e direitos, por estarem em um ponto intermediário entre a lógica econômica e jurídica<sup>105</sup>.

A atuação da Corte Constitucional colombiana no acompanhamento da decisão oscilou em intensidade, sendo mais incisiva quando o governo demonstrava resistência em cumprir as orientações. A Corte foi explícita ao exigir a criação de políticas específicas voltadas aos grupos em maior vulnerabilidade, particularmente aqueles residentes nas regiões mais afetadas pela violência, como mulheres, indígenas e pessoas com deficiência. Além disso, a Corte emitiu uma série de tutelas individuais para proteger casos especialmente graves, com destaque para a proteção de crianças, demonstrando um compromisso com a salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos mais vulneráveis.<sup>106</sup>

O Caso da *Sentencia T-025* é muito citado por estudiosos como um caso de sucesso do ponto de vista do processo estrutural, tanto pelas técnicas processuais adotadas como pelo modelo dialógico de atuação da Corte. Diferente dos casos anteriores, observa-se que a Corte realizou um diálogo maior com os afetados e foi mais incisiva no que toca ao acompanhamento da atuação do governo, com um acompanhamento documentado sobre o caso.

A atuação da CCC não resolveu a situação dos deslocados na Colômbia, entretanto, a atuação da Corte foi importante para que novos mecanismos processuais fossem utilizados para a promoção de uma reforma burocrática. Sem a atuação da CCC, a mobilização governamental para a proteção dos deslocados se mostrava demasiadamente morosa, o que poderia levar à violação de direitos de um número ainda maior de pessoas. Os dados, todavia, são estarrecedores quanto ao número de deslocados: estima-se que ainda existam cerca de 6,8 milhões de deslocados internos<sup>107</sup> (o número era de 2 milhões, quando o ECI foi declarado).

---

<sup>103</sup> LANDAU, D. "Choosing Between Simple and Complex Remedies in Socio-economic Rights Cases", *University of Toronto Law Journal*, v. 105, p.1-17, 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3569358](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3569358). Acesso em: 16 ago. 2024. p. 8-9.

<sup>104</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; FRANCO, D.R. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores Buenos Aires, 2015. p.66-75.

<sup>105</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; FRANCO, D.R. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores Buenos Aires, 2015. p.123-126.

<sup>106</sup> LANDAU, D. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en del derecho comparado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015. p. 224-225.

<sup>107</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). UNCHR. *Colombia's Refugee Crisis and Integration Approach Explained*. Disponível em: <https://www.unrefugees.org/news/colombia-s-refugee-crisis-and-integration-approach-explained/>. 2024. Acesso em: 11 ago. 2024.

Para Landau<sup>108</sup>, a sentença aumentou os fundos e a atenção dirigida à violação dos direitos dos deslocados. Beltrán<sup>109</sup>, por sua vez, concluiu que os impactos foram mais modestos do que as expectativas. Para o autor, mesmo que se tenha conseguido avanços no âmbito de políticas públicas e no que diz respeito ao gozo de direitos pelos deslocados, desde a expedição da sentença ainda estão presentes muitos dos problemas estruturais denunciados pela Corte. As mudanças, portanto, não promoveram uma transformação completa na situação dos deslocados. Segundo o autor, isso impede que os resultados alcançados pela corte sejam reconhecidos como uma verdadeira transformação no contexto do deslocamento forçado. Para Garavito e Franco<sup>110</sup>, a decisão provocou importantes efeitos simbólicos, que não podem ser desconsiderados. Segundo os autores, a sentença contribuiu para uma reestruturação na forma como os órgãos governamentais e a sociedade em geral abordam o problema do deslocamento forçado, trazendo maior visibilidade à questão e tratando-a como uma violação de direitos humanos.<sup>111</sup>

## 6. Conclusão

O direito à moradia adequada é um direito em pleno reconhecimento e desenvolvimento. Embora seu conteúdo tenha sido amplamente debatido, explicitado e aprofundado em nível internacional, ainda enfrenta desafios significativos nos sistemas jurídicos nacionais, tanto em termos de reconhecimento jurídico quanto de legitimação social, dado seu entrelaçamento com ideologias predominantes. Esses desafios resultam, em grande parte, da colisão desse direito com interesses econômicos e ideológicos poderosos, dificultando sua plena realização e eficácia. Nesse embate, o direito à moradia tem sido consistentemente prejudicado. A análise do direito à moradia, especialmente sob a perspectiva do urbanismo crítico, aponta para a necessidade de uma mobilização social robusta que expanda as políticas públicas e os debates sobre habitação. Somente por meio desse engajamento será possível enfrentar os impactos da financeirização da moradia, um fenômeno global e onipresente que molda o cenário urbano contemporâneo. Esse processo de financeirização reflete uma abordagem que transforma cidades e espaços urbanos em meras mercadorias de consumo, relegando as necessidades humanas e sociais a segundo plano e comprometendo o direito à cidade e à moradia digna.

É necessário pensar em novas alternativas para proteger esse valioso direito, principalmente a partir de sua interlocução com outros direitos fundamentais, como a dignidade humana, a vida, a saúde, os direitos de personalidade, por exemplo. Ao trazer casos de litígios estruturais em moradia, a proposta do presente artigo foi a de mostrar como o Judiciário pode funcionar como canal de avanço na proteção desse direito. Esse aporte é importante na medida em que, consoante exposto, existe uma forte resistência à judicializar o direito à moradia, por se entender que não se trata de um direito a ser prestado na dimensão positiva pelo Estado, mas somente na dimensão negativa - culminando no fenômeno de invocação do direito à moradia no judiciário somente a título de "escudo".

---

<sup>108</sup> LANDAU, D. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en del derecho comparado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015. p. 226-227.

<sup>109</sup> BELTRÁN, A.M.G. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Facultad de Derecho Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica Área de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid, 2016. p. 340.

<sup>110</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; FRANCO, D.R. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores Buenos Aires, 2015. p.25.

<sup>111</sup> Para maior aprofundamento sobre o caso, ver: Möller e França (MÖLLER, G.S.; FRANÇA, E.P.C. "Revertendo realidades inconstitucionais em favor de grupos vulneráveis: a experiência da Corte Constitucional Colombiana com a proteção do direito à moradia adequada." *Revista General De Derecho Constitucional*, v. 40, p. 1-33, 2024b).

Conforme apontado ao longo do texto, no Brasil o direito de mais de 26 milhões de famílias é violado na medida em que seus lares são “inadequados”, e cerca de 6 milhões de famílias sofrem com o déficit habitacional, que explicita uma realidade na qual seria necessária a construção de novas moradias. Pensar novas propostas de proteção e efetivação desse direito demanda uma reflexão acerca dos mecanismos dos quais pessoas em situação de vulnerabilidade dispõem para reivindicar os seus direitos, sobretudo diante de situações de violações estruturais, nas quais o dano é urgente e amplo.

Em termos de políticas públicas, o Brasil possui uma política nacional em moradia - Minha Casa Minha Vida - porém, ela é insuficiente para atender à demanda brasileira por esse direito, e também não deve ser vista como única opção, pois há 26 milhões de lares brasileiros que sofrem com a inadequação, e não com o déficit habitacional.

Considerando a experiência de outros países em litígios estruturais para a proteção do direito à moradia, algumas conclusões podem ser elencadas.

A experiência indiana revela um período no qual não havia sequer alguma norma internacional proibindo a remoção forçada de pessoas, o que somente passou a ser discutido internacionalmente pela Resolução 77 de 1993 da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>112</sup>. As remoções forçadas não eram vistas como um problema de direitos humanos, sem contar que não se discutia sobre a falta de moradia, o que legitimava uma parcela expressiva da população<sup>113</sup> a viver nas ruas da cidade, desprovidos de qualquer dignidade.

O caso Olga Tellis oferece importantes lições para a proteção do direito à moradia. Primeiro, mostra que o direito à moradia pode ser reforçado ao ser vinculado a outros direitos fundamentais, como o direito à vida e à subsistência, especialmente em contextos capitalistas e liberais nos quais existem barreiras ideológicas. No entanto, a decisão apenas declaratória da Corte, sem imposições práticas, revelou-se insuficiente: muitos moradores, como os que não possuíam prova de residência anterior a 1976 ou viviam em áreas destinadas a projetos públicos, ficaram desprotegidos. Além disso, a Corte não estabeleceu um mecanismo de monitoramento para assegurar o cumprimento da decisão, e, sem uma supervisão judicial contínua, o governo não foi obrigado a prover alternativas habitacionais.

A ausência desse controle refletiu uma visão predominante na época, que limitava o papel dos tribunais na execução das ações governamentais. Como resultado, os despejos ilegais e o deslocamento para assentamentos sem infraestrutura continuaram. Embora o caso tenha avançado na substantivação do direito à moradia, o modelo processual adotado careceu de um diálogo mais intenso com a administração e de supervisão judicial, elementos essenciais para garantir sua efetividade em âmbito nacional.

No mais, o caso demonstra também que litígios estruturais são levados ao Judiciário por organizações sociais ou pela reunião dos peticionantes que experimentam essa forma de violação. Por essa razão, é necessário garantir o acesso das pessoas à advocacia gratuita, informá-las acerca dos seus direitos e sobre a existência de ações e remédios judiciais para a defesa dos seus direitos. Trata-se de uma dimensão de ampliação da consciência cidadã que deve ser realizada, principalmente, para a proteção de direitos sociais, como o direito à moradia.

Quanto à experiência americana, o caso ganhou muita visibilidade: primeiro, por ser um litígio estrutural envolvendo direitos civis protegidos pela legislação do *Fair Housing Act* e, segundo, por ser abordado pela justiça como um litígio estrutural, com o consequente uso de mecanismos processuais diferenciados. Do mesmo modo

---

<sup>112</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e Programa de Ação de Viena*: Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2024.

<sup>113</sup> Inclusive crianças, mulheres e idosos.



que em *Olga Tellis*, houve uma predominância da defesa dos direitos civis, mas aqui foi possível estabelecer uma conexão direta entre a proteção de um direito civil e a promoção de um direito social, tendo em vista que o racismo é que motivava a violação do direito à moradia das pessoas, e uma sorte de outros direitos, como saúde e educação, visto que as áreas segregadas dispunham de serviços muito inferiores se comparada às zonas mais ricas e "brancas".

No caso *Yonkers*, o Tribunal não se limitou a declarar a inconstitucionalidade das medidas segregacionistas, mas sim ordenou que a cidade elaborasse um plano e uma legislação, cujo cumprimento seria fiscalizado pelo próprio Tribunal, e que deveria ser efetivado em prazo razoável. Ainda, a imposição de multa pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo foi visto como algo polêmico, tendo em vista o debate mais profundo que existe acerca da divisão dos poderes e dos limites de atuação do Poder Judiciário.

O resultado, mesmo que moroso, foi alcançado, e a cidade realizou a construção das moradias e cumpriu os parâmetros instituídos pelo Tribunal, inclusive com a finalidade de evitar a reprodução das antigas políticas segregacionistas nas demais políticas do Município.

Quanto à experiência da África do Sul, na época em que o caso ocorreu, a despeito da Constituição vedar expressamente as remoções - art. 26 (3) -, ainda era prática comum o despejo e remoção de pessoas segundo se fazia durante o *apartheid*. No mais, é possível verificar que houve uma atuação performativa do Judiciário, que selecionou o caso e o utilizou como uma denúncia maior: a omissão governamental pela ausência de uma política para população vulnerabilizada, a fim de dar efetividade ao dispositivo do art. 26 da Constituição. A atuação performativa também foi realizada na Sentença T-025, na medida em que o Poder Judiciário, depois de inundado por demandas individuais postulando diversas proteções de direitos fundamentais e humanos, decidiu abordar o caso como uma violação estrutural de direitos fundamentais, e não por continuar a julgar as demandas individuais, pois não seria possível, ao julgar individualmente, encarar o quadro de inconstitucionalidade generalizada.

A abordagem performativa realizada nos dois casos reconheceu que o enfrentamento isolado das demandas não seria eficaz para abordar a inconstitucionalidade generalizada subjacente, que afetava sistematicamente a população. Ao adotar essa perspectiva, o tribunal reconheceu que continuar a julgar individualmente perpetuaria a sobrecarga judicial com casos similares, sem oferecer uma solução efetiva e abrangente. A decisão de considerar a questão como estrutural permitiu ao Judiciário implementar medidas mais abrangentes e corretivas, capazes de promover mudanças significativas e duradouras no sistema e garantir uma proteção mais robusta aos direitos fundamentais. Isso exemplifica uma visão proativa e estratégica da justiça, que busca não apenas mitigar os sintomas das violações de direitos, mas também abordar suas causas de forma eficiente e sustentável.

O litígio estrutural de *Grootboom*, permitiu que a Corte identificasse um problema sistemático e complexo, que atingia todas as pessoas do país. Logo, compreendeu que o pano de fundo do debate era a ausência de políticas em moradia e, para sanar o problema, determinou ao Estado que criasse legislação e políticas públicas específicas para garantir o direito à moradia adequada aos mais pobres. A Corte não prolatou uma decisão estrutural, tendo se restringido a determinar que a administração implementasse políticas públicas capazes de mitigar o problema em questão. Não houve, portanto, diálogo com a administração ou com as vítimas e nem mesmo a fiscalização da implementação de plano de ação

Para alguns críticos, a ação do Estado foi morosa, pois os programas para moradia da população em vulnerabilidade somente foram criados três anos após a sentença, e com prazo de entrega para 2008 e 2012. Entretanto, foi criada em 2004 uma política pública dirigida a oferecer uma atenção especial às pessoas que perderam sua moradia devido a circunstâncias extraordinárias: o programa de moradia de emergência. Ademais, o caso mudou a percepção da sociedade, do Legislativo e do Judiciário quanto ao direito à moradia e gerou precedente para a

judicialização da outros casos semelhantes. Logo, é possível identificar importantes efeitos de ordem simbólica<sup>114</sup> provocados pela decisão.

O caso colombiano, diferente dos demais, não abordou o direito à moradia como maior centro do debate, mas sim toda a problemática que envolvia os direitos humanos dos deslocados internos. O ECI é uma construção jurisprudencial importante, pois com a sua declaração a Corte ganha credibilidade para emitir decisões estruturais, ao invés de resolver o conflito de modo tradicional. No caso, uma série de mecanismos processuais diferenciados foram fundamentais para promover uma verdadeira reforma burocrática na administração e para proteger os direitos dos deslocados. Apesar do litígio estrutural não ter sido erradicado, a *Sentencia* trouxe destaque ao problema do deslocamento forçado de pessoas, além de ter garantido condições mínimas de subsistência e dignidade a uma parcela da população deslocada.

Todos os casos demonstram como a violação do direito à moradia revela uma omissão das instâncias políticas e como o Judiciário pode atuar para assegurar os direitos fundamentais de grupos vulneráveis.

Se a judicialização do direito à moradia continuar a acontecer como escudo e de forma individual, seus efeitos continuarão a beneficiar apenas as camadas média e alta da população brasileira. Se, ao revés, ocorrer por meio de ações estruturais, que busquem beneficiar a coletividade e, sobretudo, os grupos vulneráveis e marginalizados, terá mais chances de lograr êxito no médio e longo prazo. Vale ressaltar, por fim, que dirimir litígios estruturais relacionados à moradia significa, também, mitigar violações a direitos fundamentais que ocorrem em diversas outras áreas, a exemplo da saúde, educação, trabalho e lazer. Significa, também, conferir liberdade e dignidade a indivíduos que passam por severas privações e que não são contemplados pelos canais políticos, escopo congruente com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (Art.3º, III, da Constituição de 1988) -, e com a orientação das principais agendas internacionais, como os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável<sup>115</sup> e da Nova Agenda Urbana<sup>116</sup>.

O debate sobre litígios estruturais em moradia não vislumbra a judicialização como solução definitiva para as profundas carências habitacionais enfrentadas pela população mais vulnerável; ao contrário, busca fornecer um instrumento de reivindicação e defesa em casos de violações estruturais de direitos fundamentais e humanos para que possa haver mobilização política. Este debate expõe a crônica

---

<sup>114</sup> Formulação construída por Garavito e Franco RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; FRANCO, D.R. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores Buenos Aires, 2015. p. 42): efeitos materiais diretos (a formulação de políticas ordenadas pelo tribunal); os materiais indiretos (a intervenção de novos sujeitos no debate); os simbólicos diretos (que redefinem a forma como os meios de comunicação falam sobre o tema) e os simbólicos indiretos (a transformação da opinião pública sobre o assunto).

<sup>115</sup> Esta Agenda é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade. Ela também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. Reconhecemos que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 11 ago. 2024).

<sup>116</sup> Partilhamos a visão de cidades para todos, no que se refere à igualdade de utilização e fruição de cidades e aglomerados urbanos, procurando promover a inclusão e assegurar que todos os habitantes, das gerações presentes e futuras, sem discriminações de qualquer ordem, possam habitar e construir cidades e aglomerados urbanos justos, seguros, saudáveis, acessíveis, resilientes e sustentáveis e fomentar a prosperidade e a qualidade de vida para todos. Salientamos os esforços envidados por governos nacionais e locais no sentido de consagrar esta visão, referida como direito à cidade, nas suas legislações, declarações políticas e diplomas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 2016. *Nova Agenda Urbana*. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2024).

ineficiência e a insuficiência na concretização do direito à moradia, que, apesar de consagrado, permanece largamente inalcançado para muitos.

Entre esses problemas, destaca-se a notória ausência de participação pública efetiva na formulação e execução das políticas habitacionais. Em muitas circunstâncias, as políticas são elaboradas de forma distante das realidades e necessidades das comunidades afetadas, perpetuando soluções inadequadas e ineficazes. Além disso, o papel preponderante do mercado, que trata o espaço urbano como uma mercadoria, frequentemente outorga prioridade ao lucro sobre as necessidades humanas essenciais, impactando diretamente o direito básico de viver de maneira digna e segura em um lar.

Essa situação crítica reflete um panorama social onde as desigualdades estruturais são não apenas mantidas, mas ampliadas, deixando uma parte significativa da população sem acesso a condições de vida adequadas. Portanto, o debate sobre litígios estruturais serve como um espelho para a nefasta realidade social, sublinhando a necessidade urgente de uma reorientação sistêmica que trate a moradia não apenas como um teto físico, mas como um direito humano integral, fundamental para a dignidade e o bem-estar dos indivíduos e das comunidades.

## 7. Referências

- ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- ACP Lagoa da Conceição. *Harmony with nature*, 2021. Disponível em: <http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload1119.pdf>. Acesso em: ago. 2024.
- ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00) [2000] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169*, 2000. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>. Acesso em: 3 mar. 2024.
- ARENHART, S.C.; OSNA, G.; JOBIM, M.F. *Curso de Processo Estrutural*, Thomson Reuters, São Paulo, 2021.
- BELTRÁN, A.M.G. *El amparo estructural de los derechos*. 2016. Tese (Doctorado en Derecho y Ciencia Política) - Facultad de Derecho Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica Área de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid, 2016.
- BRAND, D. "The Proceduralisation of South African Socio-Economic Rights Jurisprudence, or "What Are Socio-Economic Rights For?" In: BOTHA, H.; VAN DER WALT, A.; VAN DER WALT, J. (eds.). *Rights and democracy in transformative constitution*, Sun Press, South Africa, 2003. p. 33-56. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/188224649.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1988)], *Emenda Constitucional nº 26, de 2000*, Brasília, DF: Presidência da República, 2000.
- BRASIL. Caixa Econômica Federal, *Minha Casa, Minha Vida - Faixa I*, 2024c, Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/faixa-I/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- BRASIL. *Direito à moradia adequada*, Secretaria de Direitos Humanos, Brasília, Coordenação Geral de educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 684612 - Tema 698*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4237089&numeroProcesso=684612&classeProcesso=RE&numeroTema=698>. Trânsito em julgado em 17 nov 2023. Acesso em: 11 nov 2024.

- CIVIL RIGHTS LITIGATION. *United States v. City of Yonkers*, 880 F. Supp. 212, 1985-2007, Disponível em: <https://www.clearinghouse.net/detail.php?id=11075&search=source%7Cgeneral%3BcaseCat%7CSD%3Borderby%7CfilingYear%3B>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-025/04*, 2004, Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 3 mar. 2024.
- ENGELS, F. *Para a questão da habitação*. 1873. Disponível em: [http://resistir.info/livros/engels\\_q\\_habitacao.pdf](http://resistir.info/livros/engels_q_habitacao.pdf). Acesso em: 15 ago. 2024.
- FACCHINI NETO, E. "O Protagonismo do judiciário no mundo contemporâneo e algumas de suas razões", *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 23, n.1, p.89-132, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/12788>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- FISS, O. "Foreword: the forms of justice", *Harvard Law Review*, v.93, n.1, p. 1-58, 1979. Disponível em: [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2201&context=fss_papers). Acesso em: 15 ago. 2024.
- FRANÇA, E.P.C. *Litígios estruturais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, Thoth, Londrina, 2024.
- FRANÇA, E.P.C.; MÖLLER, G.S. "Desvelando as técnicas estruturais para a proteção de direitos fundamentais no Brasil: uma análise comparada a partir do caso Grootboom", *Revista de processo*, vol. 49, n. 352, jun. 2024a.
- FRANÇA, E.P.C.; LIMA, F.D.S. "Processo coletivo, estrutural e dialógico: o papel do juiz-articulador na interação entre os partícipes na ação civil pública" *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 21, n. 84, p. 169-198, 2021.
- FRANÇA, E.P.C.; LIMA, F.D.S. "Ativismo dialógico x bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da Sentencia T-025/04 da Corte Colombiana." *Revista Argumenta*, n. 31, p. 209-243, 2019.
- FRANÇA, E.P.C.; LIMA, F.D.S.; SERAFIM, M.C.G. "Processos estruturais e direito à moradia no sul global: contribuições das experiências sul-africanas e colombianas", *R. Opin. Jur.*, Fortaleza, v.19, n. 32, p.148-183, set./dez. 2021. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/3749>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). *26 milhões de domicílios urbanos brasileiros apresentam algum tipo de inadequação*. Disponível em: <https://fjp.mg.gov.br/26-milhoes-de-domicilios-urbanos-brasileiros-apresentam-algum-tipo-de-inadequacao/>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). *Déficit Habitacional no Brasil*, 2021. Disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO (FJP). *Déficit Habitacional no Brasil*, 2022. Disponível em: <https://fjp.mg.gov.br/deficit-habitacional-no-brasil/>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- HARVEY, D. *Cidades Rebeldes. Do direito à cidade à revolução urbana*. Martins Fontes, São Paulo, 2014.
- HIRSCH, D.E. "A Defense of Structural Injunctive Remedies in South African Law" *Oregon Review of International Law*, v.9, n.1, p.1-55, 2007. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/76622258.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2024.
- HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *El Costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo veintiuno, México, 2012.

- ÍNDIA. Corte Constitucional. *Olga Tellis & Ors v Bombay Municipal Council*, 1985. Disponível em: <https://indiankanoon.org/doc/709776/>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- LANDAU, D. "Choosing Between Simple and Complex Remedies in Socio-economic Rights Cases", *University of Toronto Law Journal*, v. 105, p.1-17, 2019. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3569358](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3569358). Acesso em: 16 ago. 2024.
- LANDAU, D. "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, v. 53, n. 1, p. 190-247, 2012. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1774914](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1774914). Acesso em: 15 ago. 2024.
- LANDAU, D. *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en del derecho comparado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.
- LANGFORD, M. "Justiciable and Aspirational Economic and Social Rights in National Constitutions" In: SEN, A.; YOUNG, K. *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, 2019. p. 66-109. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/future-of-economic-and-social-rights/2C2C20AE05EC2C48FB2807739843D610>. Acesso em: 3 mar. 2024
- LEFEBVRE, H. *Direito à Cidade*, Centauro, São Paulo, 2001.
- MARICATO, E. *Para entender a crise urbana*, Expressão popular, São Paulo 2015.
- MASCARO, A. *Curso de Filosofia do Direito*, Atlas, São Paulo, 2016.
- MASTRODI, J.; ZACARRA, S.M.L.S. "O que é o objeto "moradia" do programa minha casa minha vida?" *RDC - Revista de Direito da Cidade*, vol. 8, n. 3, p.859-885, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/22506>. Acesso em: 15 ago. 2024.
- MÖLLER, G.S. *Proteção à Moradia Adequada Pelo Processo Estrutural: litígios e comportamento das cortes*, Toth, Londrina, 2021.
- MÖLLER, G.S.; FRANÇA, E.P.C. "Revertendo realidades inconstitucionais em favor de grupos vulneráveis: a experiência da Corte Constitucional Colombiana com a proteção do direito à moradia adequada." *Revista General De Derecho Constitucional*, v. 40, p. 1-33, 2024b.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). 2016. *Nova Agenda Urbana*. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP)*. 1966a. Disponível em: [https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2\\_pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos.pdf](https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf). Acesso em: 11 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)*. 1966b. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Económicos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentário Geral n. 7*. 1997. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>. Acesso em: 3 mar. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Comentário Geral n.4*. 1991. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e Programa de Ação de Viena: Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Con>

- fer%C3%A2ncia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf. 1993. Acesso em: 11 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 11 ago. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). UNCHR. *Colombia's Refugee Crisis and Integration Approach Explained*. Disponível em: <https://www.unrefugees.org/news/colombia-s-refugee-crisis-and-integration-approach-explained/>. 2024. Acesso em: 11 ago. 2024.
- PÉREZ-LUÑO. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1995.
- PIKETTY, T. *O Capital. No século XXI*, Intrínseca, Rio de Janeiro, 2014.
- PUGA, M. *Litigio Estructural*, 2013, Programa de Doctorado - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America", *Texas Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1.669-1.698, 2011. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2024.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C.; FRANCO, D.R. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores Buenos Aires, 2015.
- ROLNIK, R. *Guerra dos Lugares: Colonização da terra e da moradia na era das finanças*, Boitempo, São Paulo, 2019.
- SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*, Companhia das Letras, São Paulo, 2011.
- SENADO FEDERAL (Brasil). *Comissão de juristas aprova anteprojeto de lei sobre processo estrutural*. Brasília: Agência Senado, 31 out. 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/10/31/comissao-de-juristas-aprova-anteprojeto-de-lei-sobre-processo-estrutural>. Acesso em: 11 nov 2024.
- SMITH, N. *La Nueva Frontera Urbana. Ciudad revanchista y gentrificación*. Traficante de Sueños, Madrid, 2012.
- SUNSTEIN, C.R. "Social and Economic Rights? Lessons from South Africa", *John M. Olin Program in Law and Economics*, Working Paper n. 124, 2001. Disponível em: [https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12785996/Social%20and%20Economic%20Rights\\_%20Lessons%20from%20South%20Africa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12785996/Social%20and%20Economic%20Rights_%20Lessons%20from%20South%20Africa.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 19 abr. 2021.
- TAMANAHA, B.Z. *On the Rule of Law. History, politics, theory*, Cambridge University Press, New York, 2004.
- UNITED STATES OF AMERICA (USA). *Fair Housing Act*. 1968. Disponível em: <https://www.justice.gov/crt/fair-housing-act-1> Acesso em: 11 ago. 2024.
- VAN DER BERG, S. "A capabilities approach to remedies for systemic resource-related socioeconomic rights violations in South Africa", *African Human Rights Law Journal*, v.19, p. 290-316, 2019.
- VALLE, V.R.L. *Desproteção judicial do direito à moradia: desafios trazidos pela empiria e caminhos de solução*. 2016. Disponível em: [https://www.academia.edu/35413058/PROTECAO\\_JUDICIAL\\_DO\\_DIREITO\\_A\\_MORADIA\\_DESAFIOS\\_TRAZIDOS\\_PELA\\_EMPIRIA\\_E\\_CAMINHOS\\_DE\\_SOLUCAO\\_JUDICIAL\\_PROTECTION\\_OF\\_HOUSING\\_RIGHTS\\_CHALLENGES\\_FROM\\_THE\\_CASE\\_LAW\\_AND\\_POSSIBLE\\_APPROACHES](https://www.academia.edu/35413058/PROTECAO_JUDICIAL_DO_DIREITO_A_MORADIA_DESAFIOS_TRAZIDOS_PELA_EMPIRIA_E_CAMINHOS_DE_SOLUCAO_JUDICIAL_PROTECTION_OF_HOUSING_RIGHTS_CHALLENGES_FROM_THE_CASE_LAW_AND_POSSIBLE_APPROACHES). Acesso em: 3 mar. 2024.
- VALLE, V.R.L. "Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective", *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 67-102, maio/ago 2014.
- VITORELLI, E. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*, Juspodium, Salvador, 2020.
- YOUNG, K.G. *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford University Press, 2012.

YOUNG, K.G. "The right-remedy gap in economic and social rights adjudication: holism versus separability", *University of Toronto Law Journal*, v.69, n.1, p. 124-149, nov. 2019.

ZIMMERMAN, J. F. "Federal Judicial Remedial Power: The Yonkers Case", *Publius*, v. 20, n. 3, p. 45-61, 1990.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

[www.cadernosdedereitoactual.es](http://www.cadernosdedereitoactual.es)

**Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 120-151  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **A liberdade de expressão e o dever de informar o eleitor: ética na comunicação eleitoral no Brasil**

*Freedom of speech and the informer's duty to the voter: ethics in electoral communication in Brazil*

**Sarah Gonçalves Ribeiro<sup>1</sup>**

*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS)*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Sobre a liberdade de expressão em período eleitoral; 3. A evolução dos meios de comunicação e os seus impactos na política; 4. A pré-compreensão da liberdade como um direito fundamental e a garantia da verdade relativa para o candidato nas eleições; 5. A linha tênue entre a privacidade do candidato e o dever de informar o eleitor: ética na comunicação eleitoral; 6. Conclusão; 7. Referências.

**Resumo:** O artigo aborda detalhes sobre a evolução da linguagem em contexto histórico em contexto com os desafios atuais apresentados pela disseminação de notícias falsas na era digital. Observa-se como a comunicação desempenhou um papel fundamental na evolução da sociedade humana, permitindo a transmissão de ideias, a organização social e o desenvolvimento de tecnologias que revolucionaram a forma como nos comunicamos. Busca-se a importância de garantir um ambiente comunicativo saudável, com diversidade de opiniões e fiscalização das informações transmitidas, é ressaltada como um elemento essencial para o funcionamento adequado de uma sociedade democrática. Bem como a conscientização sobre os riscos e os desafios da comunicação digital, juntamente com a promoção de práticas jornalísticas éticas e responsáveis, são aspectos chave para preservar a integridade do processo político e do debate público. Além disso, faz abordagem crítica sobre a concepção da liberdade e da verdade, relacionando esses conceitos à democracia, à linguagem e à política. A partir das reflexões de Hobbes até considerações contemporâneas sobre a relatividade da verdade, o texto destaca questões importantes sobre ética, poder e responsabilidade dos agentes políticos em relação à comunicação. Em que a ideia de liberdade de expressão é problematizada em relação à compreensão da liberdade como ausência de oposição e à manipulação da linguagem e das ideias ao longo da história. A discussão sobre a relação entre poder, direito e democracia também é abordada, mostrando como esses conceitos são interligados e como a verdade relativa e a pluralidade de verdades influenciam o funcionamento dos regimes democráticos. Visando trazer ao contexto atual, onde a

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Criminais pela PUC-RS, bolsista PRO-Stricto. Mestre em Direito pelo IDP. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Assessora Jurídica.

Recibido: 09/05/2024

Aceptado: 16/12/2024

DOI: 10.5281/zenodo.14172082



disseminação de notícias falsas e a manipulação da informação são desafios significativos, a discussão sobre a verdade, a liberdade de expressão e a responsabilidade na comunicação ganha ainda mais relevância. A promoção de uma cultura de transparência, honestidade e ética na comunicação política é fundamental para fortalecer os princípios democráticos e garantir a confiança dos cidadãos no sistema político. Por fim, o autor compartilhou questões fundamentais sobre o papel dos agentes públicos, candidatos políticos e meios de comunicação no contexto eleitoral e democrático. E destaca a importância da transparência, da prestação de contas e da ética na comunicação política, enfatizando a necessidade de respeitar os princípios democráticos e a vontade do eleitorado.

**Palavra-Chave:** liberdade de expressão; dever de informação; eleições; agente público – político.

**Abstract:** The article discusses details about the evolution of language in a historical context and the current challenges presented by the spread of fake news in the digital age. It is observed how communication played a fundamental role in the evolution of human society, allowing the transmission of ideas, social organization, and the development of technologies that revolutionized how we communicate. The importance of ensuring a healthy communicative environment, with diversity of opinions and monitoring of transmitted information, is highlighted as an essential element for the proper functioning of a democratic society. Raising awareness of the risks and challenges of digital communication, together with the promotion of ethical and responsible journalistic practices, are key aspects of preserving the integrity of the political process and public debate. Furthermore, it takes a critical approach to the conception of freedom and truth, relating these concepts to democracy, language, and politics. From Hobbes' reflections to contemporary considerations about the relativity of truth, the text highlights important questions about ethics, power, and responsibility of political agents in communication. In which the idea of freedom of expression is problematized with the understanding of freedom as the absence of opposition and the manipulation of language and ideas throughout history. The discussion on the relationship between power, law, and democracy is also addressed, showing how these concepts are interconnected and how relative truth and the plurality of truths influence the functioning of democratic regimes. Aiming to bring to the current context, where the dissemination of fake news and the manipulation of information are significant challenges, the discussion about truth, freedom of expression, and responsibility in communication gains even more relevance. Promoting a culture of transparency, honesty, and ethics in political communication is fundamental to strengthening democratic principles and ensuring citizens' trust in the political system. Finally, he shared fundamental questions about the role of public agents, political candidates, and the media in the electoral and democratic context. It highlights the importance of transparency, accountability, and ethics in political communication, emphasizing the need to respect democratic principles and the will of the electorate.

**Keywords:** freedom of *speech*; duty of information; elections; political public agent.

## 1. INTRODUÇÃO

Em sua principal obra, "Ética à Nicômaco", Aristóteles fez algumas críticas aos pensamentos de Platão, em especial sobre a "igualdade". Aristóteles acreditava que cada pessoa possuía a sua finalidade "singular" dentro do Universo Cósmico <sup>2</sup>, e

---

<sup>2</sup>Entende-se, assim, que o bem da *polis* deriva e é consequência das ações dos indivíduos, dos cidadãos virtuosos, unidos em *philia* (amizade), que assim alcançam a perfeita virtude, o fim último de suas ações, ou seja, o bem. A virtude, enquanto bem e fim último das ações e

por essa razão não era correto se falar em “*igualdade*”, mas “*equidade*”. A “*igualdade*” causava *comparação entre a finalidade das pessoas*, e isto, segundo ele, era um erro matemático<sup>3</sup> que proporcionava um desequilíbrio cósmico.

“Primeiramente, uma teoria do bem e da felicidade – *eudaimonia* – que se *distância das concepções platônicas sobre o bem, de cunho idealista*, pois como vimos, a *eudaimonia* é, para Aristóteles, uma atividade. Mas não uma atividade qualquer: é uma atividade constituída por *nossas deliberações e ações*, em função desse bem último. Ora, essas deliberações passam por uma atividade da razão, a qual funciona como uma educação de nossos desejos. Toda essa atividade deliberativa e racional é o constructo de nossa agência moral”<sup>4</sup>.

Aristóteles criou uma *suma*<sup>5</sup> *filosófica* que deslocou a metafísica<sup>6 7</sup> para a compreensão da conexão entre a alma e o corpo, que até então eram interpretadas como independentes e totalmente isoladas, como ensinava Platão. Essa mudança alterou de forma sistematizadora o seu princípio cânone que ficou conhecido como

---

deliberações de todos os homens a se alcançar, é denominada *eudaimonia*, palavra grega que se traduz, usualmente, por felicidade ou bem-estar, mas que não representa um estado, mas sim uma atividade humana, constante e contínua, em bem deliberar sobre os meios para alcançá-la. É esse deliberar, essa somatória de ações que determina se um homem é um agente moral virtuoso ou não virtuoso. Pensemos, então, essa atividade como um *florescimento*, outra palavra que traduz o termo *eudaimonia*, e que nos leva também a pensar, juntamente com Aristóteles, que são as nossas escolhas e as nossas ações que nos constituem moralmente. De fato, ao longo da obra, percebe-se que, apesar de partir de uma análise da inserção da ação humana em um contexto político, o filósofo paulatinamente concentrar-se-á muito mais na construção ética dos agentes morais”. In: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Martin Claret, São Paulo, 2015, p. 08.

<sup>3</sup>Os seres especificamente diferentes possuem também prazeres especificadamente distintos. De um lado, esperar-se-ia que os prazeres dos seres idênticos quanto à forma fossem eles mesmos idênticos. Porém os prazeres revelam uma extrema diversidade, ao menos para o homem: as mesmas coisas agradam algumas pessoas e afligem outras, e o que para alguns é doloroso e odioso, é agradável e atraente para outros. Para os sabores doces acontece o mesmo: a mesma coisa não parece doce a quem está febril e a quem está com saúde, nem, do mesmo modo, quente ao homem fraco e ao homem robusto, e esse fenômeno ocorre também em outros casos”. In: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Ob. Cit., p. 280.

<sup>4</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Ob. Cit., p. 09.

<sup>5</sup>“Suma” na frase significa o conceito principal, ou seja, o cânone da sua obra. O dicionário, prevê o significado de *suma* como sendo o “resumo”, conforme expõe o dicionário Michaelis. In. MICHAELIS. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*, disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/suma/> acesso em: 28 mar. 2024.

<sup>6</sup>Metafísica para Aristóteles era uma “ciência que investiga o *ser* como *ser* e as propriedades que lhe são inerentes devido à sua *própria natureza*. Essa ciência não é nenhuma das chamadas ciências particulares, pois nenhuma delas se ocupa do *ser* geralmente como *ser*. Elas seccionam alguma porção do *ser* e investigam os atributos desta porção, como fazem, por exemplo, as ciências matemáticas. Mas visto que buscamos os primeiros princípios e as causas supremas, está claro que devem pertencer a algo em função de sua própria natureza. Por conseguinte, se esses princípios foram investigados por aqueles que também investigaram os elementos das coisas que existem, os elementos têm quer *ser* elementos do *ser* não acidentalmente, mas em relação ao *ser* como *ser*. Portanto, é do *ser* como *ser* que nós também temos que apreender as primeiras causas”. In: ARISTÓTELES. *Metafísica*, 2º ed., Edipro, São Paulo, 2012, p. 105.

<sup>7</sup>Vale ressaltar que a metafísica para Platão era um mundo paralelo, ou seja, “o mundo das ideias” (perfeito e eterno da *alma*) que não possuía conexão com o material (imperfeito e temporal do corpo - matéria). Assim, para Platão, a alma e o corpo não se conectavam, a alma era encapsulada no corpo ao nascer e lutava pela liberdade, sendo esta apenas possível com a morte. Platão defendia um dualismo entre a alma e o corpo. Na contramão, para Aristóteles a metafísica deveria ser interpretada como uma *conexão* entre a alma e o corpo.

“ética”<sup>8</sup>. Dentro deste princípio deveriam ser respeitadas as *escolhas* das pessoas naquela sociedade<sup>9 10</sup>.

“Aristóteles dá aula no seu liceu e um aluno lhe pergunta *o que é ética. Aristóteles não responde*, mas conta uma história, aliás, muito conhecida. O comandante de uma embarcação ganha sua vida transportando cargas de um Porto a outro. Num determinado dia, ele recebe uma importante encomenda. Contrata uma boa tripulação e parte. Ele conhece aquele percurso como ninguém. No meio do caminho, porém, se depara com um raro acontecimento naquele local: uma tempestade. E aí o comandante percebe que, se não jogar a carga ao mar, é possível que ele venha a naufragar. *Aristóteles não termina a história*, o que mostra que, para ele, *não era muito importante o que o comandante decidiu. O importante é destacar que a ética é com tempestade e tudo*. Diversas vezes, ouvimos dizer: ‘Precisamos evoluir muito para chegar ao patamar de uma sociedade ética’, sem percebermos que não é bem assim. *A ética é a inteligência compartilhada a serviço do aperfeiçoamento da convivência com todas as condições materiais que são as nossas. Se formos esperar uma sociedade ideal para que a ética possa existir, é possível que ela não venha a existir nunca*. Então, considero a ética o saber prático. Como professor de ética quase sempre sou criticado: ‘Seu curso é muito teórico’. Não diga essa bobagem! Teórico é o *marketing*, ou você já viu cinco *Ps.* descendo uma árvore? *A ética é o saber... Eu diria mais: não há saber mais prático, no sentido de estar voltado à conduta, do que a ética*”<sup>11 12</sup>.

Assim a ética de Aristóteles não apresentava respostas sobre “como as pessoas deveriam agir na vida”, apenas afirmava que se elas fizessem *boas escolhas* iriam encontrar a sua *eudaimonia*, ou seja, encaixar-se-iam na engrenagem cósmica e encontrariam a sua felicidade dentro daquela sociedade<sup>13</sup>. Na Grécia Antiga, o conceito de democracia era interpretado como sendo o *poder concedido pelo povo a um grupo de representantes* e é difícil afirmar quem foi, ou foram, o criador deste

<sup>8</sup>“Qual argumento poderia transformar a natureza de pessoas desse tipo? Não é impossível, ou não é fácil extirpar por um raciocínio os hábitos enraizados de longa data no caráter. Nós devemos, sem dúvida, nos considerarmos felizes se, em posse de todos os meios que podem nos tornar honestos, nós chegamos a participar em alguma medida da virtude. *Alguns pensam que nos tornamos bons por natureza, outros dizem que é pelo hábito, outros, enfim, pelo ensino*. Evidentemente, os donos da natureza não dependem de nós, mas é pelo efeito de certas causas divinas que eles são o apanágio daqueles que, no sentido verdadeiro da palavra são homens afortunados. *A argumentação e o ensino*, por sua vez, não são, receio, igualmente poderosos entre os homens, mas *é preciso cultivar de antemão, por meio dos hábitos, a alma do ouvinte*, em vista de *lhe fazer amar ou detestar de maneira correta, tal como se prepara a terra para o cultivo da semente*. De fato, o homem que vive sob o domínio da paixão não poderia escutar um argumento que busca desviá-lo do seu vício e, por outro lado, não o compreenderia. Mas para o homem que está em tal estado, como é possível fazê-lo mudar de sentimento? Em geral, não é, parece, pelo raciocínio que a paixão cede, mas pelo constrangimento. É preciso, *então que o caráter tenha já uma disposição própria à virtude, amando o que é nobre e detestando o que é vergonhoso*”. In: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco, Ob. Cit.*, p. 292.

<sup>9</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco, Ob. Cit.*, p. 288.

<sup>10</sup>“O homem livre para a contemplação não tem necessidade de tais coisas, ao contrário, pode-se dizer que elas são um obstáculo para a contemplação; mas, enquanto o homem vive em sociedade, ele pratica deliberadamente ações conforme a virtude, e desse modo ele terá necessidade dos meios exteriores para facilitar a sua vida”. In: ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco. Idem*.

<sup>11</sup>BARROS FILHO, C.D. & CORTELLA, M.S. *Ética e vergonha na cara!* Papirus 7 mares, Campinas, 2014, pp. 34-35.

<sup>12</sup>“*Ps.*” na frase: “produto, praça, preço, promoção e pessoa. (N.E.)”. In: BARROS FILHO, C.D. & CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 35.

<sup>13</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco, Ob. Cit.*, p. 291.

conceito, porém, sabe-se que Aristóteles, assim como Platão, foram críticos do sistema democrático, e as suas críticas impactaram na interpretação do termo “democracia” ao longo da história.

Aristóteles afirmou que “a ciência legislativa é uma parte da política”<sup>14</sup>, assim, a sua argumentação deveria ser conduzida pela *ética*. Inseriu à política uma versão atualizada do conceito de “*comunidade*”, que classificou como um grupo de pessoas que age de comum acordo em busca de um convívio social<sup>15 16</sup>. Afirmou ainda que em uma forma de governo como a democracia deveria haver “*equidade*”<sup>17</sup>.

“É verossímil, portanto, que aquele que deseja, por meio de uma disciplina educativa, tornar os homens melhores, que eles sejam em grande ou pequeno número, deve se esforçar ele mesmo de tornar-se capaz de legislar se é pelas leis que nós podemos nos tornar bons. De fato, propor-se a reformar o caráter de alguém, seja em relação a quem for, não é tarefa de qualquer indivíduo, *mas é seguramente do homem que possui o conhecimento adequado*”<sup>18</sup>.

Sobre a democracia, Aristóteles mencionou um erro de interpretação no seu conceito, sendo que deveria ser o governo em que a *maioria era soberana*, e “dentre os notáveis, existem as classes definidas conforme a riqueza, a boa origem, a virtude, a educação (...)”<sup>19</sup>, e por isso era possível que se confundisse com oligarquia, aquela em que *os mais abastados estariam no controle administrativo* daquela sociedade<sup>20</sup>.

“A primeira forma é a democracia que é nomeada sobretudo *por sua noção de igualdade*. Pois a lei desse tipo de democracia chama igualdade a que em nada os pobres se sobressaiam mais que os ricos, nem que qualquer um dos dois seja o soberano, mas que ambos sejam iguais. Pois *é verdade que a liberdade é mais importante na democracia*, como alguns supõem, também a igualdade, assim, seria a mais importante, quando todos participam mais e por igual do governo. Visto que o povo está em maior número e a decisão da maioria é soberana, essa forma de governo é necessariamente a democracia. Portanto, esse é um tipo de democracia; o outro é o que as magistraturas são distribuídas entre os advindos daqueles que pagam os tributos mais altos, mas porque esses são baixos; e para aquele que adquiriu essa riqueza deve ter o poder de participar da magistratura, e aquele que está fora desse grupo não deve participar dele; outro tipo de democracia é a em que todos os cidadãos que não estão submetidos à prestação de contas participem do governo, mas a lei é quem comanda. Outro tipo de democracia é aquela em que qualquer um participa das magistraturas somente se for um cidadão, mas a lei é quem governa; mas existe outro tipo de democracia que em outras coisas são iguais a essas, mas em que o povo é soberano,

<sup>14</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Ob. Cit., p. 296.

<sup>15</sup>Quando observamos que toda cidade é um tipo de comunidade, e que toda comunidade é estabelecida por causa de um bem (pois todos realizam muitas coisas em vista daquilo que lhes parece ser um bem), e é evidente que todas buscam um bem, e, sobretudo, porque este é o fim mais importante de todos; a comunidade mais poderosa dentre todas abraça os interesses de todas as outras. E essa é a chamada cidade, também, comunidade política”. In: ARISTÓTELES. *Política*, Edipro, São Paulo, 2019, p. 08.

<sup>16</sup>“Existe a tirania que é uma monarquia, como já foi dito, despótica da comunidade política; e existe a oligarquia, quando os chefes da administração pública são os que possuem as riquezas; e existe a democracia, ao contrário, quando os chefes são os que não tem uma grande quantidade de bens, mas pobres”. In: ARISTÓTELES. *Política*, Ob. Cit., p. 130.

<sup>17</sup>Aristóteles afirmava que a finalidade da pessoa era singular, divergindo de Platão, pois dizia haver *equidade* (lugar natural das pessoas no Universo Cósmico). Assim, dentro da forma de governo, que era democrática, deveria haver equidade.

<sup>18</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Ob. Cit., pp. 294-295.

<sup>19</sup>ARISTÓTELES. *Política*, Ob. Cit., p. 171.

<sup>20</sup>ARISTÓTELES. *Política*, Ob. Cit., p. 180.

não a lei. E isso acontece quando os decretos são soberanos e não a lei”<sup>21</sup> <sup>22</sup>.

Afirmou ainda que nos discursos políticos “as dissensões não surgem de diálogos sobre pequenos assuntos, mas de pequenas coisas, eles se revoltam por assuntos importantes”<sup>23</sup>. Logo, a melhor forma para conquistar o ouvinte, frente a debates políticos, era o *conhecimento*<sup>24</sup> das formas de governo, pois “de fato, todas as pessoas acabam se deixando persuadir por considerações de seu interesse, e seu interesse reside na manutenção da ordem estabelecida do Estado”<sup>25</sup>. Portanto, a verdade relativa, ou retórica, deveria ser alinhada pela ética<sup>26</sup>, pois um princípio ético de comportamento deve ser respeitado pelo indivíduo como uma verdade<sup>27</sup>.

Inicialmente, pretende-se responder de qual maneira a comunicação pôde influenciar no cenário político. Ainda, compreendendo que a democracia é uma garantia fundamental, com seu conceito modificado ao longo da história, é possível afirmar que a comunicação (ferramenta da linguagem) e a ética são complementares?

A liberdade foi um dos princípios tratados pela retórica de Aristóteles e pôde ser notado, posteriormente, na liberdade de expressão, que utilizou a *expressão* como uma *ferramenta* de linguagem. Todos, de igual forma, tiveram os seus conceitos modificados ao longo da história, mudanças essas que serão ilustradas no decorrer desta dissertação. Porém, o que merece ser inserido a título de introdução é o marco histórico da liberdade de expressão, que foi a Revolução Francesa. Esta Revolução registrou-a como sendo a representação do interesse das pessoas sobre um determinado Estado. O Estado Democrático, que passou a ser interpretado pelo poder *soberano do povo*, ou seja, o poder representado a partir da “*livre manifestação de diferentes vozes*” como uma premissa fundamental<sup>28</sup>.

---

<sup>21</sup>ARISTOTELES. *Política, Ob. Cit.*, pp. 171-172.

<sup>22</sup>Os desvios de finalidade dos regimes são a tirania da monarquia, a oligarquia da aristocracia, e a democracia da república. Pois a tirania é uma monarquia voltada para o interesse do monarca, e a oligarquia para o dos ricos, enquanto a democracia está voltada para o interesse dos pobres, mas nenhum deles está voltado para o proveito comum”. In: ARISTOTELES. *Política, Ob. Cit.*, p. 129.

<sup>23</sup>ARISTOTELES. *Política, Ob. Cit.*, p. 214.

<sup>24</sup>Conhecimento na frase deve ser interpretado como o estudo, inteligência, aqueles que conhecem todos, ou as tendências, dos meios para governar uma sociedade.

<sup>25</sup>ARISTÓTELES. *Retórica*, Edipro, São Paulo, 2019, pp. 78-79.

<sup>26</sup>Leandro Karnal afirma que: “a palavra ‘ética’, derivada de *ethos*, não se refere exatamente apenas a comportamento, a atitude. É, óbvio que a ética é determinada historicamente, caso contrário, entramos no essencialismo, algo que considera uma essência anterior a uma existência. E o essencialismo só é cabível no plano religioso, somente nele se pode falar da Verdade soberana. Está em João 8:32: ‘conhecereis a verdade e a verdade vos tornará livres’. Em história, se fala em verossímil, e não em verdadeiro, e essa é uma distinção importante. Mas, mesmo que eu entenda, do ponto de vista da diacronia histórica, que a ética é relativa, uma determinada sociedade compartilha valores”. In: PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G. & CORTELLA, M.S. *Verdade e mentira: ética e democracia no Brasil*, Papyrus 7 Mares, Campinas, 2016, p. 28.

<sup>27</sup>Cortella: Essa lógica da ética como expressão da verdade e, portanto, a corrupção como desvio ético da verdade é menos uma questão de epistemologia e mais uma *questão moral*. É outra lógica; Dimenstein: Defina ética, Cortella; Cortella: A ética, para mim, é o conjunto de valores que temos para dirigir nossa conduta”. In: PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G. & CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 25.

<sup>28</sup>Essa garantia fundamental se consagrou como uma conquista da sociedade mundial, conhece-se como marco histórico a Revolução Francesa, que previu, expressamente, no artigo 11, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>28</sup>, em 1789, que “*a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei*”. Assim, na Assembleia Nacional francesa, dentre os direitos aclamados, encontravam-se a liberdade de expressão livre de opressão do Estado. In: République Française. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en->

Alexis de Tocqueville afirma que “em política, como em filosofia e em religião, a inteligência dos povos democráticos recebe com muito prazer as ideias simples e gerais”<sup>29</sup>.

“Depois da ideia de um poder único e central, a que se apresenta mais espontaneamente ao espírito dos homens nos séculos de igualdade é a ideia de uma legislação uniforme. Como todos enxergam diferenças entre si e seus vizinhos, mal compreendem por que a regra que é aplicável a uma pessoa não seria as demais. Os menores privilégios, portanto, são repugnantes à sua razão. As mais ligeiras dessemelhanças nas instituições políticas de um povo o ofendem, e a uniformidade legislativa lhe parece ser a primeira condição de um bom governo. Por outro lado, *eu considero que essa noção de uma regra uniforme, imposta igualmente a todos os membros do corpo social, é como que estranha ao espírito humano nos séculos aristocráticos*. Ele não a aceita nem a rejeita”<sup>30 31</sup>.

Tocqueville, em sua crítica, afirma que “essas inclinações opostas da inteligência acabam – de uma parte ou de outra – por se tornar instintos tão cegos e hábitos tão invencíveis que eles continuam a dirigir as ações a despeito dos fatos particulares”<sup>32</sup>.

“Malgrado a imensa variedade da Idade Média, encontravam-se por vezes indivíduos perfeitamente semelhantes: mas isso não impedia que o legislador atribuisse a cada um deles deveres diversos e direitos diferentes. Em nossos dias, ao contrário, os governos exaurem seus esforços em tentar impor os mesmos costumes e as mesmas leis a populações que ainda não se parecem. À medida que as condições de um povo se tornam mais iguais, os indivíduos parecem menores e a sociedade, maior, ou antes, tornados semelhantes aos demais, os cidadãos se perdem na multidão, e só se percebe a vasta e magnífica imagem do próprio povo. Eles admitem facilmente que o seu próprio interesse é tudo, e o do outro, nada. Eles concordam de bom grado que o poder representado pela sociedade tem muito mais luz e sabedoria do que qualquer pessoa em particular que componha, e que é seu dever, assim como seu direito, tomar cada cidadão pela mão e conduzi-lo”<sup>33</sup>.

Assim, sendo a liberdade de expressão uma garantia fundamental para o cidadão comum, indaga-se: é possível afirmar que essa garantia esteja sendo relativizada quando equiparada à de um postulante a cargo eletivo em período de propaganda eleitoral?

---

*vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789*, acesso em: 24 dez. 2021.

<sup>29</sup>TOCQUEVILLE, A.D. *Da Democracia na América*, Vide, Campinas, 2019, p. 793.

<sup>30</sup>TOCQUEVILLE, A.D. *Ob. Cit.*, p. 793.

<sup>31</sup>Para Leandro Karnal: “Tudo já foi apresentado um dia como ético. Até aquilo que não é. Ou seja, a nossa ética hoje dialoga com a Ética a Nicômaco, de Aristóteles. Ela dialoga com a ética à maneira dos geometras de Espinosa, com a ética kantiana. Mas ela é fruto de uma determinada concepção. E a estrutura que estamos discutindo aqui, que é uma crítica à relação ética-verdade-democracia-política, foi analisada de forma muito mais brilhante do que podemos fazer por Tocqueville, no século XIX: a democracia é estruturalmente problemática”. *In*: PONDÉ, L.F.; KARNAL, L.; DIMENSTEIN, G. & CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 29.

<sup>32</sup>TOCQUEVILLE, A.D. *Ob. Cit.*, pp. 793-794.

<sup>33</sup>TOCQUEVILLE, A.D. *Ob. Cit.*, p. 794.

Apesar de a Constituição de 1988 receber o princípio democrático e reconhecer a soberania do povo como seu princípio cãnone<sup>34</sup> <sup>35</sup>, os ataques à democracia por meio da comunicação são frequentes e de difícil controle, como será destacado. Para Robert A. Dahl democracia significa “criar um *conjunto de regras e princípios*, uma Constituição, que determinará como serão tomadas as decisões da associação”<sup>36</sup>. Afirma ainda que “a associação deverá estar de acordo com um princípio elementar: todos os membros deverão ser tratados (sob a Constituição) como se estivessem igualmente qualificados para participar do processo de tomar decisões sobre *as políticas que a associação seguirá*”<sup>37</sup>. Antes de entrar nos critérios sobre um processo democrático, Dahl afirmou que “no governo desta associação todos os membros serão considerados *politicamente iguais*”<sup>38</sup>.

“Critérios de um processo democrático [...]: a) *Participação efetiva*. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser essa política; b) *Igualdade de voto*. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais; c) *Entendimento esclarecido*. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências; d) *Controle do programa de planejamento*. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança, se assim estes escolherem; e) *Inclusão dos adultos*. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadão implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do

<sup>34</sup>O preâmbulo da Constituição de 1988, prevê conceitos democráticos para o Estado brasileiro, como cãnone fundamental, ou seja, como o centro da sua sustentação: “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. In: BRASIL. *Constituição*, disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), acesso em: 13 mar. 2024.

<sup>35</sup>Foram os gregos – provavelmente os atenienses – que cunharam o termo *demokratia*: *demos*, o povo, e *kratia*, governar. Por falar nisso, é interessante saber que, em Atenas, embora a palavra *demos* em geral se referisse a todo o povo ateniense, às vezes, significava apenas a gente comum ou apenas o pobre. Às vezes, *demokratia* era utilizada por seus críticos aristocráticos como uma espécie de epíteto, para mostrar seu desprezo pelas pessoas comuns que haviam usurpado o controle que os aristocratas tinham sobre o governo. Em qualquer dos casos, *demokratia* era aplicada pelos atenienses e por outros gregos ao governo de Atenas e ao de muitas outras cidades gregas. Entre as democracias gregas, a de Atenas era de longe a mais importante, a mais conhecida na época e, ainda hoje, de incomparável influência na filosofia política, muitas vezes considerada um exemplo primordial de participação dos cidadãos ou, como diriam alguns, era uma *democracia participante*. [...] Assim, as instituições da Grécia, por mais inovadoras que tenham sido em sua época, foram ignoradas ou mesmo claramente rejeitadas durante o desenvolvimento da moderna democracia representativa. [...] Os romanos preferiram chamar seu sistema de republicano; *res*, que em latim significa coisa ou negócios, e *publicus* – ou seja, a república poderia ser interpretada como ‘a coisa pública’ ou ‘os negócios do povo’ [...] Como em Atenas, o direito a participar restringia-se aos homens, o que também aconteceu em todas as democracias que apareceram depois, até o século XX”. In: DAHL, R.A. *Sobre a democracia*, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, pp. 22-23.

<sup>36</sup>DAHL, R.A. *Ob. Cit.*, p. 49.

<sup>37</sup>DAHL, R.A. *Idem*.

<sup>38</sup>DAHL, R.A. *Idem*.

século XX, esse critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos porque devemos tratar os outros como nossos iguais políticos<sup>39</sup>.

Robert. A Dahl afirmou que “quando qualquer das exigências é violada, os membros não serão politicamente iguais”<sup>40</sup>. Portanto, para Dahl, numa democracia, “o poder da maioria não faz o direito da maioria”<sup>41</sup>, ainda que “a democracia garanta a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não concedem e não podem conceder”<sup>42</sup>. Assim, “a democracia não é apenas um processo de governar. Como os direitos são elementos necessários nas instituições políticas democráticas, a *democracia também é inerentemente um sistema de direitos*. Os direitos estão entre os *blocos essenciais* da construção de um *processo de governo democrático*”<sup>43</sup>.

## 2. A EVOLUÇÃO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E OS SEUS IMPACTOS NA POLÍTICA

Há cerca de dois milhões e quinhentos mil anos surgiram na Terra animais do gênero *Homo*, que evoluíram por todo o planeta em várias espécies, com características determinadas pelas condições ambientais de cada local<sup>44</sup>. Estima-se que há duzentos mil anos a espécie, depois autodenominada *sapiens*, apareceu em algum canto da África<sup>45</sup>.

A princípio nela nada havia de especial, era um grupo a mais de hominídeos, animais inteligentes, capazes de produzir artefatos de madeira e pedra lascada, porém ocupando uma posição intermediária na cadeia alimentar. Eram caçadores-coletores, viviam em bandos pequenos, móveis, procurando no território no qual vagavam os alimentos que necessitavam, na coleta de produtos naturais, caça de pequenos animais e sobras de animais maiores abatidos por grandes predadores<sup>46</sup>.

Sua estrutura social é desconhecida, mas permitiu que desenvolvessem uma capacidade que os diferenciou do restante dos animais com os quais conviviam: a linguagem. Todos os animais superiores apresentam alguma forma de linguagem, sons que tem um significado, em geral relativo a alguma situação de risco em seu ambiente, para atrair parceiros ao acasalamento ou situações pontuais<sup>47 48</sup>.

<sup>39</sup>DAHL, R.A. *Ob. Cit.*, pp. 49-50.

<sup>40</sup>DAHL, R.A. *Ob. Cit.*, p. 50.

<sup>41</sup>DAHL, R.A. *Ob. Cit.*, p. 61.

<sup>42</sup>DAHL, R.A. *Idem*.

<sup>43</sup>DAHL, R.A. *Ob. Cit.*, pp. 61-62.

<sup>44</sup>HARARI, Y.N. *Uma breve história da humanidade: Sapiens*. Porto Alegre: L&PM, 2015, pp. 09-10.

<sup>45</sup>HARARI, Y.N. *Ob. Cit.*, p. 19.

<sup>46</sup>HARARI, Y.N. *Ob. Cit.*, p. 15.

<sup>47</sup>A ‘linguagem’ é toda a interação entre os seres e contempla, inclusive, ideias, sentimentos [...]. Dentro do contexto de linguagem encontramos a ‘língua’ que representa um código verbal com palavras, sinais, gestos, etc.; pode ser língua portuguesa, língua inglesa [...]. Um tipo de língua é a ‘fala’, que é a comunicação feita oralmente (voz). Dentro dos tipos de linguagem, destaca-se: linguagem verbal; linguagem não-verbal; linguagem mista.

<sup>48</sup>A língua é deduzida da necessidade do homem de auto expressar-se, de objetivar-se. A essência da linguagem nessa ou naquela forma, por esse ou aquele caminho, se reduz à criação espiritual do indivíduo. Propunham-se ainda se propõem variações um tanto diferentes das funções da linguagem, mas permanece característico, se não o pleno desconhecimento, ao menos a subestimação da função comunicativa da linguagem; a linguagem é considerada do ponto de vista do falante, como que de um falante sem a relação necessária com outros participantes da comunicação discursiva. Se era levado em conta o papel do outro, era apenas como papel de ouvinte que apenas compreende passivamente o falante”. Para Bakhtin: “a língua necessita apenas do falante – de um falante – e do objeto da sua fala, se neste caso a língua pode servir ainda como meio de comunicação, pois essa é a sua função secundária, que não afeta a sua essência”. In: BAKHTIN, M. *Os gêneros do discurso*. Rio de Janeiro: 34, 2016, pp. 23-24.



No *sapiens* primitivo era mais elaborada a comunicação, provavelmente complementada com gestos, mas não desenvolvida o suficiente para levar este grupo a uma posição de destaque entre os que dividiam com ele o *habitat*<sup>49 50</sup>.

Algo aconteceu perto de setenta mil anos atrás, uma possível mutação genética favorável para esta espécie de homínidos, que permitiu que seu raciocínio ficasse mais elaborado e ele passou a ter um pensamento não restrito aos estímulos visuais e à memória. Podia imaginar e prever, supor e planejar, criar coisas que não via, como estratégias de caça e até espíritos, mas o que a levou ao topo da cadeia alimentar foi a capacidade de transmitir essas ideias e discuti-las com outros membros do bando, o aprimoramento da linguagem<sup>51</sup>.

O uso da linguagem e o crescimento cognitivo que ela permitiu levou o *Homo sapiens* a povoar todo o planeta, extinguir, pela competição por alimentos ou ação violenta direta, não se sabe, todas as outras espécies de homínidos<sup>52 53 54</sup>. Além disso, promoveu a fixação dos bandos em cidades, com o aprendizado da agricultura e domesticação de animais<sup>55 56</sup>. A complexidade da estrutura social destas sociedades, gregárias e em constante crescimento populacional, levou à necessidade da criação de um sistema de armazenamento de dados, fundamental na organização de um Estado<sup>57</sup>. Este sistema inovador, que na prática abriu caminho ao crescimento das cidades, formação de reinos e impérios, foi a escrita<sup>58</sup>.

Os primeiros registros remontam há 3500-3000 a.C, descobertos na Suméria, região da Mesopotâmia, considerada o berço da civilização<sup>59</sup>. Era um sistema matemático, associado a um grande número de símbolos que significavam coisas<sup>60 61 62</sup>. Permitiu a anotação de dados sobre impostos, produção agrícola, salários, dívidas, e foi fundamental na evolução do Estado moderno, burocrático e organizado<sup>63</sup>. Nos dois milênios seguintes sistemas semelhantes foram criados em todo o planeta, dos impérios andinos à Ásia, todos com a mesma finalidade<sup>64</sup>. Desse ponto até a elaboração de alfabetos silábicos, para registro do que se falava, e

---

<sup>49</sup>HARARI, Y.N. *Ob. Cit.*, p. 24.

<sup>50</sup>DURANT, W. *A história da civilização – tomo 1*. Nova York: Simon & Schuster, 1954, pp. 76-78.

<sup>51</sup>HARARI, Y.N. *Ob. Cit.*, p. 27.

<sup>52</sup>HARARI, Y.N. *Ob. Cit.*, p. 23.

<sup>53</sup>DURANT, W. *Ob. Cit.*, p. 79.

<sup>54</sup>"Depois dessa tremenda invenção da linguagem, a imediata foi a educação. A civilização é um acúmulo, um entesouramento de artes e sabedoria, costumes e ética, por meio dos quais o indivíduo em seu desconhecimento nutre a vida mental; sem essa periódica reaquisição da herança racial, feita pelas novas gerações, a civilização morreria de morte súbita. A Educação deve ela a vida". In: DURANT, W. *Ob. Cit.*, p. 80.

<sup>55</sup>HARARI, Y.N. *Ob. Cit.*, p. 84.

<sup>56</sup>DURANT, W. *Ob. Cit.*, p. 79.

<sup>57</sup>"O sistema de comunicação por meio de sinais foi se tornando necessário com o aumento do tráfico entre as tribos, e a primeira forma seriam rudes representações dos objetos comerciais, e de seu número. Como o tráfico ligava tribos de línguas diversas, um sistema de sinais inteligíveis a todas se fazia necessário. Presumidamente, os números foram os primeiros símbolos escritos, com riscos paralelos representando os dedos". In: DURANT, W. *Ob. Cit.*, pp. 81-82.

<sup>58</sup>HARARI, Y.N. *Ob. Cit.*, p.128.

<sup>59</sup>DURANT, W. *Ob. Cit.*, p. 112.

<sup>60</sup>HARARI, Y.N. *Ob. Cit.*, p. 128.

<sup>61</sup>DURANT, W. *Ob. Cit.*, p. 114.

<sup>62</sup>"Uma similar evolução do desenho em escrita parece ter ocorrido no mundo mediterrâneo no fim da Idade Neopolítica. Em 3.600 a.C., e talvez antes, Elam, Suméria e Egito desenvolveram um sistema de símbolos, ideias ou hieróglifos, assim chamados por serem de uso sacerdotal. Sistema similar aparece em Creta, em 2.500 a.C. Veremos adiante como estes hieróglifos, representando ideias, foram, pela corrupção do uso, esquematizados e reduzidos a silabários, isto é, a uma coleção de sinais indicando silabas; e como, por fim, os finais passaram a indicar apenas letras, ou o som inicial da silaba". In: DURANT, W. *Idem*.

<sup>63</sup>DURANT, W. *Ob. Cit.*, p. 84.

<sup>64</sup>HARARI, Y.N. *Ob. Cit.*, p. 131.

símbolos numéricos, para facilitar os cálculos matemáticos, o intervalo de tempo foi historicamente bem menor<sup>65</sup>. A palavra alfabeto deriva das duas primeiras letras do grego, *Alfa* e *Beta*<sup>66</sup>.

A escrita permitiu ao humano uma ampliação, sem precedentes, em sua capacidade de armazenar registros, para todas as áreas, que não teriam mais que se ater à limitação da memória<sup>67</sup>. O registro escrito dos poemas oralmente transmitidos sobre a guerra de Tróia, provavelmente dois séculos após os combates, permitiu a leitura da *Ilíada* e da *Odisseia* e que Schliemann descobrisse as ruínas da cidade. Um pequeno exemplo de como a escrita impactou a evolução da humanidade<sup>68</sup>.

Foi contínuo o aprimoramento nos materiais usados na escrita, da cerâmica ao papel, das penas às tintas, mas nenhum deles impactou tanto a humanidade como a invenção dos tipos móveis e da imprensa por Gutenberg, por volta de 1430 da Era Cristã. A possibilidade de reprodução de escritos em grande escala teve mais impacto cultural e social que inventos posteriores na área da comunicação, como o rádio<sup>69</sup>, cinema e televisão<sup>70</sup>. A invenção dos computadores e a popularização de seu uso doméstico, um fato contemporâneo, talvez se equipare ou até suplante a imprensa em importância nesta área.

As democracias modernas surgiram e se aprimoraram com alicerce nas informações transmitidas à população através desses meios de comunicação<sup>71</sup>. A liberdade de expressão, da informação de notícias e opiniões, dos debates e críticas, são prerrogativas básicas em um regime democrático.

Apesar de fundamental, a liberdade de expressão, e não só ela, a liberdade em si, não pode ser exercida de forma plena em uma democracia. Os veículos de comunicação que detêm concessão pública para uso de frequências, como rádio e televisão, e os impressos, como jornais e revistas, têm na atividade jornalística parte

---

<sup>65</sup>DURANT, Will. *Ob. Cit.*, pp. 113-114.

<sup>66</sup>DURANT, Will. *Ob. Cit.*, p. 114.

<sup>67</sup>O significado da palavra é, ao mesmo tempo, um fenômeno de discurso e intelectual, mas isto não significa a sua filiação puramente externa a dois diferentes campos da vida psíquica. O significado da palavra só é um fenômeno de pensamento na medida em que o pensamento está relacionado à palavra e nela materializado, e vice-versa: é um fenômeno de discurso apenas na medida em que o discurso está vinculado ao pensamento e focalizado por sua luz. É um fenômeno do pensamento discursivo ou da palavra consciente, é a unidade da palavra com o pensamento". In: VIGOTSKI, L.S. *A construção do pensamento e da linguagem*, 2ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2020, p. 398.

<sup>68</sup>O linguista L.S. Vigotski afirmou, sobre a palavra, pensamento e linguagem que: "se a consciência, que sente e pensa, dispõe de diferentes modos de representação da realidade, estes representam igualmente diferentes tipos de consciência. Por isso o pensamento e a linguagem são a chave para a compreensão da natureza da consciência humana. Se 'a linguagem é tão antiga quanto a consciência', se, 'a linguagem é uma consciência prática que existe para outras pessoas e, conseqüentemente para mim', se a 'maldição da matéria, a maldição das camadas móveis do espírito paira sobre a consciência pura', então é evidente que não é um simples pensamento mas toda a consciência em seu conjunto que está vinculada em seu desenvolvimento ao desenvolvimento da palavra. Pesquisas eficazes mostram, a cada passo, que a palavra desempenha o papel central na consciência e não funções isoladas. Na consciência a palavra é precisamente aquilo que, segundo expressão de Feuerbach, é absolutamente impossível para um homem e possível para dois. Ela é a expressão mais direta da natureza histórica da consciência humana". In: VIGOTSKI, L.S. *Ob. Cit.*, pp. 485-486.

<sup>69</sup>O rádio transmitia muitas mensagens que os ingleses agrupam sob a denominação geral de *intelligence*: palavras, músicas, telegramas em Morse, telegramas secretos, desenhos e fotografias" In: GRIVET, P. & HERRENG, P. *A televisão*, Difusão Europeia do Livro, São Paulo, 1955, p. 10.

<sup>70</sup>A telegrafia é o mais simples desses sistemas e o Código Morse representa todas as letras do alfabeto pelo ritmo de interrupção de uma corrente. O manipulador corta, por assim dizer, essa corrente em trechos comprimidos que se chamam traços e em outros trechos mais curtos denominados pontos. Cada letra do alfabeto será representada por uma combinação particular de pontos e traços. Pode-se assim, transmitir palavras e frases inteiras". In: GRIVET, P. & HERRENG, P. *Ob. Cit.*, pp. 10-11.

<sup>71</sup>BUCCI, E. *Sobre a ética e Imprensa*, Companhia das Letras, São Paulo, 2006, p. 17.

ou a integralidade de seu foco. Nesta função, a de informar o cidadão e fiscalizar os atos governamentais, estes veículos devem respeitar princípios éticos e legais. A imprensa escrita, em jornais, o primeiro e mais importante mecanismo de informação em massa até a invenção e popularização da televisão, era, em seus primórdios, “apenas uma extensão das necessidades de comunicação do governo”<sup>72</sup>. Hoje, ao menos em regimes democráticos, o jornalismo tem uma função maior de fiscalização do *poder*, além da natural prestação de informações ao cidadão, estas segundo interesses deste público e não do governo<sup>73</sup>. Com a evolução da democracia, o acesso à informação passou a ser um direito do cidadão, mecanismo de controle e renovação do aparato governamental, devendo ser prestada com fiscalização do Estado<sup>74</sup>.

Atualmente os veículos de mídia mais importantes são a imprensa escrita, jornais e revistas, os meios eletrônicos tradicionais, rádio<sup>75</sup> e televisão, e os digitais, com uso de computadores e *internet*<sup>76</sup>. Há mecanismos de controle das informações transmitidas por todos estes meios, talvez mais difíceis na mídia digital, que devem ser utilizados pelo Estado para garantir a lisura dessa prestação de serviço público, função que assume especial importância em período eleitoral. Empresas jornalísticas sempre devem atuar dentro de princípios éticos, sem se permitir desvios por interesses de mercado ou políticos, para garantir esta conduta o papel fiscalizador do Estado é fundamental. Uma de suas funções é evitar a concentração de propriedade de veículos de comunicação em uma só corporação, há uma tendência natural para isso em todo o mundo<sup>77</sup>. A diversidade de opinião, de pontos de vista e de classificação da importância da informação a ser transmitida, deve ser preservada.

“No dia 25 de janeiro de 1984, o Jornal Nacional tapeou o telespectador. Mostrou cenas de uma manifestação pública na Praça de Sé, em São Paulo, e disse que aquilo acontecia em virtude da comemoração do aniversário da cidade (...). A multidão estava lá para exigir eleições diretas para a Presidência da República. O JN enganou o cidadão naquela noite – e prosseguiu enganando durante

---

<sup>72</sup>BUCCI, E. *Ob. Cit.*, p. 18.

<sup>73</sup>BUCCI, E. *Ob. Cit.*, p. 35.

<sup>74</sup>BUCCI, E. *Idem*.

<sup>75</sup>George Orwell ao tratar da “peça radiofônica baseada na fantasia ‘a guerra dos mundos’, afirma que “a emissão teve uma repercussão espantosa e imprevista. Milhares de pessoas a confundiram com um programa de notícias e, ao menos por algumas horas, acreditaram mesmo que os marcianos tinham invadido os Estados Unidos e avançavam pelo interior do país sobre pernas de aço com trinta metros de altura, massacrando tudo e todos com raios de calor [...]. Nos Estados Unidos o rádio é o principal veículo de notícias. Há uma enorme quantidade de estações transmissoras, e quase toda família tem um aparelho receptor [...]. Sabe-se que os jornais costumam ser inverídicos, mas também que não podem publicar mentiras que superem certa magnitude, e quem topasse com manchetes imensas anunciando a chegada de um cilindro vindo de Marte provavelmente acreditaria no que estava lendo, ao menos durante os poucos minutos necessários para buscar uma comprovação”. *In*: ORWELL, G. *Sobre a verdade*, Companhia das Letras, São Paulo, 2020, pp. 40-41.

<sup>76</sup>A revolução na comunicação foi impulsionada pela *internet*. Após a segunda grande guerra, os Estados Unidos, visando “se resguardar contra um eventual ‘ataque nuclear russo’”, criou um projeto de sistema de telecomunicação, conhecido como *Arpanet*, em 1969. Por meio de *backbones*, “houve a interligação de quatro *hosts*, os do campus da Universidade da Califórnia – em Los Angeles e Santa Bárbara –, o da Universidade de Utah, bem como o do SRI de Stanford, sendo a interligação ampliada, em 1971, para agências governamentais e militares norte-americanas, incluindo a NASA”. Em 1972, “lançava-se o primeiro programa de correio eletrônico, e, posteriormente, no ano de 1973, Vinton Cerf, pesquisador da Universidade da Califórnia, registrou o Protocolo de Controle de Transmissão/Protocolo Internet (protocolo TCP/IP)”. Neste momento, notou-se que a *internet* era capaz de interligar “dezenas de milhões de computadores no mundo inteiro”, permitindo o “acesso a uma quantidade de informações praticamente inesgotáveis, anulando toda distância, tempo e lugar”. *In*: FURLANETO NETO, Mário; LOURENÇO DOS SANTOS, J.E. & GIMENES, E.V. *Crimes na internet e inquérito policial eletrônico*, 2º ed., Edipro, São Paulo, 2018, pp. 11-12.

<sup>77</sup>BUCCI, E. *Ob. Cit.*, p. 13.

semanas a fio, ao omitir as informações sobre a campanha por eleições diretas<sup>78</sup>”.

Eugênio Bucci relata que as Organizações Globo, dona de rede de televisão, jornais e rádios, era detentora, no quarto final do século passado, de mais da metade da audiência televisiva do país, cuja população tinha na televisão o veículo preferido para obtenção de notícias. Sua atuação na eleição de Fernando Collor de Mello, através de seus programas de televisão e distorção de notícias, foi fundamental para a sua vitória, além disso, não noticiou as manifestações de rua que aconteceram em todo o Brasil e culminaram com a queda do seu governo, o fazendo apenas quando esta era irreversível<sup>79</sup>.

Os meios de comunicação usados até a invenção do computador tinham a característica da verticalidade, o acesso à informação dependia de um distribuidor nominado, um determinado jornal ou canal de televisão, como exemplo, de propriedade conhecida<sup>80</sup>. A notícia passa por um jornalista ou outro profissional, é previamente analisada e editada, assim como a opinião emitida pelo veículo. Um jornal liberal atua de forma liberal, uma rádio de um grupo conservador assim atua em seu editorial, cada empresa em seu campo de princípios políticos e econômicos, em nada isso ferindo a ética de sua função, desde que não haja distorções na informação.

Ao público se oferece a variedade de opções, salutar no processo democrático. Mesmo assim, numa democracia já instalada, a brasileira em 1989, segundo Bucci, um conglomerado de empresas de comunicação pôde atuar em desfavor do processo democrático e provavelmente alterou o resultado de uma eleição à Presidência da República<sup>81</sup>. Esse fato evidencia desafios que se anteveem em relação ao controle da divulgação de notícias pela *internet*, uma forma de comunicação horizontalizada, de pessoa a pessoa<sup>82</sup>.

“A campanha eleitoral do Brexit foi determinada pela possibilidade de enviar notícias em parte verdadeiras e na maior parte falsas (*fakenews*) a um público-alvo eleitoral selecionado mais ‘inteligentemente’ através do perfil profissional e ainda mais cultural. Assim uma propaganda dirigida e, por assim dizer, individualizada invadiu a ‘alma digital’ de uma parte insegura do eleitorado,

---

<sup>78</sup>BUCCI, Eugênio. *Ob. Cit.*, p. 29.

<sup>79</sup>BUCCI, Eugênio. *Ob. Cit.*, p. 30.

<sup>80</sup>BUCCI, Eugênio. *Ob. Cit.*, p. 31.

<sup>81</sup>BUCCI, Eugênio. *Ob. Cit.*, p. 31

<sup>82</sup>“As redes sociais, como: *Facebook*, *Instagram* e *WhatsApp*, contam com bilhões de usuários ao redor do mundo. Mesmo jornais tradicionais mantêm plataformas digitais cada vez com maior quantidade de usuários do que seus meios físicos. Aparentemente, o que pode vir a ser um risco à democracia se faz pelo controle da informação digital por grupos específicos, sem o contraponto da informação factual ou legal. ‘Ensinar a navegar na web com discernimento é a missão cultural mais urgente da nossa época’. Não se trata aqui de obrigar as grandes redes sociais a policiarem informações que transitam por suas páginas, mas de definir padrões legais rígidos para os responsáveis pelas informações. Os dirigentes das grandes empresas relacionadas a esta área têm uma noção dos riscos que as *Fake News* representam para seus negócios. O controle estatal e a regulamentação excessiva podem comprometer a lucratividade das grandes redes, que em última análise, vivem do lucro de cliques de usuários. Limitar informações pode ser fatal para uma empresa como *Facebook*, por exemplo. Portanto, há de se buscar um ponto em comum entre os interesses comerciais e o controle de *Fake News* e outros crimes que se cometem nas redes”. In: RIBEIRO, S.G. & LINHARES DE AZEVEDO, T. “Análise histórica do acesso à informação: a crise da democracia no Brasil com a proliferação das *Fake News*”, *Cadernos de Direito Actual*, nº 16, pp. 310-321, Espanha, 2021, p. 315.

favorecendo claramente a vitória pela saída da União Europeia, por meio de informações negativas<sup>83 84</sup>.

O plebiscito britânico sobre o Brexit foi influenciado, ao que se sabe, por propaganda digital impulsionada, culminando com a saída da Inglaterra da União Europeia<sup>85</sup>. Usando de técnicas semelhantes às da campanha do Brexit pela direita inglesa, Donald Trump, elegeu-se presidente dos Estados Unidos da América e manteve, durante todo o seu mandato, o impulsionamento digital de notícias falsas ou distorcidas<sup>86 87</sup>.

Esses acontecimentos, em duas das principais democracias do mundo, alertam para as dificuldades e riscos que o processo horizontalizado de disseminação de notícias, propiciado pela *internet*, apresenta.

“No lado positivo, esse processo multiplica o intercâmbio de opiniões e amplia o campo do debate democrático, oferecendo amplas possibilidades para a transformação da política. No lado negativo, ele não é imune a todo e qualquer tipo de risco, como difusão de mentiras e difamações, ataques a reputação, desmoralização de adversários e os perigos da personalização dos conteúdos por parte dos sites de buscadores, como o *Google*. À medida que esses sites conhecem as preferências dos usuários e se empenham em oferecer serviços personificados para seus gostos sociais, inclusive notícias e resultados de pesquisas, a internet intensifica de tal modo suas preferências que eles acabam não tendo acesso a opiniões diferentes

---

<sup>83</sup>CANEVACCI, M. *A necessária reconstrução da política de nova era*. In: UNISINOS, 2018, disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/577730-a-necessaria-reconstrucao-da-politica-de-nova-era-entrevista-especial-com-massimo-canevacchi>, acesso em: 07 fev. 2024.

<sup>84</sup>A expressão ‘*fake news*’, em inglês, costuma ser traduzida como ‘notícia falsa’ ou ‘notícias falsas’. Na tradução sugerida pelo professor Carlos Eduardo Lins da Silva, adotada aqui, é ‘notícias fraudulentas’. O sentido do adjetivo ‘*fake*’, em inglês, envolve intenção do agente de enganar o interlocutor, o dolo, essa intenção maliciosa. Desse modo, a expressão, ‘notícias falsas’ é fraca para traduzir o sentido expresso ‘*fake news*’. In: BUCCI, E. *Existe democracia sem verdade factual?* Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2019, p. 10.

<sup>85</sup>Outras referências teóricas – muitas outras – serão invocadas, desde elementos do pensamento político que tem início na Grécia de Aristóteles até as teorias da informação, nascida no século XX, culminando no intenso debate em torno das chamadas *fake news* e o seu lugar da verdade factual, tal como formulada por Hannah Arendt, nas democracias contemporâneas. A dimensão do problema ganhou mais visibilidade quando, em sua edição de 10 de setembro de 2016, o seminário inglês *The Economist* foi a público com uma chamada de capa marcante: ‘a arte da mentira: a política da pós-verdade na era das redes sociais’. Com capa, a revista proclamou o caso da verdade factual e pautou um debate que se estende por meses na Europa e nas Américas. Segundo *The Economist*, o divórcio entre o discurso político e os fatos teria se agravado violentamente. A campanha Donald Trump para a presidência dos Estados Unidos, em grande parte abastecida por notícias fraudulentas, e a propaganda mais do que enganosa que levou à vitória do ‘Brexit’ no Reino Unido foram apontadas como sintomas. As democracias mais estáveis do planeta estariam ingressando numa era em que os relatos sobre os acontecimentos perderam referência na verdade factual”. In: BUCCI, E. *Ob. Cit.*, pp. 10-11.

<sup>86</sup>“69% das declarações de Trump são predominantemente falsas, falsas ou mentirosas”. In: D’ANCONA, M. *Pós-verdade: A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News*, Faro, São Paulo, 2018, p. 20.

<sup>87</sup>“Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos”. In: STF. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130*, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>, acesso em: 06 mai. 2024.

nem recebendo informações que poderiam desafiar ou alargar, de forma crítica, suas visões de mundo”<sup>88</sup>.

A liberdade de expressão, um direito, tem limites definidos no pacto social da civilidade. A vida em comunidade impõe respeito às normas estabelecidas. Não se trata de coibir este mecanismo de distribuição de informação, ele é definitivo, mas sim de *criar mecanismos de controle que permitam que a expressão se exerça de forma adequada, sem riscos ao processo político*<sup>89</sup>.

### 3. A PRÉ-COMPREENSÃO DA LIBERDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL E A GARANTIA DA VERDADE RELATIVA PARA O CANDIDATO NAS ELEIÇÕES

A etimologia da palavra liberdade, de origem grega, significa “liberdade de movimento”<sup>90 91 92</sup>. Thomas Hobbes tratou diretamente do conceito, em meados de 1620, afirmando que “o significado da palavra liberdade, em seu sentido próprio, é a *ausência de oposição* (entendendo por oposição os impedimentos externos ao movimento), e esse termo se aplica tanto às criaturas racionais como às irracionais e aos inanimados”<sup>93 94</sup>. Para ele, o homem livre deve ser visto como o que “não é impedido de fazer as coisas de que tem vontade e que as faz graças às suas vontades e engenho; mas, quando as *palavras livre e liberdade são aplicadas a qualquer coisa diferente de um corpo*, trata-se de um *abuso da linguagem*, pois o que não está

<sup>88</sup>FARIA, J.E. *Política e imprensa em tempos de internet*. São Paulo: Perspectiva, 2020, p. 19.

<sup>89</sup>A IFLA (*International Federation of Library Associations and Institutions*), em 2017, “instrui seus integrantes a considerar o fenômeno da desinformação a partir de oito critérios distintos no enfrentamento contra mentiras disseminadas nas redes sociais. São eles: 1. Verificar a fonte (ou checar a credibilidade do site que divulga a notícia); 2. Ler mais a respeito antes de compartilhar (ou procurar confirmar por outros sites e outras publicações); 3. Comprovar a autenticidade e a seriedade do autor do relato ou da imagem); 4. Ver se o conteúdo traz *links* de apoio que comprovam a história; 5. Ter o cuidado de se certificar se a data da publicação não é antiga (se aquela narrativa ou aquela imagem não se refere a outro período); 6. Assegurar-se de que não se trata de uma paródia, uma piada ou uma produção humorística que as pessoas possam estar levando a sério por engano; 7. Avaliar se não são os seus próprios preconceitos que o estimulam a acreditar no conteúdo sem necessidade de maiores comprovações; e, 8. Na dúvida, consulte o bibliotecário ou algum especialista no assunto”. In: BUCCI, E. *Ob. Cit.*, pp. 12-13.

<sup>90</sup>DICIONÁRIO DE DIREITOS HUMANOS. *Liberdade*, Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Liberdade> acesso em: 02 fev. 2024.

<sup>91</sup>Na Antiguidade, a liberdade era uma qualidade do cidadão, do homem considerado livre na estrutura da *polis*. A expressão da liberdade era sobretudo política. Estava mais próxima do *status libertatis*, adquirido entre privilégios testamentais. Os antigos não conheciam a liberdade individual como autonomia ou determinação. *Poder e liberdade eram palavras praticamente sinônimas*. Compreendia-se a *liberdade como o poder de se movimentar sem impedimentos*, seja em razão da debilidade do corpo, seja em razão da necessidade ou mesmo em razão do impedimento oposto por ordem de um senhor. O *‘eu posso’* era mais representativo do que o *‘eu quero’*. In: DICIONÁRIO DE DIREITOS HUMANOS. *Liberdade, Idem*.

<sup>92</sup>É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer, mas a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”. In: MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, Martins Fontes, São Paulo, p. 166.

<sup>93</sup>HOBBS, T. *Leviatã*, Martin Claret, São Paulo, 2014, p. 170.

<sup>94</sup>Todas as criaturas vivas, quando se encontram presas ou limitadas por muros ou prisões, e também com as águas, contidas por diques ou canais, e que assim não fosse, se espalhariam por um espaço maior, costumamos dizer que essas criaturas e as águas não têm a liberdade para se mover, e que o fariam, não fosse esses impedimentos externos. Dizemos, porém, que não há falta de liberdade, mas sim, do poder de movimentar-se, quando o impedimento pertence à constituição da própria coisa”. In: HOBBS, T. *Idem*.

sujeito ao movimento também não está sujeito ao impedimento<sup>95</sup>. Sobre a liberdade da voz, Hobbes ressalta:

“quando alguém *fala livremente*, não estamos aludindo à *liberdade da voz*, ou da *pronúncia*, mas do *homem ao qual nenhuma lei obrigou a falar de maneira diversa da que o fez*. Por último, a expressão livre-arbítrio não significa liberdade da vontade, do desejo ou da inclinação, mas apenas a *liberdade do homem*, que consiste no fato de ele não se deparar com entraves para fazer *aquilo de que tem vontade*, pelo qual tem desejo ou inclinação<sup>96</sup>.”

Comparando a interpretação de liberdade de expressão com a proposta da Revolução Francesa, é possível notar uma falsa pré-compreensão do conceito de liberdade ao afirmar que garantiria a “*livre manifestação de diferentes vozes*”<sup>97</sup>, pois não se tratava de dar liberdade à voz, mas de *ampliar* a liberdade do homem dentro de uma forma de governo. Esse slogan condicionou a liberdade da voz a um ordenamento jurídico que em sua natureza essencial, não se tratava de liberdade plena, porém *limitada*. Esse simulacro foi algo que Hobbes já havia, mais de um século antes, denunciado na sua obra *Leviatã*.

“Os atenienses e os romanos eram livres, isto é, viviam em Estados livres. Isso não significa que cada cidadão possuísse a liberdade de opor-se a seu representante, mas sim, que seu representante tinha a liberdade de resistir a outro povo ou de invadir o seu território. Nas torres da cidade de Luca está escrita, e conservada até hoje, a palavra *libertas*; entretanto, não podemos daí inferir que o cidadão de Luca tivesse maior liberdade, ou imunidade, do que o de Constantinopla, em relação ao serviço do Estado. A liberdade é sempre a mesma, seja o Estado monárquico, seja popular<sup>98</sup>.”

O pensamento hobbesiano gera desconforto no leitor, pois faz indagações aos seus antecessores, dos gregos aos latinos, anunciando que essa distorção de interpretação “fez com que os homens, desde a infância, adquirissem o hábito (*sob falsa aparência de liberdade*) de fomentar tumultos e exercer um licencioso controle sobre os atos de seus soberanos<sup>99</sup>”. Em comparação ao pensamento de Hobbes, também é possível perceber um eventual *abuso de linguagem* ao se afirmar que a *democracia é a representação da liberdade*, pois esta é regida por normas dotadas de poder, e esse poder atua diretamente na *limitação da liberdade*.

Assim, a democracia se compreende como forma de governo dotado de poder, mas que concede aos cidadãos maior interferência na atuação do Estado. Nessa atuação estatal o princípio cânone é a soberania popular, o pilar da democracia, composta por garantias fundamentais básicas que visam *limitar abusos de poder*<sup>100</sup>. Assim, não é possível afirmar que a democracia represente a liberdade, tampouco a liberdade de expressão.

<sup>95</sup>HOBBS, T. *Idem*.

<sup>96</sup>HOBBS, T. *Ob. Cit.*, pp. 170-171.

<sup>97</sup>“A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei<sup>97</sup>”. In: République Française. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, *Idem*.

<sup>98</sup>HOBBS, T. *Ob. Cit.*, p. 174.

<sup>99</sup>HOBBS, T. *Ob. Cit.*, p. 175.

<sup>100</sup>Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), “não reflete uma verdade, uma essência, algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem-sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do Barão Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à ideia da tripartição. A saber: *impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade*”

Para Hobbes, a linguagem pode ser interpretada pela verdade ou falsidade.

“Quando dois nomes se juntam numa consequência ou afirmação, por exemplo: o homem é uma criatura viva, ou se ele é um homem, ele é uma criatura viva, se a última expressão, criatura viva significa tudo o que representa o primeiro nome, homem, então a afirmação ou consequência é uma verdade; caso contrário, é falsa. Efetivamente, a verdade e falsidade são atributos da linguagem, não das coisas”<sup>101</sup>.

Contextualizando a liberdade de expressão, com a junção das palavras “liberdade” e “expressão” subentende-se que o cidadão é livre para se expressar. Se o conceito “livre para se expressar” significa tudo o que representa “o cidadão” em uma democracia, seria verdadeira a afirmação, porém, como se nota, não é possível fazer essa afirmação em nenhum tipo de democracia, portando, para Hobbes, seria falsa.

O conceito da palavra “liberdade” foi sobreposto ao de “poder” ao longo da história e, de igual forma, se mantém em todas as formas de governo. Destaca-se que da doutrina de Thomas Hobbes, presidiu-se a ideia de força, ou seja, do uso da força exclusiva do Estado para limitar de forma direta a liberdade, visando ordem pública dentro de um ordenamento jurídico. Norberto Bobbio afirmou que “o poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio”<sup>102</sup>. Ainda, sobre as formas de governo, Bobbio disse que “na democracia e na paz: a democracia entendida como um conjunto de regras destinadas a permitir a um grupo de indivíduos tomar decisões coletivas com o máximo de consenso”<sup>103</sup>.

“No fundo, ambos chegam à mesma conclusão, quer dizer, a de que existe um *poder legítimo distinto do poder de fato*, enquanto colocam o problema tradicional de toda teoria privatista do Estado, que deve encontrar de algum modo um critério de distinção entre o *ordenamento coercitivo do Estado* e o *ordenamento igualmente coercitivo de uma quadrilha de bandidos ou da máfia ou de sociedades secretas revolucionárias*. Mas, segundo dois percursos opostos: o *primeiro parte em busca daquilo que torna legítimo o poder (que é o direito)* o *outro daquilo que torna efetivo o direito (que é o poder)*”<sup>104</sup>.

De forma irônica, sobre o conceito de poder positivado, Bobbio afirma que a “verdade é que logo depois vinha a afirmação segundo a qual *o príncipe tem esse poder porque lhe foi conferido pelo povo*”<sup>105</sup>.

Assim, a pré-compreensão da liberdade em um contexto democrático contemporâneo parte de uma premissa de liberdade que é ao povo concedida pela Constituição, ou seja, que ela é a garantia contra o abuso de poder pelo Estado. Esse paradoxo se encontra no próprio conceito de Constituição, Konrad Hesse afirma que ela é a organização equilibrada das atribuições estatais, “buscando conseguir, assim, que estes *se complementem objetivamente*, que se garanta a cooperação, a responsabilidade, o controle, a *limitação do poder* e, finalmente, que se impeça *qualquer abuso de competência*”<sup>106</sup>.

O conceito de verdade está inserido nos textos jurídicos, bem como nos constitucionais, como exemplo, “o artigo 56 IV da Constituição de Hesse de 1946

---

*dos homens contra abusos e tiranias dos governantes*”. In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo*, 29ª ed., Malheiros, São Paulo, 2011, p. 31.

<sup>101</sup>HOBBS, T. *Ob. Cit.*, p. 42.

<sup>102</sup>BOBBIO, N. *Direito e poder*, Unesp, São Paulo, 2008, p. 196.

<sup>103</sup>BOBBIO, N. *Direito e poder*, *Ob. Cit.*, p. 16.

<sup>104</sup>BOBBIO, N. *Direito e poder*, *Ob. Cit.*, p. 197.

<sup>105</sup>BOBBIO, N. *Direito e poder*, *Ob. Cit.*, p. 198.

<sup>106</sup>HESSE, K. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 05.



formula o objetivo educacional 'servir ao povo e à humanidade através de mensura e caridade, respeito e tolerância, legalidade e veracidade'<sup>107</sup>.

"O amor à verdade ou, respectivamente, à verdade figura aqui como elemento da imagem da pessoa humana no Estado constitucional. Já agora podemos supor que estes objetivos educacionais (humanistas) para os jovens estão em relação interna com a obrigação para com a verdade das testemunhas ou dos juramentados e nos outros campos problemáticos nos quais se apresenta a questão da verdade para o Estado constitucional, como, por exemplo, em relação à tarefa da imprensa de 'informar a serviço do pensamento democrático sobre acontecimentos, condições, instituições e personalidade da vida pública de acordo com a verdade'<sup>108</sup>.

Peter Habermas afirma que a verdade relativa deve ser protegida em uma democracia para impedir a construção de um governo totalitário. Isto deve ser relacionado ao princípio da democracia, em suas palavras, "o princípio da democracia é fartamente citado, pois a democracia pluralista é a forma de Estado das 'verdades relativas'<sup>109 110</sup>.

"A pluralidade das verdades, o desencontro da verdade, o erro humano e o conhecimento de que toda a busca da verdade termina quase sempre atolada no processo de busca, tudo isso não nos pode induzir a considerar o conceito de verdade como juridicamente irrelevante, 'platônico', ou até mesmo, a rejeitá-lo como uma 'fórmula vazia'. Como demonstrado, o conceito de verdade como um valor cultural para o Estado constitucional, sobretudo após as experiências com modelo totalitário oposto, é indispensável"<sup>111</sup>.

Assim, nota-se uma relação entre a "verdade relativa" e a "democracia", nesta forma de governo<sup>112</sup>, principalmente, para que se evite tendências de regime totalitário. Porém, o fato de uma democracia se sustentar na pluralidade de verdades, não exclui o fato de que os seus agentes públicos, e também políticos, tenham

---

<sup>107</sup>HABERLE, P. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 38.

<sup>108</sup>HABERLE, P. *Ob. Cit.*, pp. 38-39.

<sup>109</sup>HABERLE, P. *Ob. Cit.*, p. 39.

<sup>110</sup>"A começar pela filosofia, se você diz que a verdade é relativa, seu enunciado se torna relativo. Portanto, se é relativo que a verdade é relativa, logo ela pode ser absoluta. Esse é um debate que existe desde os pré-socráticos. Imagino a verdade como a Medusa, que transforma em pedra quem a observa de frente. Para que ela seja morta, é preciso vê-la pelo espelho. O modelo de verdade no mundo ocidental, que Jesus, disse a verdade por três anos e foi crucificado. Denunciou saduceus, fariseus, denunciou todo mundo e foi crucificado. Mas quando Pilatos lhe pergunta o que é a verdade, Jesus não responde, o que talvez desobrigue de respondê-la. O que é a verdade? Nietzsche diz que essa é a pergunta mais sutil de todas. Um pouco antes de Jesus, correu a frase: 'à mulher de César não basta ser honesta, tem que parecer honesta'. Trata-se do reconhecimento de que a aparência é central em política, de César a Maquiavel, de Florença a Brasília. No caso específico do Brasil, Sérgio Buarque de Holanda destacou, em 1936, em seu famoso capítulo 'o homem cordial', que o brasileiro funciona pelo coração, sendo impulsivo, afetivo – inclusive quando mata. Mas eu diria, acrescentando ao grande Sérgio, que somos um povo dado à hermenêutica, que interpreta a regra: 'achei que era para fazer isso, mas como estava chovendo, não fiz'. O brasileiro acrescenta incisivos, adiciona artigos às regras. Essa hermenêutica é muito tupiniquim porque separamos significado de significante. Toda regra, no Brasil, precisa ser interpretada pelas pessoas e isso torna nossa fala muito distante da nossa ação". In: PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G. & CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 13.

<sup>111</sup>HABERLE, P. *Ob. Cit.*, p. 123.

<sup>112</sup>"Neste" na frase, refere-se ao regime democrático.

deveres com ela<sup>113</sup>. Também não devem utilizar esse mecanismo visando eventuais privilégios pessoais, em nome das garantias fundamentais, em detrimento da democracia.

Na esfera eleitoral, nota-se que parte da doutrina brasileira utiliza a “verdade relativa” como fundamentação metodológica, porém, mesmo indiretamente, ampliam o campo de abrangência desse conceito para eventuais desvios de finalidade por candidatos em período de propaganda eleitoral. José Jairo Gomes, afirma que a verdade é mutável.

“Há uma correspondência entre os elementos da realidade e os da linguagem, passando-se a compreender as coisas como a interpretação que se faz delas – *não existe, portanto, um ser ou uma coisa ‘em si mesmo’*. Como evidenciou o filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein, *uma palavra não é a essência da coisa que ela representa*. É que *as coisas são o que se interpreta delas, de modo que elas são os sentidos que lhe são atribuídos*. E esses sentidos são produto da experiência histórica vivida no interior de uma dada comunidade, são frutos da cultura e da interação social entre as pessoas. Logo, o significado das coisas só pode ser compreendido no contexto em que os falantes se encontram imersos. Inexiste, portanto, algo que se possa chamar de verdade, havendo, isto sim, muitas verdades que afloram do convívio sociocultural. E não existe método que se possa levar a ela. Verdade, no fundo, significa o compartilhamento de sentidos acerca de determinado objeto, compartilhamento que se dá entre as pessoas no interior de determinada comunidade em certo momento histórico. É mutável, portanto, a verdade”<sup>114 115 116 117</sup>.

Portanto, apesar de a verdade ser relativa, motivando debates sobre ela desde a Grécia Antiga, não se pode permitir um niilismo<sup>118</sup> em uma comunidade, principalmente no cenário político. O fato de a verdade ser relativa não exclui a obrigação do candidato em falar a verdade sobre o contexto a que se refere. Ainda, o fato de a verdade ser relativa, também não deve ser uma lacuna para manipular a verdade e enganar a população em propaganda eleitoral. Assim, o conceito de liberdade de expressão conquistado historicamente pelo cidadão (condição

<sup>113</sup> Defende Rubén Miranda que a democracia eficaz é aquela que “not only emphasizes citizen participation but also institutional excellence and the protection of human rights”. MIRANDA GONÇALVES, R. “Reflections on the Systemic Efficiency of Contemporary Democracy”, *Juridical Tribune – Review of Comparative and International Law* 14, n. 3 (October 2024), p. 438.

<sup>114</sup> GOMES, J.J. *Direito Eleitoral*, 17<sup>o</sup> ed., Atlas, São Paulo, p. 38.

<sup>115</sup> Esta citação a Ludwig Wittgenstein feita pelo autor, Jairo José Gomes, está fora de contexto. Como se sabe, Wittgenstein denunciou as aberturas de interpretação na linguagem, apontando erros de interpretação entre os filósofos. Nas palavras de Wittgenstein: “é que os problemas filosóficos têm origem quando a linguagem folga”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*, Vozes, Petrópolis, 1994, p. 36.

<sup>116</sup> Se autocontradizendo em sua obra, José Jairo Gomes afirma que a “livre circulação de ideias, pensamentos, valorações, opiniões e críticas promovida pela comunicação é essencial para a configuração de um espaço público de debate”, e “sem isso, a verdade sobre os candidatos políticos pode não vir à luz, prejudicam-se o diálogo e a discussão públicos”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 87.

<sup>117</sup> O propósito do termo jogo de linguagem, que é da maior importância para todos os campos do conhecimento e, precisamente por isso, não deve ser malbaratado, impõe-se atentarmos para esta advertência de Larenz: “a expressão jogo de linguagem não pode ser incorretamente compreendida, como se se aludisse com ela simplesmente a um jogo com a linguagem, a um fazer malabarismos com palavras”. In: MÁRTIRES COELHO, I; GONET BRANCO, P.G. & FERREIRA MENDES, G. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2002, p. 19.

<sup>118</sup> Niilismo é a ausência de fé ou crença, pode ser visto como uma negação a qualquer ideologia. Em contrapartida, Nietzsche afirma que niilismo é a ‘cegueira ideológica’, ou seja, acreditar em uma verdade absoluta.

preferencial na democracia brasileira), não pode ser utilizado para justificar o desvio na verdade no discurso do candidato para a captação de votos em período eleitoral.

#### 4. A LINHA TÊNUE ENTRE A PRIVACIDADE DO CANDIDATO E O DEVER DE INFORMAR O ELEITOR: ÉTICA NA COMUNICAÇÃO ELEITORAL

O Estado é instituído quando “uma multidão de homens concorda e pactua” que uma ou mais pessoas irão representar aquela comunidade<sup>119</sup>. Esse pacto transfere o poder de interferência no coletivo, o que automaticamente suprime parcialmente a liberdade das pessoas que vivem naquela sociedade.

Apesar dessa transferência de poder, os representantes devem, em um pacto democrático, prestar conta àquela comunidade. No Brasil aplica-se a democracia representativa, ou seja, a partir do voto obrigatório se elege um mandatário que exercerá determinada função administrativa<sup>120</sup>. Para tanto, a Constituição de 1988 foi formulada adotando uma postura de maior amplitude de transparência nas ações estatais, assumindo um conceito democrático. “Nesse sentido, a Constituição abriu novas perspectivas para o exercício ampliado do controle social da atuação do Estado, com destacada *atribuição livre de organizações não governamentais e da atuação individualizada de cada cidadão*”<sup>121 122</sup>. Logo, o *postulante ao cargo público* parte de uma *expectativa* de mandato (sem a certeza da posse) e já nesse período de propaganda eleitoral, possui o dever de informar o eleitor de suas propostas de ação, bem como da sua biografia pessoal e política.

Ressalta-se que o postulante ao cargo público deve, inicialmente, preencher requisitos burocráticos<sup>123 124</sup> para que possa participar do pleito. E, dentre estes se

<sup>119</sup>HOBBS, T. *Ob. Cit.*, p. 143.

<sup>120</sup>O cargo eletivo, ou seja, “aquele ocupado por titular escolhido direta ou indiretamente pelo eleitorado para exercer funções político-constitucionais. Vereadores, deputados (estaduais/distritais ou federais), prefeitos, governadores, vice-governadores, senadores, presidentes e vice-presidentes da República são exemplos de cargos eletivos”. In: TSE. *Glossário eleitoral explica o que é cargo eletivo*, disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2021/Janeiro/glossario-eleitoral-explica-o-que-e-cargo-eletivo>, acesso em: 03 mar. 2024.

<sup>121</sup>FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Curso de Direito Constitucional*, 16º ed., Saraiva, São Paulo, 2021, p. 989.

<sup>122</sup>“Limite-me aqui a ressaltar um equívoco teórico de fundo, não resolvido pela tradição liberal: a confusão entre a liberdade de manifestação do pensamento e a propriedade dos meios de comunicação e a consequente dependência, de fato, daquela a esta. Trata-se, ao contrário, de dois direitos radicalmente distintos: um é um direito fundamental de todos, o outro é um direito patrimonial pertencente somente aos proprietários dos meios de comunicação. A Constituição italiana garante o primeiro, mas certamente não o segundo: ‘todos têm o direito de manifestar livremente o próprio pensamento’, assevera o artigo 21, que é evidentemente o pensamento dos jornalistas, mas não aqueles dos proprietários. É claro que tal direito postula a total independência das redações em relação aos proprietários. De fato, ao contrário, a relação entre os direitos se inverteu. A propriedade devora a liberdade. Os direitos de liberdade, antes de operarem como limites ao poder, são por este limitados. E as leis do mercado são colocadas em nível superior as regras do Estado de direito e da democracia constitucional”. In: FERRAJOLI, L. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*, Saraiva, São Paulo, 2014, p. 44.

<sup>123</sup>O artigo 14, §3º, da Constituição brasileira prevê: “são condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador”. In: BRASIL. *Constituição, Idem*.

<sup>124</sup>Para o exercício da administração pública (direito político passivo), a Constituição no seu artigo 15 prevê: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se

insere a filiação partidária<sup>125</sup>, que é financiada parcial ou integralmente por verbas públicas (fundo eleitoral – dinheiro público), para a realização da propaganda eleitoral<sup>126 127 128</sup>. Carlos Mario da Silva Velloso e Walber de Moura Agra afirmam que “os cidadãos podem exercer os direitos políticos sem os partidos; contudo para a obtenção de um mandato popular, os partidos são considerados imprescindíveis, pois refletem a participação social nas decisões do Estado”<sup>129 130</sup>.

“A lei nº 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos), em seu art. 24, afirma que o integrante da bancada de partido deve subordinar sua ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos, às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidária, na forma do estatuto [...]. Assim definiu suas razões o Ministro Cezar Peluso: a) em regra, o parlamentar que se desfiliar ou mudar de partido perderá seu mandato em favor do partido que o elegeu. Todas as vezes que a transferência ou desfiliação não tenha por fundamento a preservação da vontade política emitida pelo eleitor no momento do voto, deve o mandato permanecer com o partido que elegeu o representante. Não se trata de sanção pela mudança de partido, não configurado como ato ilícito, contudo, trata-se de reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo [...]. O Ministro Carlos Ayres Britto aponta três argumentos para defender a tese da fidelidade partidária: a) não há candidatura avulsa no Brasil, pois a filiação partidária se configura como condição de elegibilidade; b) que a soberania popular, exercida mediante sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, pertence ao eleitor, não podendo o mandatário se apropriar dela e dispor do mandato sem cumprir com a vontade do eleitorado [...]”<sup>131 132</sup>.

---

dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”. In: BRASIL. *Constituição, Idem*.

<sup>125</sup>O legislador atribuiu natureza de direito privado aos partidos políticos, devendo seu estatuto ser registrado no Serviço Civil de Pessoas Jurídicas do Distrito Federal”. In: VASCONCELOS, C. & DA SILVA, M.A. *Ob. Cit.*, p. 118.

<sup>126</sup>Sobre a prestação de contas dos partidos políticos: “a Justiça Eleitoral exercerá a fiscalização sobre a prestação de contas partidárias e as despesas na campanha eleitoral, podendo – inclusive – requisitar técnicos do Tribunal de Contas da União ou dos Estados para que auxiliem na referida fiscalização”. In: VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 184.

<sup>127</sup>Sobre o conceito de agente público, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “a expressão agente público é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasionalmente ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público. Por isto, a noção abarca tanto o Chefe do Poder Executivo (em quaisquer das esferas) como os senadores, deputados e vereadores, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da Administração direta dos três Poderes, os servidores das autarquias, das fundações governamentais, das empresas públicas e sociedades de economia mista nas distintas órbitas de governo, os concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços e os gestores de negócios públicos”. In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 249.

<sup>128</sup>TSE. Eleições 2022: *conheça as regras para arrecadação de recursos, Idem*.

<sup>129</sup>VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 156.

<sup>130</sup>Os partidos políticos têm natureza de direito privado e, depois de adquirirem personalidade jurídica na forma da lei civil, devem registrar seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, ficando a atividade desenvolvida supervisionada pela Justiça Eleitoral (art. 17, §2º, da CF)”. In: VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, pp. 163-164.

<sup>131</sup>VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, pp. 172-173.

<sup>132</sup>Atualmente, a única possibilidade do mandatário se desfiliar ou trocar de legenda e não perder o mandato é se houver atestado de justa causa. A Lei nº 13.165/2015 trouxe uma

Para Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, é possível, além da eleitoral, a responsabilização cível e criminal<sup>133 134 135 136 137</sup>, dos dirigentes partidários decorrente da desaprovação frente à prestação de contas do partido<sup>138</sup>. Destacou ainda, que até valores referentes a passagens aéreas deverão ser incluídos na prestação de contas: “o legislador também optou por deixar consignado de forma expressa que os gastos com passagens aéreas serão comprovados mediante apresentação de fatura ou duplicata emitida por agência de viagem”<sup>139</sup>. Afirmam ainda que: “o fundo partidário, como o próprio nome indica, é constituído por recursos públicos destinados aos partidos políticos para que possam realizar suas atividades, tanto em anos eleitorais, macro eleitorais, como em anos em que não há

---

inovação em relação à matéria de desfiliação ou mudança de partido, que antes era regulamentada apenas pela Resolução TSE nº 22.610/2007, no que recebia fortes influxos da jurisprudência. Mediante a inclusão do art. 22-A na Lei nº 9.096/95, o legislador considerou como justa causa a mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; grave discriminação política pessoal; a mudança de partido efetuada durante o período de 30 dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, proporcional ao término do mandato vigente”. In: VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, pp. 174-175.

<sup>133</sup>Sobre improbidade administrativa, redação de 2021, no seu artigo 1º prevê: “o sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei [...]; § 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal; § 6º Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5º deste artigo”. In: BRASIL. *Lei. nº 8.429 de 1992 (redação da Lei nº 14.230 de 2021)*, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm), acesso em: 03 mai. 2024.

<sup>134</sup>A lei de improbidade administrativa prevê, no seu artigo 10-A, que: “constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”. In: BRASIL. *Lei. nº 8.429 de 1992 (redação da Lei nº 14.230 de 2021)*, *Idem*.

<sup>135</sup>O artigo 8-A, §1º, da Lei Complementar nº 116 de 2003 prevê: “a alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). § 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no caput, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar”. In: BRASIL. *Lei Complementar nº 116 de 2003*, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp116.htm#art8a§1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm#art8a§1), acesso em: 03 mai. 2024.

<sup>136</sup>O subitem nº 7 trata de “serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres”. Já o subitem 16 é referente a “serviços de transporte de natureza municipal”. In: BRASIL. *Lista de anexo aos Serviços da Lei Complementar nº 116 de 2003*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp116.htm#anexo](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm#anexo) acesso em: 03 mai. 2003.

<sup>137</sup>Objetivamente sobre propaganda, o subitem nº 17, da lista de anexo aos Serviços a Lei Complementar nº 116 de 2003 prevê: “serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres [...]; 17.06 – Propaganda e publicidade, inclusive promoção de vendas, planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade, elaboração de desenhos, textos e demais materiais publicitários”. In: BRASIL. *Lista de serviços anexos a Lei Complementar nº 116 de 2003*, *Idem*.

<sup>138</sup>VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 189.

<sup>139</sup>VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. *Idem*.

eleições, micro eleitorais”<sup>140 141 142</sup>. Vale destacar que o fato de haver um fundo partidário eleitoral não impede que o partido utilize verbas próprias ou de doações para a sua manutenção, porém deve haver a *prestação integral das contas, de forma discriminada* e ela poderá ultrapassar o *limite do orçamento previsto na legislação*<sup>143</sup>  
144 145 146 147

<sup>140</sup>VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 190.

<sup>141</sup>O artigo 16-C da Lei das Eleições prevê: “o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é constituído por dotações orçamentárias da União em ano eleitoral, em valor ao menos equivalente (...)”. *In: BRASIL. Lei das Eleições, Idem.*

<sup>142</sup>O artigo 38 da Lei nº 9.096 de 1995 prevê: “o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por: I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas; II - recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual; III - doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário; IV - dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995”. *In: BRASIL. Lei nº 9.096 de 1995, Idem.*

<sup>143</sup>São dois fundos distintos. O primeiro (partidário) para subsidiar a existência e funcionamento dos partidos políticos, e o segundo, especialmente criado pelo art. 16-D da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições), a fomentar a questão do financiamento público de campanha, agora oficial no país”. *In: VASCONCELOS, C. & DA SILVA, M.A. Ob. Cit.*, p. 121.

<sup>144</sup>O artigo 34 da Lei nº 9.096 de 1990 prevê: “a Justiça Eleitoral exerce a fiscalização sobre a prestação de contas do partido e das despesas de campanha eleitoral, devendo atestar se elas refletem adequadamente a real movimentação financeira, os dispêndios e os recursos aplicados nas campanhas eleitorais, exigindo a observação das seguintes normas: I - obrigatoriedade de designação de dirigentes partidários específicos para movimentar recursos financeiros nas campanhas eleitorais; II - revogado; III - relatório financeiro, com documentação que comprove a entrada e saída de dinheiro ou de bens recebidos e aplicados; IV - obrigatoriedade de ser conservada pelo partido, por prazo não inferior a cinco anos, a documentação comprobatória de suas prestações de contas; V - obrigatoriedade de prestação de contas pelo partido político e por seus candidatos no encerramento da campanha eleitoral, com o recolhimento imediato à tesouraria do partido dos saldos financeiros eventualmente apurados; § 1º A fiscalização de que trata o *caput* tem por escopo identificar a origem das receitas e a destinação das despesas com as atividades partidárias e eleitorais, mediante o exame formal dos documentos fiscais apresentados pelos partidos políticos e candidatos, sendo vedada a análise das atividades político-partidárias ou qualquer interferência em sua autonomia; §2º Para efetuar os exames necessários ao atendimento do disposto no *caput*, a Justiça Eleitoral pode requisitar técnicos do Tribunal de Contas da União ou dos Estados, pelo tempo que for necessário; §3º vetado; § 4º Para o exame das prestações de contas dos partidos políticos, o sistema de contabilidade deve gerar e disponibilizar os relatórios para conhecimento da origem das receitas e das despesas; § 5º Os relatórios emitidos pelas áreas técnicas dos tribunais eleitorais devem ser fundamentados estritamente com base na legislação eleitoral e nas normas de contabilidade, vedado opinar sobre sanções aplicadas aos partidos políticos, cabendo aos magistrados emitir juízo de valor; § 6º A Justiça Eleitoral não pode exigir dos partidos políticos apresentação de certidão ou documentos expedidos por outro órgão da administração pública ou por entidade bancária e do sistema financeiro que mantêm convênio ou integração de sistemas eletrônicos que realizam o envio direto de documentos para a própria Justiça Eleitoral”. *In: BRASIL. Lei nº 9.096 de 1995, Idem.*

<sup>145</sup>Ressalte-se que em um processo seletivo, como exemplo, para magistrado ou qualquer outro cargo público, os candidatos não são financiados com verbas públicas.

<sup>146</sup>A coligação grupo de partidos, constituídos em um só, cabe a ela velar pelos interesses das agremiações componentes. Ademais, pela própria formação da coligação, perdem os partidos políticos individualmente a legitimidade para propor ações eleitorais típicas”. *In: VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. Ob. Cit.*, p. 182.

<sup>147</sup>A propaganda partidária destina-se à difusão de princípios ideológicos, atividades e programas dos partidos políticos, caracterizando-se desvio de sua real finalidade a participação de pessoas de outro partido no evento em que veiculada. 2. O acesso ao rádio e à televisão, sem custo para os partidos, dá-se às expensas do erário e deve ocorrer na forma que dispuser a lei, consoante disposição expressa na Carta Federal (artigo 17, § 3º)”. *In: STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2677 - DF, disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97149/false>, acesso em: 06 mai. 2024.*

Portanto, por mais que o candidato ao cargo público eleitoral não tenha efetivo mandato, ele está vinculado ao partido ou coligação<sup>148 149 150 151 152 153</sup>. Sendo o fundo eleitoral financiado de forma integral ou parcial com dinheiro público e concessão de serviço público pelo Estado, não resta dúvida que ele deverá respeitar a finalidade pública e o interesse público frente ao cargo que pretenda concorrer. Para Celso Antônio Bandeira de Mello os servidores públicos podem ser classificados por categorias de agentes públicos: “alguns integram o aparelho estatal, seja em sua estrutura direta, seja em sua organização indireta (autarquias, empresas de economia mista e fundações governamentais”<sup>154 155 156</sup>, e que “são dois os requisitos para a caracterização do agente público: um, de ordem objetiva, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem subjetiva: a investidura nela”<sup>157 158</sup>.

Assim, o direito de acesso à informação do eleitor se contrapõe ao direito de privacidade do candidato. Visando elucidar os limites da quebra da privacidade do candidato, pode-se usar a Teoria dos Círculos Concêntricos, introduzida no Brasil por Paulo José da Costa Junior, sobre a divisão entre o “ser individual e ser social”<sup>159</sup>. Para ele, “os direitos que se destinam à proteção da esfera individual servem à proteção da personalidade, dentro da vida pública. Na proteção da vida privada, ao contrário, cogita-se da indivisibilidade da personalidade dentro de seu retiro, necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior”<sup>160</sup>.

<sup>148</sup>Os partidos e coligações possuem discricionariedade para utilização das verbas do fundo eleitoral, públicas ou privadas, respeitando os limites legais frente a transparência na prestação de contas.

<sup>149</sup>O artigo 1º da Lei nº 9.096 de 1995 prevê: “o partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal. Parágrafo único: o partido político não se equipara às entidades paraestatais”. In: BRASIL. Lei nº 9.096 de 1995, *Idem*.

<sup>150</sup>O artigo 4º da Lei nº 9.096 de 1995 prevê: “os filiados de um partido político têm iguais direitos e deveres”. In: BRASIL. Lei nº 9.096 de 1995, *Idem*.

<sup>151</sup>O artigo 5º da Lei nº 9.096 de 1995 prevê: “a ação do partido tem caráter nacional e é exercida de acordo com seu estatuto e programa, sem subordinação a entidades ou governos estrangeiros”. In: BRASIL. Lei nº 9.096 de 1995, *Idem*.

<sup>152</sup>O artigo 6º da Lei nº 9.096 de 1995 prevê: “é vedado ao partido político ministrar instrução militar ou paramilitar, utilizar-se de organização da mesma natureza e adotar uniforme para seus membros”. In: BRASIL. Lei nº 9.096 de 1995, *Idem*.

<sup>153</sup>O artigo 7º da Lei nº 9.096 de 1995 prevê: “o partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registra seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral [...]; §1º - só o partido que tenha registrado seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral pode participar do processo eleitoral, receber recursos do Fundo Partidário e ter acesso gratuito ao rádio e à televisão, nos termos fixados nesta Lei”. In: BRASIL. Lei nº 9.096 de 1995, *Idem*.

<sup>154</sup>BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 249.

<sup>155</sup>Restou comprovado, mediante robusta prova documental, pericial e testemunhal, que os investigados, com mútua colaboração, praticaram captação ilícita de sufrágio durante as eleições municipais”. In: TSE. *Recurso Especial Eleitoral nº 816-34*, disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>, acesso em: 06 mai. 2024.

<sup>156</sup>TSE. *Recurso Especial Eleitoral nº 817-19*, disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>, acesso em: 06 mai. 2024.

<sup>157</sup>BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 249.

<sup>158</sup>Ressalta-se a palavra “pré-contratual” no Tema nº 992: “discussão quanto à competência para processar e julgar controvérsias nas quais se pleiteiam questões afetas à fase pré-contratual de seleção e de admissão de pessoal e eventual nulidade do certame, em face de pessoa jurídica de direito privado”, In: STF. *Tema nº 992*, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/tema.asp?num=992>, acesso em: 06 mai. 2024.

<sup>159</sup>COSTA JR, P.J.D. *O direito de estar só*, 4º ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 23.

<sup>160</sup>COSTA JR, P.J.D. *Idem*.

Quanto aos limites dos veículos de comunicação, oficiais ou não, em período de campanha eleitoral, faz-se necessário demonstrar a diferença entre a “esfera individual” (proteção à honra) e a ‘esfera privada’ (proteção contra a indiscrição)”<sup>161</sup> <sup>162</sup>. Costa Jr. relata, que a confusão se encontra na esfera privada, ou seja, entre a vida privada e a intimidade. “Numa, a intimidade é agredida, porque violada. Noutra, a intimidade é lesada, porque divulgada”<sup>163</sup>.

“No primeiro caso, a aquisição das notícias íntimas é ilegítima. No segundo, embora legítima a aquisição das notícias, não é lícita a ulterior revelação. Aqui, a violação opera de dentro para fora, ao serem difundidas as intimidades legitimamente conquistadas. Acolá, a violação se faz de fora para dentro no instante da interferência indevida. (...) São duas esferas de interesses, abarcados no mesmo raio de proteção do mesmo direito. No âmbito do direito à intimidade, portanto, podem ser vislumbrados estes dois aspectos: a invasão e a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada”<sup>164</sup>.

Assim, a questão que importa aos meios de divulgação, oficiais ou não, em campanha eleitoral, também se sustentam dentro das esferas da vida privada, em que “nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos *que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público*”<sup>165</sup> <sup>166</sup>.

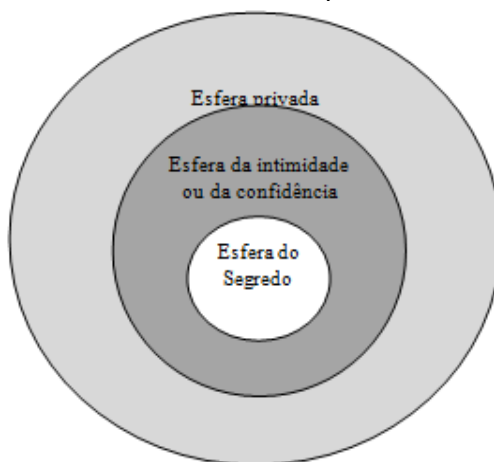


Imagem 4<sup>167</sup>.

<sup>161</sup>COSTA JR, P.J.D. *Idem*.

<sup>162</sup>“Encarando a distinção de um ângulo psicológico, poder-se-ia sustentar que os comportamentos humanos são abertos, quando facilmente perceptíveis e valorados; e encobertos, quando não são perceptíveis por sua própria natureza (sonhos, fantasias), ou quando o sujeito não os expõe a terceiros (que poderão ser todos os consorciados, ou se fará exceção a um círculo estreito de pessoas). Às condutas encobertas corresponde o ‘eu privado’. Às condutas abertas, o ‘eu social’, que transita na esfera individual (...). Contrapõe-se à esfera individual a esfera particular ou privada. Aqui, não se trata mais do cidadão no mundo, relacionado com os semelhantes, como na esfera individual. Trata-se, pelo contrário, do cidadão na intimidade ou no recato, em seu isolamento moral, convivendo com a própria individualidade”. In: COSTA JR, P.J.D. *Ob. Cit.*, p. 24.

<sup>163</sup>COSTA JR, P.J.D. *Ob. Cit.*, p. 26.

<sup>164</sup>COSTA JR, P.J.D. *Ob. Cit.*, pp. 26-27.

<sup>165</sup>COSTA JR, P.J.D. *Ob. Cit.*, p. 29.

<sup>166</sup>“No bojo da esfera privada está contida a esfera da intimidade ou esfera confidencial. Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. (...) Por derradeiro, no ângulo da esfera privada, está aquela que deve ser objeto de especial proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo. Ela compreende aquela parcela da vida particular que é conservada em segredo pelo indivíduo, do qual compartilham uns poucos amigos, muito chegados”. In: COSTA JR, P.J.D. *Ob. Cit.*, p. 29.

<sup>167</sup>COSTA JR, Paulo José da. *Ob. Cit.*, p. 31.



No Direito Eleitoral, esta teoria pode ser contextualizada na medida em que a pessoa se candidata ao cargo público, por livre e espontânea vontade, suprimindo parcela dos seus direitos de privacidade em face eleitor, pois este passa a ter o direito de acesso à informação da vida privada daquele eventual mandatário<sup>168</sup>. Os veículos de comunicação podem e devem informar à população sobre detalhes da vida privada dos candidatos, visando garantir a transparência no processo do sufrágio universal e a legitimidade das eleições<sup>169 170</sup>.

Os meios de comunicação, a velocidade de compartilhamento e de acesso à informação se ampliaram e esse fenômeno refletiu diretamente na interpretação destes direitos pelo judiciário.

“Ao mesmo tempo, os processos tecnológicos oportunizaram um aumento gradativo e impressionante da informatização e compartilhamento de informações dos órgãos estatais, que passaram, em grande medida, a ser divulgados na *Internet*, não só como meio de concretização das determinações constitucionais de publicidade, informação e transparência, mas também como propulsão de maior eficiência administrativa no atendimento aos cidadãos e de diminuição dos custos na prestação de serviços”<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup>A Corte Internacional de Direitos Humanos reconheceu a posição preferencial da sociedade frente à informações privadas de figuras públicas. Como destacou Daniela Bucci sobre a Resolução 1.165 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa sobre o Direito à Privacidade, aprovada em 26 de junho de 1998 : “esclareceu o documento que, com base no artigo 8º da Convenção Europeia e na Declaração dos Meios de Comunicação em Massa e os Direitos Humanos nº 428 de 1970, levando-se em consideração que as novas tecnologias possibilitam o armazenamento e utilização de dados pessoais, a exploração de detalhes da vida privada, especialmente de figuras públicas, tornou-se lucrativo, e cabe aos Estados proteger o direito à privacidade dos cidadãos. Ao mesmo tempo a figura pública precisa reconhecer que a posição especial que ocupam na sociedade – em muitos casos, por escolha – implica automaticamente o aumento da pressão sobre a sua privacidade”. *Defensores da mídia em geral, fazendo uma interpretação do artigo 10 da Convenção, justificam a invasão da privacidade de figuras públicas alegando que os leitores teriam o direito de 'saber tudo'. Conquanto tal posição seja excessivamente libertária, a verdade é que a Corte Europeia concorda que há sim fatos relacionados à vida privada de figuras públicas – notadamente políticos -, que são, de fato, de interesse para o cidadão, e que, portanto, nestes casos, os leitores têm o direito de ser informados”*. In: BUCCI, D. *Ob. Cit.*, p. 59.

<sup>169</sup>“Não há dúvida de que o direito à intimidade resta enfraquecido perante o direito de informação; este melhor atende ao interesse público ligado ao regime democrático, já que certas posições e eventuais vícios desqualificam o cidadão para o exercício de mandato público-eletivo, retirando-lhe o decoro, a decência e a legitimidade. Afrontaria a consciência política mandatário que, por trás de aparente imagem de eficiência e honestidade – criada e sustentada pela mídia e pelo *marketing* –, levasse vida excessiva e desregrada, oposta à figura propalada. Não se trata de violentar a vida do político, pregar a intolerância, o ódio, ou disseminar preconceitos, mas apenas de se permitir que o eleitorado seja bem-informado sobre fatos relevantes para o desempenho de mandato público, de sorte a exercer conscientemente seu direito de voto, a bem escolher seu candidato. Isso contribui para a autenticidade da representação pública. Nesse quadro, embora certas situações caiam na esfera íntima da pessoa, é óbvio que, tratando-se de político, depositário da confiança e das esperanças dos eleitores, o direito à intimidade fica bastante enfraquecido frente às liberdades de expressão e de informação”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, pp. 90-91.

<sup>170</sup>“A propaganda partidária destina-se à difusão de princípios ideológicos, atividades e programas dos partidos políticos, caracterizando-se desvio de sua real finalidade a participação de pessoas de outro partido no evento em que veiculada. 2. O acesso ao rádio e à televisão, sem custo para os partidos, dá-se às expensas do erário e deve ocorrer na forma que dispuser a lei, consoante disposição expressa na Carta Federal (artigo 17, § 3º)”. In: STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2677 – DF*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97149/false> acesso em: 06 mai. 2024.

<sup>171</sup>FERREIRA MENDES, G. & BRANCO GONET, P.G. *Idem*.

Portanto, tendo ou não eventual função decisória, todo e qualquer agente público deverá agir diante de uma discricionariedade<sup>172</sup>, que “é a liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal”<sup>173</sup>, e, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode ser definida como “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”<sup>174</sup>.

“Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto. Em rigor, não há ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total”<sup>175</sup>.

Destacando o dito por Henrique Neves, “muitas vezes, nós olhamos a propaganda eleitoral como um direito do candidato, do partido político. É muito mais do que isso. A propaganda eleitoral é um direito do eleitor. É o direito do eleitor de saber quem são as pessoas que estão disputando a eleição, o que cada um propõe, o que cada um tem como ideia a defender”<sup>176</sup>. Assim, sabe-se que o candidato, aquele apto à disputa eleitoral, em período de propaganda deve, de forma discricionária, cumprir com os seus deveres com a população, fazendo a sua campanha de forma ética, e dentro da finalidade para o cargo que escolheu disputar. Para Celso Antônio Bandeira de Mello os servidores estatais (uma classificação de agente público) “abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e suas entidades da Administração indireta, independentemente de sua natureza pública ou privada [...]”. Entre os servidores estatais são reconhecíveis os seguintes dois grupos: 1) servidores

---

<sup>172</sup>Sobre a classificação de agentes públicos Celso Antônio de Mello anota que “os agentes públicos podem ser divididos em quatro grandes grupos, dentro dos quais são reconhecíveis ulteriores subdivisões: a) agentes políticos; b) agentes honoríficos; c) servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e, d) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público”. In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 251.

<sup>173</sup>BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 436.

<sup>174</sup>BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Idem*.

<sup>175</sup>BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 437.

<sup>176</sup>TSE. *Fake news e eleições*. Brasília, 2019, p. 34, disponível em: <https://www.tse.jus.br/hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/livro-digital-fake-news.pdf>, acesso em: 28 fev. 2024.

públicos; e, 2) *servidores das pessoas governamentais de Direito Privado*<sup>177</sup> 178 179  
180.

Nesse contexto, compreende-se “o próprio princípio democrático como elemento de legitimação da atividade administrativa”<sup>181</sup> e dessa forma “o povo é fonte da legitimação democrática e o responsável pela concessão ou outorga dessa legitimação”<sup>182</sup>. A evolução das sociedades, inclusive de seus meios de comunicação, ou ainda “sociedade midiática”<sup>183</sup>, ampliou a possibilidade de que “o conhecimento dos atos praticados possa se dar por outros meios, principalmente os meios cibernéticos, e experiências desta natureza têm se tornado eficientes”<sup>184</sup> 185.

Apesar de o candidato dispor de certa discricionariedade, sabe-se que a imprensa exerce, de forma plena, a liberdade de expressão e de informação; neste cenário a imprensa deve existir para informar “o cidadão. Ninguém mais. É para ele que a imprensa deve existir e só para ele. Às vezes, parece que se esquece disso”<sup>186</sup>.

“Jornais, revistas, emissoras de rádio e televisão dedicados ao jornalismo, assim como os sites informativos na internet, nada disso deve existir com a simples finalidade de gerar empregos, fortunas e erguer impérios da mídia; deve existir porque os cidadãos têm o direito à informação [...]. Sem que esse direito seja atendido, a

<sup>177</sup>BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 253.

<sup>178</sup>“Os partidos políticos têm natureza de direito privado e, depois de adquirirem personalidade jurídica na forma da lei civil, devem registrar seu estatuto no Tribunal Superior Eleitoral, ficando a atividade desenvolvida supervisionada pela Justiça Eleitoral (art. 17, §2º, da CF). O requerimento do registro dos partidos, na forma da lei civil, deverá ser feito no cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas do local da sua sede, e o pedido deverá ter sido subscrito por seus fundadores, com um número não inferior a cento e um, com domicílio eleitoral em, no mínimo, um terço dos Estados-membros (art. 8º, da Lei nº 9.096/95, com redação dada pela Lei nº 13.877/2019)”. *In: VELLOSO, C.M.D.S. & MOURA AGRA, W.D. Ob. Cit.*, pp. 163-164.

<sup>179</sup>O artigo 17, §§ 1º e 2º, da Constituição brasileira prevê que: “é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...]; § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária; § 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral [...]”. *In: BRASIL. Constituição, Idem.*

<sup>180</sup>O artigo 37 da Constituição brasileira prevê: “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”. *In: BRASIL. Constituição, Idem.*

<sup>181</sup>FERREIRA MENDES, G. & BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 971.

<sup>182</sup>FERREIRA MENDES, G. & BRANCO GONET, P.G. *Idem.*

<sup>183</sup>Em uma sociedade midiática se permite formar opiniões pela ação de comunicação em massa frente ao compartilhamento *online (internet)* de informações, como exemplo, com o uso de aplicativos como *Facebook, Instagram, Twitter*, entre outros.

<sup>184</sup>FERREIRA MENDES, G. & BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, pp. 990-991.

<sup>185</sup>“Nesse mesmo sentido, em 2011 entrou em vigor a denominada Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelos entes federativos com a finalidade de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição Federal. Trata-se de importante marco para a observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção, por meio de medidas que devem ser executadas de acordo com os princípios básicos da Administração Pública e por diretrizes que zelam e incentivam a ampla transparência”. *In: FERREIRA MENDES, G. & BRANCO GONET, P.G. Ob. Cit.*, p. 991.

<sup>186</sup>BUCCI, E. *Ob. Cit.*, pp. 32-33.

democracia não funciona, uma vez que o debate público pelo qual se formam as opiniões entre os cidadãos se torna um debate viciado”<sup>187</sup>.

Assim, o direito fundamental que corresponde à imprensa deve ser interpretado como “direito à informação”, pois quando o “poder age no sentido de subtrair ao cidadão a informação que lhe é devida, está corroendo as bases do exercício do jornalismo ético, é o bom jornalismo, e corrompendo a sociedade”<sup>188</sup>. “A ética na imprensa é, sim, a demarcação de limites para o pragmatismo, que, por si, não conhece limites”<sup>189 190 191</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

A partir do exposto, compreende-se correta a interpretação sobre o conceito de liberdade feita por Thomas Hobbes, que afirma ser a *ausência de impedimento*. E também se acompanha o entendimento do autor sobre as críticas que fez em relação à alteração de interpretação do seu conceito ao longo da história. Como se notou, a interpretação sobre a liberdade foi modificada, sendo hoje interpretada como uma garantia fundamental, ou seja, aquela garantia contra o poder de punir do Estado.

Assim, para que o Estado tenha limites, deve respeitar limites, e as garantias fundamentais se apresentam como conceitos que não se permitem alterar, tampouco reinterpretar.

A respeito da liberdade de expressão como garantia fundamental do eleitor, não restou dúvida que a liberdade de expressão, de igual forma, é contemplada como garantia fundamental, e ela deve ser vista como *preferencial* no Estado Democrático brasileiro *em favor* do cidadão. O direito *ativo* é distinto do *passivo*, sendo o ativo o

---

<sup>187</sup>BUCCI, E. *Idem*.

<sup>188</sup>BUCCI, E. *Ob. Cit.*, p. 33.

<sup>189</sup>BUCCI, E. *Ob. Cit.*, p. 34.

<sup>190</sup>No *leading case* sobre a vida privada da Princesa de Mônaco (Von Hannover v. Alemanha) a Corte entendeu que “é preciso equilibrar os interesses do indivíduo e da comunidade como um todo, e que a vida privada deve estar harmonizada com a liberdade de expressão. A Corte destacou a importância da liberdade de expressão como fundamento da sociedade democrática, e, do papel da imprensa nesse processo, mas defendeu que (i) como limite dessa liberdade de imprensa é preciso respeitar a reputação e o direito dos outros, transmitindo informações de interesse público de forma coerente com suas responsabilidades; e, (ii) deve ser admitido certo grau de exagero e provocação às figuras públicas. Ademais, a Corte apontou três aspectos relevantes encontrados em sua jurisprudência ao analisar o caso Von Hannover: (i) *não existe violação a liberdade de expressão se a divulgação de informação ou imagens, no que tange à vida privada do indivíduo, estiver justificada ‘por considerações de interesse geral’*; (ii) a proibição do uso de imagens ou fotos que não revelem detalhes sobre a vida privada do indivíduo, mas que são de ‘grande interesse público’, viola a liberdade de expressão; e (iii) o decurso do tempo pode amenizar a proteção da vida privada, favorecendo a liberdade de expressão, inclusive no que tange à confidencialidade médica. Com base em seus precedentes, a Corte fez uma distinção essencial: *a existência de fatos, mesmo controversos, que contribuem para o debate público de um político no exercício de suas funções, estão sujeitos a um standard diferente de fatos que relatam detalhes da vida privada de um indivíduo que, ainda que seja uma figura pública, não exerce funções oficiais. Inobstante o direito à informação que deve ser garantido ao público em uma sociedade democrática, com relação a Von Hannover, as imagens em questão não se inseriram no debate político ou público, e prestavam-se apenas a relatar a sua vida privada, com o intuito de meramente satisfazer a curiosidade vã do público. Imagens e informações que não interessam para o debate público não estão protegidas pela liberdade de expressão quando violam o direito à vida privada, ainda que versem sobre figura pública. Esse ponto é essencial, para a Corte, para se buscar o equilíbrio entre a liberdade de expressão e o direito à vida privada*”. In: BUCCI, D. *Ob. Cit.*, pp. 60-62.

<sup>191</sup>Sobre o entendimento das Cortes Internacionais, Daniela Bucci afirma que: “o político, como personagem plurifuncional no debate público, recebe uma proteção robusta da sua liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que abre mão da proteção à honra, à reputação e à vida privada de que goza um particular. O discurso político está mais protegido, mas não a sua pessoa”. In: BUCCI, D. *Ob. Cit.*, p. 162.

direito de votar e o passivo de ser votado. No passivo há uma inserção da pessoa *na administração pública e essa deve ser feita por uma série de cadastros e respeitando todas as regras eleitorais*. Para tanto, o Estado Democrático *não possui dispositivo legal que permita ao agente público (político) atuar com a liberdade garantida ao cidadão, pois aquele deve agir com discricionariedade*. Dessa forma, compreende-se um totalmente diferente do outro, afirmar que um político (candidato), por melhor que seja a sua intenção, possa agir com a mesma liberdade de um cidadão comum (eleitor), seria permitir que ele ultrapassasse as garantias fundamentais deste e colocasse a democracia brasileira em risco.

Sobre a liberdade de informação, a interpretação recepcionada pelas Cortes Internacionais diverge da brasileira, apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como assumido o compromisso de respeito à liberdade como uma garantia fundamental do cidadão que também *deveria ser vista como complementar à liberdade de expressão*. Ambas se acrescentam como *ferramentas* que possibilitam à população participar da democracia, ou seja, garantir uma atuação mais consciente e produtiva no processo de escolha de seus representantes no sufrágio (direito ao voto) e na fiscalização da atuação estatal (legitimidade das eleições). A soberania popular, garantida pelo Estado Democrático, é prejudicada quando há manipulação ou distorção na informação prestada pelo agente público (político), e este direito deve ser interpretado de forma preferencial pelo Poder Judiciário.

Normas legais e princípios impedem que o agente público (político) utilize o direito fundamental à liberdade de expressão, no nível do permitido ao cidadão comum, quando no *exercício da sua função*. Aquele agente é dotado de poder. Caso o Estado e seus agentes passarem a interpretar a liberdade de expressão como uma garantia do próprio Estado, ampliarão o campo de abrangência da interpretação do conceito de liberdade de expressão, em detrimento da democracia. Portanto, não resta dúvida quanto ao caráter deletério à democracia deste entendimento sobre as garantias fundamentais.

O contrato social pactuado no Brasil prevê uma estrutura estatal composta por três poderes autônomos, na forma de uma democracia representativa, com soberania popular na escolha de representantes e na fiscalização da atuação do Estado. É função do Estado e de seus agentes zelar pelo cumprimento das premissas constitucionais que mantêm o pacto federativo. Cabe ao Poder Judiciário a fiscalização da ação dos agentes públicos (políticos), não havendo margem à relativização de princípios normativos.

Seria anacrônico, também, afirmar que a limitação à liberdade de expressão imposta ao detentor de mandato eletivo dificultaria sua atuação em prol de interesses populares. A análise lógica impõe a conclusão de que a conduta discricionária seria o melhor filtro na direção desses interesses, além de controlar a manipulação de informações, em geral danosas ao interesse social. O respeito às normas se reveste de fundamental importância na atualidade, frente aos mecanismos atuais de comunicação horizontal, possibilitados pelas redes sociais da *internet*, e o seu uso tem levado à polarização de grupos distintos, onde a única informação aceita é a que se encaixa na opinião daquele grupo, tornando a discussão de fatos e, por incrível que possa parecer, a própria realidade, secundários. *O uso destas redes sociais por agentes públicos, políticos, e grupos a eles associados, sem controle pelo Estado, é hoje a maior ameaça à democracia no Brasil*.

E por fim, a respeito da linguagem e ética na comunicação, sobressai-se a atuação ética e moral, pois é o que se espera de agentes públicos (políticos), em todas as áreas, assim como do cidadão comum. Como conceito filosófico, padrões éticos e morais foram construídos ao longo da evolução humana, desde seus primórdios, quando a linguagem falada era o único mecanismo de transmissão de ideias. O aprimoramento da linguagem e do pensamento humano ao longo do tempo permitiu o domínio da espécie *sapiens* sobre todas as outras, culminando com a formação do Estado moderno. Os conceitos de moral e ética, diferentes para cada

grupo humano, modificaram-se ao longo do processo evolutivo como *um conhecimento utilizado no aperfeiçoamento da convivência social*.

A linguagem, como meio de transmissão de conhecimentos, aperfeiçoou-se com a criação de símbolos gráficos para representá-la, depois a imprensa, a transmissão de sons por ondas e fios, televisão, cinema e agora o uso da *Internet*. A rápida proliferação de ideias determina uma mudança também acelerada da estrutura social, tornando o *comportamento ético essencial* para a formação de uma sociedade bem estruturada.

A constituição de uma sociedade justa *demanda sabedoria*. *Ética é sabedoria*, e a busca desta justiça impõe comportamento ético dos representantes do Estado. *A prática jurídica deve ser exercida com ética*. Como explica Luc Ferry: *a sabedoria é o caminho para o progresso*, e “embora eu esteja infinitamente longe de possuí-la, essa sabedoria existe e constitui o coroamento de um humanismo”<sup>192</sup>.

## 6. REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Política*, Edipro, São Paulo, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Metafísica*, Edipro, São Paulo, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Ética a Nicômaco*, Martin Claret, São Paulo, 2015.
- BAKHTIN, M. *Questão de estilística no ensino da língua*, 2º ed., 34, Rio de Janeiro, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Os gêneros do discurso*, 34, Rio de Janeiro, 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo*, 29º ed., Malheiros, São Paulo: 2011.
- BARROS FILHO, C.D. & CORTELLA, M.S. *Ética e vergonha na cara!* Papyrus 7 mares, Campinas, 2014.
- BOBBIO, N. *Direito e poder*, Unesp, São Paulo, 2008.
- BUCCI, E. *Sobre a ética e Imprensa*, Companhia das Letras, São Paulo, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Existe democracia sem verdade factual?* Estação das Letras e Cores, São Paulo, 2019.
- BUCCI, D. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão: limites materiais*, Almedina, São Paulo, 2018.
- CANEVACCI, M. *A necessária reconstrução da política de nova era*. In: UNISINOS, 2018, disponível em: <https://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/577730-a-necessaria-reconstrucao-da-politica-de-nova-era-entrevista-especial-com-massimo-canevacci> acesso em: 07 fev. 2024.
- COSTA JR, P.J.D. *O direito de estar só*, 4º ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
- DAHL, R.A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2016.
- D'ANCONA, M. *Pós-verdade: A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake News*, Faro, São Paulo, 2018.
- DURANT, W. *A história da civilização – tomo 1*, Simon & Schuster, Nova York, 1954.
- FERRAJOLI, L. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*, Saraiva, São Paulo, 2014.
- FERREIRA MENDES, G; GONET BRANCO, P.G. & MÁRTIRES COELHO, I. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2002.
- FERREIRA MENDES, G. & GONET BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*, 16º ed., Saraiva, São Paulo, 2021.
- FERRY, L. *Aprender a viver: filosofia para os novos tempos*, 2º ed., Objetiva, Rio de Janeiro, 2010.
- GOMES, J.J. *Direito Eleitoral*, 17º ed., Atlas, São Paulo, 2021.
- GRIVET, P. & HERRENG, P. *A televisão*, Difusão Europeia do Livro, São Paulo, 1955.
- HABERLE, P *Os problemas da verdade no Estado Constitucional*, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 2008.

<sup>192</sup>FERRY, L. *Ob. Cit.*, p. 234.

- HARARI, Y.N. *Uma breve história da humanidade: Sapiens*, L&PM, Porto Alegre, 2015.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- HESSE, K. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 2001.
- HOBBS, T. *Leviatã*, Martin Claret, São Paulo, 2014.
- MIRANDA GONÇALVES, R. "Reflections on the Systemic Efficiency of Contemporary Democracy", *Juridical Tribune – Review of Comparative and International Law* 14, n. 3 (October 2024), pp. 436-451.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G. & CORTELLA, M.S. *Verdade e mentira: ética e democracia no Brasil*, Papirus 7 Mares, Campinas, 2016.
- PONDÉ, L.F. *Filosofia para corajosos*, Planeta, São Paulo, 2016.
- RIBEIRO, S.G. & LINHARES DE AZEVEDO, T. "Análise histórica do acesso à informação: a crise da democracia no Brasil com a proliferação das *Fake News*", *Cadernos de Direito Actual*, nº 16, pp. 310-321, Espanha, 2021
- SILVA VELLOSO, C.M.D. & MOURA AGRA, W.D. *Elementos de Direito Eleitoral*, 7º ed., Saraiva, São Paulo, 2020.
- TOCQUEVILLE, A.D. *Da Democracia na América*, Vide, Campinas, 2019.
- \_\_\_\_\_. *O antigo regime e a revolução*, 2º ed., Martins Fontes, São Paulo, 2017.
- VASCONCELOS, C. & DA SILVA, M.A. *Direito Eleitoral*, 2º ed., Saraiva, São Paulo, 2020.
- VIGOTSKI, L.S. *A construção do pensamento e da linguagem*, 2º ed., Martins Fontes, São Paulo, 2009.
- VOLÓCHINOV, V. *Marxismo e filosofia da linguagem.*, 3º ed., 34, São Paulo, 2021.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*, Vozes, Petrópolis, 1994.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

[www.cadernosdedereitoactual.es](http://www.cadernosdedereitoactual.es)

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 152-171  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **Discriminação de gênero sob as lentes do constitucionalismo transformador feminista e dos litígios estruturais no Supremo Tribunal Federal\***

*Gender discrimination under the lens of transformative feminist constitutionalism and structural reform litigations in the Federal Supreme Court*

**Mônia Clarissa Hennig Leal**<sup>1</sup>

*Universidad de Santa Cruz do Sul (Unisc)*

**Eliziane Fardin de Vargas**<sup>2</sup>

*Universidad de Santa Cruz do Sul (Unisc)*

**Sumario:** 1. Introdução. 2. Compreendendo o ciclo de perpetuação da discriminação estrutural e interseccional de gênero: um olhar a partir do constitucionalismo transformador feminista. 3. Litígios estruturais e o constitucionalismo transformador

---

\* Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>1</sup> Com Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: <moniah@unisc.br>.

<sup>2</sup> Doutoranda no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I, e bolsa CAPES no Processo nº 88881.933606/2024-01, Edital PDSE n 30/2023, vinculada à Faculdade de Derecho da Universidad de Buenos Aires (Argentina) (2022- em andamento). Integrante do grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da Jurisdição Constitucional - instrumentos teóricos e práticos". E-mail: <elizianefardin@hotmail.com>.

Recibido: 12/09/2024

Aceptado: 15/12/2024

DOI: 10.5281/zenodo.14172136



feminista como alternativas de superação da discriminação estrutural e interseccional de gênero pela atuação protetiva do Supremo Tribunal Federal. 4. Conclusão. 5. Referências.

**Resumo:** o estudo pretende demonstrar como a propositura de litígios estruturais junto ao Supremo Tribunal Federal pode desempenhar um papel importante no processo de rompimento dos ciclos que perpetuam a discriminação estrutural e interseccional de gênero no Brasil, especialmente quando, provocado à decidir, o mais alto tribunal brasileiro incorpora nesse tipo de casos, em cumprimento ao seu mandato constitucional de proteção aos direitos de igualdade e não discriminação de grupos vulneráveis, a perspectiva de gênero, inerente ao movimento do constitucionalismo transformador feminista. Utiliza-se do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento analítico, tendo como objetivos específicos, primeiro, compreender a discriminação estrutural e interseccional de gênero e as contribuições oferecidas pelo constitucionalismo transformador feminista para a superação do problema. Em seguida, evoluir para a análise de como os litígios estruturais, conjuntamente com uma atuação jurisdicional pautada nas ideias do constitucionalismo transformador feminista, podem contribuir ao complexo processo de rompimento de padrões discriminatórios estruturais e interseccionais de gênero. Conclui-se que, para que as mudanças estruturais ocorram, não basta a articulação dos atores sociais reivindicando através dos litígios de viés estrutural: é imprescindível que a jurisdição constitucional esteja, ao mesmo passo, compromissada e aberta para receber tais demandas e, pautando sua atuação nas ideias de um constitucionalismo transformador feminista, promova as alterações necessárias para erradicar a discriminação de gênero.

**Palavras chave:** discriminação estrutural e interseccional; gênero; litígios estruturais; Supremo Tribunal Federal (STF); constitucionalismo transformador feminista.

**Abstract:** the study intends to demonstrate how the filing of structural reform litigations with the Federal Supreme Court can play an important role in the process of breaking the cycles that perpetuate structural and intersectional gender discrimination in Brazil, especially when, provoked to decide, the highest Brazilian court incorporates in this type of cases, in compliance with its constitutional mandate to protect the rights of equality and non-discrimination of vulnerable groups, the gender perspective, inherent in the movement of feminist transformative constitutionalism. It uses the deductive method of approach and the method of analytical procedure, having as specific objectives, first, to understand the structural and intersectional gender discrimination and the contributions offered by the feminist transforming constitutionalism for overcoming the problem. Then, evolve to the analysis of how structural reform litigations, together with a jurisdictional action based on the ideas of feminist transformative constitutionalism, can contribute to the complex process of breaking structural and intersectional gender discriminatory patterns. It is concluded that, for structural changes to occur, the articulation of social actors claiming through litigation of structural bias is not enough: it is essential that the constitutional jurisdiction is, at the same time, committed and open to receive such demands and, guiding its acting on the ideas of a transformative feminist constitutionalism, promote the necessary changes to eradicate gender discrimination.

**Keywords:** structural and intersectional discrimination; gender; structural reform litigation; Federal Supreme Court (STF); feminist transformative constitutionalism.

## 1. Introdução

Na realidade latino-americana, marcada pela desigualdade estrutural e interseccional de gênero, a atuação protetiva das Cortes Constitucionais, orientada em direção à concretização dos mandados constitucionais de igualdade, é uma alternativa apta a servir como canal de mudança da realidade social. Essas mudanças podem ser buscadas pela sociedade civil organizada, via Judiciário, através da litigância estrutural<sup>3</sup> em casos paradigmáticos.

Em meio a esse cenário, o artigo é desenvolvido a partir da seguinte problemática: qual o papel desempenhado pelos litígios estruturais e pelo constitucionalismo transformador feminista dentro do processo de desmantelamento dos ciclos de discriminação estrutural e interseccional de gênero através da atuação protetiva da jurisdição constitucional brasileira?

Para responder ao problema de pesquisa, utilizando do método de abordagem dedutivo e do método de procedimento analítico, têm-se como objetivos específicos, em um primeiro momento, averiguar como uma nítida compreensão e identificação dos padrões que geram a perpetuação da discriminação estrutural e interseccional de gênero, bem como a adoção de uma perspectiva de gênero nas decisões judiciais — por influência do movimento do constitucionalismo transformador feminista — podem atuar como promotores de mudanças estruturais e auxiliar o mais alto tribunal brasileiro no complexo processo de rompimento do ciclo de estratificação e subordinação de gênero que permeiam a realidade social do país.

Na sequência, analisa-se o que é o litígio estrutural e como esse instituto pode e deve servir como alternativa de superação, pela via jurisdicional, de situações de discriminação estrutural e interseccional de gênero, especialmente quando colabora com o movimento do constitucionalismo transformador feminista, com a finalidade de promover as alterações estruturais necessárias para a superação da discriminação de gênero. Desse modo, o intuito é fomentar a linha que defende a utilização dos litígios estruturais, pela sociedade civil, como alternativa de busca pela reorganização do funcionamento das instituições que estejam em dissonância com os ditames constitucionais, ou que, através de sua operacionalização, possam ensejar em violações sistêmicas de direitos humanos, como é o caso da discriminação estrutural e interseccional de gênero.

## **2. Compreendendo o ciclo de perpetuação da discriminação estrutural e interseccional de gênero: um olhar a partir do constitucionalismo transformador feminista**

A singular experiência feminina de interação com múltiplos padrões discriminatórios traz para a seara de estudo do direito da antidiscriminação o complexo desafio de articular respostas jurídicas — munidas de um impacto de transformação social — capazes de fornecer vias para a compreensão e combate dos fatores discriminatórios que possam sujeitar as mulheres à situação de vulnerabilidade.

Como bem introduz Kimberlé Crenshaw<sup>4</sup>, “onde os contornos específicos da discriminação de gênero não são bem compreendidos, as intervenções para tratar de abusos aos direitos humanos das mulheres serão provavelmente menos efetivas.”.

---

<sup>3</sup> Para o desenvolvimento do estudo, optou-se pela utilização do termo “litígio estrutural”, alinhando-se à definição utilizada por Vitorelli, tomando como norte a afirmação do autor ao preconizar que: “Embora se encontre em algumas publicações nacionais a expressão “litígio estratégico”, ela, a rigor, não faz sentido. O litígio (conflito) nunca é estratégico, uma vez que ele surge na realidade, em decorrência do antagonismo entre os interesses das partes ou do descompasso entre o seu comportamento e o ordenamento jurídico. E isso nada tem a ver com estratégia. O que pode ser estratégico é o processo para resolver um litígio.”. VITORELLI, E. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”, *Revista de Processo*, 284, 2018, p. 345.

<sup>4</sup> CRENSHAW, K. “Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero”, *Revista Estudos Feministas*, 1, 2002, p. 175.

Diante dessa inquietação, importa reconhecer que as duras cargas do machismo estrutural, que marcam os cenários latino-americanos, especialmente no contexto social-cultural brasileiro, recaem sobre as mais variadas esferas da vida da mulher.

Desaguam em uma vulnerabilidade social que é impulsionada por fatores como a desigualdade na concorrência às vagas de emprego, brusca diferença salarial, cumulação de jornadas, entre outros; essa situação exige do Poder Público um agir atento à perspectiva de gênero, a fim de corrigir essa espécie de discriminação.<sup>5</sup>

Sobre a desigualdade estrutural de gênero no ambiente laboral, Kölling, Silva e Andrade<sup>6</sup> trazem dados recentes, e muito alarmantes, sobre como essa situação se agravou exponencialmente no período pandêmico:

De acordo com os dados da Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios Contínua (PNADC), observou-se, no primeiro trimestre de 2021, que o rendimento mensal habitual médio das mulheres era de R\$ 2.295,95 enquanto o de homens era de R\$ 2.871,01, diferença de 24,2%. [...] Ademias, é perceptível a significativa desigualdade de rendimento entre as mulheres associadas à dimensão de cor e raça. No primeiro trimestre de 2021, as mulheres pretas recebiam 41,63% a menos que mulheres brancas, 59,86% a menos que mulheres amarelas e 1,32% a menos que mulheres pardas. Ainda segundo a pesquisa, as mulheres sofreram uma redução de mais de 220 mil vagas de trabalho no mercado formal, no ano de 2020, ao passo que os homens acumularam o acréscimo de mais de 34 mil novos postos de trabalho. Os dados da pesquisa, que corroboram a desigualdade estrutural de gênero, nos permitem concluir que a crise da COVID-19 afetou mais as mulheres, uma vez que são predominantes em ocupações precarizadas e instáveis, além de se inserirem em situações de informalidade.<sup>7</sup>

Conforme consta no “Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero”, formulado por Kimberlé Crenshaw, incorporar uma perspectiva de gênero (*gender mainstreaming*) para a correção desse tipo discriminatório implica em estar atento e analisar, durante todas as atividades relativas à proteção dos direitos humanos, os efeitos diferenciais inerentes a situações envolvendo o gênero.<sup>8</sup>

Assim, conforme a mesma autora<sup>9</sup>, subverte-se a ultrapassada lógica na qual a diferença existente entre homens e mulheres servia como justificativa para a manutenção da situação de subordinação e desigualdade de gênero, para, então, essa visão ser substituída pela hodierna concepção de que as particularidades das experiências femininas apontam para o dever institucional de incorporação de uma análise de gênero em suas práticas cotidianas.

Nesse sentido de correção dos supra referidos entraves que impossibilitam a concretização de mudanças estruturais, voltadas à promoção da igualdade e da

---

<sup>5</sup> FACHIN, M. G.; OLSEN, A. C. L. “Perspectiva de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista CNJ*, 6, 2002, p. 95.

<sup>6</sup> KÖLLING, G. J.; SILVA, C. A. F.; ANDRADE, G. S. “Desigualdade estrutural e divisão sexual do trabalho: período transpandêmico e o incremento da insegurança alimentar”, *Revista Direito Público*, Brasília, 19(104), 2023, p. 273.

<sup>7</sup> KÖLLING, G. J.; SILVA, C. A. F.; ANDRADE, G. S. “Desigualdade estrutural e divisão sexual do trabalho: período transpandêmico e o incremento da insegurança alimentar”, *Revista Direito Público*, Brasília, 19(104), 2023, p. 273.

<sup>8</sup> CRENSHAW, K. “Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero”, *Revista Estudos Feministas*, 1, 2002, p. 172.

<sup>9</sup> CRENSHAW, K. “Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero”, *Revista Estudos Feministas*, 1, 2002, p. 172.

inclusão social feminina, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)<sup>10</sup> tem empregado os preceitos do constitucionalismo transformador como um instrumento de promoção de mudanças estruturais, tanto jurídicas como sociais, rumando em direção à efetivação da inclusão social e confrontando desigualdades.<sup>11</sup>

O constitucionalismo transformador advoga a promoção de mudanças estruturais através do direito, "seja pela atuação dos legislativos sensíveis às demandas sociais de inclusão e igualdade, seja por decisões judiciais capazes de desbloquear barreiras políticas, econômicas e culturais que impedem as necessárias mudanças legislativas e em políticas públicas".<sup>12</sup>

As propostas do constitucionalismo transformador se direcionam à concretização de mudanças nas estruturas sociais e políticas, tendo como finalidade a consagração do direito de igualdade, o respeito aos direitos humanos e a ampliação da participação política. Para tanto, o constitucionalismo transformador, operacionalizado através da atuação jurisdicional, se utiliza do aparato institucional do Estado de Direito, com isso permanecendo materialmente vinculado a promover a inclusão e a igualdade.<sup>13</sup>

Ao transpor-se a perspectiva transformadora à Constituição Federal de 1988 —instrumentalizando-a através da atuação do Supremo Tribunal Federal — abre-se caminho rumo à concretização do farto rol de direitos elencados no texto constitucional e, reflexamente, aponta-se para uma necessária ruptura com os padrões discriminatórios historicamente enraizados na sociedade brasileira.

Nota-se que a jurisdição constitucional desempenha um papel central no contexto do constitucionalismo transformador, já que recai sob a responsabilidade das cortes constitucionais a solução de ações judiciais que, recorrentemente, resultam em readequações de estruturas que, no cotidiano de sua operacionalização, vão de encontro com os ditames constitucionais. Importa asseverar que essa perspectiva transformadora e o protagonismo das cortes constitucionais têm origem no constitucionalismo Sul-Africano<sup>14</sup>, e pressupõem a elaboração de decisões judiciais compostas não só por uma fundamentação racional — baseada nos precedentes legais —, mas que igualmente integrem ao seu teor os valores que fundam a nova ordem constitucional.<sup>15</sup>

No entanto, previamente, importa destacar que as intervenções judiciais investidas desse viés do constitucionalismo transformador permanecem sempre atreladas aos limites constitucionais prévios, como bem salienta Jorge Ernesto Roa Roa<sup>16</sup> ao afirmar que "la propuesta del constitucionalismo transformador es que los

---

<sup>10</sup> A Corte IDH "tem tido um papel significativo ao atuar como esfera pública transnacional, permeável aos múltiplos atores internacionais que, na condição de vítimas, se deparam com o fato de que, diante de omissões e ações violadoras de direitos humanos pelo Estado, o recurso ao próprio Estado muitas vezes é insuficiente para sanar os problemas, pois normalmente encobre questões relevantes e estruturais que são expostas com muito mais clareza e respondidas com muito mais eficiência nos foros internacionais.". CASONI, L. F. PERUZZO, P. P. "Contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre violência contra a mulher: uma análise jurisprudencial", *Revista Direito Público*, 18(98), 2021, p. 122.

<sup>11</sup> FACHIN, M. G.; OLSEN, A. C. L. "Perspectiva de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos", *Revista CNJ*, 6, 2022, p. 95.

<sup>12</sup> FACHIN, M. G.; OLSEN, A. C. L. "Perspectiva de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos", *Revista CNJ*, 6, 2022, p. 98.

<sup>13</sup> OLSEN, A. C. L.; KOZICKI, K. "O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF", *Suprema: revista de estudos constitucionais*, 1(1), 2021, p. 93.

<sup>14</sup> Para conhecer mais sobre o modelo Sul-Africano, recomenda-se: KLARE, K. E. "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South American Journal on Human Rights*, 14(1), 146-188, 1998.

<sup>15</sup> OLSEN, A. C. L.; KOZICKI, K. "O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF", *Suprema: revista de estudos constitucionais*, 1(1), 2021, p. 95.

<sup>16</sup> ROA ROA, J. E. "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano", *Revista Derecho del Estado*, 49, 2021, p. 46.

jueces intervengan para avanzar – dentro de sus competencias y con todas sus limitaciones – en un proyecto que acerque la vida diaria de las personas al mundo que les ha sido prometido en sus constituciones”.

No contexto da América-latina, soma-se a essa perspectiva do constitucionalismo transformador um viés feminista, a fim de se combaterem os fatores discriminatórios que afastam as mulheres de uma educação de qualidade, das vagas de emprego, das condições de vida digna e da efetiva participação política. Não obstante, esse constitucionalismo transformador feminista ainda se interliga com a ideia de pluralismo, uma vez que as mulheres dessa região experienciam, além da desigualdade de gênero, diversas formas de subordinação envolvendo questões como: classe social, etnia, raça, nível educacional e outras.<sup>17</sup>

Considerando as múltiplas vulnerabilidades suportadas pelas mulheres, outro conceito é agregado a esse campo de estudo do direito da antidiscriminação feminina: a noção de discriminação interseccional. Nesse sentido, reconhece-se que algumas mulheres permanecem expostas a concomitante incidência de vários critérios proibidos de discriminação, o que faz com que, de uma perspectiva qualitativa, inerente a esse viés interseccional, seja imprescindível uma análise do caso a partir das experiências específicas do grupo subordinado, de tal modo que a discriminação interseccional passa a fornecer “ferramentas para a identificação de estruturas de subordinação que ocasionam determinadas invisibilidades perpetuadoras de injustiças”.<sup>18</sup>

Nessa linha, defendendo um olhar mais atento e menos abstrato, direcionado a reconhecer as múltiplas facetas do gênero, Angela P. Harris<sup>19</sup> traça críticas ao essencialismo de gênero<sup>20</sup> aplicado à Teoria Feminista do Direito, alertando para o risco de que essa exacerbada generalização possa “silenciar aquelas pessoas que, tradicionalmente, têm sido impedidas de falar, ou que têm sido ignoradas quando falam, incluindo mulheres negras. O primeiro passo para evitar esse perigo é desistir do sonho do essencialismo de gênero.”.

Portanto, colaborando com a pretensão de romper com essa abstração que silencia — decorrente da noção estrita do essencialismo de gênero — e almejando um olhar plural, inerente ao constitucionalismo transformador feminista —, estão umbilicalmente ligados a esses objetivos as visões da discriminação, em dimensões estrutural e interseccional, nas questões de gênero.

O primeiro diz respeito à realidade de discriminação sistêmica que vivenciam certos grupos em situação de vulnerabilidade, devido a posição de subordinação que ocupam dentro da estrutura da ordem social. Mais especificamente no caso das mulheres, Iriarte Rivas<sup>21</sup> explica que a noção de discriminação estrutural se constitui, justamente, “a partir de los elementos materiales que configuran el orden social que implica la subordinación de las mujeres y su discriminación en materia de derechos”.

Consoante a isso, para Sagués<sup>22</sup>, uma situação de discriminação estrutural requer não só uma adequação normativa que seja capaz de garantir aos grupos

---

<sup>17</sup> FACHIN, M. G.; OLSEN, A. C. L. “Perspectiva de gênero na Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista CNJ*, 6, 2022, p. 98.

<sup>18</sup> RIOS, R. R.; SILVA, R. “Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação”, *Revista Brasileira de Ciência Política*, 16, 2015, p. 24.

<sup>19</sup> HARRIS, A. P. “Raça e essencialismo na Teoria Feminista do Direito”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 10(2), 2020, p. 46-47.

<sup>20</sup> Harris atesta que o essencialismo de gênero é “a noção de que uma única, “essencial” experiência das mulheres pode ser isolada e descrita independentemente da raça, classe, orientação sexual e outras realidades da experiência.”. HARRIS, A. P. “Raça e essencialismo na Teoria Feminista do Direito”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 10(2), 2020, p. 46

<sup>21</sup> RIVAS, C. P. I. “La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, 14, 2018, p. 68.

<sup>22</sup> SAGÜES, M. S. “Discriminación estructural, inclusión y litígios estratégicos”. En: E. F. M.; M. M. A.; R. F. P.(Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. Colección*

vulnerabilizados por essa condição o pleno gozo de seus direitos, mas, concomitante, impõe o dever de que as medidas traçadas com a finalidade de reparar essa discriminação estrutural sejam integradas por uma dimensão transformadora, a qual pode ser articulada, por exemplo, através da implementação de ações afirmativas, operando como uma medida corretiva da discriminação estrutural, visto que conformariam um instrumento jurídico com vocação transformadora.

Além de medidas de compensação para correção das desigualdades estruturais decorrentes de distribuições injustas de recursos econômicos e por fatores sociais, igualmente deve-se considerar a igualdade em sua dimensão do reconhecimento, para que as múltiplas identidades sejam reconhecidas<sup>23</sup>. Situações como as de discriminação estrutural impõem a necessária adoção não só de políticas públicas reparatórias, mas não só isso, que tomem um viés transformador e que incrementem avanços na igualdade real de condições<sup>24</sup>. Portanto, agrega-se a dimensão redistributiva do direito à igualdade o viés do reconhecimento, o que para Nancy Fraser e Axel Honneth<sup>25</sup> representa que o reconhecimento tem cada vez mais o sentido de busca por “un mundo que acepte la diferencia, en el que la integración en la mayoría o la asimilación de las normas culturales dominantes no sea ya el precio de un respecto igual”.

Já o segundo, o conceito de interseccionalidade, foi cunhado por Kimberlé Crenshaw<sup>26</sup> quando definiu que:

A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as conseqüências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento.<sup>27</sup>

Patricia Hill Collins e Sirma Bilge<sup>28</sup>, dando continuidade às ideias de Kimberlé Crenshaw, e defendendo a incorporação da interseccionalidade enquanto instrumento analítico que acolhe outras categorias além do gênero, afirmam que há

---

*Constitución y Derechos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 130.

<sup>23</sup> CLÉRICO, L.; RONCONI, L.; ALDAO, M. “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *Revista Direito GV*, 9(1), 2013, p. 120-121.

<sup>24</sup> CLÉRICO, L.; RONCONI, L.; ALDAO, M. “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *Revista Direito GV*, 9(1), 2013, p. 133.

<sup>25</sup> FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribución o reconocimiento Un debate político-filosófico*, Ediciones Morata, Madrid, 2006, p. 17.

<sup>26</sup> Sobre a origem do termo, Hogemann e Boldt destacam que “O termo foi cunhado em 1989 por Kimberlé Crenshaw, professora de Direito norte-americana, que produziu algumas das mais relevantes elaborações teóricas a respeito dessa noção e que conta com a contribuição teórica de autoras como Patricia Hill Collins, Sirma Bilge e Carla Akotirene. Não são poucas, portanto, as pesquisas que se utilizam do pensamento de Crenshaw e empregam a interseccionalidade em seu aspecto conceitual analítico, posto que se configura como instrumento assaz eficaz para a análise de contextos e teorias, a partir de uma perspectiva que engloba outras categorias além do gênero.”. HOGEMANN, E. R.; BOLDT, M. “A perspectiva da interseccionalidade na análise de casos de gênero no Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, 22(3), 2021, p. 14.

<sup>27</sup> CRENSHAW, K. “Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero”, *Revista Estudos Feministas*, 1, 2002, p. 177.

<sup>28</sup> COLLINS, P. H.; BILGE, S. *Interseccionalidade*, São Paulo, Boitempo, 2020, p. 61.

uma leva de acadêmicas feministas que “encontraram na interseccionalidade importantes entendimentos teóricos que lhes permitiram avaliar a influência da filosofia pós-estruturalista continental em campo e usar as estruturas interseccionais para refletir sobre as realidades colonial e pós-colonial”.

Em semelhante sentido, Hogemann e Boldt<sup>29</sup> defendem a postura da interseccionalidade enquanto lente analítica ao afirmar que:

Não basta analisar a interseccionalidade apenas como múltiplas identidades, a interseccionalidade é antes de tudo, uma lente analítica sobre a interação estrutural em seus efeitos da política pública bem como da legislação. Trata-se de uma análise posicionada em avenidas identitárias, que farão destas mulheres vulneráveis colidindo com estruturas e fluxos modernos.

No Brasil, o estudo da interseccionalidade como ferramenta teórica e metodológica de reconhecimento e tratamento da intersecção das vulnerabilidades experienciadas pelas mulheres foi trabalhada pela socióloga Carla Akotirene na obra “Interseccionalidade”, a qual é um marco no que diz respeito, principalmente, às discussões de raça e gênero.<sup>30</sup>

Complementando a noção de discriminação interseccional, principalmente na conjectura latino-americana e brasileira, é agregado o gênero enquanto categoria de análise. No entanto, é preciso expandir essa perspectiva do gênero como categoria de análise para a aplicação do gênero enquanto categoria de análise decolonial, para além da “interseccionalidade de raça, classe e gênero, de analisar como essas categorias de opressão funcionam criando experiências diferentes, trata-se de analisar como essas categorias juntas, trabalhando em redes, são ao mesmo tempo causa e efeito d(n)a criação dos conceitos umas das outras.”<sup>31</sup>

Em outras palavras, faz-se necessária a adoção do gênero como uma categoria de análise decolonial, uma vez que raça, sexo e gênero são categorias que devem ser analisadas sincronicamente, pois decorrem de uma autoprodução conjunta<sup>32</sup>. Dessa forma, se observa que o cumprimento das promessas emancipatórias do projeto do constitucionalismo feminista dependerá dessa visão interseccionada dos mais variados sistemas que perpetuam a subordinação e exploração das mulheres, ou seja, requer uma compreensão apurada das múltiplas vulnerabilidades vivenciadas por esse grupo em específico.<sup>33</sup>

Assim, percebe-se que o avanço decorrente da implementação dessa lente de observação interseccional permitiu compreender que o feminismo tradicional — alinhado mais para situações estruturais de desigualdade de gênero — desconsiderava a realidade de mulheres negras de sua agenda política e jurídica, bem como, deixava de observar o machismo estrutural operacionalizado no contexto do movimento negro, sendo necessária uma guinada rumo ao reconhecimento da multiplicidade de barreiras de desigualdades em casos interseccionais.<sup>34</sup>

Inserindo a estrutura interseccional na seara legislativa, Hogemann e Boldt advogam que é possível observar a presença do viés interseccional no artigo 3º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), quando o dispositivo reconhece as diversas particularidades das vítimas de violência doméstica. Porém, embora a lei tenha, nitidamente, esse caráter interseccional, no que tange a sua efetividade e aplicação

---

<sup>29</sup> HOGEMANN, E. R.; BOLDT, M. “A perspectiva da interseccionalidade na análise de casos de gênero no Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, 22(3), 2021, p. 20.

<sup>30</sup> AKOTIRENE, C. *Interseccionalidade*, São Paulo, Pólen, 2019.

<sup>31</sup> GOMES, C. M. “Gênero como categoria de análise decolonial”, *Civitas*, 18(1), 2018, p. 71.

<sup>32</sup> GOMES, C. M. “Gênero como categoria de análise decolonial”, *Civitas*, 18(1), 2018, p. 77.

<sup>33</sup> BARTOLOMEU, P. C.; ROMFELD, V. S. “Constitucionalismo Feminista: a busca por um Estado comprometido com a igualdade de gênero”, *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, 2(3), 2021, p. 153.

<sup>34</sup> ALMEIDA, J. T.; MACHADO, R. C. R. “Gênero, raça e participação política da mulher negra: da visibilização à inclusão”, *Revista Direito Público*, 18(98), 2021, p. 405.

cotidiana, “observa-se que ela não é interseccional porque as políticas públicas não estão sendo interseccionais, na medida em que não atingem, *in totum*, qualquer vítima mulher, como deveria ser.”.<sup>35</sup>

Assim, percebe-se que a condição da efetividade de uma decisão judicial ou ato do Poder Público — quando envolve uma visão interseccional para a desobstrução dos meandros que dificultam a concretização da igualdade — ficará condicionada a uma cadeia de cooperação, tanto da sociedade quanto dos demais ramos de poder.

Anota-se que a perspectiva interseccional foi incorporada também como critério interpretativo na “Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher” (1994), tendo o Brasil ratificado, em 1995, o documento proferido pela Organização dos Estados Americanos.<sup>36</sup>

No âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a utilização da interseccionalidade como método analítico em casos envolvendo o gênero pode ser observada nas construções jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tomando-se como exemplo alguns casos, como: a) “*Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*”<sup>37</sup> (morte da mulher transsexual Vicky Hernández); b) “*Caso Bedoya Lima y otra Vs. Colombia*”<sup>38</sup> (sequestro, cárcere e tortura da jornalista Jineth Bedoya Lima); c) “*Caso Digna Ochoa y familiares Vs. México*”<sup>39</sup> (morte da defensora de direitos humanos Digna Ochoa y Plácido); d) “*Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*”<sup>40</sup> (violência sexual e posterior suicídio da adolescente

<sup>35</sup> HOGEMANN, E. R.; BOLDT, M. “A perspectiva da interseccionalidade na análise de casos de gênero no Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, 22(3), 2021, p. 21.

<sup>36</sup> HOGEMANN, E. R.; BOLDT, M. “A perspectiva da interseccionalidade na análise de casos de gênero no Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, 22(3), 2021, p. 17.

<sup>37</sup> “135. [...] En este caso, además, es muy relevante el hecho de que Vicky Hernández era una mujer trans trabajadora sexual, que vivía con VIH, y desarrollaba una actividad en defensa de los derechos de las mujeres trans. Estas características pusieron a Vicky Hernández en una posición de particular vulnerabilidad en donde confluyeron en forma interseccional múltiples factores de discriminación.”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*: sentença de 26 de março de 2021 (Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2021, p. 38.

<sup>38</sup> “91. [...] En efecto, a la vista de los antecedentes de hecho, unido al contexto existente en la época que ocurrieron los mismos, el Tribunal nota, desde una perspectiva interseccional, que la señora Bedoya se encontraba en una situación doblemente vulnerable, por su labor de periodista y por ser mujer. [...] 126. [...] En suma, el Tribunal considera esencial recalcar que, a la hora de investigar actos de violencia dirigidos contra mujeres periodistas, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias para abordar dicha investigación desde una perspectiva interseccional en la que se tengan en cuenta estos diferentes ejes de vulnerabilidad que afectan a la persona en cuestión los cuales, a su vez, motivan o potencian la diligencia reforzada.”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*: sentença de 26 de agosto de 2021 (Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2021, p. 39-51-52.

<sup>39</sup> “101. En el caso de ataques dirigidos a mujeres defensoras de derechos humanos, el Tribunal considera que todas las medidas orientadas a mitigar los riesgos que corren deben ser adoptadas con perspectiva de género y con un enfoque interseccional, de tal manera que se les pueda brindar una protección integral a partir de considerar, comprender y dar un lugar central a las complejidades de las formas diferenciadas de violencia que afrontan las defensoras por su profesión y por su género.”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Digna Ochoa y Familiares vs. México*: Sentença de 25 de novembro de 2021 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2021, p. 31.

<sup>40</sup> “142. [...] Por lo expuesto, los actos de acoso y abuso sexual cometidos contra Paola no solo constituyeron, en sí mismos, actos de violencia y discriminación en que confluyeron, de modo interseccional, distintos factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, como la edad y la condición de mujer. Esos actos de violencia y discriminación se enmarcaron, además, en una situación estructural<sup>143</sup>, en la que pese a ser la violencia sexual en el ámbito educativo un problema existente y conocido, el Estado no había adoptado medidas efectivas para revertirlo (supra párr. 135).”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso*



Paola del Rosario Guzmán Albarracín); e) “*Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*”<sup>41</sup> (violação de direitos e morte de mulheres e crianças trabalhadoras).

Dá-se destaque a este último julgado, o “*Caso Empleados da Fábrica de Fogos de Artificio de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil*” (2020), já que a decisão reconheceu a concomitante incidência de discriminação estrutural e interseccional de gênero no caso, o que exasperou sobremaneira a situação de violação sistêmica de direitos humanos daquelas mulheres<sup>42, 43</sup>. E, ainda, a Corte IDH aproveitou a oportunidade para expandir as típicas e mais recorrentes dimensões de proteção da mulher contra violência física e sexual, reconhecendo que, no caso concreto, houve incidência da discriminação econômica e social como fatores que impeliram as vítimas a trabalharem e aceitarem condições laborais degradantes.<sup>44</sup>

Diante desses casos, é notável a incorporação, pela Corte IDH, de uma perspectiva de gênero atenta à questão da intersecção de vulnerabilidades e especialmente compromissada em romper com os padrões discriminatórios e violações sistêmicas dos direitos humanos das mulheres. Essa preocupação com a superação de situações discriminatórias estruturais por parte da Corte IDH pode ser observada através de uma renovada postura implementada pelas ditas sentenças estruturantes, uma vez que essas macrosentenças englobam dinâmicas de prevenção e de não-repetição, incorporando, assim, “medidas que visam modificar um padrão de violação massiva que acometem determinado Estado ou sociedade em particular”<sup>45</sup>. Contudo, a sociedade e suas organizações também desempenham um papel fundamental no combate à discriminação de gênero, pois são responsáveis por propor os *inputs* (ou litígios judiciais estrategicamente propostos) capazes de reivindicar decisões da jurisdição constitucional ou do Sistema Interamericano de

---

*Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*: sentença de 24 de junho de 2020 (Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2020, p. 46-47.

<sup>41</sup> “191. Ahora bien, la intersección de factores de discriminación en este caso incrementó las desventajas comparativas de las presuntas víctimas. De modo que las presuntas víctimas comparten factores específicos de discriminación que sufren las personas en situación de pobreza, las mujeres y las y los afrodescendientes, pero, además, padecen una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores y, en algunos casos, por estar embarazadas, por ser niñas, o por ser niñas y estar embarazadas.”. CORTE INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS. *Caso empleados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil*: Sentença de 15 de julho de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2020, p. 55.

<sup>42</sup> “197. Neste caso, a Corte pôde constatar que as supostas vítimas estavam imersas em padrões de discriminação estrutural e interseccional. As supostas vítimas se encontravam em situação de pobreza estrutural e eram, em amplíssima maioria, mulheres e meninas afrodescendentes, quatro delas estavam grávidas e não dispunham de nenhuma alternativa econômica senão aceitar um trabalho perigoso em condições de exploração. A confluência desses fatores tornou possível que uma fábrica como a que se descreve nesse processo tenha podido se instalar e funcionar na região, e que as mulheres e crianças supostas vítimas se tenham visto compelidas a nela trabalhar.”. CORTE INTERAMERICANA DE DIRETOS HUMANOS. *Caso empleados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil*: Sentença de 15 de julho de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2020, p. 57.

<sup>43</sup> VARGAS, E. F.; SILVA, F. F. C. “A intersecção de vulnerabilidades no caso ‘empleados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil’: uma análise das medidas implementadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao caso”. En: H. N.; E. A.; P. S.; I. W. S. (Orgs). *Anais da VIII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (2021)*. Volume I, Porto Alegre, Editora Fundação Fênix, 2021, p. 136.

<sup>44</sup> FACHIN, M. G.; OLSEN, A. C. L. “Perspectiva de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista CNJ*, 6, 2022, p. 106.

<sup>45</sup> LEAL, M. C. H.; LIMA, S. S. *A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade: discriminação estrutural e sentenças estruturantes*, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 115-116.

Proteção aos Direitos Humanos que promovam mudanças estruturais através de decisões estruturantes.

Em razão disso, na sequência, é analisado como os litígios estruturais podem ser utilizados — seja por atores civis ou por organizações da sociedade — como ferramenta de provocação do Judiciário em busca de alterações estruturais para o desmantelamento da discriminação estrutural e interseccional de gênero.

### **3. Litígios estruturais e o constitucionalismo transformador feminista como alternativas de superação da discriminação estrutural e interseccional de gênero pela atuação protetiva do Supremo Tribunal Federal**

O dever de adoção de uma perspectiva de gênero para as decisões do Poder Público, na linha de autores e autoras como Kimberle Crenshaw, Carla Akotirene, Patricia Hill Collins e Sirma Bilge, tem uma elevada importância principalmente no âmbito de atuação do Poder Judiciário, pois, através de decisões que incorporem uma perspectiva de gênero, abre-se a possibilidade de afastar a presunção de neutralidade interpretativa e neutralidade das leis que excluem as mulheres.<sup>46</sup>

No cenário nacional, por mais que as mulheres tenham integrado o processo de redemocratização do Brasil, participando da Assembleia Nacional Constituinte (a qual foi majoritariamente composta por homens), essa participação não foi suficiente para garantir a efetivação da condição substancial da igualdade ao longo dos anos. Fez-se necessário fomentar a participação política feminina através da reserva de vagas para candidaturas femininas junto aos partidos políticos e pela destinação de um percentual mínimo de verba destinada ao financiamento de campanhas femininas, percentual esse que, inclusive, teve sua constitucionalidade questionada através da ADI 5617/DF, tendo sido confirmada sua constitucionalidade posteriormente pelo Supremo Tribunal Federal<sup>47</sup>. Essa situação aponta para uma visão recalcitrante — possivelmente influenciada pela perspectiva social patriarcalista — em relação às iniciativas de fomento à inclusão política das mulheres através de ações afirmativas, corroborando o que preconizam Bonatto, Fachin e Barboza<sup>48</sup> ao afirmarem que o direito é concebido através de uma perspectiva androcêntrica, influenciado diretamente pelo sistema patriarcalista.

Gomes e Fabris<sup>49</sup> destacam o potencial que o direito tem de produzir e legitimar hierarquias e exclusões, asseverando que:

Essas hierarquias (de gênero, raça e classe, por exemplo) podem estar presentes no texto legal (seja de forma expressa, seja por meio de uma aparente neutralidade e abstração), em sua interpretação (por uma elite jurídica comprometida, seja de forma consciente ou não, com a manutenção de interesses de classe), ou na sua implementação (que ocorreria de forma seletiva, inclusive na falta dela). Nesse sentido, o direito e a linguagem dos direitos não apenas reforçariam e legitimariam as desigualdades socialmente existentes, mas seriam responsáveis eles próprios por produzir sujeitos e identidades, incluídos e excluídos. Além disso, o recurso ao direito

<sup>46</sup> BONATTO, M.; FACHIN, M. G.; BARBOZA, E. M. de Q. "Constitucionalismo feminista: para ler e interpretar o Direito (Constitucional) com as lentes de gênero", *Revista CNJ*, 2022, p. 221.

<sup>47</sup> VARGAS, E. F. de; LEAL, M. C. H. "O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas", *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 22(2), 2022, p. 89.

<sup>48</sup> BONATTO, M.; FACHIN, M. G.; BARBOZA, E. M. de Q. "Constitucionalismo feminista: para ler e interpretar o Direito (Constitucional) com as lentes de gênero", *Revista CNJ*, 2022, p. 216-217.

<sup>49</sup> GOMES, J. C. A.; FABRIS, L. "Paradoxos do Direito à Igualdade: Discriminação, Diferença e Identidade sob uma Perspectiva Crítica", *Revista Direito Público*, 18(97), 2021, p. 568.

contribuiria para desmobilizar a prática política, priorizando uma abordagem individualista e reformista a uma dimensão coletiva e efetivamente transformadora. Segundo essas leituras críticas, portanto, o direito e a linguagem dos direitos seriam elementos-chave à legitimação, manutenção e implementação do status quo dominante.

Em igual sentido, Pereira<sup>50</sup> assegura que tanto o modelo jurídico quanto o sistema político, e a própria Constituição, são definidos e delimitados a partir da visão masculina e, se observados pelas lentes do gênero, acabam reproduzindo uma lógica excludente e patriarcal. No entanto, é possível romper com esse androcentrismo e concretizar a igualdade substancial de gênero através da realização de uma leitura feminista da Constituição.

Embora sejam traçadas críticas em relação aos limites e possibilidades de as Cortes Constitucionais, através de sua atuação pautada no constitucionalismo feminista, promoverem a igualdade de gênero, nota-se que, especialmente no caso do Brasil — devido à existência de uma maioria parlamentar conservadora e mais recalcitrante em reconhecer e expandir os direitos das mulheres —, esse tipo de postura interpretativa do direito constitucional é essencial para garantir a fluidez democrática; e, ainda, importa ter em mente que é papel do Supremo Tribunal Federal garantir a aplicação equânime e proporcional da Constituição, principalmente no exercício de seu poder contramajoritário, protegendo as minorias que detenham baixa representação e voz política, como é o caso das mulheres.<sup>51</sup>

Especialmente diante dessa situação de desigualdade no acesso ao processo político por parte das mulheres, uma postura mais ativa por parte da Corte Constitucional intui desobstruir os canais de acesso ao processo político, transpondo aquelas barreiras que impossibilitam uma representação política das mulheres de maneira igualitária. Essa visão, em certa medida, muito se assemelha a atuação inovadora da Suprema Corte Norte Americana durante o período de atividade da Corte de Warren, quando essa, a partir de uma postura mais ativa, atuou não só desobstruindo os canais de mudança política, assim como, através de suas decisões, buscou corrigir certas discriminações que acometiam grupos minoritários.<sup>52</sup>

Portanto, se aplica a teoria do constitucionalismo transformador feminista, enquanto postura hermenêutica do constitucionalismo inclusivo, no intuito de reinterpretar os modelos normativos e políticos, estruturados a partir da visão masculina, que preponderam historicamente nas esferas de poder. Assim, dá-se sentido ao “vácuo que existe entre o que deve ser uma constituição em abstrato e o que efetivamente deve ser na prática, aproximando, enfim, o texto escrito dos anseios das mulheres, que configuram a maior parte da população”.<sup>53</sup>

Em resumo, o constitucionalismo feminista advoga uma reconfiguração do constitucionalismo, almejando a igualdade de gênero, não permanecendo adstrita ao mero processo de reorganização das estruturas de poder e ao reconhecimento de novas dimensões dos direitos fundamentais; vai além, propondo, inclusive, limites

---

<sup>50</sup> PEREIRA, N. M. F. de S. “O constitucionalismo feminista e a constituinte chilena: quando a prática não acompanha o discurso”. En: B. M. G. S.; M. L. L. L. C. *Reflexos: as mulheres e suas imagens no sistema de justiça*. 1. ed. Associação Nacional dos Procuradores da República, 2023, p. 56.

<sup>51</sup> BARBOZA, E. M. de Q.; DEMETRIO, A. “Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista”, *Revista Direito GV*, 15(3), 2019, p. 03.

<sup>52</sup> ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 98-99.

<sup>53</sup> PEREIRA, N. M. F. de S. “O constitucionalismo feminista e a constituinte chilena: quando a prática não acompanha o discurso”. En: B. M. G. S.; M. L. L. L. C. *Reflexos: as mulheres e suas imagens no sistema de justiça*, 1. ed., Associação Nacional dos Procuradores da República, 2023, p. 56.

para a atuação das maiorias parlamentares, objetivando, assim, a proteção do direito das minorias por intermédio da interpretação constitucional com vistas no gênero.<sup>54</sup>

O grande desafio está em como promover a garantia dos direitos das mulheres, pois “desde o processo constituinte até o processo judicial das Cortes Constitucionais [...] pode-se afirmar que somente com uma transformação nas estruturas jurídicas e constitucionais é que o sistema jurídico virá ao encontro de pautas e de desafios de gênero.”<sup>55</sup>

Também resta dar longos passos em direção à superação do problema de sub-representação política das mulheres no Poder Legislativo, assim como fomentar uma maior inclusão feminina no Poder Judiciário, especialmente junto às Cortes Constitucionais, que detêm elevada carga de importância devido ao seu encargo de serem intérpretes da Constituição e, por consequência, galgarem elevado grau de visibilidade política<sup>56</sup>, podendo repercutir nos níveis de representação feminina nas demais esferas de poder.

Nesse influxo de incorporar a perspectiva de gênero às práticas decisórias do Poder Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou, no ano de 2021, o “Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero”, com vistas a servir como cartilha de orientação aos magistrados e servidores públicos, para que apliquem, em casos concretos, a perspectiva de gênero, avançando rumo a concretização da igualdade entre homens e mulheres no Brasil.<sup>57</sup>

Salienta-se que o protocolo para a adoção da perspectiva de gênero expedido pelo CNJ cumpre com as medidas de não repetição impostas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão do caso “*Márcia Barboza de Souza e outros vs. Brasil*” (2021), tendo como inspiração o modelo Mexicano, intitulado de “*Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad*” (2012), elaborado pela Suprema Corte Mexicana em atenção às medidas de reparação proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento dos casos “*Campo Algodonero vs México*” (2009), “*Inés Fernández Ortega vs México*” (2010) e “*Valentina Fernández Cantú vs México*” (2010). Assim, o principal objetivo das orientações elaboradas pelo Conselho Nacional de Justiça é capacitar o sistema de justiça, bem como fomentar a gradativa mudança da jurisprudência, tornando-a mais receptiva, atenta e protetiva em relação às questões de gênero.<sup>58</sup>

Com idêntico sentido de fortalecer a “cultura dos direitos humanos” junto ao Poder Judiciário brasileiro, contribuindo com a garantia dos direitos humanos por intermédio do estímulo ao efetivo exercício do controle de convencionalidade, o Conselho Nacional de Justiça elaborou no ano de 2022 o “Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos”, no qual são estabelecidas uma série de medidas que possibilitam a intensificação dos diálogos entre intérpretes nacionais e internacionais. Dentre as medidas se destaca a previsão da elaboração e publicação dos “Cadernos de Jurisprudência do STF: Concretizando Direitos Humanos”, ação essa que pretende compilar e divulgar o perfil decisório do STF em casos relacionados à temática dos Direitos Humanos, mais especificamente no que diz respeito a esfera de proteção dos Direitos Humanos de: mulheres, grupo LGBTQIAP+, povos indígenas, população

---

<sup>54</sup> BARBOZA, E. M. Q.; DEMETRIO, A. “Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista”, *Revista Direito GV*, 15(3), 2019, p. 12.

<sup>55</sup> BARBOZA, E. M. Q.; DEMETRIO, A. “Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista”, *Revista Direito GV*, 15(3), 2019, p. 15.

<sup>56</sup> LIMA, J.; BUENO, M. P.; STAMILE, N. “Supremas Ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das Cortes Constitucionais”, *Revista Direito Público*, 18(98), 2021, p. 243-242.

<sup>57</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero, Conselho Nacional de Justiça – CNJ*; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, 2021, p. 14.

<sup>58</sup> BONATTO, M.; FACHIN, M. G.; BARBOZA, E. M. Q. “Constitucionalismo feminista: para ler e interpretar o Direito (Constitucional) com as lentes de gênero”, *Revista CNJ*, 2022, p. 220-2021.

afrodescendente, pessoas privadas de liberdade, liberdade de expressão, dentre outros. A coordenação das publicações conta com o apoio institucional do *Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law*, e até o momento já se encontram publicados os cadernos de jurisprudência sobre os direitos das pessoas LGBTQIAP+, dos povos indígenas, das pessoas afrodescendentes e, mais recentemente, sobre os direitos das mulheres.<sup>59</sup>

Contudo, não basta apenas uma conscientização do Poder Judiciário e a incorporação da perspectiva de gênero em suas decisões, é igualmente imprescindível que os canais de acesso às Cortes Constitucionais estejam desobstruídos, e que os proponentes das ações, ao elaborarem suas reivindicações judiciais, utilizem de estratégias que possam impactar em maior grau o caso concreto, inclusive incorporando a perspectiva de gênero desde a propositura da demanda judicial.

Desse modo, é possível perceber que a perspectiva de gênero permeia, desde a instrução do processo pela parte que oferece o litígio, se estende para a fase de fundamentação da decisão pelo magistrado e permanece durante a fase de cumprimento de sentença. Daí se extrai a importância de que os proponentes tenham nítido entendimento a respeito da aplicação das lentes do gênero, para que estejam aptos a exigir, nas mais diversas fases processuais, o respeito à igualdade de gênero instrumentalizada através do constitucionalismo transformador feminista.

Expandindo as lentes a respeito do constitucionalismo transformador enquanto um projeto gradativo e constante de releitura constitucional com vistas no avanço rumo à igualdade, Bianca M. Schneider van der Broocke<sup>60</sup> destaca que as propostas desse movimento têm adquirido espaço de destaque nos debates dos países do Sul Global, sobretudo pela estrita vinculação que essa postura transformadora tem com "crescimento do ativismo judicial nessa região, aos ideais da justiça redistributiva e da igualdade material, bem como ao crescente fenômeno da judicialização da política".

Tem-se, portanto, que o constitucionalismo transformador impulsiona a abertura das Cortes Constitucionais e empodera os cidadãos a litigar estruturalmente em busca da superação das desigualdades. Nesse sentido, Roa Roa<sup>61</sup> afirma que:

Para el constitucionalismo transformador también es fundamental el mayor acceso de la ciudadanía a la justicia doméstica e internacional. Se podría afirmar que uno de los elementos centrales del constitucionalismo transformador es la ampliación del acceso para los movimientos sociales y para los ciudadanos a una justicia constitucional e internacional fuerte, dialógica e independiente.

Nota-se que, na dimensão dos litígios estruturais, esse amplo acesso ao Judiciário também é uma condição essencial para a transformação social através de decisões judiciais, uma vez que esse tipo de litígio "pressupõe um judiciário acessível, independente e criativo, cujas decisões tenham potencial de transformação social".<sup>62</sup>

Nessa lógica, visando galgar índices ainda maiores de concretização dos direitos das mulheres e erradicar a discriminação estrutural e interseccional de gênero, os litígios estruturais são uma importante ferramenta que, conjuntamente à perspectiva transformadora do constitucionalismo transformador feminista, podem

---

<sup>59</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos*, 2022.

<sup>60</sup> BROOCKE, B. M. S. von der. "Litígios estruturais e constitucionalismo transformador: perspectiva e desafios para uma gestão processual dialógica no Supremo Tribunal Federal". En: A. C. L. O.; M. G. F.; P. P. C. *Diálogos Constitucionais Transformadores*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2022, p. 139.

<sup>61</sup> ROA ROA, J. E. "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano", *Revista Derecho del Estado*, 49, 2021, p. 50.

<sup>62</sup> CARDOSO, E. L. C. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 57.

prestar substanciais contribuições ao tema. Sendo assim, conforme Olsen e Kozicki<sup>63</sup>, por intermédio dos litígios estruturais, a “Corte Constitucional pode convocar os atores institucionais, os movimentos sociais e os cidadãos para a construção de respostas adequadas. O constitucionalismo transformador pauta um ativismo comprometido e materialmente fundado no combate à exclusão.”.

Conceituando a figura do litígio estrutural, tem-se que essa é uma modalidade de litígio irradiado, que se dá início devido ao mau funcionamento de uma instituição democrática — seja ela pública ou privada —, e, diante dessa situação, se faz necessária a reestruturação da lógica de operacionalização dessa estrutura, a fim de cessar uma violação de direitos. Tais mudanças não são, necessária e exclusivamente, promovidas pelo Poder Judiciário, podendo advir da iniciativa dos demais Poderes ou até mesmo da atuação de atores privados; no entanto, quando essas mudanças forem pleiteadas pela via jurisdicional, teremos o que se denomina de processo estrutural.<sup>64</sup>

Na linha do exposto até então, e podendo ser congregado com a perspectiva transformadora do constitucionalismo feminista, complementando-a, Owen Fiss<sup>65</sup> salienta que “O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual o juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores e arranjos institucionais existentes”.

Elucidando esse entrelaçamento entre processo estrutural e litígio estrutural, adotando a construção doutrinária traçada por Vitorelli<sup>66</sup>, atesta-se que um processo estrutural é o meio utilizado para reformular uma estrutura burocrática a qual, durante seu funcionamento, gerou uma afronta aos direitos fundamentais, ensejando, através disso, uma violação que deu origem ao litígio estrutural.

Face a isso, pretendendo diferenciar o litígio estrutural do litígio comum, Puga<sup>67</sup> traça sete pontos característicos desse tipo de demanda, sendo eles:

- (1) La intervención de múltiples actores procesales. (2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados/as por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados. (3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una condición, o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea. (4) una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos. (5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales. (6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes. (7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada.

Superada a exposição conceitual, percebe-se que, especialmente nos casos de discriminação estrutural, os litígios estruturais operam como instrumentos de

<sup>63</sup> OLSEN, A. C. L.; KOZICKI, K. “O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF”, *Suprema: revista de estudos constitucionais*, 1(1), 2021, p. 100.

<sup>64</sup> VITORELLI, E. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”, *Revista de Processo*, 284, 2018, p. 340.

<sup>65</sup> FISS, O. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

<sup>66</sup> VITORELLI, E. “Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças”, *Revista de Processo*, 284, 2018, p. 341.

<sup>67</sup> PUGA, M. G. “Litigio estructural”. 2013. 328 p. *Tese (Doutorado em Direito)* - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, p. 15-16.

transposição das barreiras impostas pela desigualdade. O enfoque desse tipo de investigação judicial não recai, exclusivamente, sobre os incidentes do caso em particular, mas, também, sobre “uma condição social que ameaça importantes valores constitucionais e a dinâmica organizacional que cria e perpetua tal condição”.<sup>68</sup>

Diante de casos envolvendo grupos vulneráveis em situação de desigualdade estrutural e/ou interseccional, os tribunais devem permanecer atentos às reivindicações desses, reconhecendo o caráter estrutural da situação, não passível de ser solucionada através do modelo tradicional de litígio bipolar, pois, tendo a violação uma natureza estrutural, as medidas de solução, para que sejam efetivas, igualmente deverão conter um viés estrutural.<sup>69</sup>

Em âmbito nacional, importantes passos rumo à concretização da igualdade de gênero podem ser obtidos através da litigância estrutural junto ao Supremo Tribunal Federal. Já é possível identificar que há certa aplicação dos litígios estruturais nas práticas interpretativas do Supremo Tribunal Federal, notadamente nas demandas que tratam de debates emergentes sobre os direitos à identidade de gênero e orientação sexual.<sup>70</sup>

A título de exemplo, precisamente sobre a categoria do gênero, é possível mencionar a litigância estrutural, junto ao STF, presente no caso do combate às legislações estaduais antigênero, sendo que, através de uma ampla articulação da sociedade civil, essa

coalizão tem sustentado uma série de litígios estratégicos em relação a esses retrocessos legais no Supremo Tribunal Federal, a qual constitui o melhor exemplo de resposta políticas, institucionalmente fundamentadas, frente ao avanço da política antigênero no Brasil. As decisões do STF, ao julgar onze ações das dezesseis leis que tratam de leis municipais e estaduais inspiradas em propostas do movimento Escola Sem Partido, em sua maioria, leis antigênero, reforçaram a legitimidade dos marcos legais que sustentam a abordagem de gênero e sexualidade na educação brasileira e determinaram, entre outros pontos, ser inconstitucional a atuação persecutória desses movimentos contra o professorado que aborda gênero e sexualidade na perspectiva dos direitos.<sup>71</sup>

Nesse caso é possível observar que uma série de casos paradigmáticos foram utilizados para trazer luz ao problema da tentativa de institucionalização de medidas que ocasionariam em uma ocultação e agravamento da desigualdade de gênero. A partir da observação das práticas do mais alto tribunal brasileiro, é possível constatar que o litígio estrutural tem sido empregado “como um conjunto de demandas judiciais sobre um determinado tema que têm por objetivo revitalizar e manter a discussão na sociedade, de forma que o Tribunal funciona como um catalizador do debate político, viabilizando o diálogo entre as instituições e a sociedade.”.<sup>72</sup>

Contudo, conclui-se que, a propositura de litígios estruturais, aliados à perspectiva de gênero inerente ao movimento do constitucionalismo transformador

---

<sup>68</sup> FISS, O. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 49-50.

<sup>69</sup> RONCONI, L. “Igualdad y derechos sociales: su efectivización através del litigio. Una primera aproximación”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 14(2), 2015, p. 165.

<sup>70</sup> MANEIRO, R. M. J.; PULCINELLI, E. “Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional”, *Revista de Investigações Constitucionais*, 4(2), 2017, p. 196.

<sup>71</sup> CONECTAS. *Ofensivas antigênero no Brasil: políticas de estado, legislação, mobilização social*, 2023, p. 32-33.

<sup>72</sup> MANEIRO, R. M. J.; PULCINELLI, E. “Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional”, *Revista de Investigações Constitucionais*, 4(2), 2017, p. 198.

feminista, podem ajudar a romper os ciclos de perpetuação da discriminação estrutural e interseccional de gênero no Brasil. Para tanto, faz-se necessária a concomitante incorporação das lentes do gênero na análise de litígios estruturais propostos junto ao Supremo Tribunal Federal, para que o mais alto tribunal brasileiro possa, através de decisões estruturais, promover o rompimento dos ciclos de perpetuação da discriminação estrutural e interseccional de gênero no Brasil.

Portanto, a principal conclusão é de que, os litígios estruturais podem ser utilizados pela sociedade civil como ferramenta de buscar por sentenças estruturantes, de viés transformador, aplicadas no intuito de romper com a desigualdade de gênero. Complementarmente, a noção do constitucionalismo transformador feminista (e junto a isso, a perspectiva feminista aplicada ao direito) pode ser vista como a postura hermenêutica essencial para que o Supremo Tribunal Federal permaneça alerta quanto às nuances que envolvem esses casos e possa construir, dialogicamente, decisões que proporcionem impactos positivos na luta contra a desigualdade de gênero, tanto na perspectiva interseccional quanto estrutural.

#### 4. Conclusão

Para tornar possível articular diretrizes assertivas em direção à eliminação da discriminação estrutural e interseccional de gênero, previamente, é essencial ter em mente uma nítida diferenciação de como essas distintas formas de discriminação se articulam na sociedade. Sendo a discriminação estrutural atrelada a aspectos históricos, sociais e culturais que põem em situação de subordinação determinado grupo. No caso da discriminação interseccional, essa decorre da transposição concomitante de dois ou mais fatores discriminatórios, o que exige uma tratativa diferente daquela concedida aos casos e discriminação exclusivamente estrutural.

Em meio aos debates de como superar tais modalidades discriminatórias, tem recaído, notadamente sob a responsabilidade das Cortes Constitucionais, a complexa e árdua responsabilidade de apreciar e solucionar demandas que objetivam o desmantelamento desses arranjos institucionais que perpetuam a discriminação de gênero. No cumprimento dessa tarefa, um importante elemento hermenêutico pode contribuir nesses processos: o constitucionalismo transformador feminista.

Respondendo ao problema de pesquisa proposto, observa-se que os litígios estruturais atuam como mecanismo qualificado de acesso à jurisdição constitucional pela sociedade civil, a fim de buscar suplantar as fontes que originam uma situação de desigualdade estrutural e interseccional de gênero, a partir da prolatação de sentenças de caráter estruturante. Pensado de maneira estratégica, pretendendo a incorporação de mudanças estruturais, o litígio estrutural é articulado como fio condutor entre a identificação do problema social, a articulação de atores públicos e privados e a construção dialogada da solução mais adequada e necessária para a solução efetiva do caso, salientando que esse ambiente dialógico é proporcionado pelo arranjo institucional do Poder Judiciário.

Enquanto o litígio estrutural opera como ferramenta propícia para submeter problemas estruturais ou violações sistêmicas para serem apreciadas e solucionadas pela atuação das Cortes Constitucionais, esse instrumento, por si só, não basta. É imprescindível que os canais de acesso ao Poder Judiciário estejam livres, assim como, magistrados e servidores encontrem-se capacitados a acolher e dar o adequado prosseguimento a esse tipo de demanda.

Nesse sentido é que a perspectiva do constitucionalismo transformador promove a abertura dos canais de acesso à jurisdição, bem como, identifica a jurisdição constitucional como *locus* responsável por promover a readequação de estruturas que contrariem os ditames constitucionais. Quando esse instituto é acrescido pelo viés feminista, vem para lançar luz à dimensão concretizadora das Cortes e fomentar uma releitura do direito a partir das lentes do gênero, pretendendo romper com o ciclo que historicamente vulnera e discrimina as mulheres.



Desse forma, reunindo na prática do mais alto tribunal brasileiro uma ampla recepção aos litígios estruturais — enquanto elementos de empoderamento e articulação social em busca da superação dos défices estruturais provocados pela desigualdade de gênero — com a dimensão concretizadora da igualdade de gênero, pretendida pelo constitucionalismo transformador feminista, está o Supremo Tribunal Federal cada vez mais alinhado ao cumprimento de seu papel de protetor das minorias e grupos vulnerabilizados.

## Referências

- ALMEIDA, J. T.; MACHADO, R. C. R. "Gênero, raça e participação política da mulher negra: da visibilização à inclusão". *Revista Direito Público*, v. 18, n. 98, p. 397-421, 2021.
- AKOTIRENE, C. *Interseccionalidade*, São Paulo, Polén, 2019.
- BARBOZA, E. M. Q.; DEMETRIO, A. "Quando o gênero bate à porta do STF: a busca por um constitucionalismo feminista". *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, p. 01-34, 2019.
- BARTOLOMEU, P. C.; ROMFELD, V. S. "Constitucionalismo Feminista: a busca por um Estado comprometido com a igualdade de gênero". *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, v. 2, n. 3, p. 133-158, 2021.
- BONATTO, M.; FACHIN, M. G.; BARBOZA, E. M. Q. "Constitucionalismo feminista: para ler e interpretar o Direito (Constitucional) com as lentes de gênero". *Revista CNJ*, p. 213-224. 2022.
- BROOKE, B. M. S. von der. "Litígios estruturais e constitucionalismo transformador: perspectiva e desafios para uma gestão processual dialógica no Supremo Tribunal Federal". En: OLSEN, A. C. L.; FACHIN, M. G.; CAMPOS, P. P. *Diálogos Constitucionais Transformadores*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 137-160, 2022.
- CARDOSO, E. L. C. *Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- CASONI, L. F. PERUZZO, P. P. "Contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre violência contra a mulher: uma análise jurisprudencial". *Revista Direito Público*, v. 18, n. 98, p. 97-125, 2021.
- CLÉRICO, L.; RONCONI, L.; ALDAO, M. "Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento". *Revista Direito GV*, v. 9, n. 1, p. 115-170, 2013.
- CRENSHAW, Kimberle. "Documento para o Encontro de Especialistas em Aspectos da Discriminação Racial Relativos ao Gênero". *Estudos Feministas*, v. 1, p. 177-188, 2002.
- COLLINS, P. H.; BILGE, S. *Interseccionalidade*, São Paulo, Boitempo, 2020.
- CONNECTAS. *Ofensivas antigênero no Brasil: políticas de estado, legislação, mobilização social*, 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero*, Brasília, Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos*, 2022.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Bedoya Lima y otra vs. Colombia*: sentença de 26 de agosto de 2021 (Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2021. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_431\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_431_esp.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Digna Ochoa y Familiares vs. México*: Sentença de 25 de novembro de 2021 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2021. Disponível em:

- <[https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos\\_sentencias/seriec\\_447\\_esp.pdf#CADIME\\_S1\\_PARR98](https://corteidh.scjn.gob.mx/buscador/doc?doc=casos_sentencias/seriec_447_esp.pdf#CADIME_S1_PARR98)>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*: sentença de 24 de junho de 2020 (Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2020. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_405\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vicky Hernández y otras vs. Honduras*: sentença de 26 de março de 2021 (Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2021. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_422\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_422_esp.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2023.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil*: Sentença de 15 de julho de 2020 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2020. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_407\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf). Acesso em: 28 fev. 2023.
- ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- FACHIN, M. G.; OLSEN, A. C. L. "Perspectiva de gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos". *Revista CNJ*, Brasília, v. 6, p. 95-108, 2022.
- FISS, O. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribución o reconocimiento Un debate político-filosófico*. Madrid, Ediciones Morata, S.L., 2006.
- GOMES, C. M. "Gênero como categoria de análise decolonial". *Civitas*, v. 18, n. 1, jan. -abr. 2018. p. 65-82.
- GOMES, J. C. A.; FABRIS, L. "Paradoxos do Direito à Igualdade: Discriminação, Diferença e Identidade sob uma Perspectiva Crítica". *Revista Direito Público*, v. 18, n. 97, Brasília 2021.
- HARRIS, A. P. "Raça e essencialismo na Teoria Feminista do Direito. Tradução de Camilla de Magalhães Gomes e Ísis Aparecida Conceição". *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, 2020, p. 38-65, 2020.
- HOGEMANN, E. R.; BOLDT, M. "A perspectiva da interseccionalidade na análise de casos de gênero no Sistema Interamericano de Direitos Humanos". *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 22, n. 3, p. 13-48, 2021.
- IRIARTE RIVAS, C. P. "La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 14, p. 55-76, 2018.
- KÖLLING, G. J.; SILVA, C. A. F.; ANDRADE, G. S. "Desigualdade estrutural e divisão sexual do trabalho: período transpandêmico e o incremento da insegurança alimentar". *Revista Direito Público*, v. 19, n. 104, p. 260-287, 2023.
- LEAL, M. C. H.; LIMA, S. S. *A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade: discriminação estrutural e sentenças estruturantes*. São Paulo, Tirant Lo Blanch, 2021.
- LIMA, J.; BUENO, M. P.; STAMILE, N. "Supremas Ministras: a inclusão de mulheres na composição do STF à luz da legitimidade das Cortes Constitucionais". *Revista Direito Público*, v. 18, n. 98, p. 225-263, 2021.
- MANEIRO, R. M. J.; PULCINELLI, E. "Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional". *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 4, n. 2, p. 193-219, 2017.
- OLSEN, A. C. L.; KOZICKI, K. "O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF". *Suprema: revista de estudos constitucionais*, v. 1, n. 1, p. 82-118, 2021.

- PEREIRA, N. M. F. de S. "O constitucionalismo feminista e a constituinte chilena: quando a prática não acompanha o discurso". En: SILVA, B. M. G.; CAVALCANTE, M. L. L. L. *Reflexos: as mulheres e suas imagens no sistema de justiça*. 1. ed. Associação Nacional dos Procuradores da República, p. 53-80, 2023.
- PUGA, M. G. "Litigio estructural". 2013. 328 p. *Tese (Doutorado em Direito)* - Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.
- RIOS, R. R.; SILVA, R. "Discriminação múltipla e discriminação interseccional: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação". *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 16, p. 11-37, 2015.
- ROA ROA, J. E. "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano". *Revista Derecho del Estado*, n. 49, p. 35-58, 2021.
- RONCONI, L. "Igualdad y derechos sociales: su efectivización através del litigio. Una primera aproximación". *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, v. 14, n. 2, p. 153-176, 2015.
- SAGÜES, María Sofía. Discriminación estructural, inclusión y litígios estratégicos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FLORES PANTOJA, Rogelio (Coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Colección Constitución y Derechos, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, p. 129-178, 2018.
- VARGAS, E. F. de; LEAL, M. C. H. "O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas". *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 22, n. 2, p. 85-114, 2022.
- VARGAS, E. F.; SILVA, F. F. C. "A intersecção de vulnerabilidades no caso 'empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil': uma análise das medidas implementadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao caso". NOGUEIRA, H.; ALVITES, E., SCHIER, P.; SARLET, I. W. (Orgs). *Anais da VIII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (2021)*. Volume I, Porto Alegre, Editora Fundação Fênix, p. 129-146, 2021.
- VITORELLI, E. "Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças". *Revista de Processo*, v. 284, p. 333-369, 2018.



© **Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinário (2024), pp. 172-190  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **Plataformização e modelo econômico dos contratos: novas perspectivas e releitura de paradigmas clássicos**

*Platformization and economic model of contracts: new perspectives and re-reading of classic paradigms*

**Maria das Graças Macena Dias de Oliveira**<sup>1</sup>

*Universidade de Marília - UNIMAR*

**Rui Miguel Zeferino Ferreira**<sup>2</sup>

*Instituto Superior de Entre Douro e Vouga - ISVOUGA*

**Bruno Bastos de Oliveira**<sup>3</sup>

*Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A expansão das plataformas digitais. 3. A hiperconexão da sociedade moderna e a expansão dos contratos celebrados através de plataformas digitais. 4. Plataformização dos contratos a partir de uma perspectiva sociológica e filosófica da sociedade líquido-moderna. 5. Repensando a teoria contratual clássica e analisando a ideia de modelo econômico do contrato. 6. Conclusão. 7. Referências.

**Resumo:** O presente artigo aborda a plataformização dos contratos, um fenômeno emergente que transforma o direito contratual e as práticas comerciais devido ao crescimento das plataformas digitais. O objetivo é analisar como essa transformação tem implicações legais, bem como as práticas comerciais e os desafios enfrentados pelos envolvidos. Utilizando o método dedutivo, o estudo revisa teorias clássicas e conceitos fundamentais do direito contratual, bem como aplica esses conceitos ao novo ambiente digital, através de estudos de caso e exemplos concretos. A justificativa está na necessidade de adaptar estruturas contratuais tradicionais às inovações tecnológicas. A conclusão destaca que a plataformização exige uma releitura dos paradigmas contratuais, oferecendo uma visão crítica sobre as adaptações e desafios enfrentados no direito contratual digital.

**Palavras-chave:** Contratos. Paradigmas. Tecnologia. Plataformas digitais.

---

<sup>1</sup> Professora do Curso de Direito da Universidade de Marília (UNIMAR). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR).

<sup>2</sup> Professor Adjunto do Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA). Professor Auxiliar na Universidade Portucalense – Infante D. Henrique. Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela.

<sup>3</sup> Professor Assistente da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) - Campus de Franca - SP, vinculado ao Departamento de Direito Público. Doutor em Ciências Jurídicas – Direitos Humanos e Desenvolvimento – pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração Direito Econômico, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

**Abstract:** This article addresses the platformization of contracts, an emerging phenomenon that is transforming contract law and business practices due to the growth of digital platforms. The objective is to analyze how this transformation has legal implications, as well as business practices and the challenges faced by those involved. Using the deductive method, the study reviews classical theories and fundamental concepts of contract law, as well as applies these concepts to the new digital environment, through case studies and concrete examples. The justification is the need to adapt traditional contractual structures to technological innovations. The conclusion highlights that platformization requires a reinterpretation of contractual paradigms, offering a critical view of the adaptations and challenges faced in digital contract law.

**Keywords:** Contracts. Paradigms. Technology. Digital platforms.

## 1. Introdução

Nos últimos anos vem ocorrendo uma revolução sem precedentes no mundo dos negócios e no direito contratual. O advento das plataformas digitais transformou fundamentalmente a forma como as transações comerciais ocorrem, criando um fenômeno aqui denominado de plataformação dos contratos.

Assim, o objetivo do presente artigo é explorar essa transformação radical, analisando as implicações legais, as mudanças nas práticas comerciais e os desafios enfrentados pelas partes envolvidas, dentro da perspectiva de modelo econômico do contrato, com a necessária releitura de paradigmas contratuais clássicos.

A expansão das plataformas digitais desencadeou uma série de mutações tecnológicas que influenciaram profundamente o campo do direito contratual. Há medida que as empresas e os indivíduos recorrem cada vez mais a essas plataformas para celebrar acordos e realizar transações comerciais, surge a necessidade de adaptar as estruturas contratuais tradicionais a esse novo ambiente digital. Esta evolução tecnológica tem impactado não apenas a forma como os contratos são formados, mas também, como são executados e cumpridos.

Assim, busca-se examinar em detalhe a relação entre o direito contratual e a plataforma digital, investigando as complexidades legais e os desafios decorrentes dessa nova realidade. Ao mergulhar nas implicações jurídicas da plataformação dos Contratos é possível lançar luz sobre como o direito está a adaptar-se e a moldar a paisagem, em constante evolução das transações comerciais no mundo digital.

Para a elaboração deste artigo, foi utilizado o método dedutivo, partindo de premissas gerais sobre a transformação digital e a sua influência no direito contratual, para em seguida analisar as suas implicações específicas e práticas. Primeiramente, foram revisitados os conceitos fundamentais e as teorias clássicas do direito contratual, a fim de estabelecer uma base teórica sólida. Em seguida, a pesquisa avançou para a análise de como essas teorias se aplicam no contexto da plataformação dos contratos, utilizando-se estudos de caso e exemplos concretos, para ilustrar as mudanças ocorridas.

Essa abordagem dedutiva permitiu uma compreensão sistemática das novas dinâmicas contratuais em ambiente digital, ao deduzir como as inovações tecnológicas impactam os princípios e as práticas estabelecidas no direito contratual. A metodologia incluiu uma revisão bibliográfica abrangente, a análise das legislações pertinentes e a observação de tendências atuais no mercado digital. Dessa forma, foi possível alcançar uma análise crítica e aprofundada sobre as adaptações necessárias e os desafios enfrentados pelas partes envolvidas em transações comerciais, mediadas por plataformas digitais.

## 2. A expansão das plataformas digitais

Há medida que a sociedade moderna se torna cada vez mais interconectada e dependente das tecnologias digitais, o cenário dos contratos e acordos comerciais

passa por uma metamorfose radical. A hiperconexão da sociedade contemporânea desempenha um papel crucial na redefinição das fronteiras dos contratos. Há medida que os indivíduos e as empresas se tornam cada vez mais interligados, através das redes digitais, as oportunidades para celebrar acordos e negócios também se expandem exponencialmente.

Em face deste cenário, contratos antes restritos a espaços físicos e geográficos específicos, agora ampliam-se através das plataformas digitais, transcendendo fronteiras e criando desafios e oportunidades únicas. A transformação digital tem sido um catalisador fundamental para a evolução na forma como se lida com contratos e transações, sendo que a plataformização dos contratos, ou seja, a sua migração para ambientes digitais e sistemas interconectados, é uma extensão natural desse processo.

A sociedade tem testemunhado uma mudança significativa na forma como se realizam os negócios e os agentes económicos interagem, a partir do facto de que a transformação digital revolucionou os padrões tradicionais de comunicação, o comércio e a colaboração, criando uma cultura em que a rapidez, a eficiência e a acessibilidade são as prioridades. Nesse contexto, os contratos não poderiam ficar à margem desse movimento. No entanto, é importante considerar os desafios resiltantes das questões de segurança cibernética, da padronização e da regulação legal, para garantir a confiabilidade e a validade dos contratos digitais. Ainda assim, a tendência é que a plataformização dos contratos continue a expandir-se à medida que a sociedade avança em direção a uma era cada vez mais digital.

### **2.1 Conceito e espécies de plataformas digitais**

As plataformas digitais emergiram como protagonistas na era da tecnologia e da internet. No entanto, a amplitude do termo *plataforma digital* frequentemente leva a uma miríade de significados, usos, confusões e equívocos. O termo, por si só, abrange uma vasta gama de aplicações e serviços, que moldaram profundamente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos.

Entre os diversos avanços tecnológicos, nenhum é tão significativo quanto o desenvolvimento da Internet. Esse avanço deu origem a uma nova dimensão no mercado de consumo, conhecida como mercado de consumo virtual. Esse novo espaço possibilitou o surgimento de relações comerciais através dela, como o comércio eletrônico, que engloba diferentes fenômenos, como seja, a oferta de produtos pela Internet, os métodos de pagamento eletrônico, as novas estruturas de oferta de produtos e serviços através de plataformas digitais, bem como as estratégias mais precisas de reconhecimento dos interesses dos consumidores, especialmente por meio do tratamento de dados<sup>4</sup>.

Uma das principais confusões em torno das plataformas digitais é a sua definição exata, além do que, muitas vezes o termo é utilizado de forma intercambiável com outros conceitos, como aplicativos, *websites* ou sistemas de gerenciamento de conteúdo, criando ainda uma maior ambiguidade.

Ademais, é preciso reconhecer que é falsa a suposição de que todas as plataformas digitais têm o mesmo propósito. Na realidade, essas plataformas variam amplamente na sua funcionalidade e público-alvo. Algumas estão direcionadas para a comunicação e o compartilhamento de informações, enquanto outras são criadas para facilitar a concretização de transações comerciais ou oferecer serviços específicos, como streaming de vídeo ou música. Para entender plenamente o significado de plataforma digital é essencial reconhecer a diversidade das suas aplicações e a evolução constante deste conceito. Há medida que a tecnologia continua a avançar rapidamente, novas formas de plataformas digitais surgem, expandindo ainda mais o escopo desse termo.

---

<sup>4</sup> MIRAGEM, B. "Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 125, ano 28, São Paulo: Ed. RT (set.-out./2019), p. 17-62.

Evans e Schmalensee<sup>5</sup>, destacam que as plataformas digitais possuem uma característica fundamental: elas englobam dois ou mais grupos de clientes que dependem mutuamente um do outro para tirar proveito da plataforma. No entanto, esses grupos muitas vezes não conseguem estabelecer essa conexão por si mesmos. É aí que entra o papel crucial de um terceiro, que atua como um facilitador, ao promover e possibilitar a interação entre esses grupos de clientes. Essa intermediação é fundamental para o funcionamento eficaz das plataformas digitais, uma vez que permite que diferentes partes se beneficiem mutuamente por meio da plataforma, criando assim um ecossistema de valor compartilhado.

A ideia de plataforma vai além do âmbito digital e tem raízes profundas em modelos de organização empresarial mais amplos. Embora o termo plataforma digital seja frequentemente associado à tecnologia e à internet, a sua essência remonta a uma abordagem de negócios que tem sido utilizada ao longo da história, mas que recentemente ganhou destaque como um modelo de negócio altamente influente. Um exemplo clássico de plataforma não digital é uma bolsa de valores, onde a bolsa atua como intermediária, para que compradores e vendedores de ações interajam.

Trata-se, pois, de um ambiente onde os comerciantes contam com o suporte de espaço, tempo, organização e estrutura para conduzirem as suas atividades comerciais. O paradigma mais abrangente deste conceito é representado pelos shopping centers. Nesse contexto, o administrador do shopping aluga as lojas e é responsável por manter toda a infraestrutura necessária, incluindo limpeza, segurança, energia, publicidade, estacionamento, acesso e organização, para que os comerciantes possam interagir com os potenciais clientes e assim realizar transações comerciais<sup>6</sup>. Portanto, a noção de plataforma como um modelo de negócio vai além do digital e representa uma evolução importante na forma como as empresas se organizam e fornecem valor em diversos setores. É um reflexo do poder da interconexão e da colaboração para impulsionar a inovação e o crescimento empresarial na presente era moderna.

As plataformas digitais "são estruturas digitais que possibilitam a interação entre dois ou mais grupos"<sup>7</sup>. O avanço da tecnologia da informação tem permitido que o modelo de comércio eletrônico, onde lojas competem separadamente através dos seus próprios sites, sejam gradualmente substituídos ou superados por plataformas centralizadas que abrangem todo o ecossistema.

O mundo empresarial está passando por uma profunda transformação à medida que os novos modos de acumulação econômica se estabelecem com o crescimento da chamada economia digital ou capitalismo de plataformas. Esse fenômeno é uma resposta direta às mudanças tecnológicas e à crescente conectividade global que caracteriza o século XXI.

A economia digital define um novo sistema sociopolítico e econômico, caracterizado por um espaço inteligente composto

---

<sup>5</sup> EVANS, D. S.; SCHMALENSSEE, R. *Matchmakers: The new economics of multisided platforms*, Cambridge: Harvard Business Review Press, 2016.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, M. C. S.; CARELLI, R. .L.; GRILLO, S. "Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho", *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, V. 11, N. 4, 2020, p. 2609-2634. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50080>. Acesso em: 08 set. 2023.

<sup>7</sup> SNIRCEK, N. *Platform Capitalism*, Cambridge: Polity Press, 2017, p. 25.

por informação, instrumentos de acesso e processamento de informação e capacidades de comunicação<sup>8</sup> (tradução nossa).<sup>9</sup>

A economia digital é caracterizada pelo uso extensivo e crítico das tecnologias digitais em todas as etapas do ciclo econômico. Isso inclui desde a concepção e desenvolvimento de produtos e serviços, até à distribuição, venda e fornecimento deles. Por outras palavras, a economia digital engloba todos os setores da economia que se apoiam em tecnologias digitais, para operar de forma eficiente e competitiva<sup>10</sup>.

Assim, economia digital é uma parte intrínseca da economia moderna, onde a tecnologia digital é central para a produção, distribuição e consumo de bens e serviços. A rápida evolução da tecnologia continua a moldar a forma como as empresas operam e competem, tornando-se a compreensão e a adaptação à economia digital essenciais para o sucesso nos negócios contemporâneos.

Uma das características marcantes desse novo paradigma é a concentração empresarial em torno das grandes plataformas, muitas das quais operam à escala global. Empresas como *Amazon*, *Google*, *Facebook* (agora *Meta*), *Alibaba* e outras, tornaram-se gigantes, dominando mercados inteiros, através do aproveitamento das redes digitais, que lhes permite conectar consumidores, fornecedores e parceiros de negócios numa escala sem precedentes. Essas plataformas não apenas oferecem produtos e serviços, mas também coletam dados valiosos sobre o comportamento do usuário, alimentando o seu crescimento contínuo.

Nota-se assim uma transformação notável nas próprias empresas tradicionais, à medida que procuram adaptar-se a esse novo cenário, através do esforço para se tornarem mais ágeis, por via da adoção de tecnologias digitais, reestruturando os seus modelos de negócios e explorando as oportunidades para se tornarem plataformas em si mesmas. Essa transformação visa não apenas manter a sua relevância no mercado, mas também para competir com as gigantes já estabelecidas. Em contrapartida, as grandes plataformas continuam a expandir-se para novos setores, diversificando os seus serviços e aumentando ainda mais a sua influência. Isso levanta questões importantes sobre a concorrência, a privacidade dos dados e o poder econômico das empresas tecnológicas.

A transformação das empresas em plataformas e das plataformas em grandes empresas é um processo em curso, que está redefinindo fundamentalmente a paisagem empresarial global. A interseção entre tecnologia, conectividade e inovação está a moldar o futuro da economia de uma forma profunda e complexa, com implicações significativas para a sociedade, a concorrência e o papel das empresas no mundo moderno.

## 2.2 As plataformas digitais no contexto da economia compartilhada

Invariavelmente, a expansão das plataformas digitais ganha especial destaque dentro da ideia do consumo colaborativo e da economia compartilhada. O consumo colaborativo é uma abordagem inovadora que visa otimizar os recursos, reduzir os

---

<sup>8</sup> OBRA, A. A.; MEÉNDEZ, A. P.; TARRÉS, C. S.; VERGÉS, J. V. "La economía digital y su impacto en la empresa: bases teóricas y situación en España", *Boletín Económico de ICE*, 2001 p. 7. Disponível em: [https://core.ac.uk/display/13270022?utm\\_source=pdf&utm\\_medium=banner&utm\\_campaign=pdf-decoration-v1](https://core.ac.uk/display/13270022?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1). Acesso em: 07 set. 2023,

<sup>9</sup> La economía digital define un nuevo sistema socio-político y económico, caracterizado por un espacio inteligente que se compone de información, instrumentos de acceso y procesamiento de la información y capacidades de comunicación.

<sup>10</sup> KLING, R.; LAMB, R. *IT and Organizational Change in Digital Economies: A Socio-Technical Approach*, paper apresentado na Conference Understanding the Digital Economy: Data, Tools and Research, 1999, Department of Commerce, Washington, DC. Disponível em: <http://sistemas-humano-computacionais.wdfiles.com/local--files/capitulo:redes-socio-tecnicas/p17-kling.pdf>. Acesso em: 08 set. 2023.



desperdícios e a promover a sustentabilidade, ao compartilhar bens, serviços e recursos entre os indivíduos ou as comunidades. Este modelo baseia-se na ideia de que não é necessário possuir algo em permanência para usufruir dos seus benefícios.

A economia compartilhada é justamente uma das formas de implementar o consumo colaborativo, na qual as empresas utilizam modelos de negócios que promovem o compartilhamento, como o aluguer de roupas, de bicicletas ou até mesmo a economia de assinatura, onde as pessoas pagam pelo acesso a um serviço em vez de possuir o produto.

O potencial do consumo colaborativo vai além da economia do dinheiro; ele promove a construção de comunidades mais conectadas, reduz o impacto ambiental ao minimizar o desperdício e, bem assim, estimula a inovação ao repensar a forma como utilizamos os recursos disponíveis. A prática do consumo colaborativo representa um mecanismo econômico e social que procura harmonizar as demandas individuais com as necessidades das comunidades e do nosso planeta<sup>11</sup>.

Botsman e Rogers<sup>12</sup> defendem que o consumo colaborativo se divide em três sistemas principais: o da economia baseada em serviços compartilhados, o do mercado redistributivo e o próprio estilo de vida colaborativo.

Trata-se de um sistema que se concentra na utilização compartilhada de recursos e serviços. Plataformas como *Airbnb* e *Uber* são exemplos conhecidos, onde as pessoas compartilham espaços ou serviços, transformando ativos subutilizados em oportunidades de negócio. Esta abordagem não apenas maximiza o uso de recursos existentes, mas também oferece novas fontes de rendimento para os provedores de serviços.

Enquanto mercado redistributivo, trata-se de um sistema que envolve a troca, doação ou venda de produtos entre pessoas. Plataformas como *Freecycle* ou *OLX* possibilitam que os utilizadores (usuários) doem ou vendam itens usados, reduzindo o desperdício e promovendo a reutilização de bens. Essa prática não apenas beneficia financeiramente os participantes, mas também reduz o impacto ambiental, ao prolongar o tempo de vida útil dos produtos.

Por fim, enquanto estilo de vida colaborativo, o sistema aborda a forma como as pessoas escolhem viver as suas vidas, privilegiando a colaboração sobre a posse individual. Comunidades *co-housing*, *co-living* e *co-working* são exemplos desse estilo de vida. Elas enfatizam o compartilhamento de espaços, recursos e habilidades, promovendo a interação social e a sustentabilidade.

Estes sistemas refletem uma mudança de paradigma, onde as pessoas estão cada vez mais dispostas a repensar a posse individual em favor do compartilhamento, promovendo a eficiência na utilização dos recursos e incentivando relações mais colaborativas na sociedade.

As plataformas digitais são o motor por detrás do crescimento e da viabilidade da economia compartilhada, desempenhando um papel crucial nesse sentido, uma vez que oferecem um ambiente acessível e fácil de utilizar, permitindo que os indivíduos e as empresas participem ativamente da economia compartilhada, contribuindo assim para atrair mais participantes, ampliando o alcance e o impacto dessa economia. Essa convergência entre tecnologia e economia compartilhada não só impulsiona o crescimento do mercado, mas também alimenta a expectativa de um futuro ainda mais promissor, onde novas ideias e modelos de negócios continuarão a surgir, transformando a forma como os recursos são compartilhados e como ocorre a interação econômica.

Palloma de Freitas Mendes Gaia afirma:

---

<sup>11</sup> BOTSMAN, R.; ROGERS, R. *O que é seu é meu*: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo, tradução de Rodrigo Sardenberg, Porto Alegre: Bookman, 2011, p. x-xx, 4-15, 35-53, 55-80, 175-186.

<sup>12</sup> BOTSMAN, R.; ROGERS, R. *O que é seu é meu*: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo, tradução de Rodrigo Sardenberg, Porto Alegre: Bookman, 2011, p. x-xx, 4-15, 35-53, 55-80, 175-186.

Diante da simplificação das operações comerciais e celebração dos contratos, sejam eles P2P ou B2C, as plataformas digitais ganham o status de gatekeeper (guardião do acesso), ou seja, a plataforma acaba por desaparecer e atua de maneira invisível; mas que, por outro lado, faz-se presente no sistema de reputação e nas avaliações dos consumidores, o que sustenta e auxilia a confiança entre as partes contratantes, viabilizando que a economia compartilhada seja transparente entre seus usuários e que se estabeleça a possibilidade da negociação entre particulares<sup>13</sup>.

É preciso registrar um ponto sobre a complexidade dos contratos na economia compartilhada, especialmente a distinção entre os contratos *peer-to-peer* (P2P) e *business-to-consumer* (B2C), e como as plataformas digitais desempenham um papel central nessa dinâmica.

A definição clássica de P2P ensina-nos que tais contratos ocorrem quando os particulares realizam transações diretamente entre si, enquanto B2C refere-se a transações entre empresas e consumidores individuais. No entanto, essa distinção nem sempre é clara nas plataformas da economia compartilhada.

Quanto às plataformas como o OLX ou o Mercado Livre, elas são interessantes porque oferecem uma dualidade de contratos. Permitem que particulares vendam bens (P2P), mas também possibilitam que as empresas utilizem a plataforma para vender produtos aos consumidores (B2C). No cerne da questão está a maximização do uso dos bens para a prestação de um serviço, mesmo que sejam fornecidos por empresas. Se a ideia é permitir que múltiplos consumidores utilizem um mesmo bem, para otimizar seu aproveitamento, isso alinha-se com os princípios da economia compartilhada. Portanto, a essência da economia compartilhada não é unicamente definida pelo tipo de contrato celebrado (P2P ou B2C), mas sim pela maximização da utilização dos bens compartilhados, para atender às necessidades de diversos consumidores, mesmo que haja a participação de empresas nesse processo. É mais sobre a mentalidade do compartilhamento e eficiência na utilização dos recursos do que apenas sobre a natureza do contrato em si mesmo.

### **3. A hiperconexão da sociedade moderna e a expansão dos contratos celebrados através de plataformas digitais**

A sociedade moderna experimentou uma transformação radical nas últimas décadas, impulsionada pela rápida evolução das tecnologias da informação e da comunicação. Nesse cenário, a hiperconexão emergiu como um fenômeno marcante, moldando profundamente a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos, referindo-se à interconectividade extrema e à presença ubíqua da tecnologia digital na nossa vida cotidiana.

Como explica Byung-Chul Han:

Hoje, cada clique que damos e cada termo que pesquisamos ficam salvos. Cada passo na rede é observado e registrado. Nossa vida é completamente reproduzida na rede digital. Os nossos hábitos proporcionam uma representação muito mais exata de nosso caráter, e de nossa alma, talvez até mais precisa ou mais completa do que a imagem que fazemos de nós mesmos<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> GAIA, P. F. M. *Responsabilidade civil nas plataformas digitais: Análise no Âmbito do Consumidor na Esfera da Sharing Economy em modelo de comparação luso-brasileiro*, 2020, 115 f. Dissertação (Curso de Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas em Direito Civil), Universidade de Lisboa, 2020, p. 32.

<sup>14</sup> HAN, B. C. *Psicopolítica*, Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2018, p. 85.

Uma das manifestações mais visíveis da hiperconexão é a proliferação de dispositivos móveis, como smartphones e tablets, que mantêm-nos constantemente conectados à internet e aos outros. Redes sociais, aplicativos de mensagens instantâneas e plataformas de compartilhamento de conteúdo tornaram-se partes inseparáveis da nossa rotina. Enquanto isso, a internet das coisas (IoT) trouxe objetos do cotidiano, como eletrodomésticos e veículos, para o mundo digital, criando uma rede de dispositivos interconectados.

O conceito de Internet das Coisas (IoT) emerge da vasta gama de interações disponíveis entre as pessoas, facilitada pela troca e compartilhamento de informações através da conectividade entre as diversas plataformas e objetos. Este cenário, apresenta-nos oportunidades quase ilimitadas, para a inclusão do indivíduo numa sociedade cada vez mais interligada e versátil. Assim, a Internet das Coisas pode ser condensada na sua capacidade de recolher, analisar e responder por meio dos dados gerados por objetos e por máquinas que estão conectados à internet. Esse ecossistema interconectado não apenas recolhe informações, mas também as interpreta e, com base nessa interpretação, adota ações relevantes<sup>15</sup>.

Essa hiperconexão traz consigo uma série de desafios e oportunidades. Por um lado, a capacidade de acesso à informação instantânea e global trouxe enormes benefícios. Podemos aprender, trabalhar, fazer compras e até mesmo procurar tratamento médico *online*.

Assim, a hiperconexão também apresenta desafios significativos. Atualmente, a verdade ou a lógica dos acontecimentos já não são tão valorizadas como costumavam ser. Em vez disso, as pessoas estão cada vez mais preocupadas em simplesmente contribuir para a rede. Este fenômeno reflete a mudança na ênfase das interações digitais, onde a prioridade pode estar mais na participação ativa do que na análise crítica ou na validade dos factos<sup>16</sup>.

Para enfrentar os desafios da hiperconexão é fundamental adotar uma abordagem equilibrada. Isso envolve promover a alfabetização digital e a educação midiática, para que as pessoas possam utilizar a tecnologia de forma crítica e responsável. Também é necessário regulamentar o uso de dados pessoais e garantir a privacidade *online*, o que já vem sendo realizado através das mais recentes legislações, que procuraram tratar dessas questões. Além disso, é importante fomentar o uso da tecnologia para fins positivos, como a inovação, a colaboração e o ativismo.

Facto é, que a hiperconexão da sociedade moderna é uma realidade inegável, que traz consigo tanto oportunidades quanto desafios, sendo estes últimos refletidos no campo dos contratos civis, em especial aqueles pactuados dentro da lógica do consumo. Para aproveitar ao máximo os benefícios da tecnologia digital e minimizar os seus impactos negativos, é essencial que a sociedade, juntamente com os governos, as empresas e as instituições educacionais, trabalhem em conjunto para criar um ambiente digital seguro, inclusivo, responsável e, acima de tudo, racional. É exatamente por esta questão que, ao final desta pesquisa, se defenderá a tese de regulamentação específica, que possa dar mais segurança jurídica às relações consumeristas estabelecidas nessa realidade.

O avanço da tecnologia da informação e a capacidade para lidar com grandes volumes de dados, têm permitido que as empresas se adaptem às preferências e necessidades individuais dos clientes de maneira mais eficaz. Isso significa que, em razão da análise de dados e algoritmos avançados, as empresas podem oferecer

---

<sup>15</sup> GARCIA, M. C. L. G.; OLIVEIRA, B. B.; BIACHI, N. "A Internet das Coisas: um novo paradigma da comunicação", *Revista Cognitio Juris*, ano X, número 28, 2020. Disponível em: [www.cognitiojuris.com.br](http://www.cognitiojuris.com.br). Acesso em: 15 set. 2023.

<sup>16</sup> REZENDE, R. *Dramas compartilhados: as redes sociais como espaços de catarse e a política dos afetos*, in: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 35, 2012. Anais[...]. Fortaleza: Intercom, 2012. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2012/resumos/R7-2357-1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2023.

produtos e serviços sob medida, tornando a experiência do cliente mais relevante, porém bastante diferente do que acontece nos contratos pactuados tradicionalmente. A era da personalização, impulsionada pelos dados, está a redefinir a forma como empresas e consumidores interagem e fazem negócios.

#### **4. Plataformização dos contratos a partir de uma perspectiva sociológica e filosófica da sociedade líquido-moderna**

As plataformas atuais são fundamentadas nas últimas inovações tecnológicas, as quais se destacam por criar ambientes virtuais nos quais as empresas podem fortalecer a sua identidade de marca. Esses ambientes podem existir independentemente do próprio site da empresa, proporcionando aos utilizadores uma maior portabilidade.

Os aplicativos móveis, conhecidos como *apps*, representam exemplos notáveis de tais plataformas, as quais tendem a atrair uma atenção significativa e a conquistar o sucesso junto do público. Dentro do mundo dos *apps*, há uma vasta gama de possibilidades disponíveis, abrangendo tanto os aplicativos de redes sociais que se baseiam na partilha de fotografias, como os modelos de serviço que conectam prestadores de serviços e consumidores com apenas um simples clique. Através destas aplicações, as empresas podem alcançar uma audiência mais ampla e interagir de forma mais direta e eficaz com os seus clientes, proporcionando experiências personalizadas e convenientes. Esse dinamismo no cenário das plataformas digitais reforça a importância das inovações tecnológicas na forma como as empresas se relacionam com seu público-alvo e prestam serviços<sup>17</sup>.

É importante, neste momento, entender que os contratos de consumo migraram, em grande volume para as plataformas digitais, num fenómeno aqui denominado de *plataformização dos contratos de consumo*, estando, pois, reconfigurada a relação de consumo classicamente entendida. Trata-se de uma nova realidade, com novos desafios a serem enfrentados.

O advento de uma sociedade moldada pela fluidez moderna, alimentada pelos avanços da pós-modernidade e atingindo o estágio da hipermodernidade num mundo cada vez mais globalizado, tem resultado num consumo voraz. A ascensão da sociedade conectada trouxe benefícios notáveis, como a melhoria da conectividade e do acesso à informação, mas também desencadeou transformações sociais, que desafiam os valores tradicionais, as quais precisam de ser enfrentadas nas perspectivas sociológicas e filosóficas. Defende-se aqui a ideia de que o fenómeno da plataformização dos contratos de consumo está inserido dentro do contexto da sociedade líquida-moderna, conforme tratado por Zygmunt Bauman<sup>18</sup>, na sua obra *Modernidade Líquida*. É, pois, crucial analisar a distinção fundamental que ele estabelece entre o sólido e o líquido. De acordo com Bauman, o que é sólido na sociedade é representado pelos elementos que possuem estabilidade, coesão e resistência à separação dos átomos, mantendo a sua forma ao longo do tempo<sup>19</sup>.

Nesse contexto, a modernidade sólida era caracterizada por instituições e estruturas sociais que eram rígidas, duradouras e previsíveis. As relações humanas, assim como as instituições políticas e económicas, eram estáveis e tinham uma certa solidez. As pessoas podiam confiar em padrões predefinidos de comportamento e planejar as suas vidas com base em expectativas estáveis. No entanto, Bauman argumenta que a modernidade passou por uma transformação radical, evoluindo para o que ele chama de modernidade líquida. Nesse novo paradigma, as estruturas

---

<sup>17</sup> ARAÚJO, V. C.; SANTOS, G. S. "Hiperconexão em xeque: "o paradoxo do laço digital a partir do documentário: O dilema das redes", *Revista Bras. Inic. Cient. Com.Social*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 142-161, jul./set. 2023. Disponível em: <https://revistas.intercom.org.br/index.php/iniciacom/article/view/4400/2947>. Acesso em: 15 set. 2023.

<sup>18</sup> BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

<sup>19</sup> BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 7.

sociais, políticas e econômicas tornaram-se mais fluidas, voláteis e efêmeras. Assim como a água, elas não mantêm uma forma definida por muito tempo e estão sujeitas a constantes mudanças.

Na sociedade líquida-moderna, as relações humanas tornaram-se mais instáveis e descartáveis, as instituições adaptam-se rapidamente às demandas do mercado e da tecnologia, com a incerteza a tornar-se a regra. As pessoas deixaram de poder confiar em padrões fixos de comportamento e, bem assim, precisam de aprender a adaptar-se a um ambiente em constante mutação.

Consequentemente, no presente artigo partimos do entendimento da distinção entre o sólido e o líquido de Bauman, compreendendo a análise crítica que o mesmo faz da modernidade contemporânea, onde se destaca as complexidades e os desafios que surgem numa sociedade caracterizada pela fluidez e pela falta de estabilidade. Na sociedade líquida-moderna, a falta de solidez é uma característica fundamental. Nada pode manter a sua forma ou estabilidade por muito tempo, porque a constante transformação é a regra. Bauman<sup>20</sup> destaca que mesmo as conquistas individuais não se podem solidificar em posses permanentes. Isso significa que, em uma sociedade caracterizada pela fluidez, as realizações pessoais e os ativos estão sempre em risco de se transformar em passivos.

Em uma sociedade líquida-moderna, as pessoas estão constantemente em processo de adaptação e mudança. O que é valioso hoje pode tornar-se obsoleto amanhã. Essa dinâmica afeta não apenas os bens materiais, mas também as relações contratuais, especialmente quando falamos em relações de consumo.

Um dos pontos a serem destacados é que a falta de estabilidade cria um sentimento de precariedade. As pessoas não podem confiar que as suas realizações ou ativos permanecerão seguros a longo prazo, o que pode gerar ansiedade e incerteza. Além disso, o ciclo de transformação é rápido, ou seja, o que é sólido hoje é rapidamente liquefeito, para dar lugar a algo novo. Essa mentalidade de descartar e substituir se estende aos produtos.

Essa fluidez atinge parâmetros significativos quando inseridos dentro da realidade de uma pós-modernidade ou mesmo da hipermodernidade. A modernidade, que se desenvolveu durante os séculos XVIII e XIX, foi um período marcado pelo otimismo no progresso, pela confiança na razão e na ciência, bem como pela crença no poder da tecnologia e da industrialização para a melhoria da condição humana. No entanto, ao longo do século XX, uma série de transformações sociais, culturais e filosóficas começaram a minar os fundamentos da modernidade, levando ao surgimento do que agora chamamos de pós-modernidade, caracterizada pela hiper-realidade e pelo consumismo, onde a fronteira entre o real e o simulado se torna tênue.

De acordo com Bauman<sup>21</sup>, a pós-modernidade pode ser compreendida como uma versão da modernidade que não se ilude consigo mesma (em contraste, a modernidade seria a pós-modernidade que nega o reconhecimento da sua própria verdade). Ele destaca que a característica mais marcante da pós-modernidade, que constitui tanto a sua força, quanto a sua fraqueza, é a sua desconfiança em relação a certezas e promessas não garantidas. A pós-modernidade recusa-se a congelar a trajetória da história por meio de profecias ou legislações antecipadas, preferindo permitir que a história siga seu curso<sup>22</sup>. Assim, é possível compreender que a transição da modernidade para a pós-modernidade é um fenômeno complexo que reflete as mudanças profundas na sociedade e na cultura ao longo do século XX. A pós-modernidade representa um desafio aos valores e às certezas da modernidade, promovendo uma abordagem mais pluralista e crítica em relação à sociedade contemporânea. A compreensão dessas transformações é fundamental para interpretar os desafios e as oportunidades que enfrentamos na era pós-moderna.

---

<sup>20</sup> BAUMAN, Z. *Vida líquida*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

<sup>21</sup> BAUMAN, Z. *Ética pós-moderna*, tradução de João Rezende Costa, São Paulo: Paulus, 1997.

<sup>22</sup> BAUMAN, Z. *Ética pós-moderna*, tradução de João Rezende Costa, São Paulo: Paulus, 1997.

Certamente, a pós-modernidade desempenhou um papel significativo no fomento e na ampliação das relações de consumo. A sociedade líquida-moderna é caracterizada por uma série de elementos que refletem o hiperconsumismo e a fluidez das relações sociais e culturais, promovendo a ideia de que o consumo é uma forma central de autorrealização e expressão de identidade. Os indivíduos passaram a ser incentivados a adquirir constantemente produtos e serviços, como uma forma de procurar a satisfação, felicidade e significado para as suas vidas. Isto levou ao aumento do hiperconsumismo, onde o consumo excessivo e desenfreado se tornou uma característica dominante da cultura. Assim, a pós-modernidade não apenas permitiu, mas também promoveu o hiperconsumismo e a cultura de consumo desenfreado. Isso teve profundos efeitos nas dinâmicas sociais, culturais e econômicas, moldando a forma como as pessoas vivem, se relacionam e se identificam na sociedade contemporânea.

Avançando nessa realidade, já se fala hoje num estágio de hipermodernidade. Segundo Lipovetsky<sup>23</sup>, a era da pós-modernidade já se dissipou, cedendo espaço à hipermodernidade. O conceito de pós-modernidade parece agora desatualizado, envelhecido pela rapidez com que essas transformações se desenrolam, tornando-se incapaz de capturar a complexidade do mundo que se apresenta diante de nós.

Essa transição para a hipermodernidade convida-nos a uma reflexão mais profunda sobre a natureza dessas mudanças sociais e culturais. A globalização liberal está remodelando as dinâmicas econômicas e políticas numa escala global, levando a novas interconexões e desafios que requerem respostas inovadoras. Estamos diante de um momento de intensa transformação, onde as antigas categorias de pensamento se mostram inadequadas. É um convite para que repensemos as nossas concepções sobre identidade, sociedade, política e ética à luz dessas mudanças radicais. Nesse contexto, o pensamento crítico e a adaptação são cruciais para compreender e enfrentar os desafios que a hipermodernidade nos apresenta, inclusive, e especialmente, no que tange às relações contratuais.

É preciso ainda entender que a sociedade líquido-moderna se insere numa perspectiva de globalização mundial. A globalização representa a convergência intrincada de forças econômicas e tecnológicas que, num circuito retroativo, reforçam mutuamente a sua influência sobre os destinos da humanidade. Ela não apenas impulsiona a disseminação das práticas capitalistas numa escala global, mas também cria as condições para uma aldeia global, onde a informação e a comunicação fluem instantaneamente, transcendendo as barreiras geográficas e culturais.

Dessa forma, podemos entender a globalização não apenas como um fenômeno econômico, mas também, como uma transformação profunda que abrange todos os aspectos da sociedade, desde a economia e a política até à cultura e às relações interpessoais. Ela cria desafios e oportunidades únicas para a humanidade, exigindo uma abordagem interdisciplinar para compreender as suas complexidades e impactos.

A globalização é assim um processo complexo, que envolve a interconexão de economias, culturas e sociedades em todo o mundo. Ela é impulsionada, em grande parte, pelos avanços tecnológicos, que encurtam as distâncias físicas e que permitem a rápida circulação de informações, bens e pessoas. Neste contexto, é crucial restaurar o equilíbrio neste mundo, o qual se encontra em constante processo de globalização, a fim de evitar a ocorrência de atrocidades adicionais, como o aumento desenfreado das disparidades sociais, resultantes do crescimento econômico desprovido da devida atenção ao desenvolvimento social.

---

<sup>23</sup> LIPOVETSKY, G. *Os tempos hipermodernos*, tradução de Mário Vilela, São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

## 5. Repensando a teoria contratual clássica e analisando a ideia de modelo econômico do contrato

Os contratos são, essencialmente, um instituto tipicamente pertencente ao campo do Direito Civil, embora também encontrem aplicação em diversas outras áreas do direito, como o Direito Administrativo e o Direito do Trabalho, entre outros. É fundamental compreender que o contrato é um instituto jurídico de profunda relevância histórica, que evoluiu e se adaptou ao longo do tempo, em resposta às mudanças nas realidades sociais e econômicas. A história dos contratos é uma narrativa de como as sociedades humanas enfrentaram questões relacionadas com o compromisso, à troca de bens e serviços e à garantia da execução desses acordos.

Desde as antigas civilizações até aos dias de hoje, os contratos continuam a desempenhar um papel fundamental nas interações humanas. No entanto, a sua natureza e complexidade ampliaram-se consideravelmente, o que se deve, em parte, às inovações tecnológicas, que deram origem a novas formas de contratação, como os contratos eletrônicos e os contratos inteligentes baseados em *blockchain*.

Quando abordado o tema dos contratos, é inevitável conectá-lo com o conceito do direito das obrigações. Isso ocorre porque, na sua essência, um contrato nada mais é do que um acordo de vontades, que busca harmonizar interesses, muitas vezes conflitantes, resultando na criação de uma relação jurídica entre as partes envolvidas. Essa relação é caracterizada principalmente pela natureza obrigacional. Quando as partes celebram um contrato, as mesmas estabelecem um conjunto de direitos e deveres, que devem ser cumpridos por ambas as partes. Esses direitos e deveres são as obrigações contratuais. Portanto, essa estrutura obrigacional do contrato é a base do direito das obrigações.

O direito das obrigações lida com as diversas facetas das obrigações contratuais, incluindo a criação, execução, inadimplência e rescisão dessas obrigações. Ele fornece um conjunto de regras e princípios que orientam as partes envolvidas em contratos, estabelecendo as expectativas e as responsabilidades de cada uma delas.

É esse direito que permite que a sociedade funcione de maneira organizada e justa no âmbito das relações contratuais. Ele oferece segurança jurídica e um sistema de soluções legais para lidar com as disputas contratuais, garantindo que os contratos sejam respeitados e que as partes cumpram com as suas obrigações.

Roberto de Ruggiero traz o conceito clássico acerca das obrigações, nos seguintes termos:

Obrigação, na sua mais larga acessão, é uma palavra que exprime qualquer espécie de vínculo ou de sujeição da pessoa, qualquer que seja a sua fonte ou o seu conteúdo, nela se podendo englobar por um lado qualquer obrigação que seja ditada pela moral, conveniência, honra, usos sociais, por outro lado qualquer obrigação imposta pelas normas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado. A palavra é aqui empregada para designar apenas as da última espécie e não todas elas, mas somente as que nascem de relações entre pessoas, têm um conteúdo patrimonial e implicam para uma pessoa o dever de fazer a outra uma prestação e, para essa segunda pessoa, a faculdade de a exigir da primeira<sup>24</sup>.

A ideia de mútuo consenso, que é mencionada, destaca a importância do acordo de vontades na formação de um contrato. Ou seja, para que um contrato seja válido, as partes envolvidas devem concordar de maneira mútua e voluntária com os termos do contrato. Isso ressalta a ideia fundamental de que os contratos são baseados no consentimento das partes. Essa visão romana do contrato como um acordo mútuo e

---

<sup>24</sup> RUGGIERO, R. *Instituições de Direito Civil*, Vol III, trad. Ary dos Santos, São Paulo: Saraiva, 1973, p. 7.

consensual influenciou significativamente o desenvolvimento do conceito de contrato ao longo da história e está profundamente enraizada no Direito Civil contemporâneo, incluindo o Direito Civil brasileiro.

Orlando Gomes<sup>25</sup> sintetiza afirmando que contrato nada mais é do que um “negócio bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que a regulam”.

A ascensão do Estado liberal e a consolidação histórica do liberalismo econômico tiveram um impacto profundo na ideia de liberdade contratual, e esse impacto foi particularmente evidente após a Revolução Francesa e seus princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. O Estado liberal, que começou a ganhar destaque nos séculos XVIII e XIX, defendia a ideia de um governo limitado, que deveria interferir o mínimo possível nos assuntos econômicos e na liberdade individual. Nesse contexto, a liberdade contratual tornou-se uma pedra angular do pensamento jurídico e econômico. Os indivíduos passaram a ser vistos como agentes racionais e autônomos, capazes de celebrar acordos contratuais de livre e espontânea vontade, sem intervenção excessiva do Estado.

A ênfase na liberdade contratual influenciou o desenvolvimento das leis e das instituições jurídicas em muitos países, incluindo a França e aqueles que adotaram princípios liberais semelhantes. As constituições e códigos civis que surgiram nesse período frequentemente protegiam a liberdade contratual como um direito fundamental.

No entanto, é importante notar que, ao longo do tempo, a ideia de liberdade contratual também gerou debates e críticas, especialmente no que diz respeito à proteção das partes mais vulneráveis nas negociações contratuais. Como resultado, muitos sistemas jurídicos encontraram um equilíbrio entre a preservação da liberdade contratual e a introdução de regulamentações para garantir a justiça e a equidade nas transações comerciais.

A teoria dos contratos, que enfatiza a autonomia da vontade e o princípio do *pacta sunt servanda*, foi firmemente consolidada num contexto marcado pela ascensão do Estado Liberal e pela centralidade dada ao indivíduo nas preocupações legais e econômicas. Isso é particularmente evidente nos diplomas legais influenciados por esse período histórico, que são frequentemente caracterizados pelo seu caráter egoísta e individualista, como é o caso do Código Civil brasileiro de 1916. Como resultado, muitos sistemas jurídicos, incluindo o brasileiro, passaram por reformas ao longo do século XX para equilibrar a liberdade contratual com a justiça e a equidade nas relações contratuais. O Código Civil brasileiro de 2002<sup>26</sup>, por exemplo, representou uma mudança significativa em relação ao Código de 1916<sup>27</sup>, incorporando princípios mais contemporâneos e adaptados às necessidades da sociedade contemporânea.

Facto é que os diplomas legais influenciados pelo período histórico do Estado Liberal são frequentemente caracterizados por uma abordagem egoísta e individualista, mas também é importante reconhecer a evolução do direito contratual ao longo do tempo, à medida que os sistemas jurídicos procuram equilibrar a autonomia contratual com preocupações mais amplas de justiça e equidade.

A teoria dos contratos, fundamentada na autonomia da vontade e no princípio do *pacta sunt servanda*, evoluiu e ganhou solidez a partir dos pilares do Estado Liberal, no qual o indivíduo desempenhava um papel central nas preocupações políticas e sociais. Isto permite-nos afirmar que as leis influenciadas por esse

---

<sup>25</sup> GOMES, O. *Contratos*, 26ª edição, atualizada de acordo como Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo de Crescenzo Marino, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

<sup>26</sup> BRASIL, *Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, Código Civil, institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.

<sup>27</sup> BRASIL, *Lei nº. 3.071, de 01 de janeiro de 1916*, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.



contexto histórico eram frequentemente caracterizadas por sua ênfase no egoísmo e no individualismo. Como já mencionado, o Código Civil brasileiro de 1916 refletia claramente os ideais liberais da época.

O Código Civil Francês de 1804, também conhecido como Code Napoléon, incorporou os princípios fundamentais da liberdade, igualdade e solidariedade na sua estrutura jurídica. Esses princípios não apenas influenciaram profundamente o direito contratual na França, mas também serviram como um referencial teórico essencial para o desenvolvimento da modernidade contratual em todo o continente europeu. O Code Napoléon, elaborado sob a liderança de Napoleão Bonaparte, representou uma quebra significativa com as antigas estruturas jurídicas, baseadas em privilégios hereditários e desigualdades de classe. O mesmo estabeleceu um sistema legal que garantia a igualdade perante a lei e a liberdade contratual, permitindo que os indivíduos celebrassem contratos de acordo com sua vontade, desde que não violassem a lei. Além disso, o Código reconheceu a importância da solidariedade social ao estabelecer regras que protegiam os mais fracos nas relações contratuais.

A perspectiva do modelo liberal de contrato, conforme destacado por Luciano Timm<sup>28</sup>, representa uma mudança paradigmática significativa em relação ao passado. No contexto do contrato, essa mudança implicou quebrar com a visão anterior, na qual havia limitações externas impostas sobre as relações contratuais, passando a construir tudo a partir do indivíduo. Essa nova perspectiva é essencialmente individualista, colocando o indivíduo no centro do processo contratual. Ela enfatiza a liberdade e a autonomia da vontade humana, permitindo que as partes envolvidas num contrato determinem seus próprios termos e condições, de acordo com as suas necessidades e interesses particulares.

Nesse cenário, a vontade humana desempenha um papel central na formação e na execução dos contratos. As partes têm a liberdade de negociar e estabelecer acordos de harmonia com as suas próprias escolhas, desde que não violem a lei. Isso resulta em contratos que são, na sua essência, uma expressão da vontade das partes contratantes. No entanto, essa abordagem também tinha as suas críticas. Ela era frequentemente vista como favorecendo os interesses individuais em detrimento do bem-estar coletivo. Isso levava a acordos contratuais que poderiam ser desiguais e exploratórios, resultando em desigualdades sociais e econômicas.

Com o tempo, a evolução do pensamento jurídico e social levou a mudanças significativas na teoria dos contratos, incorporando elementos de equidade, proteção dos mais vulneráveis e a noção de que os contratos não devem ser utilizados para promover a exploração ou a injustiça. Essa evolução reflete uma mudança de paradigma em direção a um equilíbrio mais saudável entre a liberdade contratual e a justiça social nas sociedades contemporâneas.

A transformação do atual Código Civil de 2002 em direção à valorização da socialidade, da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento da sua condição como lei básica, traz consigo implicações significativas para a redefinição dos princípios da liberdade contratual e da força obrigatória dos contratos. Isto ocorre porque a vontade das partes contratantes, que anteriormente era vista como dogmática e intocável, até mesmo pelo julgador, agora cede espaço para a consideração da alteridade negocial e para o reconhecimento da primazia da pessoa humana. Dessa forma, a importância da vontade das partes num contrato é atenuada em prol de uma abordagem que valoriza mais a dignidade da pessoa humana e os interesses patrimoniais e existenciais das partes envolvidas.

Nesse novo contexto, a relação contratual passa a ser vista como uma situação jurídica complexa, que abrange tanto aspectos patrimoniais quanto existenciais. Essa abordagem reflete a ideia de que os contratos não são meros acordos de vontades, voltados apenas para os interesses econômicos, mas sim instrumentos que envolvem as pessoas num contexto mais amplo, no qual a cooperação entre as partes desempenha um papel central. Esta mensagem é claramente transmitida pela função

---

<sup>28</sup> TIMM, L. B. *Direito Contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

social do contrato, conforme estabelecido no artigo 421 do Código de 2002. Esse dispositivo legal enfatiza que os contratos devem ser interpretados de maneira a promover não apenas os interesses das partes contratantes, mas também os interesses da sociedade como um todo e a dignidade da pessoa humana. Além disso, a boa-fé objetiva, prevista nos artigos 113 e 422 do Código Civil de 2002, desempenha um papel importante nessa transformação, uma vez que exige que as partes atuem de maneira leal e cooperativa durante a negociação e execução dos contratos.

A evolução do Código atual em direção à socialidade e à valorização da pessoa humana representa uma mudança fundamental de paradigma na concepção dos contratos, tornando-os não apenas instrumentos de negócios, mas também meios para promover uma convivência mais justa e solidária na sociedade. Essa abordagem reconhece a complexidade das relações contratuais e a importância de equilibrar os interesses patrimoniais e existenciais das partes envolvidas.

O modelo contratual solidarista representa uma abordagem na qual o direito não se limita apenas a proteger a autonomia da vontade das partes contratantes, mas também busca promover valores sociais e coletivos, bem como a justiça distributiva. Nesse contexto, a interpretação e a aplicação dos institutos civis são orientadas por considerações que visam equilibrar os interesses das partes com o bem-estar da sociedade como um todo. O modelo contratual solidarista procura integrar considerações de justiça social e coletiva na formação e interpretação dos contratos, reconhecendo que o sentimento do que é justo e injusto é uma parte intrínseca da natureza humana, que deve ser levada em consideração na aplicação do Direito Civil. Luciano Timm afirma que "o 'welfarismo' contratual representa a transposição do modelo solidarista de sociedade e de Direito para o campo das relações contratuais"<sup>29</sup>.

A concepção de contrato e a ideia de relação contratual têm evoluído consideravelmente nos últimos tempos, especialmente devido à ascensão da sociedade industrializada. Há medida que a economia e a sociedade se tornaram mais complexas, as relações contratuais passaram a envolver uma gama mais ampla de interesses e questões, em muitas das quais têm implicações públicas significativas<sup>30</sup>. Esse novo modelo jurídico procura equilibrar a autonomia e a liberdade contratual das partes com a necessidade de regulamentação estatal para proteger interesses públicos e coletivos. Isto implica que o direito privado não pode mais ser visto de forma isolada, mas antes, deve ser entendido dentro de um contexto mais amplo que leve em consideração as dimensões públicas das relações contratuais.

No contexto brasileiro, o processo de incorporação da Constituição no Direito Civil tem progredido gradualmente, tendo sido amplamente aceite tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, especialmente a civilista. A doutrina civilista, em grande parte, desempenhou um papel significativo na promoção dessa integração inevitável. Embora ainda existam algumas objeções de diferentes naturezas, é evidente que as resistências, baseadas numa perspectiva mais tradicional do direito civil, diminuíram consideravelmente. Na atualidade é difícil encontrar alguém que negue abertamente a influência da Constituição sobre o direito privado. A relação simbiótica com o Direito Constitucional fortalece ambos os ramos do Direito, sem diminuir a rica tradição da doutrina civilista<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> TIMM, L. B. *Direito Contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 121.

<sup>30</sup> GOMES, O. *Contratos*, 26ª edição, atualizada de acordo como Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo de Crescenzo Marino, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

<sup>31</sup> BARROSO, L. R. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)", *Revista de Direito Administrativo*, V. 240, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 11 set. 2023.

A perspectiva defendida por Gustavo Tepedino<sup>32</sup>, de que o texto constitucional tem a capacidade de intervir nas relações de direito privado por meio das normas constitucionais, incluindo aquelas de natureza principiológica, é uma visão importante no contexto atual, em que a presente pesquisa se insere. Essa abordagem enfatiza o papel das constituições, não apenas como limitadoras do poder estatal, mas também como orientadoras e influenciadoras da regulação das relações entre particulares. A pergunta que aqui se busca enfrentar é: quais são os contextos favoráveis para o surgimento de novos modelos de contratos?

A ascensão da pós-modernidade<sup>33</sup>, conforme já abordado nos tópicos anteriores, trouxe consigo uma profunda transformação da sociedade, caracterizada por uma crescente interconexão digital e uma influência cada vez maior da tecnologia nas nossas vidas cotidianas. Esse contexto de mudanças radicais vem provocando uma reflexão crítica sobre muitos dos princípios e valores tradicionais, resultando na quebra de paradigmas que prevaleciam há muito tempo.

A economia digital está dando origem a novos modelos de negócios, como a economia compartilhada e as plataformas de tecnologia, que desafiam as estruturas tradicionais de contratação. Por exemplo, os contratos inteligentes estão redefinindo a automação e a execução de acordos. Assim, pode-se afirmar que a pós-modernidade está desafiando os paradigmas tradicionais nas relações contratuais, à medida que a sociedade se adapta a uma nova realidade digital e conectada. Os contratos estão a tornar-se mais dinâmicos, abertos à personalização e, bem assim, estão a adaptar-se a um mundo em constante mudança. Essa evolução é um reflexo da transformação profunda e contínua da sociedade, em resposta à revolução tecnológica e à interconexão global.

Diante dessa realidade, surge o que Luciano Timm defende como modelo econômico do contrato. Acredita-se que, embora o legislador da década de 70 do século XX não se tenha inspirado nesse modelo teórico econômico de contrato, ao elaborar o projeto de lei, assim como não ocorreu com o modelo sistêmico que resultou no Código Civil de 2002, ele possa ser aplicado na interpretação do artigo 421 desse Código. Isto deve-se à ambiguidade semântica do texto legal, que permite a adaptação da Lei às mudanças contemporâneas, como a globalização econômica, e às necessidades que uma economia de mercado impõe às instituições jurídicas, visando o seu desenvolvimento<sup>34</sup>.

O que defendemos é que o fenômeno da plataformização dos contratos está inserido dentro deste contexto. A conceptualização do contrato, no ambiente pós-moderno, envolve a incorporação de uma visão abrangente que reconhece as várias facetas das transações contratuais, de modo a compreender a totalidade do cenário, superando diferenças, contradições e ambiguidades.

Em primeiro lugar, as relações contratuais tornaram-se mais dinâmicas, adaptando-se rapidamente às mudanças nas condições e necessidades das partes envolvidas. Os contratos são agora frequentemente revisados e atualizados ao longo do tempo, refletindo a natureza fluida das transações comerciais.

Em segundo lugar, ocorreu a desmaterialização do objeto do contrato. Com o avanço da tecnologia, muitos contratos agora envolvem bens e serviços digitais, tornando o objeto do contrato menos tangível e mais baseado em dados, informações e ativos intangíveis.

Em terceiro lugar, opera-se a valorização do equilíbrio informativo, ou seja, a transparência e o acesso à informação são cada vez mais valorizados nos contratos pós-modernos. As partes procuram equilibrar o poder de negociação por via do acesso a informações relevantes e precisas.

---

<sup>32</sup> TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

<sup>33</sup> Marcada pela transição de uma sociedade baseada em estruturas hierárquicas e instituições tradicionais para uma sociedade em rede, na qual as conexões, a informação instantânea e a descentralização de poder desempenham um papel fundamental.

<sup>34</sup> TIMM, L. B. *Direito Contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 177.

Em quarto lugar, os contratos são analisados a partir de um regime jurídico plural, ou seja, agora podem ser regidos por uma variedade de regimes jurídicos, incluindo o direito contratual tradicional, bem como regras específicas para setores diversos, como o comércio eletrônico, tecnologia e proteção de dados.

Em quinto lugar, com transações comerciais frequentemente cruzando as fronteiras, o direito contratual está cada vez mais sujeito a regulamentações e tratados internacionais, tornando-se parte de um sistema global mais amplo.

Por último, em sexto lugar, ocorre uma unificação interna da teoria contratual, onde ela procura integrar as abordagens tradicionais com novos conceitos, como plataformização e inteligência artificial, para criar um corpo coeso de conhecimento que reflita as complexidades das transações contratuais modernas.

Esta mudança de paradigma reflete uma compreensão mais holística das relações contratuais, reconhecendo que elas envolvem não apenas a liberdade das partes, mas também a confiança mútua e a justiça. Isto tem implicações para a interpretação dos contratos, a revisão de cláusulas abusivas, a consideração da boa-fé e da equidade nas relações contratuais e, bem assim, a aplicação de princípios que visam garantir que os contratos atendem às expectativas legítimas das partes.

## **6. Conclusão**

A evolução dos contratos ao longo da história reflete a adaptação contínua do Direito às necessidades e realidades sociais e econômicas emergentes. Desde os tempos antigos, passando pelo Direito Romano, até a contemporaneidade marcada pela revolução digital, os contratos têm desempenhado um papel crucial na regulação das relações humanas e comerciais. A transformação da teoria contratual, impulsionada pelo Estado Liberal e pelos seus ideais de liberdade e autonomia da vontade, deu lugar a uma abordagem mais equilibrada e inclusiva, que valoriza não apenas os interesses individuais, mas também o bem-estar coletivo.

O Código Civil Brasileiro de 2002, na sua incorporação de princípios, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva, exemplifica essa mudança paradigmática. Essa legislação reflete um compromisso com a dignidade da pessoa humana e a justiça social, evidenciando a necessidade de um equilíbrio entre a liberdade contratual e a proteção dos mais vulneráveis.

A ascensão da pós-modernidade e a era digital estão a desafiar ainda mais os paradigmas tradicionais das relações contratuais. A incorporação de novas formas de contrato, como os contratos inteligentes e as plataformas digitais, demonstra a adaptabilidade do direito contratual às novas realidades tecnológicas. Essas mudanças ressaltam a importância de uma visão abrangente e dinâmica dos contratos, que considere não apenas a autonomia das partes, mas também a transparência, o equilíbrio informativo e a regulação global. Portanto, o estudo dos contratos não é apenas um exame das práticas jurídicas estabelecidas, mas também uma reflexão sobre como o Direito pode evoluir para atender às demandas de uma sociedade em constante mudança. A teoria contratual, ao integrar os valores históricos e as inovações contemporâneas, continua a moldar e ser moldada pelas complexidades das interações humanas, destacando a importância de um Direito que se adapta e evolui em conjunto com a sociedade.

Com a chegada da era digital, a plataformização dos contratos emerge como um fenômeno significativo, que redefine as estruturas tradicionais das relações contratuais. A interconexão digital e a ascensão de novas tecnologias, como a blockchain e os contratos inteligentes, estão transformando a forma como os acordos são estabelecidos e executados. A plataformização não apenas facilita a automação e a execução eficiente dos contratos, mas também introduz novos paradigmas de transparência e acessibilidade. Os contratos digitais permitem a criação de acordos mais flexíveis e personalizados, adaptando-se rapidamente às mudanças nas condições e às necessidades das partes envolvidas.

Além disso, a plataformização dos contratos reflete a crescente valorização do equilíbrio informativo e da justiça nas transações comerciais. A capacidade de

monitorar e verificar o cumprimento dos termos contratuais em tempo real, através de plataformas digitais, promove a maior confiança e reduz o potencial de disputas. Essa transformação está alinhada com a evolução da teoria contratual para incorporar elementos de justiça social e equidade, como observado na adaptação do Código Civil Brasileiro de 2002. Assim, a plataformização representa um avanço significativo na integração da liberdade contratual com a necessidade de um sistema legal que responda às demandas e complexidades da sociedade moderna.

## 7. Referências

- ARAÚJO, V. C.; SANTOS, G. S. "Hiperconexão em xeque: o paradoxo do laço digital a partir do documentário O dilema das redes (2020)", *Revista Bras. Inic. Cient. Com.Social*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 142-161, jul./set. 2023. Disponível em: <https://revistas.intercom.org.br/index.php/iniciacom/article/view/4400/2947>. Acesso em: 15 set. 2023.
- BARROSO, L. R. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)", *Revista de Direito Administrativo*, V. 240, 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 11 set. 2023.
- BAUMAN, Z. *Ética pós-moderna*, tradução de João Rezende Costa, São Paulo: Paulus, 1997.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. tradução de Plínio Dentzien, Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BAUMAN, Z. *Vida líquida*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- BOTSMAN, R.; ROGERS, R. *O que é seu é meu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*, tradução de Rodrigo Sardenberg, Porto Alegre: Bookman, 2011, p. x-xx, 4-15, 35-53, 55-80, 175-186.
- BRASIL [Constituição (1988)], *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 mai. 2023.
- BRASIL, *Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*, Código Civil institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.
- BRASIL, *Lei nº. 3.071, de 01 de janeiro de 1916*, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, institui o Código Civil. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 17 ago. 2023.
- EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. *Matchmakers: The new economics of multisidedplatforms*, Cambridge: Harvard Business Review Press, 2016.
- GAIA, P. F. M. *Responsabilidade civil nas plataformas digitais: Análise no Âmbito do Consumidor na Esfera da Sharing Economy em modelo de comparação luso-brasileiro*, 2020, 115 f. Dissertação (Curso de Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas em Direito Civil), Universidade de Lisboa, 2020.
- GARCIA, M. C. L. G.; OLIVEIRA, B. B.; BIACHI, N. "A Internet das Coisas: um novo paradigma da comunicação", *Revista Cognitio Juris*, ano X, número 28, 2020. Disponível em: [www.cognitiojuris.com.br](http://www.cognitiojuris.com.br). Acesso em: 15 set. 2023.
- GOMES, O. *Contratos*, 26ª edição, atualizada de acordo como Código Civil de 2002, por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco de Paulo de Crescenzo Marino, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.
- HAN, B. C. *Psicopolítica*, Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2018.

- KLING, R.; LAMB, R. *IT and Organizational Change in Digital Economies: A Socio-Technical Approach*, Paper apresentado na Conference Understanding the Digital Economy: Data, Tools and Research, 1999, Department of Commerce, Washington, DC. Disponível em: <http://sistemas-humano-computacionais.wdfiles.com/local--files/capitulo:redes-socio-tecnicas/p17-kling.pdf>. Acesso em: 08 set. 2023.
- LIPOVETSKY, G. *Os tempos hipermodernos*, tradução de Mário Vilela, São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.
- MIRAGEM, B. "Novo paradigma tecnológico, mercado de consumo digital e o direito do consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 125, ano 28, p. 17-62, São Paulo: Ed. RT, set.-out./2019.
- OBRA, A. A.; MEÉNDEZ, A. P.; TARRÉS, C. S.; VERGÉS, J. V. "La economía digital y su impacto en la empresa: bases teóricas y situación en España", *Boletín Económico de ICE*, 2001. Disponível em: [https://core.ac.uk/display/13270022?utm\\_source=pdf&utm\\_medium=banner&utm\\_campaign=pdf-decoration-v1](https://core.ac.uk/display/13270022?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1). Acesso em: 07 set. 2023.
- OLIVA, M. D.; COUTINHO, L. L. C. L. "A prática abusiva do "preço por inbox" e a responsabilidade civil do fornecedor por precificação discriminatória", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 143/2022, p. 349 – 372, Set - Out / 2022.
- OLIVEIRA, M. C. S.; CARELLI, R. L.; GRILLO, S. "Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho", *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, V. 11, N. 4, 2020, p. 2609-2634. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50080>. Acesso em: 08 set. 2023.
- REZENDE, R. *Dramas compartilhados: as redes sociais como espaços de catarse e a política dos afetos*, in: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 35, 2012, Anais[...], Fortaleza: Intercom, 2012. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2012/resumos/R7-2357-1.pdf>. Acesso em: 15 set. 2023.
- RUGGIERO, R. *Instituições de Direito Civil*, Vol III, trad. Ary dos Santos, São Paulo: Saraiva, 1973.
- SNIRCEK, N. *Platform Capitalism*, Cambridge: Polity Press, 2017.
- TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- TIMM, L. B. *Direito Contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

[www.cadernosdedereitoactual.es](http://www.cadernosdedereitoactual.es)

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinário (2024), pp. 191-209  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe2386-5229

## **Notas e reflexões sobre o branqueamento de capitais e as medidas tendentes ao seu combate**

*Notes and reflections on Money laundering and measures to combat it*

**Marco Miguel Pereira Rodrigues<sup>1</sup>**

*Universidade Portucalense – Infante D. Henrique (Portugal)*

**Patrícia dos Anjos Oliveira Nogueira de Azevedo<sup>2</sup>**

*Escola Superior de Tecnologia e Gestão – Politécnico do Porto (Portugal)*

**Sumário:** 1. Introdução e enquadramento. 2. O crime de branqueamento de capitais: análise e algumas notas e reflexões. 3. O branqueamento de capitais em outras jurisdições. 4. O papel do Banco de Portugal (BdP) e de outras instituições, no âmbito da prevenção e combate ao branqueamento de capitais. 5. Conclusões. Referências Bibliográficas.

**Resumo:** No ordenamento jurídico-penal português, o branqueamento de capitais constitui crime, previsto e punido no art.º 368.º-A do Código Penal.

Trata-se do processo mediante o qual os autores de atividades criminosas encobrem a origem dos bens e rendimentos/vantagens obtidos ilicitamente, transformando a liquidez proveniente dessas atividades em capitais reutilizáveis legalmente, por intermédio da dissimulação da origem ou do verdadeiro proprietário dos fundos.

Ora, e independentemente do que, concretamente, cada ordenamento jurídico considere como crime de branqueamento de capitais, o objetivo fundamental da prática deste crime é o de ocultar a origem dos bens/produtos, ao passo que no financiamento do terrorismo a intenção do agente é a de ocultar a finalidade a que os bens/produtos se destinam.

A prática de branqueamento de capitais é suscetível de colocar em risco o regular

---

<sup>1</sup>Doutorando em Ciências Jurídicas (ramo: ciências jurídico-criminais) na Universidade Portucalense – Infante D. Henrique. Licenciado e Mestre em Solicitoria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto.

<sup>2</sup>Professora Adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Politécnico do Porto. Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

funcionamento dos alicerces das sociedades e, principalmente, as economias de mercado. Acresce que, no crime de branqueamento a origem dos proventos é sempre ilícita, ao passo que no crime de financiamento do terrorismo a origem dos proventos pode ser lícita. Neste nosso contributo, tivemos como mote uma análise jurídico-penal.

**Palavras-chave:** crime de branqueamento de capitais; combate ao branqueamento de capitais; prevenção do branqueamento de capitais; Banco de Portugal.

**Abstract:** In the Portuguese criminal legal system, Money laundering constitutes a crime, foreseen and punished in article 368-A of the Penal Code.

This is the process through which perpetrators of criminal activities conceal the origin of assets and income/advantages obtained illicitly, transforming the liquidity arising from these activities into legally reusable capital, by disguising the origin or true owner of the funds.

Now, regardless of what, specifically, each legal system considers as a crime of Money laundering, the fundamental objective of committing this crime is to hide the origin of the goods/products, while in terrorist financing the agent's intention is to hide the purpose for which the goods/products are intended.

The practice of Money laundering is likely to put at risk the regular functioning of the foundations of societies and, mainly, market economies. Furthermore, in the crime of Money laundering the origin of the procedes is always illicit, whilst in the crime of terrorist financing the origin of the procedes may be lawful. In our contribution, our theme was a criminal legal analysis.

**Keywords:** Money laundering crime; combating Money laundering; prevention of Money laundering; Bank of Portugal.

## 1. Introdução e enquadramento

O tema do branqueamento de capitais é complexo e muito vasto, sendo aplicáveis disposições legais com naturezas muito díspares, que vão desde o Direito da União Europeia até aos Avisos do Banco de Portugal, passando pelo Código Penal, bem como pelo principal diploma legal que disciplina a prevenção do branqueamento em Portugal, isto é, a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho<sup>3</sup>.

A este título, referindo-nos à estatística disponível para este tipo de crime, publicita a Direção-Geral da Política de Justiça que de 2012 a 2021 foram registados pelas autoridades policiais 295 crimes. Destes, foram constituídos 228 arguidos dos quais 108 foram condenados. Mediante o gráfico denota-nos que o ano de 2021 foi onde houve maior registo de crimes e condenações. A título de curiosidade também se assinala que, em média, a duração destes processos-crime (findos) é de 15 meses<sup>4</sup>.

A Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, veio estabelecer medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, transpondo para a ordem jurídica portuguesa as Diretivas n.ºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do

<sup>3</sup> Para maiores desenvolvimentos, designadamente sobre os principais deveres na prevenção do branqueamento de capitais, cfr. CÂMARA MACHADO, M. da, *Problemas, Paradoxos e Principais Deveres na Prevenção do Branqueamento de Capitais*, pp. 39-91, disponível online em:

[https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR\\_31\\_Miguel\\_da\\_Camara\\_Machado.pdf](https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_31_Miguel_da_Camara_Machado.pdf).

<sup>4</sup>Fonte Direção-Geral da Política de Justiça, disponível em: [https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Branqueamento\\_capitais.aspx](https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Branqueamento_capitais.aspx)



Conselho, de 26 de Outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das atividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo<sup>5</sup>.

Nas palavras de Nuno Brandão<sup>6</sup>, "*o branqueamento de capitais é como que o lado negro do processo de globalização, da liberalização das trocas internacionais e dos movimentos de capitais, da abertura dos mercados financeiros, da maciça informatização e do comércio eletrónico.*"

Neste seguimento, e de acordo com a doutrina de Ana Margarida Marques Mateus de Carvalho<sup>7</sup>, atendendo ao facto de que o branqueamento de capitais assume carácter internacional e ao facto de que não existem fronteiras capazes de restringir o branqueamento, urge fomentar a cooperação internacional, mediante a criação de mecanismos eficazes e capazes de prevenir, controlar e combater este fenómeno.

Acresce que, segundo a mesma autora<sup>8</sup>, é um problema a falta de harmonização das legislações internas de cada Estado, existindo diferentes sistemas penais, bem como problemas ao nível da cooperação internacional e ao nível da troca de informações entre Estados. Ora, e atendendo-se à necessidade de tentar harmonizar legislações internas, a comunidade internacional reagiu, através da criação de organismos especializados e da produção de instrumentos internacionais destinados a combater o branqueamento de capitais<sup>9</sup>.

Segundo a doutrina de Gonçalo Bandeira e Patrícia Anjos Azevedo<sup>10</sup>, "(...) o branqueamento, v.g. de capitais, consiste no acto de fazer com que os capitais, que têm a sua origem num ponto X, pareçam originários do ponto Y. Na prática, o que acontece é que os agentes criminosos tentam disfarçar a origem dos capitais obtidos (e/ou outras vantagens) de forma ilícita, para que pareça que resultam de actividades lícitas. Ora, o branqueamento v.g de capitais é a atividade pela qual se procura dissimular a origem criminosa de bens ou produtos, procurando dar-lhes uma aparência legal."

No ordenamento jurídico-penal português, o branqueamento de capitais constitui um crime previsto e punido no art.º 368.º-A do Código Penal, sancionado com pena de prisão até 12 anos, com a possibilidade de agravamento de um terço<sup>11</sup>.

Já o financiamento do terrorismo, que se encontra muitas vezes

---

<sup>5</sup> Sobre a legislação de base aplicável, veja-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa referente ao Processo n.º 3902/13.0JFLSB-K.L1-3, datado de 04/11/2015, cuja relatora é Adelina Barradas de Oliveira, encontrando-se o texto do Acórdão disponível online em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5f5dc7bb4768ec2280257f08003e67b2> .

<sup>6</sup> BRANDÃO, N., *Branqueamento De Capitais: O Sistema Comunitário De Prevenção*, Coimbra Editora, 2002, p. 16.

<sup>7</sup> Cfr. MARQUES MATEUS DE CARVALHO, A. M., *Branqueamento de Capitais*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2016, p. 7, disponível online em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22836/1/Branqueamento%20de%20Capitais-%20Ana%20Carvalho.pdf> .

<sup>8</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>9</sup> Neste mesmo sentido, cfr. MARQUES MATEUS DE CARVALHO, A. M., *Branqueamento de Capitais*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2016, p. 7, disponível online em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22836/1/Branqueamento%20de%20Capitais-%20Ana%20Carvalho.pdf> .

<sup>10</sup> SOPAS DE MELO BANDEIRA, G. e ANJOS AZEVEDO, P., "Infrações Tributárias – Fraude Fiscal -, Branqueamento/Lavagem de vantagens (capitais) e Financiamento do Terrorismo: Portugal e União Europeia", *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 29, n.º 1, pp. 276-289, maio-agosto de 2021, disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/7942/5819> (citação da página 280).

<sup>11</sup> Cfr. n.º 8 do art.º 368.º-A do Código Penal.

conexionado com o branqueamento de capitais, consiste no fornecimento ou na recolha de fundos, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, com a intenção de serem utilizados, ou sabendo que serão utilizados, total ou parcialmente, tendo em vista a prática de atos terroristas ou de qualquer outro ato destinado a causar a morte ou ferimentos corporais graves num civil ou em qualquer pessoa que não participe diretamente nas hostilidades numa situação de conflito armado, sempre que o objetivo desse ato, devido à sua natureza ou contexto, vise intimidar uma população ou obrigar um governo ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato<sup>12</sup>.

No ordenamento jurídico-penal português, em 2003 (isto é, no rescaldo aos ataques terroristas às Torres Gémeas, que ocorreram em 2001 e que mudaram para sempre o curso da história), e por intermédio do art.º 5.º-A da Lei nº 52/2003, de 22 de agosto<sup>13</sup> (com a redação introduzida pelo art.º 62.º da Lei nº 25/2008, de 25 de junho), passou a ser crime o financiamento do terrorismo.

Mais concretamente, e para o que aqui nos interessa, no contexto da Lei n.º 83/2017<sup>14</sup>, e para efeitos do cumprimento das normas nela previstas, o conceito de branqueamento de capitais abrange:

- (a) As condutas previstas e punidas pelo art.º 368.º-A do Código Penal;
- (b) A aquisição, a detenção ou a utilização de bens, com conhecimento, no momento da sua receção, de que os mesmos provêm de uma atividade criminosa ou da participação numa atividade dessa natureza;
- (c) A participação num dos atos a que se referem as alíneas anteriores, a associação para praticar o referido ato, a tentativa e a cumplicidade na sua prática, bem como o facto de facilitar a sua execução ou de aconselhar alguém a praticá-lo.

Conexionado com a penalização das condutas tendentes ao branqueamento como crime, temos também a questão das obrigações no tocante à prevenção. A este propósito, e suportando-nos nas palavras de Miguel da Câmara Machado<sup>15</sup>, "(...) *os destinatários das normas em matéria de deveres de prevenção são inúmeros e podem ir desde gigantes instituições de crédito até casinos, stands de automóveis, pequenos comerciantes ou advogados.*"

Contudo, e ainda segundo a doutrina do mesmo autor supracitado<sup>16</sup>, "(...) *na Alemanha, em França, em Itália ou em Portugal, a resposta que os ordenamentos jurídicos têm para a violação de regras de prevenção é uma coima – ou uma figura de natureza semelhante – consubstanciando as violações destes deveres contraordenações para o Direito português (da mesma família, ainda que em geral com coimas mais elevadas, das contraordenações rodoviárias, mais conhecidas de todos).*"

## **2. O crime de branqueamento de capitais: análise e algumas notas e reflexões**

De uma forma muito resumida, o branqueamento de capitais trata-se do

<sup>12</sup> A definição aqui apresentada consta na "Avaliação Nacional de Risco de Branqueamento de Capitais e de Financiamento do Terrorismo-Síntese" divulgada em 2015 pelo Ministério das Finanças e disponível em:

[https://www.cmvvm.pt/pt/CMVM/branqueamento/Documents/sintese\\_da\\_avaliacao\\_nacional\\_de\\_riscos\\_de\\_bc-ft.pdf](https://www.cmvvm.pt/pt/CMVM/branqueamento/Documents/sintese_da_avaliacao_nacional_de_riscos_de_bc-ft.pdf) .

<sup>13</sup> V.g., Lei de Combate ao Terrorismo.

<sup>14</sup> Que estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho.

<sup>15</sup> Cfr. CÂMARA MACHADO, M. da, *Problemas, Paradoxos e Principais Deveres na Prevenção do Branqueamento de Capitais*, p. 42, disponível online em:

[https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR\\_31\\_Miguel\\_da\\_Camara\\_Machado.pdf](https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_31_Miguel_da_Camara_Machado.pdf) .

<sup>16</sup> Cfr. *Idem*, p. 45.

processo mediante o qual os autores de atividades criminosas encobrem a origem dos bens e rendimentos/vantagens obtidos ilicitamente, transformando a liquidez proveniente dessas atividades em capitais reutilizáveis legalmente, por intermédio da dissimulação da origem ou do verdadeiro proprietário dos fundos.

A propósito do conceito, e a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, referente ao Processo n.º 109/19.7TELSB-G.P1, datado de 16/03/2022, e cujo relator é Paulo Costa<sup>17</sup>, refere, no seu sumário, o seguinte: "I - O crime de branqueamento de capitais consiste essencialmente na ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade de vantagens de crimes. Há nesta figura jurídico-penal uma relação umbilical, inextricável, obrigatória, entre a ação de ocultar ou dissimular a origem ou propriedade de determinados bens e a proveniência desses bens, pois devem forçosamente ser produto direto ou indireto de um crime anterior (...)."

A ideia principal do branqueamento é principalmente a de esconder dinheiro ou bens do Estado, seja para evitar o confisco, seja para evitar a tributação, ou até mesmo ambos<sup>18</sup>.

Nas palavras de Ana Lúcia Vicente<sup>19</sup>, mais concretamente "(...) sobre as origens do branqueamento, que alguns situam na China em 2000 a.C. e outros na Roma antiga, destacamos apenas o momento histórico mais popular que está associado a Alphonse Gabriel Capone, mais conhecido como "Al" Capone, o gangster italo-americano que terá utilizado as suas lavandarias como forma de justificar a proveniência dos proventos da prática de atividades criminosas; bem como ao seu contabilista Meyer Lansky, conhecido como o grande cérebro da máfia americana, que ganhou fama por lhe ser imputada a criação de vários esquemas que permitiram a grandes criminosos esconder o seu dinheiro em contas na Suíça e em bancos situados em territórios offshore."

Continua a mesma autora<sup>20</sup> referindo que: "É precisamente ao facto de "Al" Capone ter utilizado as suas lavandarias como fachada para inserir no circuito financeiro-legal os frutos das suas atividades criminosas que se associa o termo "Money laundering" (em rigor, lavagem de dinheiro), o que implica a existência de um processo que permite transformar dinheiro "sujo" em dinheiro "limpo"."

Neste seguimento, podemos ainda alertar para o facto de que o desenvolvimento da sociedade e a respetiva falta de valores morais e éticos, concomitantemente com a globalização da livre circulação de capitais, pessoas e bens, despoletou um aumento exponencial da criminalidade, bem como um aprimoramento dos modos de atuação dos criminosos, pelo que o crime de branqueamento de capitais se diversificou, isto é, deixou de ser típico das lavandarias, tendo-se repercutido por vários setores da economia<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup>Disponível online em:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/fd8171fda970446c802588300051476a?OpenDocument>.

<sup>18</sup>Neste sentido, cfr. RODRIGUES VICENTE, A. L., *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, p. 8, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf>.

<sup>19</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>20</sup> Cfr. RODRIGUES VICENTE, A. L. *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, p. 8, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf>.

<sup>21</sup>Neste sentido, cfr. SOUSA ZUZARTE DIAS, A. M. de, *Medidas Anti Branqueamento de Capitais no Setor Bancário*, Dissertação de Mestrado, ISCAL, Lisboa, fevereiro de 2021, disponível em:

<https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/13982/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20AnaDias>

Segundo a doutrina<sup>22</sup>, e no que toca ao branqueamento de capitais, podemos identificar diversos *modus operandi*, a saber: (i) *Modus Operandi* baseado no dinheiro. Este subdivide-se em diversas possibilidades: fracionamento; aquisição de bens de alto valor; mistura de fundos/confusão de proventos; correios de dinheiro; mulas de dinheiro; refinação; levantamento/desembolso de dinheiro; venda fraudulenta de imóveis; promoção de eventos; jogos de fortuna e azar; (ii) *Modus Operandi* no setor bancário formal. Este subdivide-se nas seguintes formas: dormant/walking accounts; contas de compensação; utilização de identidades de fachada e empresas falsas; mulas de dinheiro. Pode também basear-se em empréstimos (*loan back* ou, então, *back to back*); (iii) *Modus Operandi* baseado no sistema de remessas; (iv) *Modus Operandi* baseado nos sistemas informais; (v) *Modus Operandi* baseado no comércio; (vi) Outros *Modus Operandi*, tais como: *offshore* e paraísos fiscais; novos produtos e serviços de pagamento, tais como moedas virtuais.

O branqueamento de capitais trata-se de um processo dinâmico.

Neste seguimento, e de acordo com o modelo do Grupo de Ação Financeira Internacional (FATF/GAFI), existem três fases: colocação, circulação e integração<sup>23</sup>.

No âmbito da colocação (*placement*), os bens e rendimentos são colocados nos circuitos financeiros e não financeiros, por exemplo, mediante depósitos em instituições financeiras ou de investimentos em atividades lucrativas e bens de elevado valor.

No tocante à circulação (*layering*), os bens e rendimentos são objeto de múltiplas e repetidas operações (por exemplo, transferências de fundos), com o propósito de os distanciar da sua origem criminosa, eliminando-se assim qualquer vestígio sobre a sua proveniência e propriedade. Esta fase comporta uma elevada rotatividade do capital, o que permite um maior distanciamento da origem do capital e da nova titularidade do mesmo<sup>24</sup>.

Finalmente, no âmbito da integração (*integration*), os bens e rendimentos são reintroduzidos nos circuitos económicos legítimos, mediante a sua utilização, por exemplo, na aquisição de bens e serviços.

Todavia, estas três fases não são estanques.

Neste sentido, e conforme refere Vitalino Canas<sup>25</sup>, a colocação pode não existir quando, no crime precedente, o dinheiro já foi colocado na economia legal, sendo ainda que a fase da integração pode não se verificar no caso de os capitais serem investidos em atividades ilícitas.

De uma forma mais concreta, torna-se fulcral no âmbito deste nosso contributo também referir que, no ordenamento jurídico português, o branqueamento de capitais constitui um crime, previsto e punido no artigo 368.º-A do Código Penal.

.pdf .

<sup>22</sup> Cfr., por exemplo, o seguinte contributo: DOMINGUES SOARES, D., *Branqueamento de Capitais e Investigação Criminal* – Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, para obtenção do grau de Mestre em Contabilidade e Finanças, 2021, pp. 10 e ss, disponível online em:

[https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/18456/1/Daniel\\_Soares\\_MCF\\_2021.pdf](https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/18456/1/Daniel_Soares_MCF_2021.pdf) .

<sup>23</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre as três fases aqui em causa, veja-se, por exemplo, o seguinte contributo: PIRES, Paula, *A prevenção o branqueamento de capitais em Portugal: papel dos reguladores nacionais*, Dissertação de Mestrado, ISCAL, 2018, pp. 23 e ss, disponível online em:

<https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/9363/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.%20Mar2018.pdf> .

<sup>24</sup> Neste sentido, cfr. SOUSA ZUZARTE DIAS, A. M. de, *Medidas Anti Branqueamento de Capitais no Setor Bancário*, Dissertação de Mestrado, ISCAL, Lisboa, fevereiro de 2021, disponível em:

[https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/13982/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_AnaDias.pdf](https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/13982/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_AnaDias.pdf) .

<sup>25</sup> CANAS, V., *O Crime De Branqueamento: Regime De Prevenção E De Repressão*, Almedina, 2004, p. 22.

Note-se que a previsão e punição do crime de branqueamento no Código Penal só foi introduzida aquando da entrada em vigor da Lei n.º 11/2004, de 27 de março (v.g., lei do branqueamento), sendo que anteriormente a respetiva tipificação constava em legislação avulsa.

Refira-se também o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, referente ao Processo n.º 208/13.9TELSB.G.L1-5, datado de 06/06/2017, cujo relator é Ricardo Cardoso<sup>26</sup>, onde pode ler-se o seguinte: "*Portugal pune, no seu ordenamento interno ( artº 368º - A do Código Penal), o crime de branqueamento de capitais como um crime de acção autónomo "mesmo que as actividades que estão na origem dos bens a branquear se localizem no território de outro Estado-membro ou de um país terceiro," porque o princípio da autonomia do crime de branqueamento de capitais é imposto pelo artigo 9º nº 5 da Convenção do Conselho da Europa relativo a branqueamento de capitais, concluída em Varsóvia, em 16 de Maio de 2005, e vigente na nossa ordem jurídica interna, desde 1 de Agosto de 2010, no qual se afirma que deverá ser garantida a possibilidade de condenação por branqueamento, independentemente de condenação anterior ou simultânea pela prática de infracção subjacente."*

Atendendo ao facto de que o crime de branqueamento se trata de um crime cujo intuito é a ocultação da origem ilícita de bens e/ou produtos, com vista a reintegrá-los no circuito financeiro e legal, podemos afirmar que se trata de um crime contra a realização da justiça.

Aquí chegados, temos de verificar o bem jurídico tutelado pela incriminação, isto é, o interesse que a norma penal incriminadora visa proteger. A este propósito, e conforme refere Jorge de Figueiredo Dias<sup>27</sup>, "*(...) o Bem Jurídico é definido como a expressão de um interesse, da pessoa, ou da comunidade, na manutenção ou na integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso"*.

Em nossa opinião, o bem jurídico protegido pela incriminação destas condutas é a realização da justiça, na sua vertente da perseguição e do confisco pelos tribunais dos proventos da atividade criminosa<sup>28-29</sup>.

Nas palavras de Ana Margarida Marques Mateus de Carvalho<sup>30</sup>, "*(...) quando o branqueamento de capitais tinha por crimes subjacentes apenas os relacionados com o tráfico de drogas, muitos autores defendiam que a incriminação do branqueamento visava a tutela da saúde pública, isto é, do bem tutelado pela própria incriminação do consumo e tráfico de estupefacientes (...)"*

Segundo Ana Lúcia Vicente<sup>31</sup>: "*O cerne do crime de branqueamento prende-*

<sup>26</sup>Disponível online em:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2426087866527eed80258147003818ea?OpenDocument> .

<sup>27</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, Gestlegal, 2019, p. 308.

<sup>28</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª Edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2015, p. 1152.

<sup>29</sup> Sobre o bem jurídico protegido pela criminalização do branqueamento de capitais, veja-se, por exemplo, o seguinte contributo: QUATORZE CORREIA, C., *Da imputação do crime de branqueamento de capitais às pessoas jurídicas - uma análise dos nºs 2,4,6 e 7 do art.11º do Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano letivo 2012/2013, pp. 13 e ss, disponível online em:

<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34658/1/Da%20imputacao%20do%20crime%20de%20branquamento%20de%20capitais%20as%20pessoas%20uma%20analise%20dos%20Qns%202%2C4%2C6%20e%207%20do%20art.%2011%20do%20Codigo%20Penal.pdf> .

<sup>30</sup> Cfr. MARQUES MATEUS DE CARVALHO, A. M., *Branqueamento de Capitais*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2016, p. 17, disponível online em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22836/1/Branqueamento%20de%20Capitais-%20Ana%20Carvalho.pdf> .

<sup>31</sup> Cfr. RODRIGUES VICENTE, A. L., *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da*

se com as "vantagens" obtidas com a prática de um facto ilícito e típico, pois sem estas não chegaríamos ao branqueamento. Estas vantagens dizem respeito aos bens e/ou produtos provenientes da prática do crime precedente e abarcam não só vantagens patrimoniais, mas também os direitos e as coisas adquiridas com base nas vantagens diretamente resultantes do crime precedente, ou seja, os sucedâneos da coisa obtida."

Destaque-se que o legislador foi sensível ao alcance redutor do conceito "branqueamento de capitais", motivo pelo qual a epígrafe do artigo 368.º-A do Código Penal apenas refere "Branqueamento". Sem prescindir, a Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece as medidas de combate já se refere ao "branqueamento de capitais", o que nos leva a defender a adoção do conceito "dissimulação da proveniência ilícita de bens e produtos"<sup>32</sup>.

O crime de branqueamento é um crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, incluindo o autor ou participante<sup>33</sup>.

Ainda de referir que o crime de branqueamento se trata de um crime de perigo abstrato, porquanto as condutas típicas não lesam definitivamente e irreversivelmente o bem jurídico em causa, mas colocam em perigo a realização da justiça, designadamente a apreensão e perda das vantagens do crime<sup>34</sup>. A corroborar esta posição, tem também João Luz Soares<sup>35</sup> que refere o seguinte: "(...) o crime de branqueamento é (...) um crime de perigo abstracto em que se consideram as condutas que possam pôr em perigo a realização da justiça."

De acordo com o n.º 2 do artigo 368.º-A do Código Penal, o tipo objetivo do crime de branqueamento consiste nas ações de converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, bem como ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos. Ou seja, este crime pode ser perpetrado sob qualquer forma de participação, abrangendo as autorias material e moral, a coautoria e a cumplicidade<sup>36</sup>.

*Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, p. 11, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf>.

<sup>32</sup>Neste sentido, cfr. RODRIGUES VICENTE, A. L., *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, p. 9, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf>.

<sup>33</sup> Cfr. n.º 2 do art.º 368.º-A do Código Penal.

<sup>34</sup>Neste sentido, cfr. RODRIGUES VICENTE, A. L., *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, p. 10, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf>.

<sup>35</sup> Cfr. LUZ SOARES, J., "O estranho caso da nova lei de branqueamento capitais portuguesa", *Julgar Online*, julho de 2020, disponível online em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/07/20200713-JULGAR-O-estranho-caso-da-LBC-Portuguesa-Jo%C3%A3o-Luz-Soares.pdf>.

<sup>36</sup> Sobre o tipo objetivo do crime aqui em causa, veja-se, por exemplo, o seguinte contributo: QUATORZE CORREIA, C., *Da imputação do crime de branqueamento de capitais às pessoas jurídicas – uma análise dos nºs 2,4,6 e 7 do art.11º do Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano letivo 2012/2013, pp. 17 e ss, disponível online em:

<https://estudogeral.ucp.pt/bitstream/10316/34658/1/Da%20imputacao%20do%20crime%20de%20branqueamento%20de%20capitais%20as%20pessoas%20uma%20analise%20dos%20ns%202%204%206%20e%207%20do%20art.%2011%20do%20Codigo%20Penal.pdf>.

Segundo Ana Margarida Marques Mateus de Carvalho<sup>37</sup>, "(...) *analizando o tipo objectivo do crime em questão, deve chegar-se à conclusão de que estamos perante um crime "de conexão", de "segundo grau" ou de "aproveitamento", na medida em que este tem como pressuposto a prévia concretização de um determinado facto ilícito típico, definido pela lei, de onde sejam provenientes as vantagens e os proventos que o agente branqueador pretende dissimular.*"

Por seu turno, o n.º 3 do mesmo art.º 368.º-A do Código Penal determina que *"na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos."*

Relativamente aos crimes associados ao branqueamento, o artigo 368.º-A do Código Penal contém uma cláusula geral, isto é, *"todos os factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos"*; assim como um elenco de crimes (v.g., lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e no artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial).

No tocante à natureza do crime aqui em análise, podemos qualificá-lo como crime de mera atividade e de perigo.

Neste mesmo sentido, temos, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, referente ao Processo n.º 405/14.0TELSB.L1-3, datado de 30/10/2019 e cuja relatora é Cristina Almeida e Sousa<sup>38</sup>.

No sumário do aludido Acórdão pode, precisamente, ler-se o seguinte sobre a natureza do crime aqui em causa – e, ainda, sobre a questão do dolo, matéria que também trataremos já em seguida: *"O branqueamento de capitais é um crime de mera actividade e de perigo, cujo cometimento se verifica com a simples execução de um dos comportamentos típicos, independentemente do seu resultado. Objecto da acção típica são as vantagens patrimoniais resultantes de crime anteriormente cometido pelo próprio branqueador ou por outrem, desde que integrado no «catálogo». (...) Face à amplitude da configuração do crime de branqueamento de capitais no art. 368º A do Código Penal, deve entender-se que o processo trifásico - conversão; dissimulação e integração - de reciclagem dos bens ou vantagens patrimoniais resultantes de factos típicos e ilícitos das espécies previstas no seu nº 1 pode ser mais ou menos elaborado (...). O crime de branqueamento de capitais, tanto na modalidade tipificada no nº 2, como na modalidade prevista no nº 3 do art. 368º A do CP, é um crime de intenção que exige o dolo específico, traduzido no propósito, ou melhor, dois propósitos (os quais podem ser cumulativos ou alternativos), que acrescem à consciência e vontade relativa aos elementos objectivos do crime – o agente tem de actuar com o fim de dissimular a origem ilícita das vantagens em causa, ou com o fim de evitar que o autor ou participante das infracções subjacentes seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal."*

Como crime de mera atividade (e não de resultado), em função da estrutura do tipo e do objeto da ação, o branqueamento de capitais realiza-se integralmente mediante a mera execução de um determinado comportamento, não sendo necessária a realização de um certo resultado para a sua consumação<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. MARQUES MATEUS DE CARVALHO, A. M., *Branqueamento de Capitais*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2016, p. 21, disponível online em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22836/1/Branqueamento%20de%20Capitais-%20Ana%20Carvalho.pdf> .

<sup>38</sup> Disponível online em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e37df64286ce1936802584b7004c8fb6?OpenDocument> .

<sup>39</sup> Cfr. MARQUES MATEUS DE CARVALHO, A. M., *Branqueamento de Capitais*, Dissertação de

Destarte, na medida em que se tenha dificultado a prova da origem ilícita das vantagens, ter-se-á posto em perigo a pretensão estadual do confisco dos bens e da realização da justiça<sup>40</sup>.

Já no tocante às modalidades da ação, o branqueamento, enquanto crime de mera atividade (que se esgota na própria ação), não é suscetível de comissão por omissão, conforme resulta do art.º 10.º do Código Penal<sup>41</sup>.

Em relação ao grau de lesão do bem jurídico protegido pela incriminação, estamos perante um crime de perigo (e não de dano), uma vez que pode não existir lesão efetiva do bem, bastando a criação de perigo dessa lesão para o bem jurídico.

Convém ainda aludir ao facto de que o n.º 4 do art.º 368.º-A do Código Penal prevê que o preenchimento do tipo de crime de branqueamento não obriga a que o facto ilícito típico subjacente tenha sido praticado em território nacional, que se conheça o local da prática de tal facto ou ainda que se conheça a identidade dos seus autores.

No tocante ao n.º 5 do mesmo art.º 368.º-A do Código Penal, este determina que o facto não é punível sempre que o procedimento criminal concernente aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a mesma não tenha sido tempestivamente apresentada.

Passando-se para o tipo subjetivo<sup>42</sup>, podemos afirmar que o crime de branqueamento de capitais configura um tipo legal doloso, não bastando a mera negligência do agente para preencher o tipo subjetivo (cfr. art.º 13.º do Código Penal), uma vez que nenhuma forma de negligência se encontra especialmente prevista na lei relativamente ao crime de branqueamento. Aliás, note-se que em todos os números do art.º 368.º-A do Código Penal é exigido dolo por parte do agente branqueador.

Em particular sobre esta matéria, e segundo Ana Margarida Marques Mateus de Carvalho<sup>43</sup>, "(...) *questiona-se se relevam apenas o dolo directo e o necessário, ou se, pelo contrário, também o dolo eventual por parte do agente será relevante. Importa, neste caso, saber se são ou não puníveis as actuações de quem, tendo dúvidas sobre a real proveniência dos bens e representando como possível que estes tenham, de facto, origem num dos crimes subjacentes, decide agir, executando a conversão, transferência ou dissimulação, conformando-se com tal possibilidade, mas sem saber ao certo a real origem desses bens.*"

Também sobre a questão do dolo, podemos referir, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, referente ao Processo n.º 393/15.5JABRG.G1, datado de 28/09/2020, e cuja relatora é Cândida Martinho<sup>44</sup>.

Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2016, p. 28, disponível [online](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22836/1/Branqueamento%20de%20Capitais-%20Ana%20Carvalho.pdf) em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22836/1/Branqueamento%20de%20Capitais-%20Ana%20Carvalho.pdf> .

<sup>40</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>41</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>42</sup> Sobre o tipo subjetivo do crime aqui em causa, veja-se, por exemplo, o seguinte contributo: QUATORZE CORREIA, C., *Da imputação do crime de branqueamento de capitais às pessoas jurídicas – uma análise dos n.ºs 2,4,6 e 7 do art.11º do Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano letivo 2012/2013, pp. 20 e ss, disponível [online](https://estudogeral.ucp.pt/bitstream/10316/34658/1/Da%20imputacao%20do%20crime%20de%20branqueamento%20de%20capitais%20as%20pessoas%20uma%20analise%20dos%20ons%202%2C4%2C6%20e%207%20do%20art.%2011%20do%20Codigo%20Penal.pdf) em:

<https://estudogeral.ucp.pt/bitstream/10316/34658/1/Da%20imputacao%20do%20crime%20de%20branqueamento%20de%20capitais%20as%20pessoas%20uma%20analise%20dos%20ons%202%2C4%2C6%20e%207%20do%20art.%2011%20do%20Codigo%20Penal.pdf> .

<sup>43</sup> Cfr. MARQUES MATEUS DE CARVALHO, N. M., *Branqueamento de Capitais*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2016, p. 31, disponível [online](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22836/1/Branqueamento%20de%20Capitais-%20Ana%20Carvalho.pdf) em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22836/1/Branqueamento%20de%20Capitais-%20Ana%20Carvalho.pdf> .

<sup>44</sup> Disponível [online](http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/531c26e4d81905888025) em:

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/531c26e4d81905888025>



Assim, no sumário do aludido Acórdão pode ler-se o seguinte: "I) *Em todos os números do artigo 368º-A do Código Penal que pune o crime de branqueamento é exigido dolo por parte do agente branqueador.* II) *Porém, o nº2 destrepreceito legal faz menção a um elemento subjectivo específico que consiste em duas finalidades perseguidas pelo agente, finalidades que podem ser alternativas ou não.* III) *Assim, para que o agente pratique o crime de branqueamento é necessário que este tenha determinada intenção ou finalidade aquando da prática do crime, referindo-se uma à origem dos bens, e a outra à responsabilização de uma pessoa (...).* IV) *Para que se mostre preenchido o elemento subjectivo do ilícito em apreço é pois necessário, para além do mencionado dolo específico, que o agente saiba qual a origem dos bens e/ou rendimentos (elemento intelectual do dolo), que pratique alguma das condutas típicas ciente de que aqueles bens ou productos resultam da prática de algum dos crimes subjacentes. É ainda indispensável que queira (elemento volitivo), por si ou através de outra pessoa, praticar alguma ou algumas daquelas condutas (...).*"

Aqui chegados, dedicamos, agora, algumas palavras para referir a questão do combate ao financiamento do terrorismo, matéria diretamente relacionada com o tema do branqueamento de capitais, aqui em análise.

Ora, em articulação com o sancionamento e prevenção do branqueamento de capitais, foram também adotadas medidas legislativas que facilitam a deteção, a prevenção e a supressão do financiamento do terrorismo, reduzindo as possibilidades de acesso ao sistema financeiro internacional por parte dos autores de atos de terrorismo, de organizações e grupos terroristas e dos seus próprios financiadores.

Como exemplos de medidas aqui em causa, temos o congelamento e a perda de bens pertencentes a autores de atos de terrorismo e a quem apoie e financie grupos e organizações terroristas, bem como o dever de comunicação de transações suspeitas de terem algum tipo de conexão com o terrorismo e, ainda, o reforço dos deveres de prevenção do branqueamento de capitais (em especial, do dever de identificação).

De notar que o conceito de terrorismo não é unívoco na doutrina, pois pode encontrar-se contaminado por distorções ideológicas e por preferências políticas.<sup>45</sup>

Por exemplo, em Inglaterra, o *Terrorism Act 2000* define como terrorismo o "uso ou a ameaça de ações destinadas a influenciar o governo ou uma organização governamental internacional, ou para intimidar o público ou uma parte do público; levada a cabo com a finalidade de favorecer uma causa política, religiosa, racial ou ideológica; e envolve ou causa: - violência séria contra uma pessoa; - prejuízos graves à propriedade; - ameaça à vida; - um risco sério para a saúde e segurança públicas; - ou interferências graves ou interrupções num sistema eletrónico."<sup>46</sup>

Segundo a Resolução da Assembleia da República n.º 51/2002, e conforme disposto no art.º 2.º, n.ºs 1 e 3 da Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo de 1999<sup>47-48</sup>, da ONU, o financiamento do terrorismo

---

[85f9004c4e12?OpenDocument](#) .

<sup>45</sup>Neste mesmo sentido, veja-se RODRIGUES VICENTE, A. L., *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, p. 18, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf> .

<sup>46</sup> Cfr. NÓBREGA PIZARRO, S., *Manual De Compliance*, Nova Causa Edições Jurídicas, 2016, p. 110.

<sup>47</sup> Publicada no Diário da República n.º 159/2017, I Série de 18/8/2017. Este diploma estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei nº 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei nº 125/2008, de 21 de julho. Entretanto, surge a Lei nº 58/2020, de 31 de agosto, a qual transpõe a Diretiva (UE) 2018/843 do Parlamento Europeu

ocorre quando alguém, por quaisquer meios, direta ou indiretamente, ilegal e deliberadamente, forneça ou reúna fundos com a intenção de serem utilizados ou sabendo que serão utilizados, total ou parcialmente, tendo em vista a prática de um ato que constitua uma infração compreendida no âmbito de um dos tratados enumerados no seu anexo e tal como aí definida; ou de qualquer outro ato destinado a causar a morte ou ferimentos corporais graves num civil ou em qualquer pessoa que não participe diretamente nas hostilidades numa situação de conflito armado, sempre que o objetivo desse ato, devido à sua natureza ou contexto, vise intimidar uma população ou obrigar um governo ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato, bastando-se com a tentativa.

Segundo Ana Lúcia Vicente<sup>49</sup>, "(...) o financiamento do terrorismo é o fornecimento, recolha ou detenção (de forma direta ou indireta) de fundos ou bens de qualquer tipo, bem como de productos ou direitos suscetíveis de ser transformados em fundos, destinados a serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados (total ou parcialmente) no planeamento, na preparação ou para a prática de: crimes contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas; crimes contra a segurança dos transportes e das comunicações; crimes de produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioativas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos; atos que destruam ou que impossibilitem o funcionamento ou desviem dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população; investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas; crimes que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas; desde que pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam suscetíveis de afetar gravemente o estado ou a população que se visa intimidar."

No ordenamento jurídico português, a previsão e punição do financiamento do terrorismo como crime autónomo consta no artigo 5.º-A da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (v.g., lei de combate ao terrorismo).

Contrariamente ao que sucede no branqueamento de capitais (em que o objetivo fundamental do branqueador é o de ocultar a origem dos fundos), no financiamento do terrorismo o propósito é o de **ocultar a finalidade a que os fundos se destinam**, sendo que os montantes envolvidos poderão ser relativamente baixos ou mesmo de origem lícita, o que torna mais complicada a deteção das operações em causa.

O tipo subjetivo do crime de financiamento do terrorismo prende-se com a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar

---

e do Conselho, de 30 de Maio de 2018, que altera a Diretiva (UE) 2015/849 relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo e a Diretiva (UE) 2018/1673 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2018, relativa ao combate ao branqueamento de capitais através do direito penal, alterando diversas leis.

<sup>48</sup> Cfr. ONU, Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo de 1999, disponível em:

<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-internacional-para-eliminacao-do-financiamento-do-terrorismo-2> .

<sup>49</sup> Cfr. RODRIGUES VICENTE, A. L., *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, p. 19, disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf> .

ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, ou ainda prejudicar a integridade ou a independência de um Estado, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições desse Estado ou de uma organização pública internacional, forçar as respetivas autoridades a praticar um ato, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certos grupos de pessoas ou populações<sup>50</sup>

### 3. O branqueamento de capitais em outras jurisdições<sup>51</sup>

Começamos pela vizinha **Espanha**. Na lei espanhola, o crime de branqueamento de capitais encontra-se previsto e punido no Código Penal espanhol, mais concretamente no respetivo título XIII (cfr. Ley Orgánica n.º 10/1995, de 23 de novembro), sendo classificado como crime contra a propriedade e a ordem socioeconómica. Mais concretamente, a respetiva previsão e punição encontram-se plasmadas nos artigos 301.º a 304.º, sendo que o crime aqui em causa prescreve após decorridos 10 anos (art.º 131.º do Código Penal espanhol). O artigo 301.º do Código Penal espanhol penaliza a compra, a conversão ou a transmissão de bens quando se sabe da sua origem criminosa ou quando se tem a finalidade de ocultar, dissimular ou ajudar o criminoso. A moldura penal a aplicar é de pena de prisão de 6 meses a 6 anos e multa de 3 vezes o valor dos bens. Em certos casos, o condenado pode ser suspenso das suas atividades ou até mesmo ser expulso das mesmas (art.º 302.º do Código Penal espanhol). Em Espanha, temos ainda a Ley n.º 10/2010, de 28 de abril, sobre a Prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo, que foi atualizada em 2013 e entrou em vigor no dia 6 de maio de 2014 (cfr. Real Decreto n.º 304/2014)<sup>52</sup>.

Por seu turno, em **França**, o branqueamento de capitais encontra-se retratado na lei penal no livro dos crimes e delitos contra a propriedade – art.º 324-1 do Código Penal francês. Esta disposição refere que o crime de branqueamento de capitais se trata do ato de facilitar, de qualquer forma, a falsa justificação da origem dos bens/rendimentos de um autor de um crime que levou a um lucro direto/indireto, abrangendo-se ainda todos aqueles que prestem assistência a uma operação de investimento, ocultação ou conversão do lucro ou do crime. O crime aqui em causa é punível com uma pena de prisão de 5 anos e multa de 375 000€, com agravamento para 10 anos e 750 000€, respetivamente, quando o crime seja cometido de forma habitual, ou no decorrer da atividade profissional ou por um grupo organizado. Como sanções acessórias, temos, por exemplo, a proibição de exercer um cargo público durante 5 anos ou a proibição de emitir cheques durante 5 anos. Refira-se ainda o Código Monetário e Financeiro, mais concretamente o respetivo livro V (que versa sobre os prestadores de serviço), no seu título VI (obrigações relativas à luta contra o branqueamento de capitais, financiamento ao terrorismo, lotarias e jogos proibidos). Ora, no respetivo capítulo I temos obrigações relativas à luta contra o branqueamento de capitais e ao financiamento

---

<sup>50</sup>Neste sentido, RODRIGUES VICENTE, A. L., *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, p. 19, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf>.

<sup>51</sup>Jurisdições analisadas por forma a exemplificar o *modus* de atuação no tocante ao crime de branqueamento de capitais, sem se pretender efetuar um estudo comparativo.

<sup>52</sup> Para maiores desenvolvimentos, tendo sido a nossa fonte de base nesta parte do nosso estudo, cfr. COSTA E SOUSA, A. R., *Branqueamento de Capitais Enquadramento legal e análise comparativa*, Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do Mestrado em Contabilidade e Finanças do ISCAP, 2015, pp. 50 e ss, disponível online em: [https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana Sousa MCV 2015.pdf](https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana%20Sousa%20MCV%202015.pdf).

ao terrorismo<sup>53</sup>.

No **Reino Unido**, temos a Agência de Crime Nacional (NCA). Para o que aqui nos interessa, e no âmbito do branqueamento de capitais, esta jurisdição tem como principais leis as seguintes: (i) Proceeds of crime Act 2002 – na parte 7, secções 327 e 328, refere-se que o branqueamento de capitais se trata de um crime cometido como objetivo de esconder, disfarçar, converter, transferir ou remover bens, ocorrendo ainda quando se oculta e/ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens provenientes de ilícitos, ou ainda quando se sabe destes acontecimentos e não se comunica às entidades competentes. A aquisição, uso ou posse de bens provenientes de ilícitos são também condutas previstas e punidas como crime, sancionando-se com pena de prisão de 6 meses a 14 anos e/ou pena de multa. No caso da não comunicação, a pena pode ir até 5 anos de prisão (secção 334); (ii) Money Laundering Regulations 2007 – N.º 2157; (iii) Terrorism Act 2000<sup>54</sup>.

No Código Penal da **Suíça** temos também a previsão e punição do branqueamento de capitais como crime. A lei Suíça define o crime de branqueamento de capitais como o ato de dificultar a identificação da origem, a descoberta ou confisco de bens que se sabia ou deveria ter-se presumido que vieram de um crime (art.º 305.º bis 1), sendo também punível a falta de vigilância em matéria de transações financeiras suspeitas e, bem assim, em comunicações da advocacia (305 ter 1). Contudo, a lei suíça não prevê expressamente os crimes associados ao branqueamento de capitais. O bem jurídico a proteger trata-se da justiça e da administração. A lei sobre o branqueamento de capitais na Suíça é a LBA, que se trata de uma Lei Federal em matéria de luta contra o branqueamento de capitais e o financiamento ao terrorismo no setor financeiro. O ordenamento jurídico suíço conta ainda comum a Portaria da Autoridade Federal de Supervisão Financeira do Mercado sobre a prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo<sup>55</sup>.

Por seu turno, vamos referir-nos às **IlhasCaimão**. As Ilhas Caimão são consideradas, pelo ordenamento jurídico português, mais concretamente pela Portaria n.º 292/2011, de 8 de novembro, como uma jurisdição com regime de tributação claramente mais favorável, isto é, um paraíso fiscal. Esta jurisdição tem como legislação relative ao branqueamento de capitais a seguinte: (i) The proceeds of crime law, de 2008 e revista em 2014; (ii) Money Laundering Regulations (2009); (iii) Guidance notes on the prevention and detection of money laundering and terrorist financing in the Cayman Islands (2008)<sup>56</sup>.

Já na ilha de **Madagáscar**, a primeira lei a criminalizar o branqueamento de capitais foi a Lei n.º 97-039, sobre o controlo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Nos dias de hoje, a principal lei aplicável ao tema é a Loi n.º 2004-020, de 19 de agosto, relativa ao Branqueamento, Deteção, Apreensão e a Cooperação Internacional de Rendimentos do Crime<sup>57</sup>.

Finalmente, temos os **Estados Unidos da América**. A investigação do branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo, nos EUA, compete ao Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, através da missão do Escritório de Terrorismo e Investigação Financeira. Neste ordenamento jurídico, o branqueamento de capitais trata-se de um crime federal, previsto e punido no

<sup>53</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. COSTA E SOUSA, A. R., *Branqueamento de Capitais Enquadramento legal e análise comparativa*, Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do Mestrado em Contabilidade e Finanças do ISCAP, 2015, pp. 50 e ss, disponível *online* em: [https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana\\_Sousa\\_MCV\\_2015.pdf](https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana_Sousa_MCV_2015.pdf) .

<sup>54</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. *Idem*.

<sup>55</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. COSTA E SOUSA, A. R., *Branqueamento de Capitais Enquadramento legal e análise comparativa*, Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do Mestrado em Contabilidade e Finanças do ISCAP, 2015, pp. 50 e ss, disponível *online* em: [https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana\\_Sousa\\_MCV\\_2015.pdf](https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana_Sousa_MCV_2015.pdf) .

<sup>56</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. *Idem*.

<sup>57</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. *Idem*.

Título 18, Parte I, Capítulo 95 do CP americano<sup>58</sup>.

#### **4. O papel do Banco de Portugal (BdP) e de outras instituições, no âmbito da prevenção e combate ao branqueamento de capitais**

O Banco de Portugal (adiante abreviadamente designado por BdP) é a autoridade nacional responsável pelo registo das entidades que pretendam exercer atividades com ativos virtuais e, bem assim, pela verificação do cumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis às entidades registadas em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (BCFT)<sup>59-60</sup>.

Neste seguimento, podemos ainda referir que, quando exercidas em território nacional<sup>61</sup>, as seguintes atividades com ativos virtuais dependem de registo prévio junto do BdP, incluindo nos casos em que o requerente exerça outra profissão ou atividade abrangida pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto: (i) Serviços de troca entre ativos virtuais e moedas fiduciárias ou entre um ou mais ativos virtuais; (ii) Serviços de transferência de ativos virtuais; (iii) Serviços de guarda ou guarda e administração de ativos virtuais ou de instrumentos que permitam controlar, deter, armazenar ou transferir esses ativos, incluindo chaves criptográficas privadas.

O art.º 112.º-A da Lei n.º 83/2017 e o Aviso do BdP n.º 3/2021 regulamentam o processo de registo junto do BdP das entidades que pretendam exercer, em território nacional, atividades com ativos virtuais sujeitas a registo, bem como as alterações subsequentes aos elementos a registar.

Acresce que o BdP é a autoridade competente pela verificação do cumprimento dos deveres e obrigações de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo (BCFT).

Ao BdP incumbe ainda verificar a adoção dos meios e mecanismos necessários para assegurar o cumprimento de medidas restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia, nos termos da Lei n.º 97/2017, de 23 de agosto.

Além de funções de supervisão, o BdP possui ainda competências de regulação, cabendo-lhe, nomeadamente, participar na elaboração do quadro normativo nacional<sup>62</sup> e internacional referente à prevenção do BCFT, produzir

---

<sup>58</sup> Para maiores desenvolvimentos, cfr. COSTA E SOUSA, A. R., *Branqueamento de Capitais Enquadramento legal e análise comparativa*, Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do Mestrado em Contabilidade e Finanças do ISCAP, 2015, pp. 50 e ss, disponível *online* em: [https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana\\_Sousa\\_MCV\\_2015.pdf](https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana_Sousa_MCV_2015.pdf) .

<sup>59</sup> Fonte da maior parte das informações constantes neste ponto do nosso estudo:

<https://www.bportugal.pt/page/branqueamento-de-capitais-e-financiamento-do-terrorismo> .

<sup>60</sup> A competência do BdP, neste âmbito, atribuída pela Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, circunscreve-se à prevenção do BCFT, não se alargando a outros domínios, de natureza prudencial, comportamental ou outra.

<sup>61</sup> Para estes efeitos, considera-se que exercem atividade em território nacional as seguintes pessoas ou entidades: (i) As pessoas coletivas ou entidades equiparadas a pessoas coletivas constituídas em Portugal para o exercício de atividades com ativos virtuais; (ii) As pessoas singulares, as pessoas coletivas ou entidades equiparadas a pessoas coletivas com domicílio ou estabelecimento em Portugal afetos ao exercício de atividades com ativos virtuais; (iii) As demais pessoas singulares, pessoas coletivas ou entidades equiparadas a pessoas coletivas que, em razão do exercício de atividades com ativos virtuais, estejam obrigadas a apresentar declaração de início de atividade junto da Autoridade Tributária e Aduaneira.

<sup>62</sup> Do quadro normativo aplicável em matéria de prevenção e de supervisão do BCFT, destacam-se:

-A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, que estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao BCFT;

-O Regulamento (UE) 2015/847, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo às informações sobre o ordenante e o beneficiário que devem acompanhar as transferências de fundos, em qualquer moeda, para efeitos de prevenção, deteção e investigação do BCFT;

-A Lei n.º 97/2017, de 23 de agosto, que regula a aplicação e a execução de medidas

regulamentação setorial e emitir orientações e recomendações ao setor.

De notar que, neste contexto, o BdP se encontra representado em várias instâncias, entre as quais a Comissão de Coordenação das Políticas de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo, a Autoridade Bancária Europeia (na sigla inglesa, EBA) e o Grupo de Ação Financeira (GAFI).

Mais concretamente, note-se que a Comissão de Coordenação de Políticas de Prevenção e Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo acompanha e coordena a identificação, avaliação e resposta aos riscos de BCFT a que Portugal está ou venha a estar exposto, contribuindo para a melhoria contínua da conformidade técnica e da eficácia do sistema nacional de combate ao BCFT.

Esta estrutura foi criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 88/2015, de 1 de outubro, funcionando na dependência do Ministério das Finanças.

Por seu turno, refira-se o papel do GAFI.<sup>63</sup>

O GAFI desenvolveu uma série de Recomendações, reconhecidas como padrão internacional para combater o branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e, ainda, a proliferação de armas de destruição em massa.

As 40 Recomendações originais do GAFI datam de 1990, tendo sido revistas em 1996, por forma a abranger outras formas de criminalidade. Em outubro de 2001, o mandato do GAFI foi ampliado, passando a incluir também o combate ao terrorismo. Nessa altura, foram criadas Recomendações Especiais sobre financiamento do terrorismo. Em 2003, as Recomendações do GAFI viriam a ser objeto de nova revisão.

Em fevereiro de 2012, as antigas 40 Recomendações sobre medidas contra o branqueamento de capitais e as 9 Recomendações Especiais relativas ao combate ao terrorismo (portanto, num total de 49) foram incorporadas em novas recomendações que, além daquelas matérias, passaram também a abranger o combate à utilização do sistema financeiro para a proliferação de armas de destruição em massa.

Atualmente, as Recomendações do GAFI<sup>64</sup> são aplicadas por mais de 190 jurisdições.

## 5. Conclusões

No ordenamento jurídico-penal português, o branqueamento de capitais constitui crime, previsto e punido no art.º 368.º-A do Código Penal, e sancionado com pena de prisão até 12 anos, com a possibilidade de agravamento de um terço.

Nascido com o estabelecimento de lavandarias, precisamente como negócio lícito para “lavar” a obtenção de proventos de fonte ilícita, o branqueamento de capitais trata-se do processo mediante o qual os autores de atividades criminosas encobrem a origem dos bens e rendimentos/vantagens obtidos ilicitamente,

---

restritivas aprovadas pela Organização das Nações Unidas ou pela União Europeia e estabelece o regime sancionatório aplicável à violação destas medidas;

-O Aviso do Banco de Portugal n.º 3/2021, de 23 de abril, que regulamenta as normas relativas ao processo de registo junto do Banco de Portugal aplicável às entidades que exerçam atividades com ativos virtuais, previstas no artigo 112.º-A da Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto;

-O Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2022, de 6 de junho, que estabelece os aspetos necessários a assegurar o cumprimento dos deveres preventivos do BCFT, no âmbito da atividade das entidades financeiras sujeitas à supervisão do Banco de Portugal;

-O Aviso do Banco de Portugal n.º 1/2023, de 24 de janeiro, que estabelece os aspetos necessários a assegurar o cumprimento dos deveres preventivos do BCFT, no âmbito da atividade das entidades que exercem atividades com ativos virtuais.

<sup>63</sup>Fontedestainformação: <https://www.bportugal.pt/page/grupo-de-accao-financeira-gafi> .

<sup>64</sup>Disponíveis online em:

<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/translations/Recommendations/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.coredownload.inline.pdf> .

transformando a liquidez proveniente dessas atividades em capitais reutilizáveis legalmente, por intermédio da dissimulação da origem ou do verdadeiro proprietário dos fundos.

O branqueamento de capitais tem sido uma preocupação à escala mundial, pelo que a grande generalidade dos ordenamentos jurídicos tem em vigor um conjunto de disposições legais que pretendem a sua criminalização e minimização/mitigação, tanto quanto possível.

Ora, e independentemente do que, concretamente, cada ordenamento jurídico considere como crime de branqueamento de capitais, o objetivo fundamental da prática deste crime é o de ocultar a origem dos bens/produtos, ao passo que no financiamento do terrorismo a intenção do agente é a de ocultar a finalidade a que os bens/produtos se destinam.

Destarte, podemos afirmar que a prática de branqueamento de capitais é suscetível de colocar em risco o regular funcionamento dos alicerces das sociedades e, principalmente, as economias de mercado<sup>65</sup>.

Não haja dúvidas que, quer o branqueamento de capitais, quer o financiamento do terrorismo – e, ainda, o financiamento da proliferação de armas de destruição em massa – são graves ameaças à segurança, ao crescimento e à integridade do sistema financeiro.

Daí a grande preocupação de entidades nacionais, tais como BdP, e de entidades internacionais diversas, no sentido de reprimir o crime de branqueamento de capitais e outras práticas criminosas a ele associadas.

Acresce que, no crime de branqueamento de capitais a origem dos proventos é sempre ilícita, ao passo que no crime de financiamento do terrorismo a origem dos proventos pode ser lícita. Como exemplos de fontes lícitas, temos os investimentos imobiliários, o comércio internacional de pedras preciosas, bem como as doações feitas a organizações ou fundações que as aplicam para financiar atividades ou organizações terroristas<sup>66</sup>.

Neste nosso contributo, tivemos como mote uma análise jurídico-penal, mas sem nunca deixarmos de parte um contributo para uma melhor compreensão do fenómeno, com destaque precisamente para o crime de branqueamento de capitais.

### Referências bibliográficas

AA.VV. “*Avaliação Nacional de Risco de Branqueamento de Capitais e de Financiamento do Terrorismo-Síntese*” divulgada em 2015 pelo Ministério das Finanças e disponível em: [https://www.cmvm.pt/pt/CMVM/branqueamento/Documents/sintese\\_da\\_avaliacao\\_nacional\\_de\\_riscos\\_de\\_bc-ft.pdf](https://www.cmvm.pt/pt/CMVM/branqueamento/Documents/sintese_da_avaliacao_nacional_de_riscos_de_bc-ft.pdf).

BRANDÃO, N., *Branqueamento De Capitais: O Sistema Comunitário De Prevenção*, Coimbra Editora, 2002.

CANAS, V., *O Crime De Branqueamento: Regime De Prevenção E De Repressão*, Almedina, 2004.

CÂMARA MACHADO, M. da, Problemas, Paradoxos e Principais Deveres na Prevenção do Branqueamento de Capitais, pp. 39-91, disponível online em: [https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR\\_31\\_Miguel\\_da\\_Camara\\_Machado.pdf](https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_31_Miguel_da_Camara_Machado.pdf).

---

<sup>65</sup>Neste sentido, veja-se FERREIRA RODRIGUES MONTEIRO, Marisa do Céu, *Branqueamento de Capitais*, Dissertação de Mestrado, UniversidadePortucalense – Infante D. Henrique, 2012, p. 63, disponível online em: <http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/390/2/TMD%2015.pdf>.

<sup>66</sup>Neste mesmo sentido, cfr. RODRIGUES VICENTE, Ana Lúcia, *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, p. 21, disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf>.

- COSTA E SOUSA, A. R., *Branqueamento de Capitais Enquadramento legal e análise comparativa*, Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do Mestrado em Contabilidade e Finanças do ISCAP, 2015, pp. 50 e ss, disponível online em:  
[https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana\\_Sousa\\_MCV\\_2015.pdf](https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/7876/1/Adriana_Sousa_MCV_2015.pdf).
- DOMINGUES SOARES, D., *Branqueamento de Capitais e Investigação Criminal*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, para obtenção do grau de Mestre em Contabilidade e Finanças, 2021, pp. 10 e ss, disponível online em:  
[https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/18456/1/Daniel\\_Soares\\_MCF\\_2021.pdf](https://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/18456/1/Daniel_Soares_MCF_2021.pdf).
- FERREIRA RODRIGUES MONTEIRO, M. do C., *Branqueamento de Capitais*, Dissertação de Mestrado, Universidade Portucalense – Infante D. Henrique, 2012, p. 63, disponível online em:  
<http://repositorio.uportu.pt/bitstream/11328/390/2/TMD%2015.pdf>.
- FIGUEIREDO DIAS, J. de, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, Gestlegal, 2019.
- LUZ SOARES, J., "O estranho caso da nova lei de branqueamento capitais portuguesa", *Julgar Online*, julho de 2020, disponível online em:  
<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2020/07/20200713-JULGAR-O-estranho-caso-da-LBC-Portuguesa-Jo%20C3%A3o-Luz-Soares.pdf>
- PINTO DE ALBUQUERQUE, P., *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.<sup>a</sup> Edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2015.
- MARQUES MATEUS DE CARVALHO, A. M., *Branqueamento de Capitais*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa, 2016, disponível online em:  
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/22836/1/Branqueamento%20de%20Capitais-%20Ana%20Carvalho.pdf>.
- NÓBREGA PIZARRO, S., *Manual De Compliance*, Nova Causa Edições Jurídicas, 2016.
- ONU, Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo de 1999, disponível em:  
<https://www.ministeriopublico.pt/instrumento/convencao-internacional-para-eliminacao-do-financiamento-do-terrorismo-2>.
- PIRES, P., *A prevenção o branqueamento de capitais em Portugal: papel dos reguladores nacionais*, Dissertação de Mestrado, ISCAL, 2018, disponível online em:  
<https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/9363/1/Disserta%20C3%A7%20C3%A3o.%20Mar2018.pdf>.
- QUATORZE CORREIA, C., *Da imputação do crime de branqueamento de capitais às pessoas jurídicas – uma análise dos nºs 2,4,6 e 7 do art.11º do Código Penal*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ano letivo 2012/2013, disponível online em:  
<https://estudogeral.ucp.pt/bitstream/10316/34658/1/Da%20imputacao%20do%20crime%20de%20branqueamento%20de%20capitais%20as%20pessoas%20uma%20analise%20dos%20ns%202%20C4%20C6%20e%207%20do%20art.%2011%20do%20Codigo%20Penal.pdf>.
- RODRIGUES VICENTE, A. L., *O Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo e da Proliferação: Uma Perspetiva de Compliance Bancário*, Dissertação de Mestrado – Mestrado Forense, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa, Faculdade de Direito, 2018, disponível em:  
<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26761/1/Disserta%20C3%A7%20C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Ana%20Vicente%20.pdf>.
- SOPAS DE MELO BANDEIRA, G. e ANJOS AZEVEDO, P., "Infrações Tributárias – Fraude Fiscal, Branqueamento/Lavagem de vantagens (capitais) e Financiamento do Terrorismo: Portugal e União Europeia", *Revista de Direito*



- Brasileira*, Florianópolis, SC, v. 29, n.º 1, pp. 276-289, maio-agosto de 2021, disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/7942/5819> .
- SOUSA ZUZARTE DIAS, A. M. de, *Medidas Anti Branqueamento de Capitais no Setor Bancário*, Dissertação de Mestrado, ISCAL, Lisboa, fevereiro de 2021, disponível em: [https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/13982/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_AnaDias.pdf](https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/13982/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o_AnaDias.pdf) .



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

[www.cadernosdedereitoactual.es](http://www.cadernosdedereitoactual.es)

© *Cadernos de Derecho Actual* N° 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 210-229

·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## La construcción del bien común en la democracia liberal desde una perspectiva iusfilosófica postpositivista

*The construction of the common good in liberal democracy from a post-positivist philosophical perspective*

**Martín Rocha Espíndola<sup>1</sup>**

*Universidad Pontificia de Comillas*

**Sumario:** 1. Reflexiones en torno a la noción de bien común 2. Justicia y democracia liberal, un asunto no perfecto pero perfectible 3. Contribuciones del postpositivismo jurídico al discurso sobre la Justicia en la democracia liberal. Especial relevancia del objetivismo moral mínimo 4. La dignidad humana y sus diversas dimensiones en relación con la fundamentación sobre el bien común 5. Consideraciones finales.

**Resumen:** El presente artículo procura exponer diversas reflexiones, desde una dimensión filosófica moral, jurídica y política, sobre la vinculación que pueda existir entre nociones tales como el bien común, la dignidad humana y la democracia liberal. Para ello se ha optado por emplear un específico pensamiento iusfilosófico, el cual es el denominado postpositivismo jurídico, pretendiendo desarrollar las ideas que algunos de sus más importantes exponentes en la actualidad han plasmado en torno a tres de los principales elementos de tal iusfilosofía, tales como: el constitucionalismo, el objetivismo moral y el entendimiento del Derecho como práctica social, los cuales a su vez tienen estrecha relación con las nociones antes mencionadas. Sin perjuicio también se emplean autores provenientes de otras tradiciones intelectuales para enriquecer el diálogo con la iusfilosofía postpositivista.

**Palabras clave:** Bien común, dignidad humana, democracia liberal, postpositivismo jurídico, objetivismo moral.

**Abstract:** This article seeks to present various reflections, from a philosophical, moral, legal and political dimension, on the relationship that may exist between notions such as the common good, human dignity and liberal democracy. For this

---

<sup>1</sup> Profesor integrante del Departamento de Disciplinas comunes en ICADE (Universidad Pontificia de Comillas). Es licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, en la rama de Derecho Civil y Doctor en Humanidades por la Universidad Rey Juan Carlos en la rama de Filosofía moral. Sus intereses actuales, respecto a la investigación, abarcan temáticas relacionadas con la filosofía jurídica, la filosofía moral y la filosofía política, así como la Historia del pensamiento jurídico y político.

Recibido: 06/05/2024

Aceptado: 10/12/2024

DOI: 10.5281/zenodo.14292931

purpose, a specific iusphilosophical thinking has been chosen, which is the so-called postpositivism, The aim is to develop ideas which some of its most important exponents have today shaped around three of the main elements of such a philosophy, such as: constitutionalism, moral objectivism and the understanding of law as a social practice which in turn are closely related to the notions mentioned above. Without prejudice, authors from other intellectual traditions are also employed to enrich the dialogue with the post-positivist philosophy.

**Keywords:** Common good, human dignity, liberal democracy, legal postpositivism, moral objectivism.

### 1.- Reflexiones en torno a la noción de bien común.

El ser humano requiere para satisfacer sus más variadas necesidades de sus semejantes, y así esa inclinación natural a la vida social lo lleva —con la mediación de su razón— a formar parte y a constituir diferentes sociedades que proveen los bienes que el mismo necesita para “vivir bien”. Así se ha podido entender en autores, tan disímiles, como Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Suárez, Locke y Rousseau, entre otros.

La persona nace en el seno de una familia y de una comunidad política, pero su razón y libertad van creando diferentes sociedades que también proveen bienes que solo no podría obtener o los obtendría muy deficitariamente. El ser humano, entonces, posee una naturaleza individual y social, y desde el punto de vista metafísico es “sustancia”, mientras la sociedad es un “accidente” que, como tal, no tiene subsistencia propia, sino que consiste en un cierto modo de ser de las personas.

La sociedad humana consistiría, por consiguiente, en una cierta unión ordenada de los seres humanos que la componen y que se orienta a un fin o bien que la justifica racionalmente. La vida social, o sea las relaciones que la persona establece con sus semejantes, está al servicio de ella, más concretamente de cada uno de los integrantes de la sociedad, de ahí el sentido ético que asume la comunidad y lo que en ella vive el hombre<sup>2</sup>.

El bien en la filosofía clásica no tiene solo la capacidad de atraer, sino se conecta con la felicidad en tanto cuenta con capacidad perfecta de la persona humana. Pero el concepto de bien es analógico, por lo que permite una amplia variedad de bienes, aunque todos ellos coinciden en esa capacidad de atraer y perfeccionar.

En la actualidad se ha sostenido que cuando se menciona a la sociedad política se alude al Estado, sin perjuicio esto es erróneo por cuanto independiente de él la sociedad civil se podría organizar políticamente de otras maneras, tal como la Historia enseña<sup>3</sup>. Sin perjuicio tal idea sirve para sostener que el fin del mismo es el bien común político, que es el bien de los miembros de esa sociedad o sea de todos. Por eso el bien común, no es la suma de los bienes individuales (individualismo) ni de alguien distinto a los integrantes de esa sociedad política (totalitarismo), sino que, en términos de una filosofía realista, el bien común de la ciudad y el bien singular de una sola persona no difieren solamente según lo mucho o lo poco, sino según la diferencia formal, pues una es la razón del bien común y la otra del bien singular, como una es la razón del todo y otra la de parte.

---

<sup>2</sup> VIGO, R. L., “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias” en CARBONELL SÁNCHEZ, M, FIX FIERRO, H. VALADÉS, D. (Coords.) *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Estado constitucional*, tomo IV, volumen 2, UNAM, México, 2015, p. 882.

<sup>3</sup> Vid. MARITAIN, J. *El hombre y el Estado*. Encuentro editorial, Madrid, 2023.

No hay estrictamente oposición entre el bien individual y el bien común, así como tampoco hay entre la naturaleza individual y social, pues la sociedad procura mediante el aporte organizado y coordinado de todos ese "bien vivir" en común que es comunicable.

Para Tomás de Aquino la comunidad política no es un ser superior a los hombres que la componen, es una sociedad natural organizada para el bien de todos, no para el de uno o la mayoría, de manera que el bien común es algo que puede beneficiar a todas las personas que la forman y a lo que todas ellas pueden tender de manera natural. Todos debieran poder beneficiarse y participar del bien común de manera que ese fin común no se opone al fin particular de cada cual, pero que exige que las voluntades se sometan a lo que es conveniente para todos, eso que se llama bien común<sup>4</sup>.

Más allá del precedente desarrollo de nociones clásicas en materia de la sociedad política, conviene consignar que Finnis en sintonía con aquellas enseñanzas postula cierta sinonimia entre bien común, justicia y derechos humanos, éstos vendrían a ser una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común y éste es el objeto de toda justicia y el ámbito de praxis social donde la misma acontece, el Derecho<sup>5</sup>.

El Derecho no mira solamente a una sociedad justa, sino también a la justo en concreto que se realiza en la comunidad política, a la acción justa, a la justa relación, detrás de tal demanda del caso concreto estaría el respeto a la dignidad de la persona, concepto que tiene directa relación con el espacio social donde la misma se desenvuelve, la sociedad civil, cuya gestión de los asuntos políticos se denomina ya hace siglos como el Estado y cuya finalidad ha sido definida, clásicamente, como el bien común, tal cual antes se ha hecho referencia.

Se entiende que, con Kant, se consagró la separación entre moral y Derecho en tanto el objeto de éste se limita a pura legalidad coactiva exterior de las acciones sin apelar a ninguna moral. El único derecho natural es el de libertad, pero más allá de éste, está el derecho positivo dispuesto por la voluntad del legislador que se divide en privado (que se ocupa de la posesión de los bienes externos) y en público identificado con el conjunto de las leyes<sup>6</sup>.

Kant admite un estado de naturaleza en el que reina la violencia al que como fruto de un contrato se supera consiguiendo un estado de derecho o estado civil donde los hombres deciden limitar su arbitrio sometiéndose a un mandato públicamente decretado.

El mandato genera una comunidad política, una república, y ese poder constituido por la voluntad de todos se divide en legislativo, ejecutivo y judicial, pero el poder supremo una vez constituido es irresistible y sin apelación correspondiéndole al pueblo su obediencia incondicional, por lo que rechaza la posibilidad de rebelión del pueblo contra el soberano<sup>7</sup>.

La república kantiana es una idea pura compatible con las distintas formas de gobierno: monárquica, aristocrática o democrática. En el plano internacional su propuesta de un derecho cosmopolita se apoya en la idea racional de una comunidad

---

<sup>4</sup> RECUERO ASTRAY, J. R. *El bien común en la filosofía clásica y moderna*. Instituto Robert Schuman de Estudios Europeos, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, 2023, p. 30

<sup>5</sup> Cfr. McCALL, B. "¿Qué tipo de bien es John Finnis? Un estudio sobre el bien personal y común en «Natural Law and Natural Rights»" en *Persona y Derecho*, Núm. 83 (2020): Cuarenta años de la publicación de Natural Law and Natural Rights de John Finnis [II] (José Antonio Retamar, coord.), Pamplona, 2020.

<sup>6</sup> VIGO, R. L., "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias", *Cit.*, p. 880.

<sup>7</sup> VIGO, R. L., "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias", *Ib.* p. 881.

pacífica perpetua de todos los pueblos de la tierra que deben buscarla, aunque resulte poco factible<sup>8</sup>.

Siguiendo esta línea, para Dworkin, el Estado liberal debe ser, tanto como sea posible, independiente respecto de cualquier concepción del bien particular o respecto de lo que dote de valor a la vida<sup>9</sup>, en esa conceptualización liberal de la igualdad los derechos individuales son reconocidos como triunfos políticos en manos de los individuos, que no pueden ser negados ni por el gobierno, ni tampoco por la mayoría, sobre la base de supuestos beneficios o perjuicios generales, pues incurrir en éstas prácticas implica no tomarse los derechos en serio.

Es cierto que Dworkin pareciera vincular los derechos con la noción de dignidad humana kantiana, pero de todas maneras explícita que su teoría política no se funda en objetivos como el utilitarismo, tampoco en deberes como en Kant, sino en derechos como Rawls<sup>10</sup>.

Sin perjuicio, se ha estimado que el bien común es un derecho de la comunidad, y que lo justo es que cada parte se comporte como miembro de esa comunidad, orientando sus actos hacia ella. Esa es la tarea específica de la justicia general y sobre la cual hay que detenerse. Esta última idea puede acentuarse desde la perspectiva de una ética de la alteridad, la que permite examinar la orientación del acto individual al bien común, conllevando acentuar el deber de fomentar la originalidad, es decir el reconocimiento del valor del otro, lo que poco tiene que ver con las políticas compensatorias, que se hacen cargo de los desfavorecidos, para colocarles, mediante un esfuerzo mayor, en situación competitiva respecto de los demás. Las políticas compensatorias pertenecen a la justicia distributiva, no a la justicia general.

A lo largo de la historia del pensamiento jurídico se ha estudiado que además de la justicia general existe la justicia particular, la cual no se refiere al bien común sino a la persona individual. Y las personas pueden tener dos tipos de relaciones, de parte a parte, y del todo a la parte. En el primer caso, se menciona a la justicia conmutativa, que es un ajuste o acuerdo en el intercambio de dos personas. La relación del todo a la parte daría lugar a la justicia distributiva.

La relación del todo a la parte está llena de sutilezas, porque complejo es el concepto del todo con relación al bien común. De esto da muestra el esfuerzo intelectual de atender a la vinculación de la denominada justicia particular con la justicia general, entendida como fin del acto particular, considerándola, a su vez, como centro distribuidor de lo que corresponde a cada particular<sup>11</sup>.

Si las partes fueran iguales, la justicia distributiva consistiría en dividir aritméticamente lo que hay entre las partes. Pero como ocupan un lugar diferente, entonces la igualdad tiene que acoplarse a ese orden, es decir tiene que ser proporcional y no aritmética. Debe de apuntar a una aproximación sino certera al menos cercana a ello.

"Principalitas" y proporcionalidad son las palabras clave, tal como lo sugiere López Sánchez. La primera se refiere a una cualidad esencial desde donde se erige la vida política; la proporcionalidad es la relación que tiene que haber entre el todo y

<sup>8</sup> Vid. DREIER, H. *La república de Kant*. Editorial Universidad Externado, Colombia, 2018.

<sup>9</sup> DWORKIN, R. *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985, p. 191

<sup>10</sup> VIGO, R. L., "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias", *Cit.* p. 882.

<sup>11</sup> Las sutilezas se encienden en los términos "totum" y "bonum commune", que se traduce por todo y bien común, como si fueran sinónimos. Y no lo son. El término totum se refiere a personas y el término bonum commune tiene que ver con cosas y con bienes. Es el ordo que hace que las partes tengan una conciencia que provoca su entendimiento como comunidad no como masa. Es como si el totum y el bonum commune tuvieran lógicas distintas y santo Tomás ubicara la especificidad de la justicia distributiva en que las riquezas del bien común se someten a la hora de su distribución a la lógica del totum es decir de las personas.

las partes. Como la distribución de los bienes comunes entre los singulares tiene que seguir el modelo de la relación del todo con las partes, lo que se está intentando explicar es, la necesidad de tener que distribuir los bienes proporcionalmente, teniendo en cuenta la concreción singular de las partes para que haya justicia<sup>12</sup>.

Lo que se busca es reparar las injusticias, según un método de proporcionalidad entre cosas y personas, de suerte que, si las necesidades o la prestancia de una persona son superiores a las de otra, habrá que tenerlo en cuenta, a la hora de la distribución. Los bienes tienen que inscribirse en el surco de las relaciones entre personas que conforman la proporción, que se establece entre ellas. Si las personas son diferentes o hay desigualdad, la justicia deberá tener en cuenta esas diferencias y tratar desigualmente a los desiguales. Esto es lo que quiere decir el que la justicia no se mueve en una escala de igualdad aritmética, sino de proporcionalidad moral.

En esto, sí que hay diferencias entre antiguos y modernos. Para ser justos, según los antiguos, era necesario cumplir con las leyes de la polis. En esa supeditación a las leyes de la ciudad, lograban la experiencia de la eticidad, mediante la vivencia de la virtud. En cambio, para los modernos, ese sentido ético debe ir en consonancia con la experiencia y posibilidad de la autonomía. No se renuncia al cumplimiento de las leyes de la ciudad, pero deben ser instauradas por medio del ejercicio de la libertad. El ciudadano moderno es, al mismo tiempo, súbdito y soberano. Sólo se somete a las leyes que él mismo se da. Las leyes de la ciudad no son sagradas sólo porque sean de ella, sino porque han sido libremente discutidas y asimismo escogidas<sup>13</sup>.

Finalmente, hay que destacar que también durante la Historia ha ocurrido una cierta destrucción del bien común que culmina con el denominado materialismo antropoteísta, el cual considera como columna vertebral de la realidad al mundo material, negando las ideas del bien y del mal, de todas maneras, sin tales ideas reflexionar sobre el bien común carece de sentido.

El fin de la comunidad es el bien común que puede definirse, entonces, como la comunión en el procurar vivir bien, la recta vida que acaece entre las diversas circunstancias cotidianas, realidad honesta y práctica. El bien común es un bien honesto o moralmente bueno según la justicia y el Derecho. Se trata de un bien práctico debido a que es el fundamento de la autoridad, sirve para ayudar a las personas en su desarrollo, material, intelectual y espiritual, siendo el fundamento de sus derechos.

## **2.- Justicia y democracia liberal, un asunto no perfecto pero perfectible.**

Sin duda que, al pensar la noción de bien común, ambas palabras muy ricas de contenidos y significados, permite estudiarla desde diversas perspectivas, a su vez, situarse en los dispares ámbitos en que tal noción se entiende, en este caso, la democracia liberal.

Lo primero que debe advertirse es que la democracia liberal es compleja. Sin duda, tal como lo ha explicado Ruiz Soroa, una de tales complejidades se debe a la denominada exaltación de la voluntad. Esta voluntad se ha concretado en la política democrática en la noción de voluntad popular, tanto en el reino de la teoría de Rousseau como en el de la práctica desde las denominadas revoluciones liberales del siglo XIX.

---

<sup>12</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, R. "El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional" en *Cadernos electrónicos de filosofía del derecho*, N°. 23, Madrid, 2011, pp. 321 a 337

<sup>13</sup> Vid. CONSTANT, B. *La libertad de los modernos*. Edición de Rivero, A., Alianza editorial, Madrid, 2019.

Tal voluntad ocupa un papel primordial, un rol exclusivo en el sistema democrático. El alma y la esencia de la democracia se ha inscrito en la voluntad del pueblo, una voluntad que se manifestaba directamente en su expresión a través de la elección, el sufragio o la revolución<sup>14</sup>.

La clave radica en comprender la voluntad popular de una manera pluralista y compleja. La voluntad popular es el principio que inspira el sistema democrático, así como en su versión demoliberal, en el sentido de impulsarlo hacia el más pleno autogobierno de unas personas libres e iguales; pero la voluntad popular no es un dato real o empírico que pueda situarse en lugar alguno<sup>15</sup>.

La voluntad popular no se encuentra en la votación, en los referéndums, en los sufragios o en el Congreso de los diputados. Es decir, también radica en tales situaciones políticas o instituciones, pero hay que agregar que la voluntad popular está asimismo presente en la Constitución y en las reglas y procedimientos por ella incorporados<sup>16</sup>.

A su vez, hace mención Ruiz Soroa<sup>17</sup> que, así como la voluntad popular, es ilocalizable en un punto exclusivo del sistema, es también difusa en el tiempo. Ya que se encuentra en la decisión instantánea que adoptan el Gobierno o las cámaras representativas en las diversas disyuntivas políticas que se presentan día a día, a lo cual hay que sumar que la voluntad popular también se encontrará en las decisiones de largo aliento adoptadas en ciertos momentos y que perviven en la propia Constitución o en las leyes, inclusive en otro tipo de procedimientos.

Por ello se ha hablado de la democracia liberal continua, para destacar que tal régimen no concluye en los procesos electorales, sino que se construye multiplicando en el tiempo los ritmos políticos diversos y las formas institucionales variadas del sistema. Tal democracia se caracteriza por ser un sistema de deliberación política de audiencias y que presenta dificultades en la toma de decisiones, aportando todas las instituciones democráticas su consideración y diversas vivencias. Desde esta perspectiva, por supuesto que será esencial lo que establezca el legislador, así como los jueces e inclusive los de carácter constitucional. La ley vendría a ser un enrevesado resultado de tal proceso enmarañado de interacciones de diversas instituciones<sup>18</sup>.

Para el proceso democrático de formación concurrencial de las decisiones políticas es importante que las mismas revistan un carácter, si bien no perfecto, al menos favorable, es conveniente que exista distancia entre las diversas manifestaciones de la ciudadanía, contribuyendo por tal motivo el que se encuentren apartadas la instancia pueblo – sufragio del pueblo – reflexión y de pueblo – juez, ya que de esta manera se garantiza un diálogo fecundo que contribuye a profundizar en las argumentaciones<sup>19</sup>.

Lo anterior deja entrever, a juicio de quien escribe este trabajo, la similitud que puede existir entre el entender al Derecho como práctica social, así lo ha desarrollado Atienza, unos de los más destacados exponentes del iuspostpositivismo actual y el mismo carácter que conlleva el ejercicio democrático liberal, a nivel ciudadano e institucional, que se acaba de enunciar, sin perjuicio, se volverá a esta idea más adelante.

Una de las complejidades negativas que tiene la democracia liberal es la indiferencia. Es preciso superarla y contribuir a crear en la ciudadanía el sentido de la justicia, dando a cada uno lo que le corresponde, lo que merece como persona,

---

<sup>14</sup> RUIZ SOROA, J.M. *El esencialismo democrático*, Editorial Trotta, Madrid, 2012, p. 43.

<sup>15</sup> RUIZ SOROA, J.M. *El esencialismo democrático*, *Ib.*, p. 44

<sup>16</sup> RUIZ SOROA, J.M. *El esencialismo democrático*, *Ib.*, p. 44

<sup>17</sup> Vid. ROUSSEAU, D. *La démocratie continue*, LGD, París/Bruselas, 1995.

<sup>18</sup> RUIZ SOROA, J.M. *El esencialismo democrático*, *Cit.*, p. 46

<sup>19</sup> RUIZ SOROA, J.M. *El esencialismo democrático*, *Ib.*, p. 46.

esto implica reconocer la dignidad ontológica de todos en plena concordancia a la idea de bien común que antes se ha discutido<sup>20</sup>.

Pedro Cerezo reflexiona que el *éthos* liberal/democrático reside en la combinación ardua de autonomía individual con la solidaridad social, en el respeto de una voluntad general común. Si se debilitaran tales principios, la conciencia de la subjetividad autónoma y la obediencia a la ley común soberana, queda solo la democracia como procedimiento, pero no como forma de vida y se podría agregar, por consiguiente, como práctica social<sup>21</sup>.

Adela Cortina<sup>22</sup>, por su parte, recuerda que, más allá del derecho y del deber, se abre el misterio de la "ob-ligación", el prodigioso descubrimiento de que las personas están ligadas unas a otras de forma indisoluble, y, por tanto obligadas, aun sin sanciones externas, aun sin mandatos externos, sino desde lo hondo, desde lo profundo.

Existe un ideal republicano compatible con la democracia liberal, este se refiera a la necesidad de impulsar, virtuosamente, una agenda política que reconozca la dignidad de todos, para que de esta manera se procure la consecución del bien común en la sociedad política. No es posible que se confíe en una sociedad con enormes disparidades de ingresos, enormes inseguridades y una clase baja desamparada<sup>23</sup>.

Señala Velasco<sup>24</sup> que el igualitarismo formal de la democracia liberal necesita llenarse de contenido con la virtud de la justicia, vale decir, que sólo puede realizarse con una concepción republicana de la propiedad, responsable y consciente de que su telos, como en Aristóteles, exige autolimitación y solidaridad, que se traduzca en una verdadera versión del Estado social de Derecho.

En definitiva, virtudes cívicas como la búsqueda del bien común y la solidaridad con los más necesitados, con el fin de conseguir una vida digna para toda la ciudadanía, sin que nadie domine o someta a ningún otro, son algunos de los valores esenciales que sustentan la comunidad política. Valores que no requieren santidad o heroicidad alguna, sino el compromiso diario con el bien común de la comunidad de la que se es partícipe<sup>25</sup>.

La justicia no considera las personas per se, sino al ser humano in aliud, el cual vive concretamente en una sociedad dada, al hombre social, al ciudadano, al trabajador. Si la libertad singular fuera el último criterio de la justicia y puesto que por definición ella es principio de sí misma, individual e indivisible, la justicia no debería considerar de cada uno el bien de todos. Pero esta concepción de la justicia terminaría por destruir el bien común y arruinar a cada uno.

Los criterios políticos para resolver los problemas entre ricos y pobres deben ser criterios democráticos, es decir tienen que fundar su legitimidad en criterios racionales libremente elegidos. Esto se puede entender de dos maneras. Se puede, tal como lo intenta Dumont, por una parte, precisar esos criterios democráticos,

---

<sup>20</sup> URRUTIA LEÓN, M. "Neorrepblicanismo y virtudes cívicas. la necesidad de una ética ciudadana" en *Pensamiento - Revista de Investigación e Información Filosófica*, Universidad Pontificia de Comillas, Vol. 79, N° 304, 2023 (Ejemplar dedicado a: Encrucijadas del pensamiento en su historia), p. 1220.

<sup>21</sup> CEREZO GALÁN, P. *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, p. 91.

<sup>22</sup> CORTINA, A. (2003). "Republicanismo moral y educación", en (Conill y Crocker (Eds.)). *Republicanismo y educación cívica. ¿Más allá del liberalismo?* Editorial Comares, Granada, p. 266.

<sup>23</sup> DE WAAL, F. *La edad de la empatía. Lecciones de la naturaleza para una sociedad más justa y solidaria*, Tusquets, Barcelona, 2011, p. 286.

<sup>24</sup> VELASCO, D. "Republicanismo y cristianismo" en *Estudios de Deusto*, vol. 49/1, enero-junio, Bilbao, p. 152.

<sup>25</sup> URRUTIA LEÓN, M. "Neorrepblicanismo y virtudes cívicas. la necesidad de una ética ciudadana", *Cit.*, p. 1221



haciendo abstracción de la situación real, porque se entiende que sólo así se logra la necesaria universalidad de estos, abstracción que sin embargo no pierde de vista la anormalidad singular del ser personal. Se piensa entonces en la igualdad formal, al margen de la desigualdad real. Es el camino que transitan las éticas procedimentales. Habría que partir de la situación real y extraer la ansiada universalidad de criterios de racionalidad implícita en las desigualdades sociales<sup>26</sup>.

Lo anterior no bastará, si no se concretiza en el espacio íntimo del propio ser personal. Para ello, es esencial entender que la justicia es una virtud, y su razón de ser está en función de un alguien que requiere ser virtuoso para sí y para otros. Lo decisivo es ser virtuoso y eso significa no sólo actuar bien, sino también dejar de actuar mal, querer lo bueno para el hogar de la mismidad y quererlo también para el hogar ajeno donde reposa la alteridad. Es una prioridad motivacional que le empuja a alcanzar ese punto de quietud o ajuste en el que consiste la virtud.

Sin embargo, en los modernos opera un desplazamiento sustancial en el tratamiento de la justicia, al dejar de ser ésta mera virtud, para constituirse en fundamento moral de la sociedad. Las instituciones sociales, movidas por el principio de justicia, tienen que hacerse cargo de los problemas comunes de las personas que componen la sociedad<sup>27</sup>.

En tal sentido, se entiende que existan tantos ideales de justicia como marcos ideológicos tengan las personas que reflexionan sobre ella. Existe un politeísmo valórico del que se desprende que lo justo puede ser entendido de diversas maneras, lo que puede provocar un problema si la justicia es el fundamento moral de la armonía y coherencia social. Ello, por cuanto dicho fundamento debe implicar unidad, a partir de la cual se podrán sostener diversas opiniones que descansen sobre la pluralidad, este constituye uno de los principales desafíos de toda democracia liberal.

Es necesario, según Nieto<sup>28</sup> apelar a la racionalidad de la democracia, concebida como aquella manera de gobernar los asuntos públicos que se sustenta en valores, criterios, principios y conceptos accesibles a cualquier ser humano por el hecho de poseer la capacidad racional, es el aspecto material que sirve de complemento a la cara formal, que se puede nombrar como razón democrática, y que permite conjugar el nivel de los contenidos con los procedimientos, de ahí la importancia de un objetivismo moral, cuestión que ha sido estudiada por ciertos iusfilósofos postpositivistas.

La democracia liberal está llamada a ser razonable, constituirse sobre la razón democrática, la cual es el destilado de la democracia racional, el precipitado de su funcionamiento, la arquitectura con la que aquella está fundamentada. Cuando se reflexiona sobre la estructura racional, las personas, en su calidad de ciudadanos pueden verse concernidas a transformar su racionalidad en razón democrática la cual cimienta y permite construir la vía de reconocerse soberanas y que ello conlleva la

---

<sup>26</sup> Vid. DUMONT, B. "Cuando el bien común "no se realiza": los deberes de justicia general en situación de poder ilegítimo" en Ayuso, M. (coord.) *El bien común: cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Fundación Elías Tejada. Itinerarios, Madrid, 2013.

<sup>27</sup> Este desplazamiento es vivido como un signo de madurez, hasta como un cambio social. La justicia subraya, en efecto, su vocación política, es decir, no se agota en consideraciones morales, sino que ella misma se constituye en fundamento moral de la sociedad al presentarse como una serie de principios sobre los que los seres racionales pueden ponerse de acuerdo, comprometiéndose a adecuar su comportamiento social a esos acuerdos. Que lo que anime las instituciones políticas sea la justicia es del todo loable, aunque debe reconocerse que nunca será fácil de lograr. Al disolverse con la modernidad el concepto de naturaleza sobre el que se había construido la idea de virtud por parte de los antiguos y al ser sustituido por autonomía del sujeto, aparece la pluralidad de concepciones morales.

<sup>28</sup> NIETO BLANCO, C. *Discurso sobre la democracia*, Ediciones Universidad de Cantabria, 2020, p. 326.

responsabilidad de procurar resolver en forma pacífica los conflictos que tienen lugar en la convivencia<sup>29</sup>.

Hoy en día, todo debe someterse al tribunal racional y subjetivo del individuo. Pero el marco global, sobre el que se cobija la pluralidad de ideas sobre lo que es justo, debe de presentar una cierta univocidad, para que pueda ser sustentada y aplicada por la autoridad, esta misma fundamentada en la razón comunitaria. De igual manera la justicia moderna se sitúa en el ámbito de búsqueda de criterios universales, aceptados por todos y válidos para todos. El miembro de una sociedad justa es el que actúa racionalmente, es decir, el que participa en la toma de decisiones desde la libertad, la independencia del juicio, la imparcialidad<sup>30</sup>.

Esta novedad de la justicia moderna consiste en una notable diferencia respecto a lo que clásicamente se entendía por justicia. Lo justo, en tal sentido, evoca a imparcialidad, a universalidad, racionalidad y modernidad. Se debe constatar, en primer lugar, que el desplazamiento que opera en la modernidad puede ser tildado de profundo, de fondo, a saber, del ser a la acción, y que lleva consigo otros muchos cambios de acento: de lo objetivo a lo subjetivo, de los bienes externos a la libertad de los individuos; del daño al delito<sup>31</sup>. En segundo lugar, lo que se quiere dar a entender con ese cambio de fondo es que la moral se concibe como una guía para actuar correctamente, lo cual no es lo mismo que ser bueno. Preocupa lo que se debe hacer, y no lo que es bueno hacer, aunque no se está obligado a ello por bueno que sea.

Tal desplazamiento de fondo, del ser a la acción, acarrea inmediatamente otro; esta vez de lo objetivo a lo subjetivo. Tanto la noción platónica de idea de bien, como la aristotélica de vida buena, provienen desde lo externo, orientan la conducta de los miembros de una sociedad. Respecto a la propia justicia, esa prioridad del bien o de la vida buena sobre la voluntad del individuo, se traduce en el reconocimiento de que lo justo o lo debido viene dado, por ejemplo, en la propia naturaleza de nuestras relaciones con lo demás y no se decide autónomamente<sup>32</sup>. De ahí la importancia de la alteridad. Pero, en la actualidad, cada uno decide lo que es justo. La alteridad cede el paso a la intersubjetividad<sup>33</sup>.

La única manera de salvar la pretensión de universalidad, fundamental para la justicia, es situar ésta a otro nivel superior, en el que encontrar criterios universales de lo justo que sean aceptables para los defensores de todo ese pluralismo al que se ha hecho referencia.

---

<sup>29</sup> NIETO BLANCO, C. *Discurso sobre la democracia, Ib.*, p. 326.

<sup>30</sup> APEL, K. O. "Globalización y necesidad de una ética universal: el problema a la luz de una concepción pragmático-trascendental y procedimental de la ética discursiva" en Cortina Orts, A.; García Marzá, D. (Edits.) *Razón pública y éticas aplicadas: los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, 2003, pp. 191 a 218.

<sup>31</sup> REYES MATE, M. *Tratado de la injusticia*. Editorial Anthropos, segunda edición, Barcelona, 2018, p. 107.

<sup>32</sup> GRACIA CALANDÍN, J. "¿Lo justo versus lo bueno?: sobre lo justo en la filosofía de Charles Taylor" en *Pensamiento: Revista de investigación e Información filosófica*, Vol. 68, N° 257, Madrid, 2012 (ejemplar dedicado a: Ser e identidad en la filosofía política), p. 418.

<sup>33</sup> Cfr. BELLO REGUERA, G. "Alteridad, vulnerabilidad migratoria y responsabilidad asimétrica" en *Dilemata*, N°. 3, Madrid, 2010, pp. 119-127. De hecho, En virtud de tales desplazamientos se contraponen lo justo a lo bueno como la libertad al sometimiento. Se da a entender que las teorías antiguas de la justicia estaban restringidas a criterios de lo justo, impuestos siempre por ámbitos que no concordaban con la autonomía. Por otra parte, aparentemente, el primado de la autonomía en la modernidad es tal, que todas las teorías de lo justo pueden ser llamadas teorías liberales, aunque con ese rótulo se designen pensamientos muy disímiles. Se denominan liberales porque una concepción liberal es una concepción en que se prohíbe cualquier jerarquización de las diferentes concepciones de la vida buena que se pueda encontrar en la sociedad o, al menos, que otorga un respeto igual a todas las que respetan la dignidad de la persona.

Los criterios universales de lo justo tienen que ser neutros e imparciales, para ello se requiere que sean razonables, respecto a las distintas concepciones de la vida buena, es decir, los proyectos de vida. En los tiempos actuales, sólo una sociedad que entienda lo justo en esa versión democrática liberal es susceptible de una discusión racional, razonabilidad no fría por lo demás, sino que cálida y personal<sup>34</sup>. Sin perjuicio de ello, no sería cualquier liberalismo el que pudiera entender tal visión de la justicia, quizás el denominado por Gambescia como "liberalismo melancólico", por su carácter realista y pesimista, pero con esperanza, sea el propicio para rescatar dicha reflexión considerando la construcción del Estado y por ello, su afán de justicia sobre la propia naturaleza humana colmada de carencias, pero también de posibilidades<sup>35</sup>. Afán que posiblemente nunca será perfecto, pero al menos es perfectible.

### **3.- Contribuciones del postpositivismo jurídico al discurso sobre la Justicia en la democracia liberal. Especial relevancia del objetivismo moral mínimo**

Frente a la idea más extendida en el positivismo normativista, que ve al Derecho como algo dado (un conjunto de normas, o de materiales jurídicos), el postpositivismo jurídico sostiene la idea de que el Derecho es fundamentalmente una actividad, una praxis o práctica social que se va desarrollando y en la que –en distinta medida– toda la ciudadanía participa, mejor dicho, toda la sociedad. Si desde el normativismo se hace primar el aspecto estructural y organizativo del fenómeno jurídico (se ve al Derecho fundamentalmente como un sistema, un conjunto estructurado de normas de diversos tipos), desde esta perspectiva propuesta entre otros por Atienza, Aguiló, Ruiz Manero, etc. y que ve al Derecho como una práctica social se da mayor relevancia a los aspectos teleológicos y valorativos del fenómeno jurídico, así como a sus aspectos procedimentales<sup>36</sup>.

El Derecho sería, entonces, un hábito social que no puede entenderse al margen de objetivos y de valores morales. Lo anterior no es óbice para que existan un número mayor o menor de normas legisladas que resultan deficientes en cuanto no son las óptimas para desarrollar adecuadamente la práctica, o de resoluciones de jueces y tribunales que pueden no contribuir para el avance de la praxis, sin que por ello las normas y resoluciones dejen de ser consideradas incluidas en la misma<sup>37</sup>.

Por ello el ideario de la separación entre el Derecho y la moral, el ser y el deber ser, es una de las principales dificultades que puede presentar el positivismo jurídico, aunque habría que diferenciar entre sus diferentes variantes.

Asumir la idea dinámica de práctica social implica considerar que el Derecho no es un mero conjunto de normas (ni siquiera, aunque se amplíe la tipología normativa, incorporando, junto a las reglas, a los principios y otros tipos de estándares) y que, por tanto, no puede ser contemplado como algo acabado, como un mero artefacto. Se trata, más bien, de verlo como una actividad, la cual es dinámica, se encuentra siempre en marcha, como una empresa en la que la persona se embarca socialmente y que está orientada a la persecución de ciertos fines considerados valiosos; lo que permite considerar que el Derecho se encuentra en permanente construcción. Esta es, en opinión de Lifante, la idea más fundamental del pensamiento iusfilosófico denominado postpositivismo jurídico y que vertebra

<sup>34</sup> Cfr. SÁNCHEZ-GEY VENEGAS, J. "Hacia un nuevo liberalismo: Razón ética" en *Actas del congreso internacional del centenario de María Zambrano*, Madrid, 2004: II. *Crisis cultural y compromiso civil en María Zambrano*, 2005, pp. 155 a 163.

<sup>35</sup> Vid. GAMBESCIA, C. *Liberalismo triste. Un recorrido de Burke a Berlin*. Ediciones Encuentro, Madrid, 2015.

<sup>36</sup> LIFANTE VIDAL, I. "Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. monográfico: «30 años de argumentación jurídica en Alicante», Núm. 46 Alicante, 2023, p. 245.

<sup>37</sup> ATIENZA, M. *Filosofía del Derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017, p. 217.

gran parte de las diversas tesis que intentan plantear en términos de actualidad reflexiva crítica el propósito del Derecho y de sus relaciones con otras prácticas sociales<sup>38</sup>.

Manuel Atienza<sup>39</sup> sostiene que los tres componentes de la razón práctica, el Derecho, la moral y la política, forman una unidad compleja, son interdependientes. Se trata, por supuesto, de cosas distintas, y que, como tal, no deben confundirse; pero eso no implica que deban separarse, como sostiene el positivismo jurídico. La tesis positivista de la separación conceptual entre el Derecho y la moral presentaría un claro efecto reduccionista al olvidar que el Derecho tiene, junto a su dimensión autoritativa, una dimensión valorativa. Es por ello, el afán de desvincularse de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral y, en este sentido, se defiende una concepción postpositivista del Derecho.

En el ámbito de la moral, según Lifante<sup>40</sup> el postpositivismo defiende lo que considera un objetivismo moral mínimo, de carácter constructivista y de inspiración kantiana; una concepción que se opondría tanto al absolutismo como al relativismo. A diferencia del absolutismo, el objetivismo se caracteriza por exponer sus juicios a la crítica racional, adhiriéndose a una concepción falibilista de la corrección en materia moral. Y, por otro lado, y a diferencia del escepticismo, considera que los valores que se atribuyen a ciertas acciones o estados de cosas (como pueda ser la protección de determinadas expectativas frente a otras, o el peso dado a cada uno de los principios en conflicto en una ponderación, etc.) no son arbitrarios, y por lo tanto no dependen de una mera preferencia personal o compartida con un determinado grupo. Estos valores se justifican, en último término, porque ayudan a satisfacer necesidades básicas de las personas o a proveerles de las capacidades indispensables para desarrollar una vida buena. Atribuir a estas razones un carácter objetivo equivale a considerar que es posible una discusión racional (controlable intersubjetivamente) sobre estos asuntos.

Este objetivismo, de una u otra manera, procura sostenerse en la idea de imparcialidad, en la línea de todos los constructivismos éticos de inspiración kantiana, incluyendo el de Rawls. Ahora bien, se señala que las aproximaciones éticas meramente procedimentalistas, dado que no incorporan ningún criterio sustantivo, acaban teniendo problemas para justificar las propias reglas del discurso.

El objetivismo moral mínimo postpositivista se entiende a partir de la comprensión de que los juicios morales son correctos o no con independencia de las preferencias individuales o de grupo. Un juicio moral es correcto cuando está sustentado por las razones que cualquier persona razonable tendría que aceptar<sup>41</sup>. Se trata, por tanto, de un objetivismo de razones. Es decir, se considera que lo objetivamente correcto sería aquello a lo que se llegaría por consenso, entendido como diálogo comunitario, fruto de una discusión en la que se respetan determinadas condiciones que, según cada autor, pueden variar algo, pero que, en el fondo, apuntan siempre en la misma dirección, hacia la idea de imparcialidad. Es un objetivismo moral, pero no un realismo moral, como bien se ha defendido.

Quizás la problemática del objetivismo moral mínimo sea muy similar a la planteada para las éticas procedimentales, si bien de manera más moderada, la cual es no dar el suficiente valor o peso a los contenidos materiales de la dimensión ética,

---

<sup>38</sup> LIFANTE VIDAL, I. "Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza", *Cit.*, p. 245

<sup>39</sup> LIFANTE VIDAL, I. "Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza", *Ib.*, p. 248

<sup>40</sup> LIFANTE VIDAL, I. "Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza", *Ib.*, p. 249.

<sup>41</sup> GONZÁLEZ LANIER, D. "El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Núm. 46, Universidad de Alicante, 2023, pp. 198 y ss.

ahora bien, ambas corrientes, como se verá, emplean ciertas nociones sustantivas que vertebran su esqueleto discursivo y que pueden disminuir las consecuencias de tal problemática.

El objetivismo moral mínimo puede entenderse como una perspectiva que no es dogmática. Se diferencia del absolutismo moral, tal como ya se manifestó, en que las razones en las que se sustentan los juicios morales son revisables, así lo explica González Lanier<sup>42</sup>. Esto quiere decir que mientras se defiende un juicio moral éste se toma como correcto, no puede sustentarse y al mismo tiempo aceptar que es falso, pero quien lo afirma debe ser sensible a las mejores razones y cambiar su juicio si se le demuestra que no es razonable. Quizás, convenga destacar que, a diferencia del procedimentalismo puro, el objetivismo mínimo no es una concepción exclusivamente formal, debido a que una concepción de la moral necesitaría algo más que la mera apelación al procedimiento (por ejemplo, a la situación ideal de habla) e incorporar (como base de la moral) algún contenido sustantivo. Éste es el papel que juega el principio de dignidad, el cual a su vez se vincula a la noción de bien común.

En cuanto a la idea de comunidad moral, donde ocurre tal deliberación, habría que entenderla como la del conjunto de participantes en la práctica moral y jurídica, como el espacio en el que las personas intercambian juicios morales, adoptan posiciones políticas, etc., empleando como referente esencial de dicha discusión las condiciones de la argumentación racional<sup>43</sup>. De todas maneras, no existe en una sociedad tan sólo una comunidad moral, sino que las hay en términos plurales y si bien es importante optar por el diálogo que posibilite resoluciones consensuadas, la ética sustancial, aquello que razonablemente manifiesta lo bueno y lo justo, deber estar implícita en la discusión referida, ya que otorga no sólo lo formal, sino que principalmente, el contenido.

Los criterios que ofrece el objetivismo moral mínimo a favor de un determinado juicio de carácter más certero, enunciado en la comunidad moral, son los que proporciona una argumentación racional sobre el tema, lo que respaldaría una pretensión de correcciones que es lo que aceptarían todas las personas razonables, a juicio de Atienza<sup>44</sup>.

Concluyendo este apartado, significaría que siempre queda abierta la posibilidad de volver a discutir aquello que, objetivamente y de manera razonable, se ha estimado como bueno y justo. Es decir, la experiencia del verdadear, aproximarse a la verdad, una invitación a conocerla juntos.

#### **4.- La dignidad humana y sus diversas dimensiones en relación con la fundamentación sobre el bien común.**

Como se manifestaba, la noción de dignidad humana cumple un papel fundamental, ya que es condición de posibilidad de la propia práctica discursiva. Y, por otro lado, también es considerada una idea fundamental en el ámbito jurídico por ser el fundamento de todos los derechos; estimándose un valor que, de alguna manera, contiene al resto de valores. Por ello se estima que la dignidad, igualdad y autonomía formarían una unidad compleja, pudiendo ser consideradas como perspectivas distintas de una misma ley moral.

Manuel Atienza<sup>45</sup> menciona que el concepto de dignidad no puede analizarse simplemente en términos descriptivos, sino que debe hacerse también en términos normativos, ya que la dignidad no sólo explica, sino que también justifica. Es un

<sup>42</sup> GONZÁLEZ LANIER, D. "El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral", *Ib.*, p. 199.

<sup>43</sup> GONZÁLEZ LANIER, D. "El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral", *Ib.*, p. 199.

<sup>44</sup> ATIENZA, M. *Filosofía del Derecho y transformación social*, *Cit.*, p. 212.

<sup>45</sup> ATIENZA, M. *La dignidad humana*, Editorial Trotta, Madrid, 2022, p. 28.

concepto normativo, y por eso se emplea para justificar los derechos humanos. También sostiene que la dignidad no es un valor que esté por encima de la igualdad o la libertad cuando se entienden estos dos últimos valores o principios en su sentido más profundo; simplemente, como sucede con las tres formulaciones del imperativo categórico kantiano, son dimensiones distintas de una misma realidad, una misma ley moral y cada una de ellas contiene a la otra. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la libertad y la igualdad, el término estudiado no pareciera que pueda emplearse para referirse a los derechos que derivan específicamente de ella, y en ese sentido sí podría decirse que la dignidad opera como límite absoluto en relación con los derechos de igualdad y de libertad<sup>46</sup>.

Pero la idea de dignidad en realidad presenta dos dimensiones distintas y no fácilmente integrables en un mismo concepto. Por un lado, implica el reconocimiento de un cierto estatus (algo así como el derecho a tener derechos), lo que remite a la idea del respeto por un individuo, a su reconocimiento como igual o semejante a nosotros. La segunda dimensión de la dignidad hace referencia a la exigencia de que el ser humano cuente con ciertos recursos necesarios para desarrollarse como persona; dicho de otro modo, a la exclusión de la miseria socioeconómica. Para entender estas dimensiones son fundamentales conceptos tales como el de persona y el de ciudadanía, pero debido a la naturaleza de este trabajo y porque el primer concepto tiene una connotación sobre todo antropológica filosófica, a continuación, se hará referencia únicamente a la concepción de ciudadanía en términos éticos, jurídicos y políticos.

Una ciudadanía compleja inserta en un estado laico moralmente pluralista debe pretender provocar la construcción respetuosa de las diversas dimensiones que configuran la identidad personal, comprometidas con la igual dignidad de las personas<sup>47</sup>.

Como consecuencia de vivir ejemplarmente con plena fidelidad hacia su razón de ser, las moralidades y las religiones deben presentar esas ofertas de vida buena que no se pueden imponer, a las que sólo desde la libertad puede invitarse ya que sólo desde la libertad pueden aceptarse<sup>48</sup>.

La cuestión de las identidades es verdaderamente central en el mundo moral, político, religioso y económico, sobre todo desde que el pensar y el sentir postmoderno insistieron en la necesidad de agudizar la sensibilidad hacia las diferencias. Ese aprecio de las diferencias permite reconocer la alteridad, reconocer a "los otros", y, en consecuencia, reconocer su identidad, que se teje desde las diferencias más que desde la homogeneidad. Es cierto que la primera Modernidad introdujo la idea de dignidad humana sobre la base de la igual capacidad de autonomía de los seres humanos (la igual capacidad de auto - obligarse), pero también es verdad que las identidades personales no se configuran sólo con los rasgos que asemejan a las personas, sino también con los que las distinguen. Agudizar la sensibilidad hacia las diferencias, reconocer la peculiaridad de las identidades, sería una de las tareas del pensar y el sentir postmoderno.

La dignidad, desde la perspectiva política y jurídica, se ha ido delimitando en una doble dirección. Por una parte, resulta ser un límite a la actuación del Estado y de otros poderes. Por otra, constituye el fundamento de la prohibición de prácticas tales como la tortura o la esclavitud y aparece aparejada a términos como Estado de Derecho, Constitución, etc. Actualmente y sin perder esta primigenia dimensión fundamental, la dignidad se vincula particularmente al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada<sup>49</sup>. Por tal motivo la dignidad de la persona resulta

---

<sup>46</sup> ATIENZA, M. *La dignidad humana, Ib.*, p. 29.

<sup>47</sup> CORTINA, A. *Justicia Cordial*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 36.

<sup>48</sup> CORTINA, A. *Justicia Cordial, Ib.*, p. 37.

<sup>49</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, F., "El respeto a la dignidad humana", en BENEYTO PÉREZ, J. M<sup>a</sup>. *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo II, Derechos fundamentales, Ed. Aranzadi,

invocada cuando se analizan temas de especial actualidad, en donde identidad y libertad, personalidad y privacidad, juegan un importante rol, constituyéndose en elementos configuradores de la misma, provocando una intervención mínima del Derecho, solo para eliminar los obstáculos que impiden su plena realización o para sancionar las incursiones estatales o de terceros en este ámbito, en relación a la denominada aplicación horizontal de los derechos fundamentales.

Se estima que la dignidad constituye el magma del que se alimentan los derechos, algunas de sus manifestaciones y límites. Por esta razón, la dignidad adquiere una dimensión personalista, independiente y autónoma que trasciende el contenido y alcance de los derechos humanos, aunque están estrechamente vinculados. Puede apreciarse en palabras de Oehling De Los Reyes<sup>50</sup> que la sociedad sólo se realiza a partir del recíproco reconocimiento de que cada hombre tiene dignidad intrínseca.

Por ello la dignidad no se otorga a las personas por la actuación ética de otros, no se concede en virtud de la familia, de la sociedad o del mismo Estado, son su propia realidad e imperatividad, las condiciones que exigen su reconocimiento y respeto irrestricto. Su carácter de fundamental es mayor que cualquier derecho subjetivo, es ella fuente de las potestades fundamentales. En tal sentido, Cisneros Laborda es de la opinión de que la dignidad y su reconocimiento son la base del pacto de convivencia, como concepto necesario incluso para la propia existencia de la Constitución<sup>51</sup>, lo cual fortalece uno de los aspectos claves del postpositivismo jurídico, el constitucionalismo teórico.

La dignidad de la persona quiere decir que ésta tiene un valor en sí misma, independiente de cualquier circunstancia o cualidad interna o externa. Por tanto, independientemente de su raza, credo, ideología, sexo, clase social, nacionalidad, etc. También independiente de su conducta, se prescinde en este caso de un juicio valórico de carácter moral.

La dignidad de la persona es ejemplo del carácter institucional, fundacional y esencial de cada ser humano, lo cual se transmite a sus propios fines que el Derecho debe proteger. Y ello implica precisamente que en la regulación jurídica y en su praxis, toda persona tiene capacidad de obrar, esto es lo que da su especial sentido a las variadas formas del estado civil, marca el alcance de las reglas sobre el patrimonio, autonomía y ejercicio de los derechos de la personalidad y justifica el deber general de respeto a la persona<sup>52</sup>.

Lo anterior supone que la dignidad constituye la esencia de la personalidad moral, no pudiéndose construir ésta sino desde la libre elección. Pero al ser el concepto de "personalidad" uno de tal naturaleza, la dignidad que es su punto de partida no podrá tener cualquier contenido sino sólo aquel que efectivamente conduzca al desarrollo moral que el ser humano como libre sujeto agente se propone<sup>53</sup>.

Pero sin duda la noción de dignidad humana tiene también un sentido práctico jurisprudencialmente reconocido, y este sentido se trasluce en diversas sentencias

---

Cizur Menor (2009), p. 292.

<sup>50</sup> OEHLING DE LOS REYES, A. *La dignidad de la persona*, Ed. Dykinson S. L., Madrid (2010), pp. 274 y siguientes.

<sup>51</sup> CISNEROS LABORDA, G., "Balance y perspectiva de la Constitución" en *Revista valenciana d' estudis autonòmics*, núm. 39 y 40, Generalitat Valenciana (2003), pp. 99 a 101.

<sup>52</sup> Vid. TORRALBA ROSELLÓ, F. *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*, Ed. Herder, Barcelona, Barcelona, 2005, pp. 87 a 89.

<sup>52</sup> ROCHA ESPÍNDOLA, M. *El principio del libre desarrollo de la personalidad en relación a la persona, el matrimonio y la familia*, Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano, Número 2 (2), Valencia, 2016, p. 49.

<sup>53</sup> ROCHA ESPÍNDOLA, M. *El principio del libre desarrollo de la personalidad en relación a la persona, el matrimonio y la familia*, *Ib.*, p. 49 y ss.

del Tribunal Constitucional<sup>54</sup>. En tales casos la dignidad se manifiesta como "*valor cardinal*", "*marco dentro del cual debe desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales*"<sup>55</sup>.

Por ello conviene estimar que de una u otra manera la relación del ciudadano y el Estado queda respaldada a través de la garantía de la dignidad, la cual presupone el respeto y protección de los derechos fundamentales mediante normas, principios y directrices estatales, ya sea que estén implícitas en el marco constitucional o en el legal. Cuanto más logrados están estos objetivos y valores, tanto más se comprende de como un Estado de Derecho es respetuoso de tal dignidad, y de su necesidad de fomentarla.

El bien común, por consiguiente, incluye el respeto irrestricto a la noción fundamental de dignidad humana y el Derecho debe dar cuenta de ello. A continuación, se desarrolla tal planteamiento.

En la actualidad, según De Ribera Martín<sup>56</sup>, la sociedad puede entenderse como la asociación de individuos que actúan juntos. Sólo existirían bienes privados, propios y ajenos, y las concurrencias de dichos bienes privados. Dado que los individuos en su simultáneo contrato social han hecho entrega parcial de sus recursos y derechos al Leviatán estatal, este es también considerado otro individuo, a pesar de su considerable tamaño y potencialidad de acción. El bien privado del Leviatán puede ser considerado bien público, pero en el mejor de los casos sería, si realmente es considerado por el pueblo, una aglomeración de intereses privados, pero respecto del cual existe una carencia de la vivencia comunitaria. Se entra pues en una dinámica del individuo versus el individuo, en el intercambio de bienes privados, y de tal manera, los individuos, frente al Leviatán, sólo pueden ser consumidores o contribuyentes del bien público; el intercambio de bienes entre el ciudadano y el Estado corre así el peligro de reducirse a una mera relación instrumental. Antes del contrato social sólo hay bienes privados, aunque uno de ellos se denomine bien público o común<sup>57</sup>.

Charles Taylor<sup>58</sup> menciona que el bien común genuino, el bien honesto frente a los bienes instrumentales es irreducible. Tal como explica, la visión de que todos los bienes sociales se podrían descomponer es una visión que se ha de abandonar porque es errónea, al estar asociada a una concepción de la sociedad en términos instrumentales básicamente, quizás por ello ayudaría la distinción entre bienes públicos, bienes que los individuos obtienen como individuos y los bienes comunes, bienes que sólo se obtienen y en los que sólo se puede participar, en cuanto miembros de un grupo y que contribuyen a la excelencia de los mismos, a su mayor dignidad, éticamente entendida.

La connotación de los denominados bienes públicos permite prestar atención al carácter comunitario de los intercambios, ya sea a nivel jurídico, social o meramente económico, tales reciprocidades requieren de la regulación propiciada por el Derecho para cuidar el sentido de justicia que muchas de ellas presentan. El bien común incluye, entonces, el justo devenir de tales tratativas, ya que requiere propiciar y mantener un clima de confianza y apoyo mutuo. En otras palabras, el Derecho entendido como práctica social y su finalidad de, en lo posible, procurar velar por la concreción de lo justo puede entenderse como una dimensión de lo que se ha entendido como bien común.

---

<sup>54</sup> OEHLING DE LOS REYES, A. *La dignidad de la persona*, Cit., pp. 362 y ss.

<sup>55</sup> STC, Pleno, núm. 235/2007 de 7 noviembre 2007, (RTC 2007/235).

<sup>56</sup> DE RIBERA MARTÍN, I. "Acción y bien de la comunión" en Granados, L y De Ribera, I (Eds) *¿Qué bien común? La comunidad en acción*, Editorial Didaskalos, Madrid, 2022, p. 33

<sup>57</sup> DE RIBERA MARTÍN, I. "Acción y bien de la comunión". *Ib.*, p. 34

<sup>58</sup> Vid. TAYLOR, CH. "Irreducibly Social Goods" en *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pp. 127 - 145.



El Derecho y la Democracia liberal no son instancias que puedan ser consideradas como naturales, sino que ambas son un artificio humano, ambas creadas para satisfacer ciertos propósitos, por ello surge la necesidad de establecer normas dotadas de coacción y un aparato de tipo burocrático, sin perjuicio el Derecho es más que eso<sup>59</sup>.

Se ha estimado que lo que genera la existencia de tales artefactos es el conflicto, la necesidad de encontrar una solución a la insociabilidad humana, por lo que surge el concepto de contrato social. Pero dicha interpretación de la sociabilidad humana puede entenderse como una visión antropológicamente pobre.

La manera de expresar la naturaleza del Derecho, desde una perspectiva iusfilosófica postpositivista, según se ha venido explicando, consiste en ver en el mismo no sólo un sistema, un conjunto de normas, sino también sobre todo una práctica social con la que se trata de alcanzar y maximizar ciertos fines y valores, destacando entre los mismos el bien común, pero permaneciendo dentro del sistema jurídico. El Derecho sería en tal sentido algo que está presente, algo que es otorgado mediante el empleo normativo de la autoridad política, pero también y de manera todavía más fundamental, una actividad, una praxis social. Los fines de tal práctica implican el conseguir un cierto orden social y asegurar una cierta idea de justicia, pero los cambios en las condiciones históricas de las sociedades, que se traducen en mutaciones en el sistema jurídico, repercuten también, en definitiva, en la forma de concebir el Derecho.

Otro aspecto importante para entender esta visión postpositivista de lo jurídico es lo que se ha denominado unidad de la razón práctica, considerando que las razones últimas son las de carácter moral, de manera que el razonamiento justificativo de un juez tiene necesariamente una dimensión moral. Lo anterior no implica que el razonamiento jurídico y la moral se confundan, sin perjuicio de que, a juicio de Atienza, todos los tipos de argumentación jurídica pueden justificarse según el discurso racional y moral<sup>60</sup>. Es decir, argumentar jurídicamente, es argumentar en términos de racionalidad moral, pero de una que lo es específicamente y más reglada que otros tipos de moralidades de tal naturaleza, debido a su perspectiva de legitimidad en la toma de decisiones, y por ello, de orientación para la comunidad política.

Asimismo, y en relación con lo anterior, es necesario defender la objetividad del discurso moral el cual descansa en gran medida, pero no únicamente en valores morales que son propiedades que se atribuyen a ciertas acciones y estados de cosas, pero no de manera arbitraria, sino porque satisfacen necesidades básicas de los individuos o les proveen de capacidades indispensables para gozar de una vida buena. El objetivismo moral implica la posibilidad de que exista una discusión racional a propósito de los valores últimos y que por consiguiente se pueda argumentar fundadamente la gradualidad de estos, en consideración a situaciones concretas que pueden tener relevancia jurídica.

## **5.- Consideraciones finales.**

Posiblemente sea difícil, aparentemente, dar consistencia doctrinal al denominado postpositivismo jurídico ya que al interior del mismo existen autores y doctrinas tan variadas que no siempre coinciden en todos los diversos puntos que el mismo implica, los cuales podrían resumirse en los siguientes, según Atienza<sup>61</sup>: Constitucionalismo teórico; No positivismo; Unidad de la razón práctica; objetivismo moral mínimo; Principios y reglas; Ponderación y subsunción; Ni formalismo ni

---

<sup>59</sup> ATIENZA, M. *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Editorial Trotta, Madrid, 2019, p. 112.

<sup>60</sup> ATIENZA, M. *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico, Ib.*, p. 135.

<sup>61</sup> ATIENZA, M. *Filosofía del Derecho y transformación social, Cit.*, pp. 130 – 146.

activismo judicial, un juez activo; Importancia de la argumentación jurídica. Lo anterior no desmerece su relieve debido a que hoy por hoy, esta manera del pensar iusfilosófico ha revitalizado la discusión sobre la importancia de la argumentación para el Derecho y sobre todo de cara a este artículo, la vinculación entre el Derecho y la moral en un ámbito constitucionalista.

Junto con lo anterior, se subraya que, este pensamiento iusfilosófico se da en las denominadas democracias liberales, regímenes que se caracterizan por dejar a los ciudadanos la libertad de determinar su propio destino en una comunidad entre iguales, ya sea en términos políticos como jurídicos, resultado de un proyecto que sobre todo tomó forma a partir del siglo XVII pero que hunde sus raíces en la baja Edad Media<sup>62</sup>.

Las democracias liberales se caracterizan por ser complejas, debido a que las decisiones políticas admiten ser valoradas por parámetros procedimentales y sustanciales, y las distintas teorías sobre la democracia debaten la forma correcta de su articulación. Pero, por tal motivo, el postpositivismo jurídico debe subrayar la importancia al entendimiento de la contingencia del mundo colectivo y los límites del Derecho, lo cual tiene directa relación con entenderlo como práctica social<sup>63</sup>.

Josep Aguiló<sup>64</sup> explica que el Derecho es una realidad social muy enmarañada, pero sin embargo flexible, que desborda un supuesto marco de certezas, pero que no renuncia a la objetividad. En tal sentido, en primer lugar, debe considerarse la existencia, la estructura y los contenidos del Derecho, los cuales dependen radicalmente de las creencias de todas las personas que viven y conviven en el universo jurídico. El Derecho no es, pues, algo que está fuera de los seres humanos, sino algo que depende muy centralmente de su propia práctica social. En segundo lugar, debiera congeniarse, por consiguiente, la objetividad del Derecho comprendida en sus normas y procedimientos con su práctica. Por tal motivo, debe estimarse una reflexión de lo que implica conocer el fenómeno jurídico, pues éste ya no puede pretender ser meramente descriptivo, sino que también valorativo, por lo cual resulta esencial considerar el objetivismo moral, ya que la práctica jurídica está dotada de sentido<sup>65</sup>.

No hay forma de crear un mundo social justo sino a través de legisladores (y ciudadanos) responsables moralmente y dispuestos a decidir de acuerdo con las mejores razones disponibles, identificando obligaciones colectivas y creando derechos.

García Amado<sup>66</sup> explica que el objetivismo moral mantiene que es posible diferenciar entre juicios morales (o sus correspondientes enunciados) correctos o incorrectos, aun cuando ese carácter de correctos o incorrectos no dependa necesariamente de la correspondencia entre el contenido de esos juicios y el contenido preexistente e independiente de los valores morales. Esto quiere decir que todo realismo moral (unido al cognitivismo moral) es un supuesto de objetivismo moral, pero que no todo objetivismo moral es necesariamente fruto de un realismo moral. Puede haber, en suma, un objetivismo moral no vinculado al realismo moral. Pero dicha reflexión es criticada por Misseri, debido a que, al interior de la postura del objetivismo moral

---

<sup>62</sup> Vid. BARON, H. *En busca del humanismo cívico florentino: Ensayos sobre el cambio del pensamiento medieval moderno*. Editorial Fondo de cultura económica, Madrid, 1995.

<sup>63</sup>[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2393-61932019000100049](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932019000100049) (Visto el 21 de octubre de 2024)

<sup>64</sup> AGUILÓ REGLA, J. "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Núm. 30, Universidad de Alicante, 2007, p. 674.

<sup>65</sup> AGUILÓ REGLA, J. "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", *Ib.*, p. 674.

<sup>66</sup> GARCÍA AMADO, J. A. "Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza" en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 27, Universidad de León, 2020, p. 18 y 19

mínimo, que es la que principalmente influye en el postpositivismo jurídico estudiado, se plantea una visión cognitivista (la cual afirma que hay conocimiento ético), aunque también falibilista (acepta que los errores son posibles y frecuentes por lo cual rechaza el absolutismo). No presupone la idea de verdad moral (en su lugar se apoya en la idea de corrección) ni la de hecho moral (se apoya en la idea de objetividad de las razones). Por tanto, el objetivismo moral mínimo se apoya en la posibilidad de ofrecer razones en favor de la corrección de una acción o estado de cosas que otros puedan cuestionar<sup>67</sup>.

En consonancia con lo anterior, la elaboración de un proyecto de bien común justamente implica la objetividad de diversas razones de matiz moral, político y social, el cual para la sociedad debe realizarse a partir de los planteamientos de justicia más que desde las distintas concepciones del bien en las que sería posible la ocurrencia de variados conflictos y que imposibilita un proyecto de sociedad medianamente aceptado por todos, al menos en los términos de lo que se entiende por democracia liberal.

Sin perjuicio, la prioridad de los principios de justicia no supone la exclusión total de las concepciones de bien para la articulación de la sociedad. Ya que las mismas realizan una aportación muy importante en la vida personal de los individuos y en las diversas comunidades con concepciones de vida buena presentes en la sociedad, aportándoles sentido e identidad, lo que no es una función implícita para cada Estado ni tampoco de las estructuras normativas también presentes en la sociedad, pero que asimismo tampoco están tan lejanas a tales concepciones.

Por ello, se puede inferir que en el ordenamiento jurídico subyace un concepto de bien común que busca coordinar los beneficios de la pluralidad humana para procurar vislumbrar un bien más inclusivo. Lo cual permite una mayor aceptación del papel de las concepciones más comprensivas, incluidas las de inspiración religiosa, como un apoyo importante para una democracia liberal de carácter constitucional que se fundamenta en cierta razón pública que también contribuye a entender y poner en praxis al Derecho<sup>68</sup>.

### **Bibliografía de referencia**

- AGUILÓ REGLA, J. "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Núm. 30, Universidad de Alicante, 2007.
- APEL, K. O. "Globalización y necesidad de una ética universal: el problema a la luz de una concepción pragmático-trascendental y procedimental de la ética discursiva" en Cortina Orts, A.; García Marzá, D. (Edits.) *Razón pública y éticas aplicadas: los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, 2003.
- ATIENZA, M. *Filosofía del Derecho y transformación social*, Editorial Trotta, Madrid, 2017.
- ATIENZA, M. *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*, Editorial Trotta, Madrid, 2019.
- ATIENZA, M. *La dignidad humana*, Editorial Trotta, Madrid, 2022.
- BARON, H. *En busca del humanismo cívico florentino: Ensayos sobre el cambio del pensamiento medieval moderno*. Editorial Fondo de cultura económica, Madrid, 1995.
- BELLO REGUERA, G. "Alteridad, vulnerabilidad migratoria y responsabilidad asimétrica" en *Dilemata*, Nº. 3, Madrid, 2010.
- CEREZO GALÁN, P. *Democracia y virtudes cívicas*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

<sup>67</sup> MISSERI, L. E. "Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 46, 2023, pp. 297-319

<sup>68</sup> DÉNIZ HERNÁNDEZ, C. *El Bien común: ¿Un paradigma de la política de hoy? Estudio en la reflexión contemporánea y en la Doctrina Social de la Iglesia*, Instituto Superior de Teología de Islas Canarias, Sede Gran Canaria, Zamora, 2006, pp. 407 y 408

- CISNEROS LABORDA, G., "Balance y perspectiva de la Constitución" en *Revista valenciana d' estudis autonòmics*, núm. 39 y 40, Generalitat Valenciana (2003).
- CONSTANT, B. *La libertad de los modernos*. Edición de Rivero, A., Alianza editorial, Madrid, 2019.
- CORTINA, A.; GARCÍA MARZÁ, D. (Edits.) *Razón pública y éticas aplicadas: los caminos de la razón práctica en una sociedad pluralista*, 2003.
- CORTINA, A. "Republicanismo moral y educación", en (Conill y Crocker (Eds.)). *Republicanismo y educación cívica. ¿Más allá del liberalismo?* Editorial Comares, Granada, 2003.
- CORTINA, A. *Justicia Cordial*, Editorial Trotta, Madrid, 2010, p. 36.
- DE RIBERA MARTÍN, I. "Acción y bien de la comunión" en Granados, L y De Ribera, I (Eds) *¿Qué bien común? La comunidad en acción*, Editorial Didaskalos, Madrid, 2022.
- DE WAAL, F. *La edad de la empatía. Lecciones de la naturaleza para una sociedad más justa y solidaria*, Tusquets, Barcelona, 2011.
- DÉNIZ HERNÁNDEZ, C. *El Bien común: ¿Un paradigma de la política de hoy? Estudio en la reflexión contemporánea y en la Doctrina Social de la Iglesia*, Instituto Superior de Teología de Islas Canarias, Sede Gran Canaria, Zamora, 2006.
- DREIER, H. *La república de Kant*. Editorial Universidad Externado, Colombia, 2018.
- DUMONT, B. "Cuando el bien común "no se realiza": los deberes de justicia general en situación de poder ilegítimo" en Ayuso, M. (coord.) *El bien común: cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Fundación Elías Tejada. Itinerarios, Madrid, 2013.
- DWORKIN, R. *A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985.
- GAMBESCIA, C. *Liberalismo triste. Un recorrido de Burke a Berlin*. Ediciones Encuentro, Madrid, 2015.
- GARCÍA AMADO, J. A. "Objetivismo moral y derecho. Argumentos para el debate con Manuel Atienza" en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 27, Universidad de León, 2020.
- GONZÁLEZ LANIER, D. "El barón y el tábano. Sobre los límites del argumento trascendental y el objetivismo moral" en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Núm. 46, Universidad de Alicante, 2023.
- GRACIA CALANDÍN, J. "¿Lo justo versus lo bueno?: sobre lo justo en la filosofía de Charles Taylor" en *Pensamiento: Revista de investigación e Información filosófica*, Vol. 68, Nº 257, Madrid, 2012 (ejemplar dedicado a: Ser e identidad en la filosofía política).
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., "El respeto a la dignidad humana", en BENEYTO PÉREZ, J. M<sup>a</sup>. *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo II, Derechos fundamentales, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- LIFANTE VIDAL, I. "Diez ideas sobre el pensamiento iusfilosófico de Manuel Atienza" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Núm. monográfico: «30 años de argumentación jurídica en Alicante», Núm. 46 Alicante, 2023.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, R. "El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional" en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Nº. 23, Madrid, 2011.
- MARITAIN, J. *El hombre y el Estado*. Encuentro editorial, Madrid, 2023.
- MCCALL, B. "¿Qué tipo de bien es John Finnis? Un estudio sobre el bien personal y común en «Natural Law and Natural Rights»" en *Persona y Derecho*, Núm. 83 (2020): Cuarenta años de la publicación de Natural Law and Natural Rights de John Finnis [II] (José Antonio Retamar, coord.), Pamplona, 2020.
- MISSERI, L. E. "Manuel Atienza y el laberinto de su objetivismo moral mínimo: constructivismo metaético y dignidad humana" en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 46, 2023.
- NIETO BLANCO, C. *Discurso sobre la democracia*, Ediciones Universidad de Cantabria, 2020.

- OEHLING DE LOS REYES, A. *La dignidad de la persona*, Ed. Dykinson S. L., Madrid, 2010.
- RECUERO ASTRAY, J. R. *El bien común en la filosofía clásica y moderna*. Instituto Robert Schuman de Estudios Europeos, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, 2023.
- REYES MATE, M. *Tratado de la injusticia*. Editorial Anthropos, segunda edición, Barcelona, 2018.
- ROCHA ESPÍNDOLA, M. *El principio del libre desarrollo de la personalidad en relación a la persona, el matrimonio y la familia*, Cuadernos Jurídicos del Instituto de Derecho Iberoamericano, Número 2 (2), Valencia, 2016.
- RUIZ SOROA, J.M. *El esencialismo democrático*, Editorial Trotta, Madrid, 2012.
- SÁNCHEZ-GEY VENEGAS, J. "Hacia un nuevo liberalismo: Razón ética" en *Actas del congreso internacional del centenario de María Zambrano*, Madrid, 2004: II. *Crisis cultural y compromiso civil en María Zambrano*, 2005.
- TAYLOR, CH. "Irreducibly Social Goods" en *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.
- TORRALBA ROSELLÓ, F. *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*, Ed. Herder, Barcelona, Barcelona, 2005.
- URRUTIA LEÓN, M. "Neorrepblicanismo y virtudes cívicas. la necesidad de una ética ciudadana" en *Pensamiento - Revista de Investigación e Información Filosófica*, Universidad Pontificia de Comillas, Vol. 79, Nº 304, 2023 (Ejemplar dedicado a: Encrucijadas del pensamiento en su historia).
- VELASCO, D. "Republicanismo y cristianismo" en *Estudios de Deusto*, vol. 49/1, enero-junio, Bilbao, 2001.
- VIGO, R. L., "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias", "Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias" en CARBONELL SÁNCHEZ, M, FIX FIERRO, H. VALADÉS, D. (Coords.) *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Estado constitucional, tomo IV, volumen 2, UNAM, México, 2015.



© **Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinário (2024), pp. 230-245  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **Os benefícios fiscais às empresas e o seu contributo para o desenvolvimento empresarial**

*Tax benefits for companies and their contribution to business development*

**José de Campos Amorim<sup>1</sup>**

*Iscap - Politécnico do Porto*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Enquadramento geral dos benefícios fiscais; 3. Tipos de benefícios fiscais em sede de IRC; 3.1. Os BCIP como forma de desenvolvimento da economia nacional e regional; 3.2. O RFAI como incentivo ao desenvolvimento empresarial; 3.3. SIFIDE como incentivo fiscal à investigação e ao desenvolvimento das empresas; 3.4. O ICE e o aumento de capital social; 3.5. O IFVS como incentivo à motivação dos trabalhadores; 4. Conclusão.

**Resumo:** O sistema fiscal disponibiliza todo um conjunto de benefícios fiscais em sede de IRC com vista a contribuir para o desenvolvimento das empresas e estimular a economia nacional. Estes benefícios fiscais consistem na redução ou na isenção de impostos, permitindo assim uma diminuição da carga fiscal e a possibilidade de estimular a atividade económica. Estão benefícios fiscais estão previstos no Código do IRC, no Estatuto dos Benefícios Fiscais e no Código Fiscal do Investimento, onde constam os mais diversos tipos de benefícios objeto desta análise, cujos resultados alcançados evidenciam uma real poupança fiscal para as empresas.

**Palavras-chave:** despesas, investimentos, benefícios fiscais, deduções à coleta, IRC.

**Abstract:** The tax system offers a number of tax benefits in the area of corporate income tax, with the aim of contributing to the development of companies and stimulating the national economy. These tax benefits consist of tax reductions or exemptions, thus reducing the tax burden and stimulating economic activity. These tax benefits are provided for in the Corporate Income Tax Code, the the Tax Benefits Statute and the

---

<sup>1</sup> Doutorado em Direito Público pela Universidade de Evry em França. Professor Coordenador de Direito Fiscal. Membro do Conselho Científico do ISCAP. Membro do Centro de Estudos Organizacionais e Sociais do Politécnico do Porto (CEOS). Árbitro Tributário no Centro de Arbitragem Administrativa.

Investment Tax Code, which include the various types of benefits analysed here, the results of which show real tax savings for companies.

**Keywords:** expenses, investments, tax benefits, tax deductions, corporate income tax.

## 1. Introdução

Estão previstos no Código do IRC, no Estatuto dos Benefícios Fiscais e no Código Fiscal do Investimento vários incentivos fiscais, através de isenções, reduções ou deduções fiscais, com vista a beneficiar os mais diversos setores de atividades económicas. Estes incentivos fiscais visam, por um lado, uma diminuição da carga fiscal e, por outro, contribuam para o desenvolvimento económico.

A política fiscal do Estado tem um papel importante na medida em que pode influenciar a tomada de decisão e, neste sentido, pode afetar o crescimento económico<sup>2</sup>. Para o desenvolvimento das empresas, o sistema português dispõe de um conjunto de benefícios fiscais, entre os quais podemos destacar os Benefícios Fiscais Contratuais ao Investimento (BFCIP), o Regime Fiscal de Apoio ao Investimento (RFAI), o Sistema de Incentivos Fiscais à Investigação e Desenvolvimento Empresarial (SIFIDE), o Incentivo à Capitalização das Empresas (ICE) e o Incentivo Fiscal à Valorização Salarial (IFVS). São incentivos fiscais destinados fundamentalmente ao desenvolvimento de micro, pequenas e médias empresas.

De referir que estes benefícios regem-se pelas orientações da União Europeia (UE) em matéria de auxílio regional, os quais têm por base o Regulamento (UE) 2021/241 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de fevereiro de 2021, que cria o Mecanismo de Recuperação e Resiliência (MRR), o Regulamento (UE) n.º 651/2014, da Comissão Europeia, de 16 de junho de 2014, que aponta os auxílios compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do atual Tratado Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC), e seguem também as diversas orientações técnicas aprovadas pela Estrutura de Missão “Recuperar Portugal” (EMRP). Com base nestes Regulamentos, o Estado português aprovou o Regulamento do Sistema de Incentivos “Empresas 4.0”, através da Portaria n.º 135-A/2022, de 1 de abril. Todos estes Regulamentos têm em vista regular a aplicação dos benefícios fiscais e assegurar o desenvolvimento empresarial.

De acordo com os dados estatísticos publicados pela Autoridade Tributária e Aduaneira<sup>3</sup>, os sujeitos passivos têm vindo a utilizar abundantemente os incentivos fiscais ao investimento e tirar partido das vantagens em termos deduções à coleta e ao rendimento em sede de IRC. Além das deduções ao rendimento ou à coleta, os benefícios fiscais podem possibilitar uma isenção definitiva ou temporária, uma redução de taxa, amortizações e reintegrações aceleradas, sendo que de todos os

---

<sup>2</sup> CASTRO, C. “Política Fiscal e Crescimento Económico”, *Tékhnē - Revista de Estudos Politécnicos*, 2006, nº 5/6, p. 87-118. Disponível em: [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S164599112006000100006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S164599112006000100006&lng=pt&nrm=iso)

<sup>3</sup> <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/dgci/divulgacao/estatisticas/Pages/default.aspx>

incentivos fiscais previstos as deduções à coleta são os principais benefícios fiscais atribuídos em sede de IRC, conforme resultante do BFCIP, RFAI e SIFIDE II<sup>4</sup>.

Tendo em conta o seu impacto na vida das empresas, importa analisar a importância de cada um destes benefícios e ver as vantagens para as empresas em termos de poupança fiscal. Para confirmar a verdadeira poupança fiscal em matéria de IRC, iremos analisar os principais tipos de benefícios fiscais de acordo com o regime previsto no Estatuto dos Benefícios Fiscais, no Código Fiscal do Investimento e nos respetivos códigos fiscais.

## 2. Enquadramento geral dos benefícios fiscais

O sistema fiscal português promove e valoriza os benefícios fiscais com vista ao crescimento económico das empresas. De forma a incentivar este crescimento, foram criados vários tipos de benefícios fiscais destinados a potenciar a competitividade de determinados setores de atividade económica.

Os benefícios fiscais ao investimento encontram-se previstos no Código de IRC, no Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF) e no Código Fiscal do Investimento (CFI)<sup>5</sup>. São incentivos que têm vindo a evoluir ao longo do tempo em função das necessidades das empresas e do interesse do Estado em captar um maior número de investidores externos.

De referir que o conceito de benefícios fiscais enquadra-se no artigo 2º, n.º 1 do EBF, que os definem como sendo “medidas com carácter excecional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem”. Estes benefícios fiscais diminuem a carga tributária dos contribuintes, com a redução ou isenção de impostos, e, conseqüentemente, estimulam alguns dos setores fundamentais da economia<sup>6</sup>.

Existe toda uma série de benefícios fiscais, que podemos classificar em benefícios fiscais temporários e permanentes, sendo os benefícios fiscais temporários estabelecidos por um determinado período em que a lei determina expressamente o prazo de vigência, nos termos do qual caducam, e os benefícios fiscais permanentes que se caracterizam por não terem uma duração temporal predefinida<sup>7</sup>. São também definidos com tendo objetivos extrafiscais na medida em que visam incentivar à prática de determinados tipos de comportamentos económicos.

O EBF, no seu art.º 5.º, classifica os benefícios fiscais de modo automático, quando resultam direta e imediatamente da lei, como sucede no caso, por exemplo, do art.º 19.º do EBF em matéria de criação de emprego ou do art.º 21.º sobre os fundos de poupança reforma ou plano de poupança reforma, ou ainda determina que estão sujeitos a reconhecimento, tal como se verifica, por exemplo, no caso dos bens

---

<sup>4</sup> AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA, *Incentivos fiscais ao investimento em Portugal*, 2020. Disponível em: [https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/apoio\\_contribuinte/Folhetos\\_informativos/Documentos/Folheto\\_Investimento\\_em\\_Portugal.pdf](https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/apoio_contribuinte/Folhetos_informativos/Documentos/Folheto_Investimento_em_Portugal.pdf)

<sup>5</sup> MARQUES, R. & MARTINS REIS, S. *Código Fiscal do Investimento. Anotado e Comentado*, Almedina, 2022.

<sup>6</sup> GUEDES DE OLIVEIRA, F. (Coordenadora). *Os Benefícios Fiscais em Portugal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 2019, n.º 217; ZEFERINO FERREIRA, R.M. & TEIXEIRA, G. *Benefícios e Incentivos Fiscais: EBF e CFI*. Códigos Anotados e Comentados, Lexit, 2017.

<sup>7</sup> ROMÃO, F., CASTRO CALDAS, A., & ESTEVÃO GONÇALVES, S. Benefícios fiscais temporários: Os efeitos da sua alteração ou revogação antecipada. *Actualidad Jurídica*, 2013, n.º 35, p. 27–42.



imóveis (art.º 45.º do EBF) e dos prédios urbanos objeto de reabilitação urbana (art.º 44.º do EBF).

Para as entidades que exerçam, a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, bem como as não residentes com estabelecimento estável em território português, o artigo 92.º do CIRC limita a utilização de benefícios fiscais até 10% do IRC liquidado do sujeito passivo num dado período de tributação. Ou seja, o imposto liquidado nos termos do n.º 1 do artigo 90.º, líquido das deduções previstas nas alíneas a) a c) do n.º 2 do mesmo artigo, não pode ser inferior a 90 % do montante que seria apurado se o sujeito passivo não usufrísse de benefícios fiscais e do regime previsto no n.º 13 do artigo 43.º do CIRC respeitante às contribuições suplementares para fundos de pensões e equiparáveis destinadas à cobertura de responsabilidades com benefícios de reforma.

Contudo, há vários benefícios fiscais que estão excluídos deste limite, como é o caso dos benefícios de natureza contratual; do Sistema de incentivos fiscais em investigação e desenvolvimento empresarial II (SIFIDE II); dos benefícios fiscais às zonas francas previstos nos artigos 33º e seguintes do EBF; do Regime fiscal de apoio ao investimento (RFAI); do Regime fiscal de incentivo à capitalização das empresas (ICE); do Regime de incentivo fiscal à valorização salarial (IFVS); dos donativos a instituições particulares de solidariedade social e a organizações não governamentais sem fim lucrativos<sup>8</sup>.

Os benefícios fiscais dependentes de reconhecimento não podem ser concedidos, segundo o n.º 1 do art.º 13.º do EBF, quando o sujeito passivo tenha dívidas fiscais ou tenha deixado de efetuar o pagamento das contribuições para a segurança social. Se a situação contributiva do sujeito passivo não se encontrar regularizada deixa de poder obter benefícios fiscais.

Todos estes benefícios são de uma importância fundamental para as pessoas que investem em novos setores de atividade e que, com isto, pretendem criar novos postos de trabalho e contribuir assim para o desenvolvimento da economia nacional.

### **3. Tipos de benefícios fiscais em sede de IRC**

#### **3.1. Os BCIP como forma de desenvolvimento da economia nacional e regional**

Estes Benefícios Fiscais Contratuais ao Investimento Produtivo (BCIP), conforme se encontram regulamentados nos artigos 2º e 21º do CFI, podem ser concedidos, em regime contratual, relativamente aos projetos de investimento realizados até 31 de dezembro de 2027, cujas aplicações relevantes sejam iguais ou superiores a 3.000.000,00€, com um período de vigência até 10 anos a contar desde o ano da conclusão do projeto de investimento (artigo 2º, n.º 1 do CFI).

Estes benefícios fiscais visam as atividades económicas definidos no artigo 2º, n.º 2 do CFI e respeitantes à indústria extrativa e transformadora, ao turismo, às atividades e serviços informáticos, às atividades agrícolas, aquícolas, piscícolas, agropecuárias e florestais, às atividades de investigação e desenvolvimento, às tecnologias de informação, à defesa, ambiente, energia e telecomunicações e às atividades de centros de serviços partilhados.

São atribuídos aos projetos de investimento inicial considerados relevantes, que demonstrem ter viabilidade técnica, económica e financeira, que proporcionem

---

<sup>8</sup> SILVA, S. & RIBEIRO, D., Principais benefícios fiscais ao investimento em vigor em 2023, *Revista Contabilista*, n.º 290, junho de 2024. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/1DLY4IprAY5sWLSZJLYUm\\_B-GVw4WLvQ/view](https://drive.google.com/file/d/1DLY4IprAY5sWLSZJLYUm_B-GVw4WLvQ/view)

a criação ou manutenção de postos de trabalho e que contribuem para o desenvolvimento estratégico da economia nacional ou que participam na redução das assimetrias regionais ou ainda que visam impulsionar a inovação tecnológica, a investigação científica, a melhoria do ambiente, a competitividade e a eficiência produtiva, devendo pelo menos preencher uma destas condições, segundo o artigo 4º, n.º 1 do CFI.

Para poder obter este benefício, o artigo 4º, n.º 2 do CFI determina que o projeto de investimento tem de ser apresentado como um projeto inicial, que esteja relacionado com a criação de um novo estabelecimento ou com o aumento da capacidade do estabelecimento já existente ou ainda com a diversificação da produção desse estabelecimento em termos de produtos novos, que não tenham sido fabricados anteriormente, ou que resulte de uma alteração fundamental do processo global de produção do estabelecimento já existente.

Além destas condições, os promotores deste projeto devem, segundo o artigo 6º, n.ºs 1 e 4 do CFI, manter os investimentos na região por um período mínimo de três anos no caso de PME ou de cinco anos nos restantes casos, caso contrário, os promotores podem perder a totalidade dos benefícios fiscais concedidos, acrescidos dos respetivos juros compensatórios nos termos do art.º 35 da LGT “quando, por facto imputável ao sujeito passivo, for retardada a liquidação de parte ou da totalidade do imposto devido ou a entrega de imposto a pagar antecipadamente, ou retido ou a reter no âmbito da substituição tributária”.

O BFCIP consiste, na prática, segundo o artigo 8º do CFI, num crédito de imposto, entre 10% e 25% das aplicações relevantes a deduzir ao montante da coleta de IRC apurada no período de tributação em que foi realizado, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 90.º do CIRC. De referir que, no caso de o crédito de imposto não ser integralmente dedutível por falta de coleta suficiente, pode ser contudo utilizado, nas mesmas condições, nos períodos de liquidação seguintes até ao termo da vigência do contrato. No caso de criação de empresas, a dedução à coleta pode corresponder ao total da coleta apurada em cada período de tributação (art. 8, n.º 3, al. a) do CFI). Nas empresas já existentes, não pode exceder o maior valor entre 25% do total do benefício fiscal concedido ou 50% da coleta apurada em cada período de tributação. Além da dedução à coleta, podem beneficiar de isenção ou redução de IMI e de IMT relativamente às aquisições de prédios incluídos no plano de investimento e realizados durante o período de investimento e ainda de isenção do Imposto do Selo relativamente a todos os atos ou contratos necessários à realização do projeto de investimento.

O objetivo deste benefício é incentivar ao investimento em determinadas regiões NUTS 2 e 3 (Nomenclatura Comum das Unidades Territoriais Estatísticas)<sup>9</sup> e permitir assim a criação de novos postos de trabalho, com a atribuição de majorações, segundo o seu artigo 9º, em funções do índice per capita do poder de compra e do número de criação de postos de trabalho.

Para tal, está prevista uma lista de despesas elegíveis para efeitos de atribuição dos benefícios fiscais, as quais devem estar associadas a investimentos em ativos fixos tangíveis<sup>10</sup>, com exceção, nomeadamente, de terrenos, edifícios, viaturas ligeiras ou mistas, mobiliário e artigos de conforto ou decoração, equipamentos sociais e outros bens de investimento que não sejam afetos à

<sup>9</sup> Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:g24218>

<sup>10</sup> Podem ser adquiridos em regime de locação financeira, desde que seja exercida a opção de compra prevista no respetivo contrato durante o período de vigência do mesmo.

exploração da empresa; ativos intangíveis, constituídos por despesas com transferência de tecnologia e custos salariais com a criação de postos de trabalho<sup>11</sup>. De referir, por último, que este benefício não é cumulável com quaisquer outros benefícios fiscais da mesma natureza relativamente às mesmas aplicações relevantes, incluindo os benefícios fiscais de natureza não contratual (artigo 13.º do CFI).

### **3.2. O RFAI como incentivo ao desenvolvimento empresarial**

O Regime Fiscal de Apoio ao Investimento (RFAI) rege-se pelo Regulamento (UE) n.º 651/2014, de 16 de junho de 2014, que prevê as categorias de auxílios compatíveis com o mercado interno, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do Tratado, publicado no Jornal Oficial da União Europeia n.º L 187, de 26 de junho de 2014, e encontra-se previsto nos art.ºs 26º a 32º do CFI, na Portaria 297/2015, de 21 de dezembro e na Portaria 282/2014, de 30 de dezembro. Este benefício visa promover o crescimento económico, a criação de emprego e a sustentabilidade ambiental. Recentemente, o Orçamento de Estado para 2022 veio prorrogar este benefício até ao ano de 2027.

Trata-se de um auxílio de Estado, com finalidade regional, destinado às empresas que investem em novos fatores de produção com vista ao seu desenvolvimento e ao reforço da sua competitividade e que exercem uma atividade económica nos setores especificamente previstos no n.º 2 do artigo 2.º do CFI, com exceção das atividades excluídas do âmbito setorial de aplicação das Orientações Relativas aos Auxílios com finalidade regional (OAR) e do Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC).

As atividades económicas abrangidas correspondem aos códigos da Classificação Portuguesa de Atividades Económicas, Revisão 3 (CAE Rev.3), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 381/2007, de 14 de novembro, de acordo com o estipulado no art.º 2.º da Portaria 282/2014, de 30 de dezembro, e dizem respeito às atividades desenvolvidas nos setores das indústrias extrativas, indústrias transformadoras, alojamento, restauração e similares, atividades de edição, atividades cinematográficas, de vídeo e de produção de programas de televisão, consultoria e programação informática e atividades relacionadas, atividades de processamento de dados, domiciliação de informação e atividades relacionadas e portais Web, atividades de investigação científica e de desenvolvimento, atividades com interesse para o turismo e atividades de serviços administrativos e de apoio prestados às empresas.

Não são elegíveis para tal benefício fiscal os setores da siderurgia, do carvão, da pesca e da aquicultura, da produção agrícola primária, da transformação e comercialização de produtos agrícolas enumerados no anexo i) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, da silvicultura, da construção naval, das fibras sintéticas, dos transportes e das infraestruturas conexas e da produção, distribuição e infraestruturas energéticas.

Trata-se de um instrumento de apoio ao investimento em ativos não correntes (ativos fixos tangíveis e ativos intangíveis), realizado em determinados setores de atividade e de natureza regional, que consiste na dedução à coleta de IRC, na isenção

---

<sup>11</sup> O custo total suportado pelas empresas em relação aos postos de trabalho inclui o salário bruto antes de impostos, as contribuições obrigatórias para a segurança social, o seguro de acidentes de trabalho, os encargos com a guarda de crianças e ascendentes, bem como outros encargos de origem legal ou advenientes de regulamentação coletiva de trabalho.

do imposto do selo e na redução ou isenção do IMI e IMT, relativamente a imóveis que tenham sido adquiridos no âmbito destas atividades económicas.

É um benefício fiscal setorial aplicável às entidades que desenvolvem, a título principal ou secundário, atividades elegíveis, que disponham, segundo o artigo 22º, n.º 4 do CFI, de contabilidade organizada, o lucro tributável não seja determinado por métodos indiretos, não tenham dívidas ao Estado e à Segurança Social e não estejam com dificuldades financeiras, de acordo com o artigo 35º do CSC.

Para beneficiar deste apoio, a entidade deve manter os bens objeto de investimento durante pelo menos 3 anos no caso de se tratar das PME e 5 anos nos restantes casos e quando inferior, no mínimo durante o período de vida útil do bem ou até ao momento que se verifique o seu abate físico, desmantelamento, abandono ou inutilização, segundo as regras previstas no artigo 31.º-B do CIRC, e realizar investimentos relevantes que proporcionem a criação de postos de trabalho e a sua manutenção até ao final do período mínimo de manutenção dos bens.

No caso de incumprimento deste requisito, dever ser adicionado ao IRC relativo ao período em que a empresa alienou os bens objeto do investimento, o IRC que deixou de ser liquidado em virtude do RFAI, acrescido dos correspondentes juros compensatórios majorados em 10 pontos percentuais, de acordo com o artigo 26 do CFI.

Relativamente à criação de postos de trabalho, a entidade deve celebrar contratos de trabalho sem termo, abrangendo a admissão de novos trabalhadores ou de trabalhadores que já se encontrem na empresa, com termo resolutivo, e que que passem a ter um contrato de trabalho sem termo. Sendo um dos principais requisitos de elegibilidade do RFAI, os postos de trabalho devem estar diretamente ligados ao investimento e resultar num aumento líquido do número de trabalhadores relativamente à média dos 12 meses anteriores<sup>12</sup>.

Tal entendimento se encontra confirmado na informação vinculativa de 04.04.2011<sup>13</sup>, que determina que a criação de posto de trabalho está associada à “admissão de trabalhadores através da celebração de contrato de trabalho sem termo (ou por tempo indeterminado), abrangendo a admissão de trabalhadores novos e de trabalhadores que já estivessem na empresa mas ao abrigo de um contrato com termo. Esta condição considera-se cumprida quando, à data de 31 de do ano em análise, se verifique um aumento líquido do número de trabalhadores relativamente à média dos 12 meses precedentes. Esse aumento líquido pode acontecer com a admissão de um único trabalhador.” De facto, o RFAI exige que “do investimento inicial realizado resulte um aumento do número de trabalhadores ao serviço da empresa”<sup>14</sup>.

Acresce ainda a informação vinculativa de 04.04.2011 que “Caso o investimento realizado constitua, tão só, adições às imobilizações em curso, elegíveis, a criação de postos de trabalho só pode ser aferida no final do período de tributação em que o investimento estiver concluído. A criação de postos de trabalho não fica prejudicada se o(s) trabalhador(es) elegível(is) desempenhar(em) funções auxiliares ou administrativas, desde que esses postos de trabalho tenham sido

---

<sup>12</sup> Informação vinculativa, processo 2010 002853, PIV n.º 1212. Cf. [https://www.taxfile.pt/file\\_bank/news1411\\_7\\_1.pdf](https://www.taxfile.pt/file_bank/news1411_7_1.pdf)

<sup>13</sup> Processo n.º 2010 001800, PIV n.º 818, com Despacho de 2010-07-16, do Diretor-Geral.

<sup>14</sup> CAAD, Proc. n.º 156/2022T, de 13 de janeiro de 2023. Disponível em: [https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?s\\_processo=156%2F2022-T&s\\_data\\_ini=&s\\_data\\_fim=&s\\_resumo=&s\\_artigos=&s\\_texto=&id=6878](https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?s_processo=156%2F2022-T&s_data_ini=&s_data_fim=&s_resumo=&s_artigos=&s_texto=&id=6878)

proporcionados pelo próprio investimento. A empresa tem de manter os postos de trabalho no decorrer dos 5 anos. A manutenção respeita à totalidade de postos de trabalho que foram criados na sequência do investimento". O que significa que se os postos de trabalho criados não forem mantidos durante o decurso do período de manutenção obrigatório exigível (5 anos), aplica-se a parte final do n.º 2 do art.º 14.º do EBF, caducando o benefício fiscal. Para as empresas classificadas como PME o prazo é de 3 anos.

Para ter acesso a este benefício fiscal, os investimentos realizados devem estar relacionados com um "investimento inicial", isto é, devem estar associados à criação de um novo estabelecimento, ao aumento da capacidade produtiva do estabelecimento já existente, à diversificação da produção dos produtos que não tenham sido fabricados anteriormente ou à alteração fundamental do atual processo de produção.

Para tal, as despesas elegíveis, constantes do artigo 22º, n.º 2 do CFI, devem respeitar a investimentos afetos à exploração da empresa, estar relacionados com ativos fixos tangíveis, adquiridos em estado novo, com exceção de terrenos (salvo destinados à exploração), edifícios (salvo instalações fabris ou afetas a atividades administrativas), viaturas ligeiras de passageiros ou mistas, mobiliário e artigos de conforto e decoração (salvo equipamentos hoteleiros afetos à exploração turística), equipamentos sociais, outros bens que não estejam afetos à exploração da empresa; com ativos intangíveis (constituídos por despesas com transferência de tecnologia, nomeadamente através da aquisição de direitos de patentes, licenças, «know-how» ou conhecimentos técnicos não protegidos por patente) e, por último, devem resultar em custos salariais com a criação de postos de trabalho de pessoal com habilitações do nível 7 ou 8 do Quadro Nacional de Qualificações.

Em termos de benefícios fiscais, estes investimentos são dedutíveis à coleta de IRC, de acordo com o artigo 23º, n.º 1 do CFI, no montante de 30% das aplicações relevantes, para o investimento realizado até ao montante de 15.000.000 euros; 10% das aplicações relevantes do montante remanescente; e 10% das aplicações relevantes, no caso de investimentos realizados nas regiões do Algarve, Grande Lisboa e Península de Setúbal.

Quanto à efetividade da dedução, o artigo 23, n.º 2 do CFI determina que a dedução à coleta é "efetuada na liquidação de IRC respeitante ao período de tributação em que sejam realizadas as aplicações relevantes, com os seguintes limites: a) No caso de investimentos realizados no período de tributação do início de atividade e nos dois períodos de tributação seguintes, exceto quando a empresa resultar de cisão, até à concorrência do TOTAL da coleta do IRC apurada em cada um desses períodos de tributação; b) Nos restantes casos, até à concorrência de 50 % da coleta do IRC apurada em cada período de tributação".

Veja-se o caso, nomeadamente, de uma empresa, com sede em Amarante (PME), que se dedica à atividade de restauração há vários anos, CAE 56..., e pretende realizar investimentos em ativos fixos tangíveis no montante de € 300.000 e usufruir assim do benefício fiscal do RFAI. Considerando, por exemplo, uma coleta de € 160.000 e o montante da dedução à coleta de € 75.000 (25% x € 300.000), o facto de o montante da dedução não ultrapassar o limite de € 80.000 (50% da coleta: 50%\*€ 160.000,00), faz com que o valor do benefício de € 75.000 possa ser inscrito no campo C.355 do Q.10 da mod. 22 do IRC e no campo 074 do Q.7 do Anexo D da mod.22. Mas, pelo contrário, se, por hipótese, a coleta for de apenas € 80.000, já não poderá deduzir a totalidade do benefício à coleta do ano em curso. Pois, sendo o limite de 50% da coleta igual a € 40.000 (50%\*€ 80.000), apenas pode escrever o

valor do benefício de € 40.000 no Q.10 do Modelo 22 do IRC (campo 355) e no Q.7 do Anexo D do Modelo 22 (campo 074). O excedente (75.000- 40.000) = € 35.000 poderá, contudo, ser deduzido nas liquidações dos 10 períodos de tributação seguintes, segundo o art. 23.º, n.º 3 do CFI.

Acresce que, para além da dedução à coleta, os investidores podem gozar de outros benefícios previstos no art. 23, n.º 1 do CFI, a saber a isenção ou redução de IMI, por um período até 10 anos, a contar do ano da aquisição ou construção do imóvel; a isenção ou redução de IMT relativamente às aquisições de prédios; e a isenção de Imposto de Selo relativamente às aquisições de prédios.

A dedução à coleta é realizada no momento de efetuar a liquidação de IRC referente ao período de tributação em que sejam realizadas as aplicações relevantes (artigo 23º, n.º 2 do CFI). No caso de investimentos realizados no período de tributação do início de atividade e nos dois períodos de tributação seguintes, exceto quando a empresa resulte de cisão, a dedução à coleta tem como limite a coleta de IRC apurada em cada um desses períodos de tributação e nos restantes casos, até à concorrência de 50% da coleta de IRC, apurada em cada período de tributação.

No caso de o valor do benefício não poder ser deduzido na sua totalidade, por insuficiência de coleta, o montante não utilizado poderá ser deduzido nos 10 períodos de tributação seguintes, conforme dispõe o artigo 23º, n.º 3 do CFI.

De referir também que o RFAI é cumulável com outros apoios, segundo os n.ºs 5 e 6 do artigo 23º do CFI, desde que sejam respeitados os limites máximos dos auxílios com finalidade regional, de acordo com a região envolvida, segundo o artigo 43.º do CFI. Só não são cumuláveis com benefícios fiscais da mesma natureza, incluindo os de natureza contratual, relativamente às mesmas aplicações relevantes, segundo determina o artigo 24º do CFI.

Estes limites máximos podem ser majorados, segundo ainda o art.º 43.º do CFI, em 10 pontos percentuais para médias empresas; 20 pontos percentuais para micro e pequenas empresas, exceto quanto a projetos de investimento cujas aplicações relevantes excedam € 50.000.000.

Em termos de obrigações acessórias, os interessados devem constituir um dossier fiscal com a discriminação das aplicações relevantes, o montante e a indicação de outros elementos considerados relevantes. Desta documentação fiscal relativo ao exercício da dedução deve ainda constar um documento que evidencie o cálculo do benefício fiscal, bem como outros documentos comprovativos das condições de elegibilidade previstas no artigo 22.º do CFI. Determina o artigo 7.º da Portaria 297/2015 que os sujeitos passivos devem incluir no processo de documentação fiscal os seguintes elementos: a) Descrição do investimento inicial; b) Formulário referido no n.º 2 do art. 6.º da Port. 297/2015, quando aplicável; c) Documentos suscetíveis de comprovar o cenário contrafactual; d) Identificação da data e custo de aquisição de todas as aplicações relevantes, bem como listagem das faturas que titulem a respetiva aquisição; e) Identificação da região ou regiões em que foi realizado o investimento e das respetivas aplicações relevantes; f) Cálculo dos benefícios fiscais relativos ao investimento realizado em aplicações relevantes no período de tributação e respetivos valores atualizados; g) Identificação de outros auxílios de Estado concedidos ao mesmo investimento e cálculo do montante dos auxílios; h) Determinação da intensidade dos auxílios concedido ao mesmo investimento, em percentagem; i) Cálculo do limite máximo de auxílio, de acordo com o disposto no artigo 43.º do Código Fiscal do Investimento; j) Apuramento, quando aplicável, do excesso entre o limite máximo de auxílio e o montante dos auxílios de Estado concedidos ao mesmo investimento.

Ainda em termos de obrigações declarativas, os sujeitos passivos são obrigados a proceder à entrega destes elementos até ao último dia do período de tributação a que respeitam os benefícios fiscais, segundo o art. 8.º da Portaria 297/2015. Ao nível do preenchimento do Modelo 22 de IRC, os sujeitos passivos devem preencher o campo 355 do quadro 10 da declaração Modelo 22 de IRC e quadro 07 do Anexo D da mesma declaração.

### **3.3. SIFIDE como incentivo fiscal à investigação e ao desenvolvimento das empresas**

O SIFIDE foi criado em 1997 com o objetivo de incentivar as empresas a promover a investigação e desenvolvimento (I&D). Este benefício está em vigor até 2025, de acordo com a Lei n.º 2/2020, de 31 de março.

Podem usufruir deste benefício os sujeitos passivos de IRC residentes em território português que exerçam, a título principal, uma atividade de natureza agrícola, industrial, comercial e de serviços e os não residentes com estabelecimento estável nesse território, que tenham despesas com I&D e lhes seja reconhecida idoneidade em matéria de investigação e desenvolvimento por parte da Agência Nacional de Inovação, S.A.

Para obter este benefício, as despesas de I&D, que correspondem essencialmente a ativos fixos intangíveis<sup>15</sup>, não podem ser comparticipadas a fundo perdido, o lucro tributável não pode ser determinado por métodos indiretos e a situação fiscal e contributiva deve estar regularizada ou ter o seu pagamento devidamente assegurado.

A candidatura ao SIFIDE II deve ser submetida até ao final do 5.º mês do ano seguinte ao do exercício a que respeita, junto da Agência Nacional de Inovação, S. A. (ANI), nos termos previstos na Lei n.º 71/2018, de 31 de dezembro. A ANI remete depois a candidatura à Agência Portuguesa do Ambiente, I.P. (APA) nos 15 dias úteis após o termo do prazo para submissão das candidaturas, devendo a APA comunicar à ANI o teor do seu parecer vinculativo até 15 de novembro, de acordo com o estipulado no art. 40, n.º 8 do CFI.

Este benefício tem em vista apoiar o investimento realizado pelas empresas no domínio da investigação e desenvolvimento que tenham em vista a criação ou melhoria substancial de um produto, programa, processo ou equipamento e que vise, com tal investimento, aumentar a competitividade das empresas. Tal como os outros benefícios fiscais, este ocorre através da dedução à coleta de IRC no quadro 10 do Modelo 22 de IRC.

Este incentivo fiscal visa apoiar as despesas de investigação e desenvolvimento com vista à criação ou melhoria de um produto, processo, programa ou equipamento, no objetivo de apresentar uma melhoria substancial. Tal objetivo passa pela aquisição de novos conhecimentos científicos ou técnicos e à descoberta ou melhoria substancial de matérias-primas, produtos, serviços ou processos de fabrico (artigo 36º do CFI). Embora a definição de I&D seja a mesma de outras jurisdições, "a avaliação é mais rigorosa e exige um maior grau de novidade e a existência de incerteza técnica"<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> PRETO, A. & POMBO, H. *Código Fiscal do Investimento*, Centro de Investigação Tributária, ISG, Lisboa, 2022, p. 97.

<sup>16</sup> AYMING INSTITUTE, *Global R&D Tax Incentives, The Benchmark 2022*, Ayming, 2022. Disponível em <https://www.ayming.pt/wp-content/uploads/sites/17/2022/03/Ayming-Benchmark-2022-FINAL.pdf>.

As despesas respeitantes a atividades de investigação e desenvolvimento associadas a projetos de conceção ecológica de produtos são consideradas em 120 % do seu valor (art. 36, n.º 6 do CFI). Para obter esta majoração, as entidades interessadas devem submeter o pedido com a declaração ambiental de produto, patente ou rótulo ecológico, se existirem, à auditoria da ANI, podendo esta consultar, se assim o entender, a APA e o Laboratório Nacional de Energia e Geologia, I. P, de acordo com o previsto na Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

Para a obtenção deste benefício, entre outros requisitos gerais, o lucro tributável do sujeito passivo não pode ser determinado por métodos indiretos e deve ter a sua situação fiscal e contributiva regularizada, ou seja, provar a inexistência de dívidas ao Estado e à segurança social, segundo o artigo 39º do CFI.

As despesas elegíveis para este tipo de benefício devem ser referentes, segundo o artigo 37º do CFI, à aquisição de ativos fixos tangíveis, à exceção de edifícios e terrenos; às despesas com pessoal com habilitações literárias mínimas do nível 4 do Quadro Nacional de Qualificações; às despesas com a participação de dirigentes e quadros na gestão de instituições de investigação e desenvolvimento; às despesas de funcionamento, até ao máximo de 55% das despesas com pessoal com habilitações literárias mínimas do nível 4; à participação no capital das instituições de investigação e desenvolvimento e contribuições para fundos de investimento, públicos ou privados; às despesas com aquisição, registo e manutenção de patentes e às despesas com auditorias à investigação e desenvolvimento.

Tal como já foi referido, são despesas dedutíveis à coleta de IRC até à sua concorrência, ou seja, até 100%, numa dupla percentagem (artigo 38º, n.º 1 do CFI), em primeiro, uma dedução de 32,5% das despesas realizadas naquele período e, em segundo, um incremento de 50% do aumento das despesas realizadas naquele período face à média dos dois períodos de tributação anteriores, até ao limite de 1.500.000€.

Sucede que se a empresa não tiver realizado, nos dois períodos de tributação anteriores, qualquer investimento em matéria de investigação e desenvolvimento, o benefício fiscal do primeiro ano ascende a 82,5% (50%+32,5%) das despesas do investimento elegível no sentido de incentivar mais as empresas a investir neste domínio. Este montante é dedutível até à concorrência da coleta, sem qualquer limitação. Se não houver coleta suficiente, os montantes que não tiverem sido antes deduzidos, podem ser utilizados até ao décimo segundo exercício seguinte, dispendo para tal de um reporte de 12 anos, de acordo com o referido no artigo 38º, n.º 4 do CFI.

Para tal, o contribuinte tem de comprovar que as atividades em questão correspondem a ações de investigação ou desenvolvimento, as quais deverão ser confirmadas pela ANI que deve emitir uma declaração a certificar a atividade de investigação e desenvolvimento empresarial, conforme determina o artigo 40º, n.º 1 do CIRC.

Para além de o beneficiário fazer a prova de que as atividades exercidas ou a exercer correspondem efetivamente a ações de investigação ou desenvolvimento, deve igualmente indicar os montantes envolvidos, o cálculo do acréscimo das despesas em relação à média dos dois exercícios anteriores e de outros elementos considerados pertinentes, os quais deverão integrar o dossier fiscal, segundo o art. 40.º do CFI.

Uma vez admitido pela ANI, o contribuinte pode deduzir o benefício fiscal com base no valor constante na candidatura submetida à ANI. Só pode ser utilizado depois de confirmado pela ANI. Se for detetado algum incumprimento no período da



dedução, serão liquidados juros compensatórios nos termos do art.º 35 da LGT e aplicado uma eventual penalidade. Em termos contabilísticos, o sujeito passivo deve evidenciar o cálculo do benefício fiscal, o imposto que deixou de ser pago em resultado da dedução, mediante a indicação do valor correspondente no Anexo ao Balanço e à Demonstração de Resultados relativamente ao exercício em que se efetuou a dedução (artigo 41º do CFI).

As entidades beneficiárias do SIFIDE comprometem-se a comunicar anualmente, no prazo de dois meses após o encerramento de cada exercício, à ANI, através de mapa de indicadores, os resultados das atividades apoiadas pelo incentivo fiscal concedido, durante os cinco anos seguintes à aprovação do mesmo, nos termos prevista na Lei n.º 114/2017, de 29 de dezembro.

Quanto à possibilidade de acumulação com outros incentivos, importa realçar que o SIFIDE II não é cumulável, relativamente às mesmas despesas, com outros benefícios fiscais da mesma natureza (artigo 42º do CFI).

### **3.4. O ICE e o aumento de capital social**

O Incentivo à Capitalização das Empresas (ICE) é inspirado na proposta de Diretiva DEBRA (*Debt-Equity Bias Reduction Allowance*), que cria um incentivo fiscal ao financiamento das empresas através de capital próprio.

O ICE é um benefício fiscal resultante da Lei n.º 24-D/2022, de 30 de dezembro, que se encontra regulamentado pelo Ofício-circulado n.º 20261, de 16/10/2023. O ICE substitui a Remuneração Convencional do Capital Social (RCCS) e a Dedução por Lucros Retidos e Reinvestidos (DLRR), que entretanto foram revogados.

De acordo com o artigo 43º- D, n.º 7 do EBF, o ICE destina-se às sociedades comerciais com sede ou direção efetiva em território português que exercem, a título principal, uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola. Para poder beneficiar do ICE, as sociedades em questão não podem estar sujeitas à supervisão do Banco de Portugal ou da Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões, nem podem ser sucursais de instituições de financeiras ou de empresas de seguros estrangeiras. Devem dispor de contabilidade organizada, o seu lucro tributável não deve ser determinado por métodos indiretos e devem ter a sua situação fiscal e contributiva com a segurança social regularizada.

Este incentivo prevê um aumento líquido dos capitais próprios nos termos previstos no artigo 43º- D, n.º 6, alínea a) do EBF. Este aumento pode ser realizado através de entradas em dinheiro no âmbito da constituição de sociedade ou do aumento do capital social da sociedade beneficiária; de entradas em espécie no âmbito do aumento do capital social; de prémios de emissão de participações sociais; ou da aplicação dos lucros contabilísticos em resultados transitados, ou diretamente, em reservas ou no aumento do capital.

De referir em relação à aplicação dos lucros contabilísticos que apenas é de considerar os lucros contabilísticos “passíveis de distribuição”, não sendo de distribuir a parte do RLP que seja necessária para cobrir prejuízos de períodos anteriores ou para formar ou reconstituir reservas legais. Ou seja, a aplicação dos lucros contabilísticos suscetíveis de distribuição que releva para efeitos do ICE é a que resulta da assembleia geral de aprovação de contas e aplicação de resultados do período anterior.

Este incentivo é aplicável ao lucro contabilístico abrangido pelo artigo 12º da Lei 20/2023, de 17 de maio (lei que altera vários benefícios fiscais), isto é, ao lucro

do período de 2022, cujo aumento do capital ocorre no período de tributação que tem início em ou após 1 de janeiro e 2023.

Não são considerados os aumentos de capital que tenham beneficiado do regime de remuneração convencional do capital social (artigo 41º- A do EBF), bem como não são considerados os aumentos de capitais próprios elegíveis resultantes de entradas realizadas em dinheiro, no âmbito da constituição da sociedade ou do aumento do capital da sociedade beneficiária, que sejam financiadas por aumentos de capitais próprios elegíveis na esfera de outra entidade; as entradas realizadas em dinheiro, no âmbito da constituição da sociedade ou do aumento do capital da sociedade beneficiária, por entidade com a qual o sujeito passivo esteja em situação de relações especiais que sejam financiadas através de mútuos concedidos, no próprio período de tributação ou num dos seis períodos de tributação anteriores, pelo próprio sujeito passivo ou por outra entidade com a qual essa entidade e o sujeito passivo estejam em situação de relações especiais; e as entradas realizadas em dinheiro, no âmbito da constituição da sociedade ou do aumento do capital da sociedade beneficiária, por uma entidade que não seja residente para efeitos fiscais noutro Estado-Membro da União Europeia ou no Espaço Económico Europeu ou noutro Estado ou jurisdição com o qual esteja em vigor convenção para evitar a dupla tributação internacional, acordo bilateral ou multilateral que preveja a troca de informações para fins fiscais (artigo 43º- D, n.º 8 do EBF).

Não está também previsto a possibilidade de aumento de capital social por incorporação de reservas livres. Apesar da modalidade de aumento de capital social estar prevista no Código das Sociedades Comerciais, este aumento de capital social por incorporação de reservas livres não é elegível para efeitos do ICE, na medida em que não são admissíveis as entradas em dinheiro ou em espécie, segundo o artigo 43.º-D EBF.

Contudo, a partir de 1 de janeiro de 2024, já são possíveis as entradas em dinheiro, no âmbito da constituição de sociedades ou do aumento do capital da sociedade beneficiária, que sejam realizadas por uma entidade com a qual o sujeito passivo esteja em situação de relações especiais e que sejam financiadas através de mútuos concedidos, no próprio período de tributação ou num dos seis períodos de tributação anteriores, pelo próprio sujeito passivo ou por outra entidade com a qual essa entidade e o sujeito passivo estejam em situação de relações especiais. Presume-se aqui que os aumentos de capital foram financiados por esses mútuos, exceto se o sujeito passivo comprovar que se destinam a outros fins.

Em termos de poupança fiscal, as entidades podem obter uma dedução ao lucro tributável de 4,5% relativamente ao montante dos aumentos líquidos dos capitais próprios elegíveis. Esta taxa é majorada em 5% no caso de micro, pequena, média empresa ou ainda pequena-média capitalização (*Small Mid Cap*) (artigo 43º-D, n.º 1 e 2 do EBF).

Com o Orçamento de Estado para 2024 (Lei n.º 82/2023, de 29 de dezembro), a dedução passa a ser efetuada à taxa Euribor 12 meses, correspondente à média do período de tributação, calculada no último dia de cada mês, adicionada de um *spread* de 1,5 pontos percentuais, aplicável ao montante dos aumentos líquidos dos capitais próprios elegíveis (artigo 43º-D, n.º 1 do EBF). Este aumento é apurado de acordo com os valores do próprio exercício e de cada um dos seis exercícios anteriores, com efeitos de a partir 1 de janeiro de 2023 (artigo 43º- D, n.º 3 do EBF). A dedução é majorada em 50%, 30% e 20% nos períodos de tributação de 2024, 2025 e 2026, respetivamente. O limite fixo da dedução anual passa a ser de € 4.000.000.

No caso específico de uma micro, pequena ou média empresa ou empresa de pequena-média capitalização (*Small Mid Cap*), a dedução corresponde à aplicação da taxa Euribor a 12 meses é equivalente à média do período de tributação, calculada no último dia de cada mês, adicionada de um *spread* de 2 pontos percentuais, segundo o artigo 43º-D, n.º 2 do EBF. Esta dedução é majorada em 50%, 30% e 20% nos períodos de tributação de 2024, 2025 e 2026, respetivamente, segundo o artigo 238.º da Lei n.º 82/2023 de 29 de dezembro.

A dedução ao lucro tributável não pode exceder, em cada período de tributação, o maior dos seguintes limites (artigo 43º- D, n.º 4 do EBF): 4.000.000 € (OE para 2024) ou 30% do resultado antes das depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos (EBITDA). A parte da dedução que exceda o limite dos 30% do EBITDA passa a ser dedutível ao lucro tributável de um ou mais dos 5 períodos de tributação seguintes (artigo 43º- D, n.º 5 do EBF). Ou seja, a dedução ao lucro tributável corresponde ao maior de dois valores: 4 milhões de Euros (em 2024) ou 30% do EBITDA fiscal. Esta dedução do ICE ao lucro tributável deve constar na linha 774 dos benefícios fiscais do quadro 07 da declaração modelo 22 de IRC. No quadro 04 do anexo D à declaração modelo 22 prevê-se a inclusão de mais uma linha para indicar o valor da dedução prevista no campo 774 do quadro 07 do modelo 22 de IRC.

O ICE estabelece regras destinadas a reduzir a distorção entre o financiamento por capitais próprios e o financiamento por dívida e que sejam tratados de forma semelhante. O objetivo é promover um ambiente empresarial justo e sustentável, através de medidas fiscais específicas que incentivem ao investimento e ao crescimento.

### **3.5. O IFVS como incentivo à motivação dos trabalhadores**

O Incentivo Fiscal à Valorização Salarial (IFVS), que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2023, surge na sequência da lei n.º 24- D/2022, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2023), e é acompanhado do Ofício-circulado n.º 20260/2023, de 14 de setembro.

Trata-se de um benefício fiscal para os sujeitos passivos de IRC e de IRS, que disponham de contabilidade organizada e que recorram à valorização salarial dos seus colaboradores com contrato de trabalho por tempo indeterminado. Este benefício fiscal traduz-se na possibilidade de os encargos suportados pela entidade empregadora com os seus trabalhadores, a título de remuneração fixa e de contribuições para a segurança social, desde que determinados por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho há pelo menos três anos, serem considerados gastos em 150% do seu valor para efeitos de determinação do lucro tributável. Este incentivo não é aplicável no caso de se verificar um aumento salarial relativamente ao ano anterior (artigo 19º-B, n.º 1 e 4 do EBF).

Este aumento salarial é calculado a partir do "rácio entre a parcela da remuneração fixa anual dos 10% de trabalhadores mais bem remunerados em relação ao total e a parcela da remuneração fixa anual dos 10% de trabalhadores menos bem remunerados em relação ao total, apurada no último dia do período de tributação dos exercícios em causa" (alínea c) do n.º 4 do artigo 19º-B).

Para tal, apenas são considerados elegíveis para efeitos de IFVS os encargos relativos a trabalhadores cuja remuneração fixa tenha aumentado, em pelo menos 5%, entre o último dia do período de tributação do exercício em análise e o último dia do período de tributação do exercício anterior (artigo 19º- B, n.º 3 do EBF), ou seja, entre estes dois períodos, deve resultar um aumento da remuneração fixa em

pelo menos 5%, na parte que excede a remuneração mínima mensal garantida (RMMG).

Neste cálculo, excluem-se os aumentos salariais de trabalhadores que integrem o agregado familiar da entidade patronal, os aumentos salariais de trabalhadores que detenham uma participação não inferior a 50% do capital social ou de direitos de voto do sujeito passivo de IRC, conforme determina o artigo 19º-B, n.º 6 do EBF, sendo este incentivo extensível aos membros de órgãos sociais.

No caso, em especial, dos trabalhadores a tempo parcial, o montante máximo dos encargos sujeitos a majoração deve ser considerado na sua respetiva proporção, segundo determina o ofício-circulado n.º 20260/2023, de 14 de setembro, que determina que o montante máximo dos encargos majoráveis, por trabalhador, é o correspondente a 4 vezes a RMMG, que em 2024 corresponde a 3.280 € (4x 820€), sendo que, quando estão em causa trabalhadores a tempo parcial o montante máximo da majoração dos encargos deve ser considerado na devida proporção.

Cumprindo todos os requisitos, a entidade goza de uma majoração de 50% dos gastos correspondentes ao aumento salarial. Esta majoração tem este limite máximo por trabalhador de quatro vezes a RMMG, o que constitui um valor significativo, mas ainda insuficiente como à valorização salarial.

A valorização do salário dos trabalhadores não é apenas uma questão de justiça social, mas também uma medida destinada a motivar os trabalhadores e aumentar a produtividade nas empresas.

#### **4. Conclusão**

A criação de incentivos fiscais ao investimento é fundamental para o aumento da competitividade das empresas face à concorrência internacional. O legislador português tem correspondido com um aumento e atualização dos benefícios fiscais em sede de IRC, com o reforço do BCIP, do RFAI, do SIFIDE II e a substituição do RCCS e DLRR pelo ICE. Estes benefícios representam, no seu todo, a grande parte das deduções fiscais entre os vários benefícios previstos no CIRC, no EBF e no CFI. Estes benefícios têm um real impacto no desenvolvimento das empresas, em termos de reforço do capital das empresas, de aumento dos investimentos produtivos, de participação das empresas no esforço global de I&D e na criação de postos de trabalho.

É natural que as empresas tentem tirar partido destes incentivos fiscais para estimular as suas atividades económicas através de medidas fiscais. Estes incentivos fiscais são utilizados como forma de planeamento fiscal na medida em que apresentam uma vantagem não só para as empresas mas também para as regiões menos favorecidas. Estes incentivos estão dependentes do setor económico, do tipo de empresa, do montante e da natureza do investimento realizado, da percentagem de dedução à coleta e dos limites específicos de cada benefício. Se forem bem aproveitados, estes benefícios podem levar a uma real poupança fiscal para as empresas e contribuir assim para o seu desenvolvimento.

Cada uma destes benefícios fiscais têm as suas regras próprias, os seus métodos de cálculo e o seu impacto económico que diferem conforme o tipo de investimento, de empresa e da região envolvida, o que pode dificultar a sua aplicação. Acresce o facto de a legislação, que tem vindo a evoluir ao longo do tempo, ser demasiada complexa e de difícil interpretação e aplicação. Perante isto, requer-se uma mais simplificação da legislação de modo que os benefícios fiscais sejam bem aproveitados pelas empresas e permitam o desenvolvimento do mundo empresarial e das regiões mais necessitadas.

Estes benefícios acabam por contribuir para uma maior competitividade das empresas face à concorrência internacional e a uma eventual crise económica e financeira internacional. Perante estes desafios, as empresas devem ser melhor informadas e esclarecidas sobre as vantagens dos benefícios fiscais e o seu impacto no desenvolvimento das mesmas. Neste sentido, torna-se indispensável rever o montante das deduções à coleta, bem como os seus requisitos para reforçar a competitividade das empresas face aos regimes fiscais de outros países. Por isso, em termos conclusivos, estes benefícios fiscais em sede de IRC não podem ser vistos como uma despesa para os Estados, mas, pelo contrário, como um incentivo ao desenvolvimento empresarial e ao crescimento económico.

### Referências bibliográficas

- AUTORIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA, *Incentivos fiscais ao investimento em Portugal*, 2020, [https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/apoio\\_contribuinte/Folhetos\\_informativos/Documents/Folheto\\_Investimento\\_em\\_Portugal.pdf](https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/apoio_contribuinte/Folhetos_informativos/Documents/Folheto_Investimento_em_Portugal.pdf)
- AYMING INSTITUTE, *Global R&D Tax Incentives, The Benchmark 2022*, Ayming, 2022. Disponível em <https://www.ayming.pt/wp-content/uploads/sites/17/2022/03/Ayming-Benchmark-2022-FINAL.pdf>.
- CASTRO, C. "Política Fiscal e Crescimento Económico", *Tékhnē - Revista de Estudos Politécnicos*, 2006, nº 5/6, p. 87-118. [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S164599112006000100006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S164599112006000100006&lng=pt&nrm=iso)
- GUEDES DE OLIVEIRA, F. (Coordenadora). *Os Benefícios Fiscais em Portugal*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, 2019, n.º 217.
- MARQUES, R. & MARTINS REIS, S. *Código Fiscal do Investimento*, Almedina, 2022.
- PRETO, A. & POMBO, H. *Código Fiscal do Investimento. Anotado e Comentado*, Centro de Investigação Tributária, ISG, Lisboa, 2022, p. 97.
- ROMÃO, F., CASTRO CALDAS, A., & ESTEVÃO GONÇALVES, S. Benefícios fiscais temporários: Os efeitos da sua alteração ou revogação antecipada. *Actualidad Jurídica*, 2013, n.º 35, p. 27-42.
- SILVA, S. & RIBEIRO, D., Principais benefícios fiscais ao investimento em vigor em 2023, *Revista Contabilista*, n.º 290, junho de 2024. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/1DLY4IprAY5sWLSZJLYUm\\_B-GVw4WLvQ/view](https://drive.google.com/file/d/1DLY4IprAY5sWLSZJLYUm_B-GVw4WLvQ/view)



© **Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinário (2024), pp. 246-261  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## ***Fake news e suas consequências: protegendo a democracia em tempos de desinformação***

*Fake news and its consequences: protecting democracy in times of misinformation*

**Luiz Eugenio Scarpino Junior<sup>1</sup>**

**Larissa de Castro Coelho<sup>2</sup>**

**Maria Julia Pompolo Habib<sup>3</sup>**

*Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O papel das mídias sociais; 3. Principais problemas das redes sociais; 4. *Fake News*, seu controle e a responsabilidade civil; 5. *Fake News* e sistema democrático de direito; 6. Liberdade de expressão; 7. Características das *fakes News*; 8. Exemplos emblemáticos motivados pelas *fakes News*; 9. Impactos das *fake News* na democracia; 10. Soluções e medidas de mitigação; 11. Conclusão; Referências.

**Resumo:** O avanço da tecnologia e da *internet* gerou uma revolução que encurtou distâncias, intensificou a comunicação e facilitou o acesso ao conhecimento. É inegável que esses progressos trouxeram benefícios significativos para o mundo globalizado, como a possibilidade de comunicação instantânea e outras vantagens. No entanto, o presente artigo busca analisar como as *fakes News* podem ser usadas como um novo instrumento de desestabilização da democracia na América Latina. Parte-se da hipótese de que elas representam uma nova ameaça à democracia, uma vez que disseminam desinformação entre a população, afetando o pleno exercício dos direitos políticos e comprometendo a realização de eleições livres e justas. A metodologia da pesquisa baseia-se no método hipotético dedutivo.

---

<sup>1</sup> Coordenador Executivo do Curso de Direito e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania (UNAERP); Doutor em Direitos Coletivos e Cidadania (UNAERP); Doutor em Cultura da Unidade, com ênfase em Sociologia da Comunicação (Istituto Universitario Sophia - Itália).

<sup>2</sup> Doutoranda em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto. MBA em Governança Corporativa com ênfase em ESG pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade de Franca. Organizadora e autora no livro "Código Florestal Comentado e Anotado- Artigo por Artigo " pela editora JUSPODIVM. Organizadora e autora do livro "Pacote Anticrime sob a perspectiva da nova geração ". Advogada empresarial e ambiental na Nelson Wilians Advogados, compondo os Núcleos de Ações Coletivas, Direito Ambiental e ESG.

<sup>3</sup> Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania (UNAERP); Bacharela em Direito (UNAERP).

**Palavras-chave:** mídias sociais; fake News; democracia; desinformação; proteção democrática.

**Abstract:** The advancement of technology and the internet generated a revolution that shortened distances, intensified communication and facilitated access to knowledge. It is undeniable that these advances have brought significant benefits to the globalized world, such as the possibility of instant communication and other advantages. However, this article seeks to analyze how fake news can be used as a new instrument to destabilize democracy in Latin America. It is assumed that fake news represents a new threat to democracy, as it spreads misinformation among the population, affecting the full exercise of political rights and compromising the holding of free and fair elections. The research methodology is based on the hypothetical deductive method.

**Keywords:** social media; fake news; democracy; misinformation; democratic protection.

## 1. Introdução

As mídias sociais mudaram profundamente a forma como nos comunicamos, consumimos informações e participamos do debate público. Porém, essa transformação digital também trouxe desafios sérios, especialmente na propagação de *fake News*, informações falsas ou enganosas que podem afetar negativamente a opinião pública e comprometer a integridade dos processos democráticos.

Nos últimos anos, o fenômeno das mídias sociais tem transformado profundamente a dinâmica da informação e da comunicação global. Contudo, junto com os benefícios da conectividade instantânea e da democratização da informação, surgiram desafios significativos, entre os quais se destaca a disseminação de notícias falsas, ou "*fake News*". Este fenômeno não apenas compromete a credibilidade das informações compartilhadas, mas também apresenta sérios riscos à proteção dos pilares democráticos.

Uma característica marcante das *fake News* é a rapidez com que se espalham nas plataformas digitais. Isso ocorre porque os algoritmos de recomendação das redes sociais tendem a priorizar conteúdos sensacionalistas e polarizadores, que atraem mais engajamento. Como resultado, informações enganosas chegam rapidamente a um grande público, muitas vezes antes de serem desmentidas. Esse ciclo de disseminação acelerada é especialmente prejudicial durante eleições ou crises sociopolíticas, quando a opinião pública se torna mais vulnerável a manipulações.

Este estudo propõe a exploração da relação entre mídias sociais, *fake News* e a proteção da democracia, buscando compreender tanto os mecanismos de propagação quanto as estratégias de mitigação desses impactos negativos.

Para atingir esse objetivo, a metodologia da pesquisa baseia-se no método hipotético dedutivo, que inclui revisão bibliográfica e análise de estudos de casos. A revisão bibliográfica permitirá um entendimento aprofundado das teorias sobre mídias sociais e suas interações com a disseminação de *fake News*, bem como as consequências desses fenômenos para a democracia. A análise de estudos de casos, por sua vez, fornecerá *insights* práticos sobre como diferentes plataformas e contextos têm lidado com essas questões, destacando tanto as melhores práticas quanto as falhas existentes.

Ao combinar essas abordagens, este estudo busca não apenas contribuir para o entendimento acadêmico do tema, mas também fornecer subsídios para políticas públicas e práticas regulatórias que visem proteger a integridade do debate público e fortalecer os fundamentos democráticos frente aos desafios impostos pelas mídias sociais e pela disseminação de *fake News*.

## 2. O papel das mídias sociais

No ambiente digital, especialmente nas redes sociais e aplicativos de mensagens, observa-se uma disseminação intensa de *fake News*. Essas informações falsas são criadas e compartilhadas por meio de conteúdos distorcidos, como montagens, *memes* e outras formas de mídia manipulada, com o objetivo de enganar e desinformar o público.<sup>4</sup>

As plataformas de mídias sociais, como *Facebook*, *Twitter* e *Instagram*, permitem a rápida disseminação de informações a um vasto público. A arquitetura dessas plataformas favorece a viralização de conteúdo, independentemente de sua veracidade, devido aos algoritmos que priorizam o engajamento.

A intensificação do uso de tecnologias de dados no contexto eleitoral marca um novo paradigma nas práticas políticas modernas. O fenômeno do Big Data, somado à popularização das redes sociais, trouxe uma série de transformações para a comunicação política, permitindo uma segmentação sem precedentes dos eleitores e, em muitos casos, resultando na manipulação de percepções e comportamentos eleitorais. Embora ofereça possibilidades para a personalização de campanhas, essa prática levanta questões éticas e legais significativas, especialmente em democracias que ainda enfrentam desafios de transparência e equidade no processo eleitoral.

O uso abusivo do Big Data no contexto eleitoral, caracterizado pela coleta e análise intensiva de dados pessoais para direcionamento de campanhas, compromete o processo democrático ao violar a privacidade e facilitar o microdirecionamento de informações que moldam o comportamento eleitoral. Tal prática coloca em xeque a integridade das eleições e exige mecanismos jurídicos robustos para mitigar esses impactos, visando preservar a soberania popular e os direitos individuais.<sup>5</sup>

Em vista disso, as mídias sociais desempenham um papel central na sociedade contemporânea, redefinindo tanto a maneira como nos comunicamos quanto como consumimos informação. Essas plataformas não apenas facilitam a conexão entre pessoas e comunidades ao redor do mundo, mas também têm um impacto significativo na formação de opiniões, na disseminação de conteúdo e, fundamentalmente, na maneira como os eventos políticos e sociais são percebidos e discutidos.

Muitas *fake News* ganham grande visibilidade por estarem hospedadas em *sites* que aparentam ser legítimos, mas que, na verdade, não possuem uma tradição reconhecida ou credibilidade consolidada.<sup>6</sup>

Em um contexto democrático, as mídias sociais representam ferramentas poderosas para o engajamento cívico e a participação pública. Elas permitem que indivíduos expressem suas opiniões, organizem movimentos sociais e fiscalizem o poder público de maneira mais direta e imediata do que nunca. Além disso, ampliam o acesso à informação e proporcionam plataformas para debates que anteriormente estavam limitados aos meios tradicionais de comunicação.

As redes sociais conectam todas as dimensões da vida das pessoas<sup>7</sup>, sendo essa uma tendência importante para toda a sociedade, sobretudo porque gera a transformação da cultura e das relações humanas ao estimular o compartilhamento ininterrupto de informações.

---

<sup>4</sup> BRAGA, R. M. da C. "A indústria das fake news e o discurso de ódio". In: PEREIRA, R. V. (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio: volume 1*. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 205-207.

<sup>5</sup> PORTO, M. S. R.; SCARPINO JUNIOR, L. E.; COELHO, N. M. M. S. O uso abusivo do Big Data no contexto eleitoral e a (in)eficácia dos instrumentos de proteção jurídica da legislação brasileira. REDESP, *São Paulo*, v. 5, n. 2, 2021. p. 144.

<sup>6</sup> BRAGA, R. M. da C. "A indústria das fake news e o discurso de ódio". In: PEREIRA, R. V. (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio: volume 1*. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 209-210.

<sup>7</sup> CASTELLS, M. *O poder da identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2018. p. 136.



Em maio de 2020, o Senado Federal propôs o Projeto de Lei 2.630, a "Lei das Fake News", que em verdade tratava da regulação dos serviços digitais, apresentado pelo Senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE). O projeto busca, dentre outras disposições, combater a disseminação de informações falsas, estabelecendo responsabilidades claras para as plataformas digitais sobre a veracidade dos conteúdos<sup>8</sup> com grande similaridade com a Lei dos Serviços Digitais da União Europeia e com alguma inspiração na NetzDG da Alemanha (que tem o modelo de autorregulação regulada).<sup>9</sup>

As normas propostas incluem diretrizes para garantir segurança, liberdade de expressão e transparência nos serviços de redes sociais e mensageria privada. O PL foi aprovado no Senado Federal mas sofreu um grande impasse na Câmara dos Deputados. Faltou consenso político, muito também fruto de pressão de políticos que se valem destas ferramentas manipulativas e com a grande ajuda das *big techs*, que inclusive utilizaram de táticas manipulativas – campanhas de *fake news* inclusive, pois defendem o modelo da autorregulação plena, sem qualquer tipo de *enforcement* governamental, seguindo o padrão da Lei da Decência das Comunicações dos Estados Unidos, bastante liberal.<sup>10</sup>

No entanto, o impacto das mídias sociais na democracia não é isento de desafios<sup>11</sup>. Um dos principais problemas é a disseminação de desinformação e *fake News*. A capacidade das informações falsas se espalharem rapidamente em redes sociais pode distorcer debates públicos, influenciar eleições e minar a confiança nas instituições democráticas. Além disso, a polarização política exacerbada e a formação de bolhas de filtro são fenômenos frequentemente observados, nos quais indivíduos são expostos predominantemente a opiniões e informações que confirmam suas próprias visões de mundo, limitando a diversidade de perspectivas e comprometendo o debate informado.

Diante desses desafios, entender o papel das mídias sociais na democracia envolve não apenas explorar suas potencialidades positivas, mas também desenvolver estratégias eficazes para mitigar os riscos associados, promovendo a transparência, a responsabilidade das plataformas e a alfabetização digital dos usuários. Essas medidas são essenciais para proteger os princípios democráticos fundamentais enquanto se aproveita o potencial transformador das mídias sociais para o bem comum.

### 3. Principais problemas das redes sociais

As redes sociais enfrentam uma série de desafios significativos que impactam tanto os usuários quanto a sociedade em geral. Um dos problemas mais graves é a disseminação de desinformação e *fake News*. A velocidade com que informações falsas podem se espalhar através dessas plataformas pode ter consequências profundas, afetando desde a opinião pública até processos democráticos.

A questão da privacidade e segurança dos dados dos usuários é outra preocupação central. Muitas redes sociais coletam dados pessoais extensivos dos usuários sem transparência adequada sobre como esses dados são utilizados e protegidos, levantando questões sobre privacidade e confiança.

---

<sup>8</sup> BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 2.630, de 2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Sen. Alessandro Vieira.

<sup>9</sup> SCARPINO JUNIOR, L. E. *Fake news e democracia: desafios institucionais e resistência constitucional no Brasil*. São Paulo: D'Plácido, 2024.

<sup>10</sup> SCARPINO JUNIOR, L. E. *Fake news e democracia: desafios institucionais e resistência constitucional no Brasil*. São Paulo: D'Plácido, 2024.

<sup>11</sup> MIRANDA GONÇALVES, R. "Reflections on the Systemic Efficiency of Contemporary Democracy", *Juridical Tribune – Review of Comparative and International Law* v. 14, n. 3 (October 2024), p. 438. DOI: 10.62768/TBJ/2024/14/3/06

O *cyberbullying* e o abuso *online* também são problemas graves. A facilidade de anonimato e a rápida propagação de conteúdo permitem que o *cyberbullying* se prolifere, causando danos significativos à saúde mental dos afetados, especialmente entre os jovens.

Além de contribuir para a polarização e fragmentação da sociedade, as redes sociais são acusadas de criar bolhas de filtro, em que os usuários são expostos apenas a opiniões e informações que confirmam suas próprias crenças, ampliando divisões sociais.

As *fakes News* representam um risco significativo, pois exploram o viés de confirmação, uma tendência humana a aceitar com mais facilidade informações que reforçam crenças pré-existentes.<sup>12</sup> Ademais, notícias falsas frequentemente se propagam de forma mais rápida e ampla do que informações verdadeiras.<sup>13</sup>

O impacto na saúde mental é outra preocupação crescente. Estudos indicam que o uso excessivo de redes sociais está correlacionado com problemas como ansiedade social, depressão, solidão e baixa autoestima, especialmente entre os mais jovens. De acordo com a pesquisa *Vigitel*<sup>14</sup>, proposta do Ministério da Saúde em parceria com a Organização Pan-Americana da Saúde e a Agência Nacional de Telecomunicações, em 2021, a frequência de relatos de diagnóstico médico de depressão foi de 11,3% entre os brasileiros.

O vício em tecnologia é uma consequência observada do *design* viciante das redes sociais, projetadas para manter os usuários engajados por meio de notificações e atualizações constantes.

As redes sociais também desafiam as relações interpessoais tradicionais, com o uso frequente sendo associado à diminuição da qualidade das interações face a face e das relações pessoais genuínas.

Por fim, a manipulação de eleições e opiniões públicas através das redes sociais apresenta um desafio significativo para a democracia, com campanhas coordenadas de desinformação sendo uma preocupação constante, por distintas forças, seja para manter-se no poder através da desinformação, seja para conquistar o poder através de movimentos antipolítica ou que descredibilizam o processo democrático, trazendo riscos severos à corrosão das instituições<sup>15</sup>.

Esses problemas destacam a complexidade das redes sociais na sociedade moderna e a necessidade urgente de abordagens cuidadosas para mitigar seus impactos negativos enquanto se promove seu potencial positivo.

#### **4. Fake News, seu controle e a responsabilidade civil**

O fenômeno das *fake News* representa um desafio significativo nas redes sociais e na *internet* em geral. A disseminação rápida e descontrolada de informações falsas pode ter consequências graves para a sociedade, afetando desde a estabilidade política até a saúde pública – fenômeno conhecido como *infodemia*. Nesse contexto, o controle das *fake News* e a questão da responsabilidade civil são pontos críticos que têm sido amplamente debatidos.

O termo "*fake News*" já é em si mesmo uma contradição, pois uma informação falsa não pode ser considerada uma notícia verdadeira.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> LEWANDOWSKY, S.; ECKER, U. K. H.; COOK, J. Beyond misinformation: understanding and coping with the "post-truth" era. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 6, n. 4, p. 353-369, 2017.

<sup>13</sup> VOSOUGHI, S.; ROY, D.; ARAL, S. The spread of true and false news online. *Science*, Washington, D.C., v. 359, n. 6380, p. 1146-1151, 2018.

<sup>14</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise em Saúde e Vigilância de Doenças Não Transmissíveis. *Vigitel Brasil 2021: Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2022.

<sup>15</sup> SCARPINO JR., Op. cit.

<sup>16</sup> ALMEIDA, G. A. de.; GOMES JUNIOR, L. M. *Direitos digitais e a sua proteção via ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 39.

As notícias fraudulentas (*fake News*) se tornaram nos últimos anos assunto primordial no debate relativo à utilização legítima ou não das redes sociais como forma de disseminação de informações. Os efeitos inegáveis do mundo real podem ser sentidos em diversas áreas, desde estratégias de *marketing* de empresa até campanhas eleitorais, passando por questões de respeito à imagem e à honra de pessoas.

Um fato indelével e que ganha grande destaque se dá pelo uso político da desinformação eleitoral, com grande eficácia inclusive para gerar movimentos suficientes para facilitar o *Brexit*<sup>17</sup>, as eleições de Trump em 2016 e de Jair Bolsonaro em 2018.<sup>18</sup>

Soma-se a isso o fato de que o ambiente virtual, em que a maior parte das *fake News* se prolifera, faz parte do "território" de empresas privadas, em sua maioria transnacionais, e tem-se os ingredientes para afirmar que as *fakes News* constituem um problema público que requer providência dos diversos atores (públicos ou privados) para seu melhor conhecimento e enfrentamento.<sup>19</sup>

Importante ainda mencionar que as notícias fraudulentas são disseminadas de forma mais rápida do que as verdadeiras: em interessante estudo realizado a partir de 126.000 histórias coletadas do aplicativo *Twitter*, entre 2006 e 2017, acerca da disseminação de notícias verdadeiras e falsas *online*, verificou-se que as notícias falsas foram difundidas, de forma mais ampla e mais rápida, do que as notícias tidas como verdadeiras. Se houvesse um *ranking* de notícias falsas mais propagadas, teríamos a seguinte ordem: em primeiro lugar estariam as notícias sobre política, seguidas de notícias sobre terrorismo, desastres naturais, ciências, lendas urbanas e informações financeiras.<sup>20</sup>

Combater as *fakes News* exige uma abordagem rigorosa de verificação de fatos, que inclui o trabalho de jornalistas, organizações de checagem e até algoritmos de inteligência artificial. Além disso, é crucial aumentar a transparência das fontes de informação. Redes sociais podem, por exemplo, exigir que usuários e páginas revelem suas fontes, ajudando a reduzir a disseminação de conteúdos duvidosos.

A educação e a alfabetização digital também desempenham um papel fundamental. Melhorar a educação digital dos usuários é essencial para capacitá-los a identificar e evitar *fake News*. Isso pode incluir programas educacionais nas escolas e campanhas públicas de conscientização. Além disso, é importante que as plataformas colaborem com especialistas em desinformação e pesquisa acadêmica para desenvolver estratégias mais eficazes de combate às *fake News*.

Em relação à responsabilidade civil, há um debate em curso sobre o papel das plataformas de redes sociais. Em muitos países, elas são consideradas atores intermediários e têm certa imunidade legal sob a legislação de proteção à liberdade de expressão. No entanto, alguns governos têm proposto ou implementado regulamentações que responsabilizam as plataformas por conteúdos prejudiciais, incluindo *fake News*, com possíveis multas significativas ou outras sanções.

O julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o artigo 19 do Marco Civil da Internet reveste-se de grande relevância para o debate em torno do Projeto de Lei das *Fake News* no Brasil. O artigo estabelece que plataformas digitais só podem ser responsabilizadas por conteúdos de terceiros mediante ordem judicial específica,

---

<sup>17</sup> SCARPINO JR., Op. cit., pp. 153-155.

<sup>18</sup> SCARPINO JUNIOR, L. E.; NUNES, D. H.; SILVA, J. B. Transformações sociais e a juridicidade do bloqueio de usuários no Twitter pelos presidentes Trump e Bolsonaro. *Revista de Estudos Jurídicos da Unesp*, v. 25, p. 33-64, 2023.

<sup>19</sup> CARNEIRO, G. F. S. Autorregulação de fake news no Facebook: incentivos e freios à proliferação de desinformação. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 7, 2020. p. 2.

<sup>20</sup> ALMEIDA, G. A. de.; GOMES JUNIOR, L. M. *Direitos digitais e a sua proteção via ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. 40.

com o objetivo de resguardar a liberdade de expressão e prevenir a censura prévia por parte das empresas de tecnologia.<sup>21</sup>

Caso o STF considere inconstitucional o artigo 19 do Marco Civil da Internet, as plataformas poderiam ser responsabilizadas sem necessidade de decisão judicial prévia para a remoção de conteúdos. Isso poderia resultar em ações legais contra as empresas, como o pagamento de indenizações por danos morais a usuários prejudicados ou processos relacionados a publicações criminosas, como discursos de ódio ou conteúdos discriminatórios.

João Victor Archegas, pesquisador do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS Rio), considera que o STF pode ampliar as exceções ao artigo 19 do Marco Civil da Internet, adaptando a interpretação para alinhá-la à Constituição. Isso exigiria que as plataformas fossem mais rigorosas na moderação de conteúdo, já que atualmente até conteúdos criminosos podem não ser punidos. Contudo, essa ampliação pode gerar o risco de moderação excessiva, com as plataformas removendo conteúdos de forma indiscriminada para evitar sanções judiciais. Uma responsabilização direta das plataformas por conteúdos de terceiros incentivaria um monitoramento mais rigoroso de postagens, o que poderia resultar em uma remoção excessiva de conteúdo para evitar sanções. No entanto, a versão mais recente do PL das *Fake News* busca mitigar esse risco, exigindo que as plataformas justifiquem qualquer punição, ofereçam canais de contestação e publiquem relatórios de transparência sobre suas ações de moderação.<sup>22</sup>

Em vista disso, algumas plataformas optaram por implementar políticas de autorregulação para combater as notícias falsas, desenvolvendo diretrizes claras e tomando ações proativas para remover conteúdos enganosos. Entretanto, seria imprescindível que as plataformas sejam transparentes sobre suas políticas de moderação de conteúdo e prestem contas às autoridades reguladoras e ao público em geral sobre suas ações e impactos na disseminação de *fake News*. O que se discute atualmente exatamente é que o modelo de autorregulação plena das plataformas digitais não é suficiente, carece de *enforcement* e favorece o exercício abusivo do domínio econômico, deixando de lado a coercibilidade própria do estado em regular o mínimo, como no modelo de autorregulação regulada (da NetzDG da Alemanha) ou da União Europeia (*Digital Service Act*) que não interfere na liberdade de expressão e desenvolvimento, porém exerce um controle finalístico sobre a efetividade das garantias dos direitos fundamentais.

## **5. Fake News e sistema democrático de direito**

A relação entre notícias fraudulentas e sistemas jurídicos democráticos é complexa e multifacetada. As *fakes News* são informações deliberadamente enganosas ou que são apresentadas como fatos, sendo divulgadas por vários canais, incluindo *sites* de notícias falsas, redes sociais, mensagens de texto e até mesmo por perfis de líderes políticos.

De acordo com uma pesquisa da *GlobeScan*, realizada entre janeiro e abril de 2017, os brasileiros estão entre os mais preocupados com o que é real e o que é falso na internet, com 92% dos entrevistados relatando algum nível de preocupação.<sup>23</sup>

Essas notícias manipuladoras podem ser usadas como uma ferramenta para influenciar eleições, difamar adversários políticos, espalhar teorias da conspiração e exacerbar divisões sociais. Quando as pessoas são expostas a informações falsas, as suas decisões podem ser influenciadas por pressupostos falsos, comprometendo a integridade dos sistemas jurídicos democráticos.

Em um contexto democrático, em que a participação informada dos cidadãos é imperiosa para a tomada de decisões políticas, a disseminação de *fake News* pode

<sup>21</sup> RIBEIRO, A.; LOBATO, G. Como o julgamento no STF sobre o Marco Civil da Internet afeta o debate do 'PL das Fake News'. *Aos Fatos*, Rio de Janeiro, 16 maio 2023.

<sup>22</sup> RIBEIRO, A.; LOBATO, G. Como o julgamento no STF sobre o Marco Civil da Internet afeta o debate do 'PL das Fake News'. *Aos Fatos*, Rio de Janeiro, 16 maio 2023.

<sup>23</sup> CELLAN-JONES, N. R. Fake news worries 'are growing' suggests BBC poll. *BBC News*, London, 21 set. 2017. Technology.

comprometer seriamente esse processo. Elas são frequentemente utilizadas como ferramentas para manipular a opinião pública, influenciar resultados eleitorais, difamar adversários políticos e criar divisões na sociedade.

Além disso, a propagação de desinformação mina a confiança nas instituições democráticas, como a imprensa, o governo e o sistema judicial. Quando as pessoas são incapazes de distinguir entre informações verdadeiras e falsas, a sua confiança nas instituições e na capacidade dos sistemas democráticos de fornecer informações precisas e fiáveis fica abalada. Isso poderia levar a uma grave erosão da democracia.

Destaca-se a necessidade de atuação do Poder Judiciário para mitigar os efeitos da desinformação e, muitas vezes, não apenas multar mas afastar das eleições propagadores de *fake news* que ataquem a integridade do sistema eleitoral<sup>24</sup>.

Nesse sentido, a democracia depende de uma base de cidadãos capazes de tomar decisões políticas de forma consciente e informada, razão pela qual a população necessita sempre de consumir informação autêntica para que as decisões sejam sempre baseadas na verdade.

As tecnologias de informação e comunicação oferecem um ambiente rico em possibilidades, moldado continuamente pelas mudanças nos processos democráticos. Esses serviços digitais permitem a experimentação de novas formas de participação e expressão política, enquanto também são influenciados e transformados por essas dinâmicas.<sup>25</sup>

No entanto, quando notícias falsas se espalham, os cidadãos tendem a tomar decisões com base em informações falsas. Portanto, a desinformação pode distorcer a percepção da realidade de um indivíduo.

A proteção da liberdade de expressão, um pilar fundamental da democracia, não deve ser comprometida na luta contra as *fakes News*. No entanto, é crucial encontrar um equilíbrio entre a liberdade de expressão e a responsabilidade na divulgação de informações precisas e verdadeiras.

A implementação de políticas públicas eficazes, apoiadas por parcerias entre governo, sociedade civil, academia e setor privado, pode contribuir significativamente para mitigar os efeitos prejudiciais das *fake News* no sistema democrático de direito.

Em suma, proteger o sistema democrático de direito contra os impactos das *fake News* requer uma abordagem integrada e colaborativa que fortaleça a transparência, a responsabilidade e a participação informada dos cidadãos. Essa é uma luta contínua e determinante para garantir que as democracias permaneçam robustas e resilientes diante dos desafios do ambiente informacional contemporâneo.

## 6. Liberdade de expressão

A liberdade de expressão refere-se ao direito fundamental de expressar opiniões, pontos de vista e ideias sem interferência do Estado e de assumir responsabilidade por danos morais, materiais e de imagem.

No Brasil, a liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988. Ela está prevista no artigo 5º, incisos IV e IX, que estabelece: IV – É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX- É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.<sup>26</sup>

O inciso IV do artigo 5º, ao prescrever a liberdade de expressão, também estabelece uma vedação explícita: o anonimato. Isso se deve ao fato de que, enquanto a Constituição garante o direito ao livre discurso, ela igualmente protege o direito de resposta e prevê a reparação por danos materiais, morais ou à imagem,

---

<sup>24</sup> SCARPINO JR., Op. cit.

<sup>25</sup> HOFMANN, J. Mediated democracy: linking digital technology to political agency. *Internet Policy Review*, Berlin, v. 8, n. 2, p. 1-18, jun. 2019.

<sup>26</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

conforme estipulado pelo inciso V do mesmo artigo: V – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.<sup>27</sup>

Se a pessoa prejudicada pelo discurso tem o direito de buscar reparação, é fundamental que o ofensor seja identificado, o que justifica a proibição do anonimato conforme o inciso IV do artigo 5º. Em tempos de redes sociais, em que o uso frequente de perfis fictícios facilita a propagação de ofensas, insultos e *fake News*, o abuso da liberdade de expressão tornou-se uma ocorrência comum.

A disseminação intencional de desinformação não é amparada pela liberdade de expressão, uma vez que pode causar danos significativos à sociedade. No entanto, equilibrar a restrição à desinformação com a preservação da liberdade de expressão é um desafio complexo que frequentemente levanta debates sobre censura e controle da mídia.

Diante desses desafios, é essencial adotar abordagens para combater as *fakes News* dentro do contexto democrático. Medidas como transparência na mídia e o desenvolvimento do pensamento crítico entre os cidadãos são essenciais para capacitar as pessoas a identificar e avaliar informações fraudulentas.

A regulamentação, se mal conduzida, pode resultar em consequências indesejadas, como a intensificação da polarização no ambiente *online*, além de opressão estatal. Portanto, é essencial que qualquer esforço de regulamentação seja cuidadosamente planejado e analisado para evitar esses efeitos adversos.<sup>28</sup>

Além disso, as principais plataformas de mídia social, como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*, desempenham um papel fundamental na disseminação de *fake News*, já que são canais frequentemente utilizados para sua propagação.

Assim sendo, cabe às referidas plataformas a responsabilidade de monitorar e restringir a disseminação de informações enganosas em seus respectivos ambientes virtuais.

## **7. Características das *fakes News***

As *fakes News* representam um desafio persistente e multifacetado na era digital, afetando profundamente a forma como as pessoas consomem e interagem com informações.

Além de serem sensacionalistas e projetadas para provocar reações emocionais intensas, essas notícias falsas têm a capacidade de criar bolhas de informação e *echo chambers*, em que indivíduos são expostos principalmente a conteúdos que confirmam suas visões de mundo pré-existentes.

Um dos aspectos mais preocupantes das *fake News* é a sua capacidade de se espalhar rapidamente através das redes sociais e outras plataformas digitais. A viralidade dessas informações muitas vezes supera a velocidade com que as notícias verdadeiras podem ser verificadas e corroboradas por fontes confiáveis. Isso cria um ambiente onde a desinformação pode se propagar sem controle, ampliando seu impacto sobre o público.

Outro ponto crucial é a manipulação deliberada por trás das *fake News*. Elas são frequentemente criadas com o objetivo específico de enganar, manipular ou influenciar o comportamento das pessoas. Isso pode ser feito através da distorção dos fatos, da utilização de fontes fictícias ou anônimas, e da exploração de lacunas na informação disponível. Ao apelar para emoções como medo, raiva ou solidariedade, as *fakes News* conseguem captar a atenção do público de maneira eficaz, aumentando assim seu alcance e impacto.

É importante ressaltar que as *fakes News* não são apenas fenômenos isolados, mas muitas vezes são utilizadas para promover agendas políticas, ideológicas ou comerciais específicas. Elas são adaptáveis a diferentes contextos culturais e sociais,

---

<sup>27</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

<sup>28</sup> GILLESPIE, T. *Custodians of the internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*. New Haven: Yale University Press, 2018.

o que permite que persistam mesmo após serem desmascaradas. Isso ocorre porque uma vez que uma informação falsa é internalizada por parte do público, pode ser difícil desfazer essa percepção errônea, mesmo com a apresentação de fatos corretos posteriormente.

A complexidade em desmascarar de maneira eficaz as *fakes News* é um dos principais desafios enfrentados por aqueles que buscam combater a desinformação. As plataformas digitais têm um papel fundamental a desempenhar nesse cenário, sendo responsáveis por implementar políticas e tecnologias que promovam a verificação de fatos e a transparência na disseminação de informações.

Além das ações das plataformas, é essencial promover uma cultura de verificação de fatos entre os consumidores de informações. Isso envolve educar o público sobre como identificar fontes confiáveis, verificar a autenticidade das informações e estar ciente dos mecanismos pelos quais as *fakes News* são disseminadas.

Portanto, compreender essas características é primordial para desenvolver estratégias robustas de combate à desinformação e promover uma cultura de verificação de fatos e crítica informada entre os consumidores de informações.

### **8. Exemplos emblemáticos motivados pelas *fakes News***

As *fakes News* têm demonstrado ser uma ameaça significativa para a democracia em diversos contextos ao redor do mundo.

Um dos exemplos mais emblemáticos foi observado durante as eleições presidenciais dos Estados Unidos em 2016, onde a disseminação massiva de desinformação através das redes sociais influenciou a percepção pública e potencialmente impactou o resultado eleitoral. Tais não apenas distorceram a verdade factual sobre candidatos e questões políticas, mas também exacerbaram a polarização na sociedade americana.

As redes sociais desempenharam um papel significativo na disseminação de notícias falsas durante a eleição presidencial dos EUA em 2016, impactando o debate público e possivelmente influenciando o resultado final do pleito.<sup>29</sup>

No Reino Unido, o referendo sobre o Brexit em 2016 também foi fortemente afetado pela disseminação de *fake News*. Através das mídias sociais, informações falsas foram utilizadas para manipular a opinião pública sobre os potenciais impactos econômicos e políticos da decisão de saída da União Europeia. Isso contribuiu para uma divisão profunda na sociedade britânica e levantou questões sobre a integridade do processo democrático.

No Brasil, durante as eleições presidenciais de 2018, a disseminação de *fake News* foi uma estratégia amplamente utilizada para difamar candidatos, disseminar desinformação sobre políticas públicas e manipular a opinião dos eleitores. Essas práticas influenciaram significativamente o resultado das eleições e destacaram a vulnerabilidade do ambiente digital às manipulações políticas.

Além dos contextos eleitorais, a pandemia de COVID-19 evidenciou como as *fakes News* podem comprometer esforços de saúde pública. Informações falsas sobre o vírus, tratamentos ineficazes e teorias da conspiração circularam amplamente, causando confusão entre o público e minando a confiança nas autoridades de saúde.

Esses casos ilustram os diversos impactos das *fake News* na democracia, incluindo a manipulação eleitoral, a polarização social, a distorção do debate público e o comprometimento de esforços críticos como os de saúde pública. Compreender esses exemplos é fundamental para desenvolver estratégias eficazes que protejam a integridade do processo democrático e promovam um ambiente informacional mais seguro e responsável.~

---

<sup>29</sup> ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 31, n. 2, p. 211-236, 2017.

### **9. Impactos das *fake News* na democracia**

Os impactos das *fake News* na democracia são profundos e multifacetados, afetando diversos aspectos fundamentais da vida política e social. Criadas com a intenção deliberada de enganar, manipular ou influenciar o público, elas tornam-se uma ferramenta poderosa para distorcer o processo democrático.<sup>30</sup>

Alguns impactos significativos e específicos das desinformações são: poder de manipular eleições, ao disseminar informações mentirosas sobre candidatos e partidos políticos, influenciando a percepção pública e até mesmo alterando resultados eleitorais<sup>31</sup>; poder de intensificar a polarização política e social, exacerbando divisões já existentes na sociedade, criando conflitos e dificultando o consenso sobre questões importantes<sup>32</sup>; poder de causar desinformação sobre políticas públicas, distorcendo fatos e dados relacionados a políticas governamentais, levando a decisões políticas baseadas em informações incorretas e comprometendo a confiança dos cidadãos nas instituições democráticas.

A erosão da confiança institucional é um efeito adicional das *fake News*. Quando disseminadas em larga escala, elas podem abalar a credibilidade da mídia tradicional, dos governos e das instituições judiciais. Isso enfraquece a estrutura democrática ao comprometer a confiança pública nas instituições responsáveis por garantir a transparência e a responsabilidade.

Em junho de 2024, a OECD publicou o estudo *Truth Quest*<sup>33</sup>, que avaliou a capacidade das pessoas de identificar conteúdos falsos e enganosos *online* em 21 países. Os resultados mostraram que, entre os 40.765 entrevistados, a taxa média de acerto na identificação da veracidade dos conteúdos foi de 60%. Curiosamente, a identificação de informações verdadeiras foi mais desafiadora (56%) do que a de informações falsas (61%). Além disso, a veracidade de conteúdos gerados por inteligência artificial foi mais facilmente identificada (68% de precisão) do que os conteúdos gerados por humanos.

A pesquisa destacou a Finlândia como o país com melhor desempenho geral, com 66% de acertos, enquanto o Brasil apresentou o menor, com 54%. De acordo com o estudo, os países nórdicos se saíram melhor, enquanto países da América Latina, como Brasil e Colômbia, precisam melhorar sua alfabetização digital nas mídias sociais. Outra observação relevante é que, na América Latina, mais de 85% das pessoas frequentemente ou ocasionalmente obtêm notícias através das redes sociais, em comparação com menos de 60% na Alemanha, Japão e Reino Unido. Os países que menos consomem notícias por redes sociais apresentaram melhor desempenho na capacidade de análise da veracidade das informações, indicando uma possível correlação entre menor consumo de notícias em mídias sociais e maior capacidade crítica em relação ao conteúdo consumido.

Ademais, a pesquisa, mencionada pelo MediaTalks<sup>34</sup>, explora o impacto das redes sociais na democracia em 27 países, revelando percepções diferentes conforme as regiões. Em países emergentes como Brasil e Nigéria, a maioria acredita que as redes sociais promovem a democracia, enquanto em países desenvolvidos, como EUA e Reino Unido, muitos consideram que elas prejudicam o regime democrático. O estudo também destaca que a opinião pública é influenciada por fatores como frequência de uso das redes e a postura dos governos em relação à regulamentação dessas plataformas.

---

<sup>30</sup> GIARDELLI, G. *Fake news: quando as redes sociais mentem*. São Paulo: Atlas, 2019. p. 15.

<sup>31</sup> VOSOUGHI, S.; ROY, D.; ARAL, S. The spread of true and false news online. *Science*, Washington, D.C., v. 359, n. 6380, 2018. p. 1146.

<sup>32</sup> RÜDIGER, F. Mídia, fake news e desinformação: convergências e distinções. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 25, n. 61, 2017. p. 35.

<sup>33</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). The OECD Truth Quest Survey: Methodology and Findings. *OECD Digital Economy Papers*, Paris, n. 369, jun. 2024.

<sup>34</sup> GURGEL, L. Sete em cada 10 brasileiros acham que as redes sociais são boas para a democracia, mostra pesquisa. *MediaTalks*, Londres, 6 abr. 2024.



Por fim, as *fakes News* também podem ter impactos econômicos e sociais significativos, afetando empresas, mercados financeiros e causando danos sociais ao espalhar informações que podem prejudicar indivíduos ou grupos específicos.

Para lidar com esses desafios, é necessário promover a educação digital, fortalecer a verificação de fatos, responsabilizar as plataformas de mídia social pela disseminação de desinformação e cultivar o pensamento crítico entre os cidadãos. Essas medidas são fundamentais para proteger a democracia contra os efeitos danosos das *fake News* e para garantir um ambiente informacional saudável e responsável.

## 10. Soluções e medidas de mitigação

Para mitigar os impactos das *fake News* na democracia, diversas soluções e medidas têm sido propostas, visando promover um ambiente informacional mais saudável e responsável. De acordo com Marcelo Crespo<sup>35</sup>, a educação digital envolve a conscientização e o treinamento dos indivíduos para o uso das tecnologias, capacitando-os a agir de forma ética e responsável, reduzindo riscos e evitando práticas prejudiciais que possam resultar em consequências legais indesejadas. Assim sendo, implementar programas educacionais desde a escola primária até a educação continuada pode fortalecer o pensamento crítico e a capacidade de verificar fontes.

No viés preventivo, a adoção do contágio cognitivo preventivo pode ser uma das ferramentas, sugerida como política pública ao G20 (Grupo dos 20 países mais poderosos do mundo) para mitigar a desinformação eleitoral.<sup>36</sup>

Além disso, é essencial fortalecer a verificação de fatos e o jornalismo investigativo, que desempenham um papel crucial na identificação e contestação de *fake News*, contribuindo para reduzir sua disseminação e impacto negativo.

Outra medida importante é a regulamentação adequada das plataformas de mídia social. Políticas públicas eficazes são necessárias para responsabilizar as plataformas pela disseminação de desinformação, garantindo transparência e incentivando práticas que promovam a veracidade e a integridade da informação.

As redes sociais devem assumir uma responsabilidade maior pela disseminação de *fake News* em suas plataformas. Isso pode envolver a adoção de algoritmos para detectar desinformação, a aplicação de verificações de fatos e a exclusão de contas que promovem notícias falsas.<sup>37</sup>

Além disso, incentivar a transparência nas práticas de algoritmos utilizados por redes sociais e motores de busca pode ajudar a reduzir a propagação de conteúdos prejudiciais. A implementação de melhores práticas de transparência e ética na concepção e uso de algoritmos pode ser uma forma de minimizar a disseminação de informações falsas e tendenciosas.

Por fim, promover parcerias entre governo, sociedade civil, acadêmicos e empresas de tecnologia é essencial para desenvolver estratégias integradas e multidisciplinares de combate às *fake News*. Essas parcerias podem incentivar a pesquisa contínua, a inovação tecnológica e a implementação de políticas públicas que abordem os desafios emergentes na era digital.

Cabe ao Estado assegurar a liberdade de expressão e informação, em sua dupla dimensão – inclusive em atenção ao pluralismo de ideias –, o controle judicial, com seus métodos analógicos, tende a ser insuficiente no combate à desinformação

---

<sup>35</sup> CRESPO, M. X. F. O papel da educação digital e da segurança da informação no Direito. *Portal Âmbito Jurídico*, 1 ago. 2010.

<sup>36</sup> SCARPINO JUNIOR, L. E.; GUIMARÃES, N. M. Preventive Cognitive Contagion as a Strategy for Mitigation Electoral Misinformation. *G20 Brasil 2024*. T20 Policy Brief. Task Force 05 - Inclusive Digital Transformation.

<sup>37</sup> FERRARA, E. Disinformation and social bot operations in the run up to the 2017 French presidential election. *First Monday*, v. 22, n. 8, 2017.

digital, inclusive pela linha tênue que separa o livre exercício da comunicação e a disseminação de *fake News*.<sup>38</sup>

A adoção dessas medidas de mitigação não apenas fortalece a democracia ao proteger a integridade do processo informacional, mas também empodera os cidadãos ao promover uma participação informada e consciente na sociedade contemporânea.

### **11. Considerações finais**

O impacto das *fake News* nas redes sociais é um desafio crítico para a democracia. Embora essas plataformas ofereçam um espaço valioso para o engajamento cívico, a propagação de informações falsas pode minar a confiança nas instituições e aumentar a polarização social. Para enfrentar esses desafios, é essencial adotar uma abordagem integrada que combine educação digital, regulação das plataformas e reforço das iniciativas de verificação de fatos, a fim de proteger e fortalecer os processos democráticos.

Para enfrentar esses desafios, são necessárias medidas robustas e coordenadas. A educação digital emerge como uma ferramenta fundamental, capacitando os indivíduos a discernir entre informações verídicas e falsas desde cedo. O fortalecimento da verificação de fatos e do jornalismo investigativo também desempenha um papel decisivo, garantindo a precisão e a integridade das informações divulgadas.

Ademais, a regulamentação adequada das plataformas de mídia social se faz imperativa, responsabilizando-as pela disseminação de desinformação e incentivando práticas transparentes e éticas. A transparência nos algoritmos utilizados por essas plataformas também é essencial para diminuir a propagação de conteúdos prejudiciais.

Além disso, a colaboração entre governo, sociedade civil, academia e empresas de tecnologia é essencial para desenvolver estratégias eficazes de combate às *fake News*. A implementação de políticas públicas inovadoras e a promoção de parcerias estratégicas podem fortalecer a democracia ao proteger a integridade do processo informacional e promover uma participação informada e consciente dos cidadãos.

Por fim, é importante considerar o papel das redes sociais como espaços de debate público e participação cívica. Medidas que incentivem a diversidade de opiniões e o respeito ao divergente podem ajudar a abrandar os efeitos polarizadores das *fake News*. Promover uma cultura de responsabilidade digital, em que os usuários sejam incentivados a verificar fontes e pensar criticamente sobre as informações que consomem, também é crucial para fortalecer a resiliência democrática frente aos desafios da era digital.

Para concluir, a luta contra as *fakes News* e sua influência negativa sobre a democracia demanda esforços coordenados e sustentados ao longo do tempo.

A promoção de um ecossistema informacional mais saudável começa pela formação de cidadãos mais críticos e conscientes, onde a educação digital e a alfabetização midiática são elementos centrais. Compreender a natureza e as motivações por trás da desinformação ajuda a desmitificar os processos que tornam essas notícias tão virais e influentes.

Paralelamente, as plataformas de mídia social, como grandes disseminadoras de conteúdo, possuem a responsabilidade ética de adotar políticas que inibam a propagação de *fake news*.

A transparência algorítmica e o controle da moderação de conteúdos devem se tornar práticas padrão, favorecendo um ambiente mais confiável. Regulamentações que incentivem práticas justas e éticas nessas plataformas são indispensáveis, mas precisam ser implementadas de forma cuidadosa para preservar a liberdade de expressão e evitar censuras arbitrárias.

---

<sup>38</sup> MORAIS, J. L. B. de; FESTUGATTO, A. M. F. *A democracia desinformada: eleições e fake news*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

A colaboração entre diferentes setores: governos, organizações civis, acadêmicos e empresas de tecnologia, é essencial para enfrentar a questão de maneira abrangente e eficaz. Políticas públicas bem delineadas, aliadas a um jornalismo investigativo ativo e a um sistema de verificação de fatos robusto, são pilares para a manutenção de uma democracia saudável.

Criar uma cultura de responsabilidade digital, onde os cidadãos sintam-se comprometidos a verificar e compartilhar informações de maneira ética, é crucial para fortalecer a democracia no mundo digital.

Somente por meio dessa combinação de esforços podemos reduzir o impacto das fake news, promovendo um ambiente informacional mais seguro e democrático.

### Referências

- ALLCOTT, H.; GENTZKOW, M. Social media and fake news in the 2016 election. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 31, n. 2, p. 211-236, 2017. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.31.2.211>. Acesso em: 9 set. 2024.
- ALMEIDA, G. A. de.; GOMES JUNIOR, L. M. *Direitos digitais e a sua proteção via ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.
- ANTONIO, L. G. Redes sociais e fake news: como a combinação impacta a sociedade? *Portal Politize!*, 30 out. 2023. Ciência, Saúde e Tecnologia. Disponível em: <https://www.politize.com.br/redes-sociais-e-fake-news/>. Acesso em: 5 set. 2024.
- BRAGA, R. M. da C. "A indústria das fake news e o discurso de ódio". In: PEREIRA, R. V. (Org.). *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio: volume 1*. Belo Horizonte: Instituto para o Desenvolvimento Democrático, 2018. p. 203-220. Disponível em: <https://bit.ly/4h8PkLp>. Acesso em: 9 set. 2024.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise em Saúde e Vigilância de Doenças Não Transmissíveis. *Vigitel Brasil 2021: Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/svsa/vigitel/vigitel-brasil-2021-estimativas-sobre-frequencia-e-distribuicao-sociodemografica-de-fatores-de-risco-e-protecao-para-doencas-cronicas/view>. Acesso em: 14 out. 2024.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 2.630, de 2020*. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF: Senado Federal, 2020. Sen. Alessandro Vieira.
- CARNEIRO, G. F. S. Autorregulação de fake news no Facebook: incentivos e freios à proliferação de desinformação. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, v. 7, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/4eGX9X3>. Acesso em: 14 out. 2024.
- CASTELLS, M. *O poder da identidade*. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2018.
- CELLAN-JONES, N. R. Fake news worries 'are growing' suggests BBC poll. *BBC News*, London, 21 set. 2017. Technology. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-41319683>. Acesso em: 14 set. 2024.
- CRESPO, M. X. F. O papel da educação digital e da segurança da informação no Direito. *Portal Âmbito Jurídico*, 1 ago. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/o-papel-da-educacao-digital-e-da-seguranca-da-informacao-no-direito/>. Acesso em: 21 out. 2024.
- FERRARA, E. Disinformation and social bot operations in the run up to the 2017 French presidential election. *First Monday*, v. 22, n. 8, 2017. Disponível em:

- <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/8005/6516>. Acesso em: 14 out. 2024.
- FERRAREZI, T. Regulamentação das redes sociais e a luta contra as fakes news: desafios e perspectivas para a democracia brasileira. *Migalhas*, 2 maio 2023. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://bit.ly/3Yq5RTT>. Acesso em: 10 set. 2024.
- GIARDELLI, G. *Fake news: quando as redes sociais mentem*. São Paulo: Atlas, 2019.
- GILLESPIE, T. *Custodians of the internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*. New Haven: Yale University Press, 2018.
- GURGEL, L. Sete em cada 10 brasileiros acham que as redes sociais são boas para a democracia, mostra pesquisa. *MediaTalks*, Londres, 6 abr. 2024. Disponível em: <https://mediatalks.uol.com.br/2024/04/06/pesquisa-examina-impacto-das-redes-sociais-na-democracia/>. Acesso em: 10 set. 2024.
- HOFMANN, J. Mediated democracy: linking digital technology to political agency. *Internet Policy Review*, Berlin, v. 8, n. 2, p. 1-18, jun. 2019. Disponível em: <https://policyreview.info/pdf/policyreview-2019-2-1416.pdf>. Acesso em: 14 out. 2024.
- INÁCIO, J. O papel das redes sociais na disseminação de notícias falsas. *Blog Mural de História*, Recife, 2023. Disponível em: <https://www.muraldehistoria.com.br/2023/04/o-papel-das-redes-sociais-na-disseminacao-de-noticias-falsas.html>. Acesso em: 14 out. 2024.
- LEWANDOWSKY, S.; ECKER, U. K. H.; COOK, J. Beyond misinformation: understanding and coping with the "post-truth" era. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 6, n. 4, p. 353-369, 2017.
- MARTINELLI, G. Liberdade de expressão: impactos e limites no ordenamento jurídico brasileiro. *Aurum*, 26 abr. 2024 (atualizado em: 4 jul. 2024). Artigos de Direito Constitucional. Disponível em: <https://bit.ly/407CUNB>. Acesso em: 14 out. 2024.
- MIRANDA GONÇALVES, R., "Reflections on the Systemic Efficiency of Contemporary Democracy", *Juridical Tribune – Review of Comparative and International Law* v. 14, n. 3 (October 2024), pp. 436-451. DOI: 10.62768/TBJ/2024/14/3/06
- MORAIS, J. L. B. de; FESTUGATTO, A. M. F. *A democracia desinformada: eleições e fake news*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.
- MULHOLLAND, C.; OLIVEIRA, S. R. de. Uma nova cara para a política? Considerações sobre deepfakes e democracia. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 18, n. 99, p. 378-406, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3YIAGZL>. Acesso em: 9 set. 2024.
- OLIVEIRA, A. S.; GOMES, P. O. Os limites da liberdade de expressão: fake news como ameaça à democracia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 20, n. 2, p. 93-118, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3YIQ9Jm>. Acesso em: 11 set. 2024.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). The OECD Truth Quest Survey: Methodology and Findings. *OECD Digital Economy Papers*, Paris, n. 369, jun. 2024. Disponível em: <https://bit.ly/4h50HDN>. Acesso em: 10 set. 2024.
- PAES, P.; PRADO, Y.; GUIMARÃES, V. A evolução das fake news ao mecanismo tecnológico das deep fakes e os perigos ao estado democrático de direito. *Revista da ESMAL*, Maceió, n. 5, p. 227-245, 2020. Disponível em: <https://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/195>. Acesso em: 14 out. 2024.
- PEREIRA, R. C. A epidemia na propagação das "fake news" e a responsabilidade civil dos terceiros, de quem compartilha e dos provedores de informação, sob a perspectiva da tutela inibitória e de ressarcimento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 44, n. 296, p. 259-281, 2019.
- PORTO, M. S. R.; SCARPINO JUNIOR, L. E.; COELHO, N. M. M. S. O uso abusivo do Big Data no contexto eleitoral e a (in)eficácia dos instrumentos de proteção

- jurídica da legislação brasileira. *REDESP*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 144-157, 2021.
- RIBEIRO, A.; LOBATO, G. Como o julgamento no STF sobre o Marco Civil da Internet afeta o debate do 'PL das Fake News'. *Aos Fatos*, Rio de Janeiro, 16 maio 2023. Disponível em: <https://www.aosfatos.org/noticias/stf-artigo-19-marco-civil-pl-das-fake-news/>. Acesso em: 16 nov. 2024.
- RÜDIGER, F. Mídia, fake news e desinformação: convergências e distinções. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 25, n. 61, p. 29-48, 2017. Disponível em: [http://www.scrielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010444782017000200029&lng=pt&tlng=pt](http://www.scrielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782017000200029&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 14 jul. 2024.
- SCARPINO JUNIOR, L. E. *Fake news e democracia: desafios institucionais e resistência constitucional no Brasil*. São Paulo: D'Plácido, 2024.
- SCARPINO JUNIOR, L. E.; GUIMARÃES, N. M. Preventive Cognitive Contagion as a Strategy for Mitigation Electoral Misinformation. *G20 Brasil 2024*. T20 Policy Brief. Task Force 05 - Inclusive Digital Transformation. Disponível em: [https://www.t20brasil.org/media/documentos/arquivos/TF05\\_ST\\_06\\_PREVENTIVE\\_COGNITIV66cf6ba199338.pdf](https://www.t20brasil.org/media/documentos/arquivos/TF05_ST_06_PREVENTIVE_COGNITIV66cf6ba199338.pdf). Acesso em: 16 nov. 2024.
- SCARPINO JUNIOR, L. E.; NUNES, D. H.; SILVA, J. B. Transformações sociais e a juridicidade do bloqueio de usuários no Twitter pelos presidentes Trump e Bolsonaro. *Revista de Estudos Jurídicos da Unesp*, v. 25, p. 33-64, 2023.
- VOSOUGHI, S.; ROY, D.; ARAL, S. The spread of true and false news online. *Science*, Washington, D.C., v. 359, n. 6380, p. 1146-1151, 2018. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>. Acesso em: 14 jul. 2024.
- WÜNSCH, M. S. FERREIRA, N. A. O impacto das fake news na democracia e o papel da cláusula democrática. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 49, n. 2, p. 472-497, 2021. Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/61276/33853>. Acesso em: 5 set. 2024.



CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

[www.cadernosdedereitoactual.es](http://www.cadernosdedereitoactual.es)

© **Cadernos de Derecho Actual** Nº 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 262-284  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **Radicalización, polarización y posverdad. Desafíos e incertidumbres para el Estado de Derecho**

*Radicalization, polarization and post-truth. Challenges and uncertainties for the rule of law*

**Daniel Sansó-Rubert Pascual<sup>1</sup>**

*Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

**R. Rebeca Cordero Verdugo<sup>2</sup>**

*Universidad Europea de Madrid (UEM)*

**Antonio Silva Esquinas<sup>3</sup>**

*Universidad Europea de Madrid (UEM)*

**Jorge R. Pérez Suárez<sup>4</sup>**

*Universidad Europea de Madrid (UEM)*

**Sumario:** 1. Introducción al escenario vigente: crisis de gobernabilidad y estancamiento democrático. 2. Efectos negativos de las tres "Ps": desvalorización de la democracia y auge del discurso radical. 3. Desafíos e incertidumbres para el Estado de Derecho. 4. Sociedades políticamente hastiadas. 5. Conclusiones

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo evidenciar las consecuencias del uso del marketing político 3.0 por parte de los partidos y líderes políticos en el Estado de Derecho. Todo ello como resultado de diversas investigaciones que analizan diferentes fases del marketing político 3.0. En este caso, estaríamos hablando de la cuarta fase del proyecto, en la que se trataba de demostrar que la política del siglo

---

<sup>1</sup> Profesor del Departamento de Tendencias Sociales de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología (UNED). Doctor en Derecho (USC). Acreditado a Prof. Titular de Universidad (ANECA). Correo de contacto: dsansorubert@poli.uned.es

<sup>2</sup> Profesora Titular en Sociología Aplicada de la Universidad Europea de Madrid. Investigadora Principal del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales de la Universidad Europea de Madrid. Correo de contacto: raquelrebeca.cordero@universidadeuropea.es

<sup>3</sup> Profesor Adjunto en Criminología de la Universidad Europea de Madrid. Doctor en Antropología Social (UNED). Investigador del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales de la Universidad Europea de Madrid. Correo de contacto: antonio.silva@universidadeuropea.es

<sup>4</sup> Profesor Titular de Criminología Aplicada a Espacios Digitales de la Universidad Europea de Madrid. Investigador del Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales de la Universidad Europea de Madrid. Correo de contacto: jorgeramiro.perez@universidadeuropea.es

Recibido: 12/09/2024

Aceptado: 15/12/2024

DOI: 10.5281/zenodo.14293017

XXI representa un desafío significativo para el actual Estado de Derecho comprometiendo así el objetivo 16 de la Agenda 2030, que aboga por "Paz, justicia e instituciones sólidas". La polarización, el populismo y la posverdad alimentan dudas sobre las instituciones públicas, beneficiando a los "extremos" en medio del caos. Además, se observa cómo estas estrategias de marketing político intensifican la desconfianza ciudadana y erosionan la legitimidad de las instituciones democráticas y el Derecho, creando un entorno propicio para la manipulación y el control social.

**Palabras clave:** Democracia, Estado de Derecho, polarización, política, posverdad, radicalización.

**Abstract:** This article aims to show the consequences of the use of political marketing 3.0 by political parties and leaders in the Rule of Law. All of this is the result of various investigations that analyze different phases of political marketing 3.0. In this case, we would be talking about the fourth phase of the project, which sought to demonstrate that 21st century politics represents a significant challenge to the current Rule of Law, thus compromising objective 16 of the 2030 Agenda, which advocates "Peace, justice and strong institutions." Polarization, populism and post-truth fuel doubts about public institutions, benefiting the "extremes" in the midst of chaos. In addition, it is observed how these political marketing strategies intensify citizen distrust and erode the legitimacy of democratic institutions, creating an environment conducive to manipulation and social control.

**Keywords:** Democracy, rule of law, polarization, politics, post-truth, radicalization.

### **1. Introducción al escenario vigente: crisis de gobernabilidad y estancamiento democrático**

Este artículo tiene como objetivo evidenciar las consecuencias del uso del marketing político 3.0<sup>5</sup> por parte de los partidos y líderes políticos en el Estado de Derecho. Todo ello como resultado de diversas investigaciones que analizan diferentes fases del marketing político 3.0. En este caso, estaríamos hablando de la cuarta fase del proyecto, en la que se trataba de demostrar que la política del siglo XXI representa un desafío significativo para el actual Estado de Derecho comprometiendo así el objetivo 16 de la Agenda 2030, que aboga por "Paz, justicia e instituciones sólidas". La polarización, el populismo y la posverdad alimentan dudas sobre las instituciones públicas, beneficiando a los "extremos" en medio del caos. Además, se observa cómo estas estrategias de marketing político intensifican la desconfianza ciudadana y erosionan la legitimidad de las instituciones democráticas y el Derecho, creando un entorno propicio para la manipulación y el control social (ver en Imagen 1, las distintas fases la investigación).

---

<sup>5</sup> CORDERO VERDUGO, R. R. y REYERO, L. *Marketing político 3.0. Como Podemos, Ciudadanos y Vox han cambiado las reglas del juego*. Tecnos, Madrid, 2021.

**Imagen 1****Fases de la investigación sobre marketing político 3.0.**

Nota. Elaboración propia.

Por tanto, no resulta extraño que exista una percepción social generalizada (especialmente en las sociedades democráticas occidentales) de una mayor polarización política, así como del creciente ascenso de una retórica y planteamiento del ejercicio político en clave populista<sup>6</sup>. Hasta el punto de suscitar alertas en torno a la petrificación de la dialéctica política hasta unos niveles de confrontación extrema que pueden conducir a la desintegración de las propias sociedades<sup>7</sup>. Baste un ejemplo de máxima actualidad como el que representa todo el periplo electoral y de campaña política de las últimas elecciones a la Presidencia de los Estados Unidos de la que finalmente ha salido victorioso Donald Trump. Su *modus operandi* representa a la perfección el recurso estratégico -y con éxito- de la manipulación informativa; la asunción de la radicalización como estrategia<sup>8</sup>; abogar por el populismo<sup>9</sup> y la polarización política<sup>10</sup> para canalizar la acción política, todo ello enmarcado en un entorno de posverdad<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> GUIISO, L.; HERRERA, H.; MORELLI, M. y SONNO, T. *Demand and supply of populism*. Centre for Economic Policy Research (United Kingdom), London, 2017.

<sup>7</sup> HOBOLT, S. B.; LEEPER, T. J. y TILLEY, J. "Divided by the Vote: Affective Polarization in the Wake of the Brexit Referendum". *British Journal of Political Science*, 51(4), 2021, p. 1483.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ, R. *Los años peligrosos: Por qué la política se ha vuelto radical*. Debate, Barcelona, 2024.

<sup>9</sup> VALLESPÍN, F. y BACUÑÁN, M. *Populismos*. Aranzadi, Navarra, 2017.

<sup>10</sup> FIGUERUELO, A. *Desinformación, odio y polarización (I)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

<sup>11</sup> D'ANCONA, M. *Posverdad: La nueva guerra en torno a la verdad y cómo combatirla*. Alianza, Madrid, 2019.



Si bien es cierto que este tipo de manifestaciones de extrema divergencia en lo relativo a asuntos políticos en una sociedad no son plenamente novedosas<sup>12</sup>, el hecho de que en estos últimos años su virulencia ha crecido exponencialmente tanto en Europa como en Estados Unidos<sup>13</sup>, están conformando una amenaza a la cohesión social y la estabilidad política<sup>14</sup>. E, inclusive, para la supervivencia del Estado de Derecho.

Una revisión reciente de la literatura sobre la democracia<sup>15</sup>, arroja un balance favorable a aquellos posicionamientos que suscriben una situación de crisis plurifactorial y multinivel, por la que estaría atravesando actualmente la democracia. En todo caso, sin perjuicio de estas visiones, a lo largo de la historia moderna, los momentos de crisis de la democracia se han presentado sin interrupción y, en paralelo, las tomas de posición de los teóricos de la desconfianza y de la crisis, forman por igual una serie ininterrumpida. Se trataría de una tensión constante, que parece acompañar al paradigma democrático desde su nacimiento<sup>16</sup>. Sin embargo, Han complica aún más la discusión al vincular en su análisis la democracia y el mundo digital. Parte de la idea de que la democracia, tal y como la conocíamos hasta ahora, "no es compatible con el nuevo nihilismo porque supone un discurso de la verdad"<sup>17</sup>. En este sentido, parece que nuestras democracias, de manera paulatina y por intereses de los poderosos, se están transformando en "infocracias", donde "se puede prescindir de la verdad"<sup>18</sup>. Este fenómeno se ve exacerbado por la creciente influencia de las tecnologías digitales y las redes sociales, que facilitan la difusión de información manipulada, convertida en opinión y la creación de burbujas pseudo-informativas. Así, la verdad se convierte en un concepto maleable, y la manipulación de la información se convierte en una herramienta poderosa para aquellos que buscan controlar la narrativa pública y mantener su poder.

Llegados a este punto pareciera claro qué origina la desafección hacia la democracia, pero ¿Por qué existe un creciente descontento hacia el sistema democrático en su conjunto, que incluye instituciones, marco jurídico, políticas y líderes? Sin duda, estamos ante una serie de desafíos que se han traducido en amenazas a la subsistencia e integridad de la democracia como sistema político. La polarización política, la radicalización ideológica y la manipulación informativa vinculada a la posverdad generan numerosas interrogantes e incertidumbres. En este contexto de aparente desprotección, los ciudadanos responden de maneras diversas: mediante reacciones extremas, apatía, desconfianza, una caída en la participación y un aumento del absentismo electoral. En definitiva, se manifiesta un creciente descreimiento en la democracia como sistema de convivencia.

Este clima de deterioro de la confianza en el Estado democrático como garante y protector de derechos y libertades fundamentales, se traduce en la aparición de movimientos abiertamente antidemocráticos, a los que la democracia les parece un esfuerzo inútil o, peor aún, una meta no sólo imposible de alcanzar, sino un destino no deseable. Y, por otra parte, el surgimiento de movimientos hiperdemocráticos, para los que la dosis de democracia de los regímenes actuales es insuficiente y debe ser ampliada. Ambas perspectivas, ejercen un poderoso efecto de desgaste sobre los

<sup>12</sup> GRECHYNA, D. "On the determinants of political polarization". *Economics Letters*, n. 144, 2016, p. 10-14.

<sup>13</sup> McCARTY, N., POOLE, K. T., y ROSENTHAL, H. *Polarized America: The dance of ideology and unequal riches*. MIT Press, Cambridge, 2016.

<sup>14</sup> McCOY, J.; RAHMAN, T. y SOMER, M. "Polarization and the global crisis of democracy: Common patterns, dynamics, and pernicious consequences for democratic polities". *American Behavioral Scientist*, 62 (1), 2018, p. 16-42.

<sup>15</sup> DIAMOND, L. "Facing Up to the Democracy Recession". *Journal of Democracy*, n. 26, 2015, p. 141-155; DIAMOND, L. "Facing Up to the Democracy Recession". *Journal of Democracy*, n. 26, 2015, p. 141-155.

<sup>16</sup> LEVITSKY, S. y WAY, L. "The Myth of Democratic Recession". *Journal of Democracy*, 26, 2015, p. 45-58.

<sup>17</sup> HAN, B. *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*. Taurus, Barcelona, 2002, p. 86.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 86-87.

fundamentos tradicionalmente consensuados socialmente sobre los que se asienta la democracia<sup>19</sup>.

La antipolítica<sup>20</sup> cunde entre la ciudadanía y entre los partidos políticos extremos, materializada en actitud de rechazo, incluso drástico, de todas las combinaciones posibles de la vida política. Se manifiesta de una pluralidad de formas. Desde las más brutales, protagonizadas por grupos de radicales, hasta las silenciosas, practicadas por quienes se abstienen de votar o se desinteresan absolutamente por la política, cayendo en la apatía. Una respuesta activa y rabiosa, frente a lo que Simone denomina como los "daños de la política" (corrupción, impunidad, clientelismo político, privilegios de la casta, oligarquías políticas, etc.), generando el alejamiento del individuo de la política, con desprecio hacia ella y hacia cualquier tipo de participación<sup>21</sup>. En definitiva, la actitud antipolítica no sólo rechaza las instituciones de la política, sino que, en puridad, representa el rechazo a la institucionalidad democrática<sup>22</sup> y, por tanto, se alinea en la vertiente de los posicionamientos antidemocráticos.

Todos estos factores conducen peligrosamente hacia una perversión democrática en la que se alcance una democracia sin ciudadanos, debido a la ausencia de estos de la política. Abstencionismo alimentado porque los ciudadanos son conscientes de que el voto se ha vaciado. Conocen, que ya no son ellos los que marcan la agenda política de gobiernos y parlamentos. El apoyo electoral que dan con su voto sólo sirve como salvoconducto para que los representantes alcancen el poder, no para indicar temas y prioridades<sup>23</sup>.

*Grosso modo*, preocupa la deriva de la política actual marcada por las tres "Ps" (populismo, polarización y posverdad<sup>24</sup>), que han cobrado una relevancia significativa en el panorama político mundial: el populismo, caracterizado por presentar soluciones simplistas a problemas complejos y apelar directamente a las emociones y sentimientos de la población, ha ganado terreno en diferentes países provocando divisiones y confrontaciones entre sectores de la sociedad (Véase Estados Unidos o España como ejemplo). Este fenómeno ha generado un clima de desconfianza hacia las instituciones políticas y ha impulsado la aparición de líderes carismáticos que prometen cambios radicales sin considerar las consecuencias. Por otro lado, la polarización ha exacerbado las diferencias ideológicas y sociales entre los ciudadanos, creando fracturas profundas en la sociedad y dificultando el diálogo y la búsqueda de consensos<sup>25</sup>. Esta división se ha visto reflejada en el incremento de la radicalización política y en la falta de capacidad para encontrar puntos en común que permitan avanzar hacia soluciones que beneficien a todos. Finalmente, la posverdad, caracterizada por la difusión de información falsa o sesgada para manipular la opinión pública, ha contribuido a la desinformación y al debilitamiento de la democracia. Este fenómeno ha puesto en entredicho la veracidad de los hechos y ha creado un ambiente en el cual es cada vez más difícil distinguir la verdad de la mentira en el ámbito político.

Todo ello, en conjunto, encierra el peligro de la renuncia progresiva de los ciudadanos a la participación política, lo que a su vez deriva en la conversión de los sistemas democráticos en democracias de baja intensidad. Tomando como ejemplo

---

<sup>19</sup> SIMONE, R. *El hada democrática. Cómo la democracia fracasa*. Taurus Pensamiento, Barcelona, 2016.

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ CARBALLIDO, M. "¿Qué es la antipolítica?" *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 32(1), 2023, p. 9-29.

<sup>21</sup> SIMONE, R. *El hada democrática. Cómo la democracia fracasa*. Op. Cit., p. 72 y ss.

<sup>22</sup> MASTROPAOLO, A. *Antipolítica*. L' Ancora del Mediterraneo, Napoli, 2005.

<sup>23</sup> MAIR, P. *Gobernando el vacío: La banalización de la democracia occidental*. Alianza, Madrid, 2015.

<sup>24</sup> NAIM, M. *La revancha de los poderosos: Cómo los autócratas están reinventando la política en el siglo XXI*. Debate, Barcelona, 2022.

<sup>25</sup> TORCAL, M. *De votantes a hooligans. La polarización política en España*. Libros de la Catarata, Barcelona, 2023.

las últimas elecciones presidenciales de Estados Unidos de noviembre de 2024, el 45% de la población se ha abstuvo, solo 135 millones de personas ejercieron su derecho a voto frente a los 244 millones de votantes que deberían haberlo hecho, una cifra que en comparación con las elecciones de 2020 aumentó dado que, respecto a este último año, el número de abstencionista aumentó en uno 20 millones de personas<sup>26</sup>. Un ejemplo de cómo el abstencionismo alcanza índices cada vez mayores, de manera que el cuerpo de representantes es elegido con el respaldo de un número significativamente menor de electores del que debería hacerlo. Bastará entonces un porcentaje insignificante de votantes altamente fidelizados para decidir el destino político de un país. En la práctica, una minoría, designará a la mayoría: una perversión política a la que un régimen democrático no puede sobrevivir<sup>27</sup>.

## 2. Planteamiento metodológico

La investigación se ha desarrollado en tres fases. La Fase 1, "El origen", se centró en demostrar la existencia de un nuevo paradigma: el marketing político 3.0, utilizado por Podemos y Ciudadanos para lograr su éxito electoral. De esta investigación resultó una tesis doctoral titulada: "La aplicación del marketing político 3.0. El caso del éxito de Podemos y Ciudadanos en las elecciones de 2014, 2015 y 2016"<sup>28</sup>.

La Fase 2, "La consolidación", se aplicó al caso de VOX para verificar la consolidación del nuevo paradigma de marketing político 3.0, lo que resultó en la publicación del libro: "Marketing político 3.0: Cómo Podemos, Ciudadanos y Vox han cambiado las reglas del juego"<sup>29</sup>.

La Fase 3, "La perversión", se desarrolló en plena pandemia para comprobar el uso que los partidos estaban dando a las herramientas de marketing político 3.0<sup>30</sup>.

Y la última, Fase 4, "Las consecuencias", se evidenció que la consolidación del marketing político 3.0 en España facilitó que la política del siglo XXI se sustente sobre el populismo, la posverdad y la polarización.

---

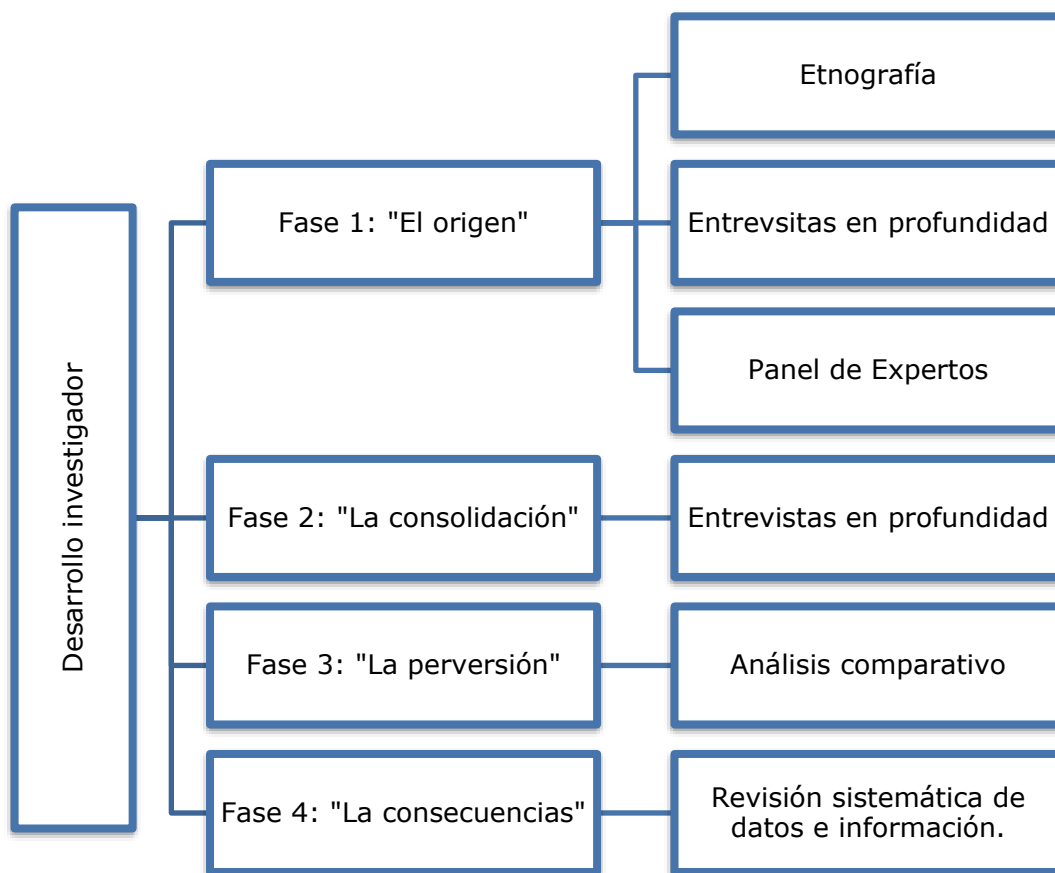
<sup>26</sup> The New York Times (05 de noviembre de 2024). Presidential Election Results: Trumps Wins. *The New York Times* Wins. Consultado en: <https://www.nytimes.com/interactive/2024/11/05/us/elections/results-president.html>

<sup>27</sup> SIMONE, R. *El hada democrática. Cómo la democracia fracasa*. Op. Cit., p. 187.

<sup>28</sup> REYERO SIMÓN, L., "La nueva forma de hacer política en un entorno 3.0". Rodríguez Terceño, J. (Ed.) *CUICIID 2016: congreso Universitario Internacional sobre la comunicación en la profesión y en la Universidad de hoy. Contenidos, investigación, innovación y docencia*. Editorial Fórum Internacional de Comunicación y Relaciones Públicas (Fórum XXI), Madrid, 2017 p. 1137.

<sup>29</sup> CORDERO VERDUGO, R. R. y REYERO, L. *Marketing político 3.0. Como Podemos, Ciudadanos y Vox han cambiado las reglas del juego*. Op. Cit., p. 57 y ss.

<sup>30</sup> *Ibid.*, Op. Cit., p. 79 y ss.

**Imagen 2****Estructura de la investigación por fases y su dimensión metodológica**

Nota. Elaboración propia.

**3.1. Etnografía / Observación directa**

El acompañamiento a Podemos y a Ciudadanos se hizo adoptando la figura de apoderado en las elecciones municipales de 2015 y las generales de 2015 y 2016, colaborando como voluntarios en sus campañas electorales, asistiendo a las reuniones de ambos partidos y sus cursos de formación en sus respectivas sedes centrales y locales, suscribiéndonos a sus correos informativos e interactuando en sus redes sociales. Actividad acompañada de un seguimiento de las informaciones referidas a estos, recogidas en los medios de comunicación. Todo el trabajo etnográfico se hizo siguiendo los códigos éticos de la AoIR9, ISA10, ASA11 y AAA12 cumpliendo con la ética investigadora. En todo momento los partidos políticos y sus miembros fueron conscientes de que la encargada de la etnografía era una investigadora. Así se presentó la propuesta a los diferentes partidos solicitando su habilitación para permitirle participar en estos términos de ello. Todas las interacciones realizadas por ella con miembros de los partidos se hicieron bajo la premisa de que estaba investigando sobre sus formas de realizar marketing político. La etnografía fue la técnica que estuvo presente a lo largo de todo el trabajo de campo dado que la información resultante obtenida por parte de la investigadora sirvió para plantear las posteriores entrevistas en profundidad y el panel de expertos. Además, las respuestas obtenidas de las entrevistas y del papel de expertos volvían a ser objeto de análisis en la etnografía. Fueron 100 horas las destinadas al trabajo

etnográfico. Basándonos en las recomendaciones de Angrosino, la observación directa se realizó de manera desigual a lo largo de las tres fases de investigación<sup>31</sup>. En la primera fase fue directa, multisituada y continuada en el tiempo. En la segunda fase fue directa, unifocal y limitada en el tiempo. Y en la tercera fase fue indirecta y tuvo un objetivo puramente reflexivo por eso no se indica como metodología principal.

En cuanto a las entrevistas en profundidad se refiere, el uso de las mismas se llevó a cabo en las dos primeras fases, realizándose 21 entrevistas en la primera y 3 en la segunda. La utilidad de este tipo de entrevistas reside en la calidad de la información a obtener y en la posibilidad de adaptar el guion al argumento de entrevistado. En la entrevista en profundidad el entrevistador desea obtener información sobre un determinado problema y a partir de él establece una lista de temas, en relación con los que se construye finalmente el análisis y la comprensión en profundidad de los temas e intereses de la investigación definidos en el estudio. Se diferencia de otras técnicas principalmente porque permite adentrarse y comprender la experiencia del entrevistado a través de una conversación minuciosa.

## **2. Efectos negativos de las tres "Ps": desvalorización de la democracia y auge del discurso radical**

Ante el contexto previamente descrito sucintamente es fundamental analizar y comprender el impacto de estas tres "Ps" en la política actual<sup>32</sup>, para poder enfrentar los desafíos y construir un futuro más justo y equitativo para todos los ciudadanos.

El éxito y arraigo del populismo contemporáneo guarda relación con la llegada de la industria de la desinformación y de la posverdad; lo que da lugar a una sociedad dividida, muy polarizada, con posicionamientos e ideas extremas. La combinación de estos tres fenómenos sociales genera una especie de círculo vicioso de retroalimentación tóxica altamente nocivo para el sistema democrático<sup>33</sup>. Cuyo fin último que alcanzar consiste en construir un apoyo social incondicional conformado por una creciente masa social de individuos altamente fidelizados; movilizados políticamente en términos de polarización mediante el recurso a la ya referida industria de la desinformación a través de la generación de *fake news*<sup>34</sup>, fundadas en el empleo de la desinformación constituida en herramienta estratégica, proyectada desde los púlpitos de la posverdad.

Estas transformaciones no pasan desapercibidas en términos de representación política y sistema de partidos. El concepto de partido político, el partido político tradicional asentado en una ideología con la defensa de unos idearios y unos valores hacia un colectivo concreto ha mutado; se ha transformado en un partido cartel que sigue la misma estructura que podríamos ver en campañas mercantiles [comerciales] en el caso de una organización [empresa]<sup>35</sup>. Estos partidos cartel se centran en defender cuestiones del hoy y del ahora, sin que tener en cuenta un medio o un largo plazo. Esta teoría de los partidos cartel, defendida por Mair,<sup>36</sup> hace que incluso en los partidos tradicionales se alejen del concepto tradicional que

<sup>31</sup> ANGROSINO, M. *Etnografía y observación participante en investigación cualitativa*. Ediciones Morata, Madrid, 2012.

<sup>32</sup> NAIM, M. *La revancha de los poderosos: Cómo los autócratas están reinventando la política en el siglo XXI*. Op. Cit., p. 22 y ss.

<sup>33</sup> LEVITSKY, S. y ZIBLAT, D. *Cómo mueren las democracias*. Ariel, Barcelona, 2018.

<sup>34</sup> ALANDETE, D. *Fake News: la nueva arma de destrucción masiva. Cómo se utilizan las noticias falsas y los hechos alternativos para desestabilizar la democracia*. Planeta, Barcelona, 2019.

<sup>35</sup> KATZ, R. y MAIR, P. *Democracia y cartelización de los partidos políticos*. Libros de la Catarata, Barcelona, 2022.

<sup>36</sup> MAIR, P. *Gobernando el vacío: La banalización de la democracia occidental*. Alianza, Madrid, 2015.

ellos mismos defendían. Una construcción de la narrativa que conduce a una simplificación extrema de la realidad política en términos dialécticos de amigo-enemigo. Utilizar la narración como una forma de instrumentalizar, de construir un relato y de fidelizar fundamentalmente al electorado. Una mutación política en favor del clientelismo político y la búsqueda de la adscripción acrítica del electorado a un proyecto como si de fans o *hooligans* se tratase<sup>37</sup>. Sin duda, un giro copernicano de la forma de entender y ejercer la política. Objetivo: concurrir a las elecciones para legitimar su poder, al objeto de emplear los medios formales y procedimentales que les proporciona la democracia para la deconstrucción (desmantelamiento encubierto) del Estado de Derecho democrático sobre el que ésta se asienta. La apología política de un cesarismo perturbador en esencia más próximo a las corrientes iliberales que a los postulados democráticos constitucionales.

La adhesión acrítica a las posiciones fomentadas por las tres "Ps" implica la formación de posturas extremas<sup>38</sup>, al tiempo que auspicia la falta de consensos y enerva los ánimos alimentando la creciente hostilidad entre distintas facciones políticas<sup>39</sup>. Asimismo, conduce a la fragmentación de la opinión pública en torno a temas políticos y sociales deteriorando la convivencia pacífica. Son la expresión clara de la formación de identidades políticas extremas y la adhesión a valores y creencias partidistas inflexibles<sup>40</sup>. La política interiorizada como un conflicto simplificado entre el "nosotros" contra el "ellos"<sup>41</sup>; dificultando cualquier atisbo de alcanzar acuerdos políticos<sup>42</sup>.

Sin duda, representa un problema relevante al obstaculizar la cooperación y la búsqueda del consenso social<sup>43</sup>. Favorece la división social y política, además de auspiciar la intolerancia hacia puntos de vista opuestos. Expresa, a la postre, una tendencia hacia el extremismo<sup>44</sup>, intensificada por el desempeño de los medios de comunicación que contribuyen a reforzar y reflejar opiniones polarizadas<sup>45</sup>.

En cuanto a sus efectos negativos propiamente dichos preocupa, más que el aumento del radicalismo y diferenciación ideológica, la división de las sociedades en grupos e identidades políticas que se ven enfrentadas y excluyentes entre sí<sup>46</sup>. Una alta polarización política hace muy difícil alcanzar acuerdos y compromisos, lo que desencadena importantes efectos perniciosos. Uno de ellos es el riesgo de parálisis institucional, es decir, la dificultad para sacar adelante leyes y políticas públicas en base a la satisfacción de intereses colectivos, alejados de la contienda partidista y la satisfacción de clientelas. Esto se traduce en síntomas muy variados, como se ha podido apreciar en la política española de los últimos años. Por ejemplo, la necesidad

---

<sup>37</sup> TORCAL, M. *De votantes a hooligans. La polarización política en España*. Op. Cit., p. 36 y ss.

<sup>38</sup> NAIM, M. *La revancha de los poderosos: Cómo los autócratas están reinventando la política en el siglo XXI*. Op. Cit., p. 55 y ss.

<sup>39</sup> LAYMAN, G. C.; CARSEY, T. M. y HOROWITZ, J. M. "Party polarization in American politics: Characteristics, causes, and consequences". *Annual Review of Political Science*, v. 9, 2006, p. 83-110.

<sup>40</sup> FIORINA, M. P. y ABRAMS, S. J. "Political polarization in the American public". *Annual Review of Political Science*, n. 11, 2008, p. 563-588.

<sup>41</sup> McCOY, J.; RAHMAN, T. y SOMER, M. "Polarization and the global crisis of democracy: Common patterns, dynamics, and pernicious consequences for democratic polities". *American Behavioral Scientist*, 62 (1), 2018, p. 16-42.

<sup>42</sup> MUTZ, D. C. *Hearing the other side: Deliberative versus participatory democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

<sup>43</sup> BINDER, S. "The dysfunctional Congress". *Annual Review of Political Science*, v. 18 (1), 2015, p. 85-101.

<sup>44</sup> DIMAGGIO, P.; EVANS, J. y BRYSON, J. B. "Have Americans' social attitudes become more polarized?". *American Journal of Sociology*, 102 (3), 1996, p. 690-755.

<sup>45</sup> SUNSTEIN, C. R. *#Republic: Divided democracy in the age of social media*. Princeton University Press, Princeton, 2017.

<sup>46</sup> MILLER, S. M.; MENARD, P.; BOURRIE, D. y SITTING, S. "Integrating truth bias and elaboration likelihood to understand how political polarisation impacts disinformation engagement on social media". *Information Systems Journal*, 34(3), 2024, p. 642-679.

de tener que prorrogar los Presupuestos Generales del Estado en varias ocasiones, ante la ausencia de una mayoría legislativa que los sustente; o las dificultades para renovar el decreto de estado de alarma a lo largo de la pandemia. En definitiva, la polarización socava las posibilidades del reconocimiento y aceptación de opiniones diversas, evita la negociación, el diálogo e impone, por un lado el acuerdo con los "antipolíticos", o por el contrario la suma de grupos políticos con el objetivo de aplicar el "cordón sanitario" a los extremistas que se han aprovechado del sistema para lograr su representación pero que buscan desmontar el propio sistema, lo que según Domínguez<sup>47</sup> resulta válido a corto plazo pero no tanto en el largo, en cuanto que no resuelve las crisis y la desafección que vive el sistema democrático y sus instituciones. De ahí que la democracia funcional y la polarización están inversamente relacionadas<sup>48</sup>. Entendiendo a la democracia como un sistema para expresar o resolver diferentes intereses sociales de manera pacífica sobre la base de reglas fruto del consenso<sup>49</sup>, la polarización dificulta o directamente se opone al mismo en favor de la búsqueda del antagonismo o de la "defensa del sistema"<sup>50</sup>.

Otra consecuencia negativa que cabe destacar por su peligrosidad es que, en situaciones de polarización extrema, políticos y ciudadanos están dispuestos a tolerar algunas prácticas antidemocráticas<sup>51</sup>. Asumir la licitud de comportamientos antisociales radicalizados ("todo vale") frente al adversario político, al que se le responsabiliza de todos los males del país<sup>52</sup>. Último peldaño, junto con el auspicio de comportamientos violentos (orquestrados para destrucción del adversario) de la deriva inexorable hacia concepciones autoritarias de la organización y participación políticas. Subrayar, en todo caso, el hecho de que las tres "Ps" se construyen. No aparecen por generación espontánea, sino que resulta factible identificar en cada momento y contexto histórico a los agentes polarizadores instigadores.

A partir de lo mencionado anteriormente y como resultado de la investigación realizada, se puede observar en la siguiente imagen que España no difiere políticamente del resto de los países occidentales. En España, al igual que en otros países, se manifiestan los tres rasgos característicos de la política del siglo XXI, conocidos como las tres "P's": polarización, populismo y posverdad, en la siguiente imagen se muestra una serie de ejemplos y hechos contextualizadores (ver imagen 3).

---

<sup>47</sup> DOMÍNGUEZ SARDOU, F. "Los cordones sanitarios ante las reversiones autoritarias: análisis del concepto y sus efectos en el caso de Turingia (2019/2020)". *Analecta Política*, 14(26), 2024, p. 1-14.

<sup>48</sup> SANI, G. y SARTORI, G. "Polarización, fragmentación y competición en las democracias occidentales", *Revista de Derecho Político*, n. 7, 1980, p. 7-37.

<sup>49</sup> PRZEWORSKI, A. *Paper Stones: History of Electoral Socialism*. University of Chicago Press, Chicago, 1986.




<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 5-8.

<sup>51</sup> FINKEL, E. J., et al. "Political sectarianism in America". *Science*, 370 (6516), 2020, p. 533-536.

<sup>52</sup> TORCAL, M. "¡Enfrentados y enfados! Una realidad preocupante". *Agenda Pública*, 2020. [<https://agendapublica.es/enfrentados-y-enfadados-una-realidad-preocupante/>].

### Imagen 3

#### Evidencia de la presencia de las tres "P's" en España

	<p><b>Partidos Políticos:</b> "VOX" o "Se acabó la fiesta".</p> <p><b>Medios de Comunicación</b></p> <p><b>Redes Sociales:</b> X, TikTok, Teelgram, YouTube o WhatsApp, entre otras.</p> <p><b>Problemas socioeconómicos:</b> La crisis económica del 2008 conocida en España como "crisis del ladrillo", la pandemia del Covid, o el procés catalán.</p>		<p><b>Partidos Políticos:</b> Como "Vox" o "Se acabó la fiesta" utilizan estrategias populistas para ganar adeptos.</p> <p><b>Problemas socioeconómicos:</b> Impacto de la guerra de Ucrania, la migración, los problemas de vivienda, el desempleo, la subida del IPC y del interés hipotecario, etc.</p> <p><b>Desconfianza en las Instituciones:</b> 64% de jóvenes de 15 a 29 años (Ballester et al., 2017).</p> <p><b>Redes sociales mediante colectivos conspiranoicos:</b> Ej. 'Rafapal' (YouTube y Telegram), Míster Tartaria (TikTok), o Míster Empírico (TikTok).</p> <p>Medios de Comunicación: Mediante el uso del <i>clickbait</i>, por ej. OK Diario (Bravo et al., 2021).</p>		<p><b>Historias inventadas:</b> Usados por partidos políticos y líderes de nueva creación, populistas, radicales y extremistas. También lo usan sus simpatizantes, electores radicalizados y los medios de comunicación afines (Cordero y Reyero, 2021).</p> <p><b>Germen de verdad envuelto en mentira:</b> Usado por los partidos políticos y líderes de nueva creación, cuanto más radicales sean sus planteamientos más lo usan y por los medios de comunicación afines.</p> <p>Usado por partidos tradicionales cuando piensan que pueden perder cuota electoral y por los medios de comunicación afines.</p> <p>Usado por los simpatizantes y electores de todos los partidos como prosumidores (Cordero y Reyero, 2021).</p> <p><b>Historias súper partidistas:</b> Usados por todos tipo de partidos políticos y por simpatizantes y electores como prosumidores, le acompañan los medios de comunicación afines (Cordero y Reyero, 2021).</p>
---	---	---	--	--	--

Nota. Elaboración propia (2024).

### 3. Desafíos e incertidumbres para el Estado de Derecho

El Estado de Derecho es el estado ideal de la sociedad, donde las personas pueden vivir de manera libre y segura, desarrollando sus identidades bajo la protección de la ley y las instituciones del Estado. El objetivo principal es proteger la vida y asegurar la dignidad humana, garantizando la libertad y los Derechos Humanos. Estos derechos son fundamentales para construir el Estado de Derecho, ya que su respeto y garantía dan sentido a las aspiraciones de la sociedad bajo un gobierno. Lucas-Verdú destacó seis elementos clave para construir el Estado de Derecho: (1) Primacía de la ley, (2) Un sistema jerárquico de normas, (3) Legalidad en los actos de la administración, (4) Separación de poderes, (5) Protección y garantía de los derechos humanos, y (6) Examen de la constitucionalidad de las leyes<sup>53</sup>.

Corresponde por tanto al Estado de Derecho y desde el Estado de Derecho hacer frente a las diversas manifestaciones de polarización, populismo y recurso a la posverdad para tratar de socavar instituciones, sistemas políticos y gobiernos. En

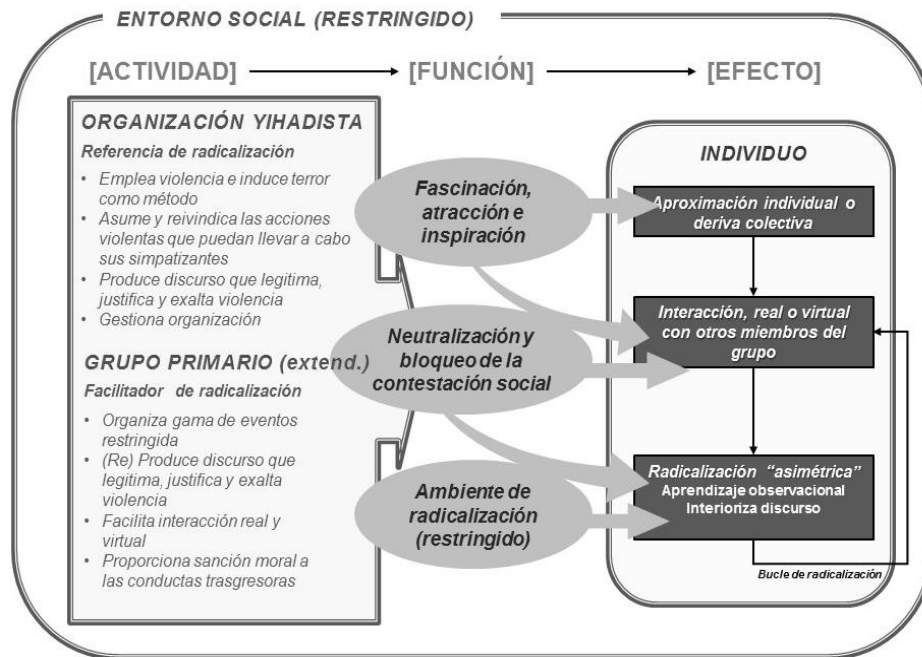
<sup>53</sup> LUCAS VERDÚ, P. *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Reus, Barcelona, 1985.



concreto, si bien la polarización dificulta la acción unificada en muchas áreas de preocupación social, una de las más importantes está relacionada con la violencia<sup>54</sup>.

El Estado se enfrenta con sujetos radicalizados que son, por lo general, ciudadanos de dicho Estado. Ciudadanos que podrían organizarse para participar en el proceso de formación de la voluntad del Estado en la totalidad de los diversos niveles de ejercicio del poder que contempla la fórmula de gobierno constitucionalmente prevista y que, sin embargo, fruto de la radicalización, optan por la vía de la violencia extrema<sup>55</sup>. Pretenden participar en la vida política y social de forma perversa. Los radicales tienen un programa político y social, e intentan imponérselo a la sociedad mediante la violencia.

**Imagen 4. Modelo de Radicalización VEPR**



Nota. A modo de ejemplo de un proceso de radicalización violenta extrema (terrorismo) consultar el modelo "vía épica en el proceso de radicalización" (VEPR).<sup>56</sup>

La cuestión de cómo enfrentar los procesos de radicalización es un tema que ocupa el debate en todos los países democráticos y seguirá siendo una prioridad en las agendas políticas de manera indefinida. No se prevé que las subculturas e ideologías radicalizadas dejen de ser una amenaza, en especial para las sociedades claramente democráticas. Es crucial la formulación de políticas contra el extremismo violento. Este enfoque proactivo de neutralización de los factores que contribuyen al surgimiento de posturas extremistas debe ofrecer soluciones a las legítimas reivindicaciones y demandas sociales, antes de que los radicales las exploten a su favor.

<sup>54</sup> JAIME, O.; DÍAZ, V. y IGLESIAS, O. et al. *Polarización, crispación y desigualdad. Tendencias Sociales que dividen la Sociedad*. Dykinson, Madrid, 2024.

<sup>55</sup> CRETINEZ, X. *Las formas de la violencia*. Waldhuter Editores, Buenos Aires, 2019.

<sup>56</sup> Inicialmente basado en el contexto del autodenominado Movimiento de Liberación Nacional Vasco, es aplicable con mínimos cambios al actual contexto de radicalización yihadista en sociedades occidentales, poniendo el énfasis en la influencia de los denominados "agentes de radicalización", la menor relevancia del hecho religioso y el ambiente social polarizado existente en el seno de algunas sociedades y, sobre todo, el empleo con profusión de Internet. PECO YESTE, M. "Una aproximación sistémica a la radicalización violenta: Cerrando el círculo alrededor de la "vía épica". *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 4(2), 2018, p. 139-176.

En consecuencia, en aras de evitar comportamientos democráticamente desviados y de naturaleza anti política, fruto de la radicalización, hay que fomentar un comportamiento participativo de apoyo a la democracia y al Estado, por los cauces institucionalizados: fortalecimiento institucional, formación cívica y compromiso democrático, de una ciudadanía adherida por convicción a los principios y valores genuinamente democráticos, y comprometida con el Estado de Derecho. Adhesión, que debe hacerse extensiva, por igual, a la consolidación de presupuestos éticos. Y de entre estos presupuestos cobran especial relevancia, por un lado, la efectividad de un *ethos* democrático entre los ciudadanos y en los cargos políticos y, por el otro, la disposición de estos últimos a tomar decisiones políticas desde el interés común de todos. La democracia como forma de garantizar la cooperación de los hombres en la legitimación y ejercicio del dominio político no se aplica sólo a aspectos orgánicos-institucionales y de procedimiento, sino que afecta también a determinados modos de cómo han comportarse los hombres. Modos de comportamiento caracterizados por la incorporación de los principios y los criterios de ordenación de la democracia; especialmente la libertad democrática, la igualdad política y el respeto al Estado de Derecho. Y este *ethos* no es otra cosa que la cultura política en la que la democracia se desenvuelve y apoya, construida sobre los principios de libertad e igualdad política<sup>57</sup> y la defensa del cumplimiento de la ley, pero nada de esto será posible si no se reducen las brechas sociales y su legisla para la construcción de sociedades más justas, en el caso de España estas brechas según Sevilla et al. son principalmente seis y que generan un enorme malestar con el Estado, con la democracia y las instituciones: (1) Mujeres-Hombres, (2) Ricos-Pobres, (3) Mundo rural-Mundo Urbano, (4) Jóvenes-Mayores, (5) Analógicos-Digitales, y (6) Turbocapitalismo-Retrocapitalismo<sup>58</sup>.

Más allá de los posicionamientos críticos, que forman parte del juego democrático y que constituyen una herramienta útil para evitar la decadencia y perversión del sistema, la democracia se enfrenta a sujetos cada vez más radicalizados e intransigentes. Personas que, pudiendo organizarse para participar en el proceso de formación de la voluntad del Estado y hacer uso de su derecho a la crítica y la expresión pacífica de opiniones contrarias, optan por la vía de la violencia, incluso por sus manifestaciones más extremas (terrorismo). Pretenden así, imponer su ideología de una manera perversa, utilizando el miedo. A través de los discursos de odio, acaban alentando el paso a la acción y el recurso a la cancelación social. Pero en línea con lo que decíamos antes, incluso la construcción del verdugo guarda en ocasiones relación con el acceso a oportunidades, la búsqueda de identidad, o la imposición cultural<sup>59</sup>. Preocupa, a colación de lo expresado, el temor social existente a expresarse libremente en foros públicos, especialmente a través de las redes sociales, ante la repercusión negativa que pudiera tener emitir opiniones discrepantes con los planteamientos hegemónicos postulados (por no decir impuestos en algunos casos) desde ciertos sectores. Y, derivado de este estado de constreñimiento, la implantación de una conformidad ideológica inoculada desde planteamientos radicalizados<sup>60</sup>. La facilidad de replicación del mensaje que brindan las redes hace que rápidamente la estrategia del rechazo pueda expandirse, generando en muchos casos un repudio masivo con altos niveles de hostigamiento y violencia hacia la

---

<sup>57</sup> BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta, Madrid, 2000.

<sup>58</sup> SEVILLA, J.; SANTA, B. y ORTEGA, D. *Una introducción. Colección de Brechas sociales*. El observatorio Social. La Caixa, Barcelona, 2021.

<sup>59</sup> CRETIEZ, X. *Las formas de la violencia*. Op. Cit., p. 76 y ss.

<sup>60</sup> SANSÓ-RUBERT, D. "¿Afronta Europa una reedición de la lucha por la libertad?: La pugna por el relato ideológico como trasfondo de la guerra de Ucrania". Benedicto Solsona, M. A. (Coord.) *Europa durante la guerra de Ucrania: geopolítica y autonomía estratégica abierta*. Colex, A Coruña, 2024, p. 63-77.

persona cancelada<sup>61</sup>. Han describe el fenómeno, no exento de polémica, como *shitstorms* ("tormentas de mierda"<sup>62</sup>). Éstas consisten en tratar de promover una experiencia emocional vergonzante mediante la difamación a nivel masivo (*mass-shaming*), posible gracias a entornos comunicacionales digitales caracterizados por el anonimato, la falta de respeto y la indiscreción<sup>63</sup>. Para Han la cultura de la cancelación persigue como fin último el aniquilamiento del otro, silenciar cualquier elemento que se oponga al dictamen ideológico que se trata de imponer<sup>64</sup>.

En abierta contradicción, la democracia debe caracterizarse por mantener su compromiso con el debate de ideas completamente libre y abierto característico del pluralismo ideológico. La restricción del debate, debido a la prevalencia de una sociedad intolerante, altamente polarizada, perjudica invariablemente a la democracia y al ejercicio de derechos y libertades públicas. La forma de derrotar las malas ideas es mediante la exposición, la discusión y la persuasión, no tratando de silenciarlas. El incremento de la permeabilidad social e institucional a las directrices y postulados intransigentes favorece la generalización de la imposición de un discurso altamente excluyente, cargado de intolerancia, que denota rasgos característicos de regímenes autoritarios y fundamentalistas. Una teoría guía que no admite cuestionamiento alguno, alimentada por un fervor reaccionario que se nutre de avivar los sentimientos más primarios de indignación visceral. Éstos, a su vez, se traducen en violencia verbal, física y psicológica contra el disidente. No cabe opinión en contrario. Representa un ataque a las libertades públicas en general y al pluralismo ideológico en particular, en no pocas ocasiones enmascarado bajo una pretendida intención de defenderlos. Estrategias, en definitiva, consistentes en la imposición del absolutismo discursivo mediante doctrinas, métodos y agentes orientados a crear opiniones hegemónicas y monopolios ideológicos a través de la instauración del miedo<sup>65</sup>. Miedo a recibir represalias. Silenciar la sociedad, proscribir el debate crítico.

#### Imagen 5. Principales desafíos a enfrentar por el Estado de Derecho



Nota. Elaboración propia (2024).

<sup>61</sup> BURGOS, E. y HERNÁNDEZ DÍAZ, G. "La cultura de la cancelación: ¿autoritarismo de las comunidades de usuario?", *Comunicación*, n. 193, 2021, p. 145-150. [[https://comunicacion.gumilla.org/wp-content/uploads/2021/04/COM\\_2021\\_193.pdf](https://comunicacion.gumilla.org/wp-content/uploads/2021/04/COM_2021_193.pdf)]

<sup>62</sup> HAN, B. *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*. Taurus, Barcelona, 2022, p. 11 y ss.

<sup>63</sup> MURRAY, D. *La masa enfurecida: Cómo las políticas de identidad llevaron al mundo a la locura*. Península, Barcelona, 2020, p. 86 y ss.

<sup>64</sup> Ibid. p. 22 y ss.

<sup>65</sup> SNYDER, T. *El ocaso de la democracia: La seducción del autoritarismo*. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2021; DOYLE, A. *La libertad de expresión y por qué es tan importante*. Alianza, Madrid, 2022, p. 212 y ss.

Las lecciones de la historia que plantea Revel cuando trata de responder a la pregunta de cómo y por qué terminan las democracias no deben caer en saco roto<sup>66</sup>. Por ello, ante la creciente dificultad de las democracias para lograr preservar con éxito su indemnidad y autonomía, cabe plantear hasta qué punto debe imperar la autocontención en la escalada de respuestas ante las injerencias iliberales; inclusive, si resulta imprescindible o más aún, inexcusable, elevar el nivel ofensivo, además del de protección, ante la constatada capacidad de infringir agravio y de sustraerse a la acción del derecho por parte de poderes antidemocráticos. No cabe el autoengaño. La presencia de poderes que operan al margen de la legalidad y sin el control democrático, sea cual sea el principio de legitimidad que se arroguen, son incompatibles con la supervivencia de la democracia.

¿Cómo se defienden las democracias de los antidemócratas? La defensa comienza con la (re)construcción de las condiciones básicas del orden político y la lucha diaria en favor de los derechos fundamentales y las libertades públicas<sup>67</sup>. Como señalan<sup>68</sup>, la responsabilidad política de líderes y partidos políticos, y el respeto a las reglas del juego es vital para la supervivencia y funcionamiento de la democracia. Para estos autores, dos normas no escritas sirven de "guardarraíles democráticos" estos son: "la tolerancia mutua, o el acuerdo de los partidos rivales a aceptarse como adversarios legítimos, y la contención, o la idea de que los políticos deben moderarse a la hora de desplegar sus prerrogativas institucionales"<sup>69</sup>. Resulta clave el desarrollo de medios y herramientas jurídico-políticas que permitan ayudar a impermeabilizar al Estado democrático de las actividades y estrategias protagonizadas por iniciativas claramente antidemocráticas.

#### **4. Sociedades políticamente hastiadas**

Como punto de partida es fundamental entender que una democracia no puede sobrevivir sin demócratas. Frente a los desafíos que enfrenta el sistema democrático, la ciudadanía responde de diversas maneras, y cada vez más, de forma negativa: con reacciones extremas, apatía, desconfianza y una disminución en la participación electoral. En resumen, se observa una desafección política causada por múltiples factores, incluyendo la estructura del sistema, la influencia de los medios de comunicación, las redes sociales y los prosumidores digitales entre otros.

La defensa del relato democrático implica la enseñanza del conjunto de derechos y libertades recogidos y amparados en diversidad de textos legales que abarcan desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (1950), hasta las Cartas Magnas nacionales, pasando por todo el corpus normativo internacionalmente aceptado. El incremento de los niveles educativos de la sociedad debe incidir en la cultura de la legalidad y en la comprensión que la ciudadanía tiene de la política, además de otros requisitos fundamentales como el desarrollo de disposiciones de tipo emocional en favor de la democracia, la apertura al diálogo o la motivación para la búsqueda de acuerdos. Promover, en definitiva, el acervo de la mitología democrática, con la finalidad de difundir la idea de que en la democracia se reúne lo mejor (paz, libertad, instrucción, bienestar, tolerancia, fortuna personal...) y que por ello es necesario cualquier esfuerzo para motivar a las sociedades en la "construcción del *Homo democraticus*"<sup>70</sup>, que enfrente con determinación todo atisbo de manifestación perversa de polarización, manipulación informativa y tentación populista. Sembrar la creencia social, como recalaba Calamandrei en su magnífica obra homónima, que "sin legalidad no hay libertad"<sup>71</sup>.

---

<sup>66</sup> REVEL, J. F. *Cómo terminan las democracias*, Planeta, 1984.

<sup>67</sup> CAPOCCIA, C. *Defending Democracy: Reactions to Extremism in Interwar Europe*. Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2007.

<sup>68</sup> LEVITSKY, S., y ZIBLAT, D. *Cómo mueren las democracias*. Op. Cit., p. 120 y ss.

<sup>69</sup> Ibid., Op. Cit., p. 150 y ss.

<sup>70</sup> SIMONE, R. *El hada democrática. Cómo la democracia fracasa*. Op. Cit., p. 125.

<sup>71</sup> CALAMANDREI, P. *Sin legalidad no hay libertad*. Trotta, Madrid, 2016, p. 15.

Sin embargo, por el contrario, la tendencia real apunta a que la ciudadanía carece de dichas capacidades por falta de conocimiento político, por estar sobrecargada de información que se transforma en ruido (incapacidad de procesar la información) o por el creciente recurso a todo tipo de estrategias de intoxicación informativa (*fake news*). El origen de muchos de los problemas políticos reside en el hecho de que la democracia necesita para su supervivencia de unos actores, que ella misma es incapaz de producir<sup>72</sup>. Cuestión relevante si compartimos la visión de Linz acerca de que las democracias no caen sólo gracias a los extremistas, sino que la desafección ciudadana permite que se derrumben<sup>73</sup>.

La actitud de rigidez en el pensamiento y la crispación provocada por los discursos polarizados, sumado a otras cuestiones de índole social, política y económica que alimentan las desigualdades y la vulnerabilidad social, han contribuido denodadamente al cuestionamiento mundial de la democracia<sup>74</sup>. Es por ello la necesidad de resaltar la importancia de la educación, en primer lugar, como herramienta de prevención para identificar posibles discursos de odio, intentos de manipulación y alardes populistas; y, en segundo lugar, como espacio para la transmisión de valores democráticos y de competencias como el pensamiento crítico, que permitan evitar la renuncia progresiva de los ciudadanos a la participación política. Abandono, que abona la instauración y normalización de sistemas democráticos de baja intensidad y peor calidad, además de alimentar las más variadas expresiones violentas de la disconformidad, enmascaradas como manifestaciones legítimas de libertad de expresión.

La pregunta sobre cómo se puede hacer frente a estos procesos de radicalización es una cuestión que viene ocupando el debate de todos los países democráticos y que va a seguir en boga en las agendas políticas de manera indefinida. Debido, en parte, a la aparición de las redes sociales y la difusión que, a través de estas, obtienen los mensajes radicalizados y la polarización política, que pueden calar con facilidad en individuos con determinados perfiles y en ciertos contextos de crisis y hastío, ante situaciones de precariedad o de pérdida de lo que se estima como un derecho de nacimiento, aun cuando no lo sea. No hay ninguna previsión de que las subculturas e ideologías radicalizadas dejen de ser una amenaza en general, pero, sobre todo, una amenaza para aquellas sociedades cuya calificación como democráticas resulta inequívoca.

Esta atmósfera se agrava si se añade a la ecuación la desconfianza hacia las capacidades resolutorias de las instituciones democráticas. La percepción de que las administraciones en su conjunto son indolentes ante las demandas ciudadanas, y de que las respuestas institucionales se gestionan con lentitud y de forma incompleta, sólo intensifica el rechazo, el descontento y la frustración hacia el sistema democrático. Del mismo modo, el tratamiento mediático de ciertas cuestiones de Estado, el abuso de las redes sociales con fines partidistas y la transformación de las instituciones democráticas en espacios de confrontación áspera en lugar de negociación, favorecen la convicción en determinados sectores de la incapacidad de la clase política para gestionar los países y la falta de participación a través de los mecanismos establecidos a tal fin. A esto se suma la potencia de los medios y redes sociales para facilitar discursos de odio, enmarcarlos y seleccionar la agenda política y social, a través tanto de la palabra como de la imagen, y su capacidad para generar posiciones diametralmente opuestas y, en muchas ocasiones, enconadas.

Dado que nos encontramos en una democracia de audiencia<sup>75</sup>, la política no solo se habría personalizado, haciendo que los ciudadanos voten en consonancia con su simpatía por ciertas personas en lugar de hacerlo en función de sus ideas sobre cómo debe organizarse la sociedad y responderse a los problemas del momento y del futuro; sino que el voto sería una reacción a lo que está sucediendo, con los distintos

<sup>72</sup> INNERARITY, D. *Comprender la democracia*. Gedisa, Barcelona, 2018, p. 23.

<sup>73</sup> LINZ, J. *La quiebra de las democracias*. Alianza, Madrid, 1987.

<sup>74</sup> ESPERANZA-CASULLO, M. *¿Por qué funciona el populismo? El discurso que sabe construir explicaciones convincentes de un mundo en crisis*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2019.

<sup>75</sup> MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*. Alianza, Madrid, 1988.

bandos empleando argumentos que explotasen las divisiones y fracturas, sobre todo en lo social y lo económico. Estos argumentos favorecen los discursos enmarcados en la retórica del miedo, según la cual nada puede cambiar y, si lo hace, será a peor y se perderá lo conseguido hasta el momento. Idea que sirve de acicate para los comportamientos de desapego y de descreimiento.

Sea como fuere, como señala Castells, la ciudadanía vota y llega a ilusionarse con las promesas y con los políticos que las realizan, pero la decepción constante de sus expectativas y esperanzas deteriora la legitimidad de la clase política y del sistema y se torna en indignación. La corrupción, el cinismo, la normalización de la mentira en la política y el hecho de que esta última se haya vuelto una experiencia cada vez menos racional y más emocional hacen que la opinión, no necesariamente informada, adquiera máxima relevancia, que todo parezca opinable y debatible<sup>76</sup>. Esta cuestión, junto con la personalización de la política que mencionábamos y el hecho de que los mensajes negativos tengan mayor impacto y difusión que los positivos convierten las redes sociales en un espacio donde se destruyen reputaciones con apenas unos cuantos caracteres y donde es fácil odiar y expresarlo abiertamente sin miedo a represalias ni consecuencias, parapetándose tras la libertad de expresión.

En consecuencia, resulta imperativo y urgente recuperar socialmente el *ethos* de tolerancia mutua. Esta base ética es fundamental para que socialmente se deje de considerar la demonización del adversario. Los políticos, en la línea de lo defendido por Cortina, deben dedicarse a vender su proyecto a la ciudadanía, y no a denigrar del proyecto del adversario para que el propio parezca bueno —al menos, en contraste—. Pero, sobre todo, una élite política que confronta sus proyectos de forma limpia, sin denigrar al de enfrente, es una élite que reconoce a los ciudadanos como mayores de edad, capaces de discernir qué proyecto político quieren elegir libremente en las urnas<sup>77</sup>. En este contexto, el compromiso político de la ciudadanía sería un factor que, como se señala en el modelo normativo de la democracia deliberativa, refuerce la democracia; justamente, porque en ese contexto el compromiso cívico no se confundiría con el compromiso partidista, como sucede hoy.

#### 4. Conclusiones

Llegados a este punto, la primera conclusión es que la creencia en la democracia como ideal inspirador, pierde fuerza para cada un grupo mucho más nutrido de personas. La desafección política gana adeptos ante el sentimiento de ineficacia democrática y la pérdida de confianza en el proceso político, los políticos y las instituciones democráticas, provocando un creciente distanciamiento y alienación con relación a éstos<sup>78</sup>. La realidad imperante avizora que asistimos a una situación de apatía de la ciudadanía, a una "fatiga civil", a la "demo-esclerosis"<sup>79</sup>, fruto de la práctica rutinaria de los procedimientos democráticos y la ausencia de innovación y falta de novedosas perspectivas.

En estas últimas décadas se ha gestado un aumento del descreimiento en el Estado generado en parte por la proliferación de la antipolítica<sup>80</sup>, también es España como hemos demostrado. Una precipitación en las formas de hacer política en el siglo XXI, que se traduce en falta de interés por la política y niveles muy bajos de participación en las principales instituciones de representación, incluso llegando a cuestionar el apoyo ciudadano al sistema democrático. Offe, apunta como posibles

---

<sup>76</sup> CASTELLS, M. *Ruptura. La crisis de la democracia liberal*. Alianza, Madrid, 2017.

<sup>77</sup> CORTINA, A. *¿Para qué sirve realmente la ética?* Paidós, Barcelona, 2013.

<sup>78</sup> OFFE, C. "¿La desafección política como consecuencia de las prácticas institucionales? Algunas reflexiones toquevilleanas", Máiz, Ramón Suárez (Coord.), *Construcción europea, Democracia y Globalización*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2001, pp. 1209-1226.

<sup>79</sup> VALLESPÍN, F. *El futuro de la política*. Taurus, Barcelona, 2000, p. 174.

<sup>80</sup> ROBLES EGEA, A. y VARGAS-MACHUCA, R. (Eds.) *La buena democracia. Claves de su calidad*. Ed. Universidad de Granada, Granada, 2012.

desencadenantes del fenómeno de la desafección, la sustitución de las bases y los principios normativos de la vida política por una lógica de búsqueda del poder político y del beneficio económico, alejado de lo ideológico y cercano al eslogan, como señalan también Katz y Mair<sup>81</sup>. En este sentido, la insatisfacción ciudadana, y la reacción de desencanto resulta ser una mezcla entre la incapacidad de los gobiernos por ajustarse a las necesidades reales de la ciudadanía en un entorno cada vez más complejo y cambiante, y a las falsas expectativas generadas por partidos y líderes populistas que juegan con las necesidades del pueblo de manera visceral, planteando siempre soluciones sencillas a problemas complejos que se enfrentan con las rigideces de las prácticas institucionales. No cabe duda de que existen dos grandes problemas a los que se debe dar respuesta por parte de las instituciones públicas si queremos que el Estado de Derecho permanezca, trabajar la desafección institucional con pedagogía política, es necesario que el ciudadano comprenda la lógica del Estado y su corresponsabilidad con la Unión Europea como organización supranacional a la que pertenecemos, además realizar un ejercicio de transparencia política acompañado de un meticuloso control de las irregularidades cometidas, en cuanto que fomenta el hastío y el agnosticismo ideológico y político.

La clave reside en evitar que se intensifique la división y desconfianza que parece asolar nuestras sociedades es responsabilidad tanto de los líderes políticos, como de los ciudadanos. Los ciudadanos pueden protegerse a sí mismos y a su democracia si son conscientes de los mecanismos políticos y psicológicos de la polarización y de los primeros signos de alerta de la erosión democrática. Pueden negarse a participar en la trampa de la demonización de la política, al tiempo que han de insistir en votar masivamente contra aquellos que usan métodos polarizadores. Los líderes políticos deben ser conscientes de que sus palabras y acciones pueden incrementar, evitar o reducir la polarización.

Aún a riesgo de resultar reiterativos, otro de los principales pilares de una necesaria (y hasta la fecha prácticamente obviada) estrategia democrática de respuesta ante la proliferación del discurso extremista, consistiría en retomar la iniciativa en la lucha contra la radicalización, mediante la formulación e implementación de programas de formación de una ciudadanía democrática, cívica, en todos los estadios del sistema educativo nacional público y privado. Estrategia, que persigue contribuir a la formación de ciudadanos, aprovechando su receptividad como alumnos en formación, en el conocimiento de los contenidos de la democracia, haciendo especial hincapié en la relevancia de los logros de la misma como sistema político, frente a otros de naturaleza totalitaria y autoritaria, así como recalando la trascendencia y significado de los derechos fundamentales y las libertades públicas, incidiendo a la par, en la importancia de los principios y valores sobre los que se sustenta el ordenamiento jurídico constitucional y la arquitectura institucional de la propia democracia. Sin olvidar, los sacrificios de hombres y mujeres acontecidos a lo largo de la historia, para que hoy todo ello pueda ser objeto de nuestro disfrute.

Un reto nada desdeñable el de dotar a nuestros jóvenes, que son el principal objetivo al que va orientada la captación como destinatarios de los mensajes de radicalización, de formación democrática y de herramientas constitucionales y de recursos propios de un Estado de Derecho, que les permita repeler los embates seductores del radicalismo, con independencia de su signo o ideología dominante, y mantenerse firmes en el convencimiento de que sólo y desde planteamientos democráticos, es como puede afrontarse cualquier situación social, económica o política. Formación, por tanto, que habrá de inculcarles, añadiendo igualmente la querencia por un espíritu crítico y un carácter democráticamente inconformista, que les impulse a afrontar con determinación los desafíos que amenazan el sistema democrático y que deberán enfrentar en un futuro, que cada vez se hace más

---

<sup>81</sup> OFFE, C. "¿La desafección política como consecuencia de las prácticas institucionales? Algunas reflexiones toquevilleanas", Op. Cit., p. 1215 y ss.; KATZ, R. y MAIR, P. *Democracia y cartelización de los partidos políticos*. Libros de la Catarata, Barcelona, 2022.

presente. El joven, a su vez, debe recibir su contrapartida institucional, el Estado sus instituciones deben aprender a conectar con ellos y conocer su realidad, estamos ante unas nuevas generaciones que interactúan y se relacionan de manera diferente, tienen que sentir que el discurso político les apela.

La aspiración última subyacente redundante en lograr la supremacía de la cultura democrática, logrando impermeabilizar a los demócratas frente a la injerencia de los extremismos, cualquiera que sea su naturaleza. Quizá sea una tarea más compleja que las respuestas reactivas de contención al uso, pero desde luego sus efectos tendrán un mayor recorrido. El resultado será más duradero y permanente, debido a la irradiación de valores de cultura cívica y democrática, que fomenten la convivencia pacífica y el mutuo reconocimiento de diferencias, a la par que el imperio del mutuo respeto. En definitiva, consiste en recalcar la idea de la consolidación de una ciudadanía democrática.

La creciente inquietud por las repercusiones de la conjugación de las tres "Ps" ha generado un impulso de iniciativas destinadas a intentar atenuarlas. Sin embargo, las estrategias defensivas contra alguno de sus motores (la desinformación, los discursos del odio, etc.) han resultado ser sólo parcialmente eficaces<sup>82</sup>. Por ello, se han postulado actuaciones más directas contra el problema, entre otras, fomentar el pensamiento crítico y la diversificación en la consulta de fuentes de información. De forma paralela, se aboga por un periodismo más responsable y ético<sup>83</sup>. Su concreción más tangible es la alfabetización mediática, interpretada como "el conocimiento, habilidades y competencias necesarias para utilizar e interpretar los medios"<sup>84</sup>, ya que existe la evidencia de que la polarización impacta en los valores de una comunidad<sup>85</sup>, influyendo en los sesgos internos y haciendo a la población más vulnerable a las teorías conspirativas<sup>86</sup>.

Recapitulando, se requiere de una intensa tarea política que promueva una cultura cívica integradora, que ha de basarse en la afirmación y adhesión a los valores y principios constitucionalmente reconocidos y que representan el eje fundamental del proyecto político democrático. Fundamento a su vez requerido para la construcción y defensa de un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. La democracia constitucional no puede entenderse sin un sistema de libertades y derechos. Pero no es posible su ejercicio sin un Estado de Derecho que funcione. El imperio de la ley es la máxima garantía de la libertad. Por ello, la obligación de todas las instituciones que forman el Estado de Derecho es procurar que la ley impere en todo momento, en toda circunstancia, en cualquier parte del territorio nacional. No puede haber ámbitos exentos del principio de la observancia general de la ley.

De otro lado, el miedo sumado a la radicalización, en defensa y en contra de la democracia, ambos extremos, hacen estragos en las virtudes democráticas. Ya no vivimos tiempos de incertidumbre; existe la certeza inequívoca, de que ideologías extremistas de diverso signo han colocado a las democracias en el punto de mira. Y esta certeza, exige que debemos aprender a convivir con la amenaza constante,

---

<sup>82</sup> MILLER, S. M.; MENARD, P.; BOURRIE, D. y SITTING, S. "Integrating truth bias and elaboration likelihood to understand how political polarisation impacts disinformation engagement on social media". *Information Systems Journal*, 34(3), 2024, p. 642-679.

<sup>83</sup> LITVINENKO, A. y BODRUNOVA, S. "Russia: Media accountability in a polarized society". Fengler, S.; Eberwein, T. y Karmasin, M. *The global handbook of media accountability*. Routledge, London, 2021.

<sup>84</sup> BUCKINGHAM, D. "Defining digital literacy: ¿What do young people need to know about digital media?". *Nordic Journal of Digital Literacy*, 1(4), 2006, p. 266 y ss.; GAULTNEY, I. B.; SHERRON, T. y BODEN, C. "Political polarization, misinformation, and media literacy". *Journal of Media Literacy Education*, 14(1), 2022, p. 59-81.

<sup>85</sup> HOCHSCHILD, A. R. *Strangers in their own land: Anger and mourning on the American right*. The New Press, New York, 2016.

<sup>86</sup> PASEK, J.; STARK, T.; KROSNICK, J. A. y TOMPSON, T. "What motivates a conspiracy theory? Birther beliefs, partisanship, liberal-conservative ideology, and anti-Black attitudes". *Electoral Studies*, n. 40, 2015, p. 482-489.



como nos acostumbramos a vivir con un vecino molesto, sin ceder un ápice de nuestros espacios de libertad y convivencia. El escenario ha cambiado y esta situación de constante exposición a la amenaza, de confrontación entre democracia y el bloque conformado por el radicalismo, la polarización, el populismo y la desinformación se perfila como una lucha *sine die*.

La situación requiere de una contestación práctica, previa reflexión teórica, que articule una estrategia de respuesta de fortalecimiento democrático y educación cívica, frente a la evidencia de un creciente adoctrinamiento dogmático. Ello, al objeto de contrarrestar el aumento de la desvalorización de la sociedad democrática, al tiempo que impulsa iniciativas orientadas a incrementar los bajos niveles de calidad democrática. La implicación de la ciudadanía es crucial en esta tarea. Las democracias no caen sólo gracias a los extremistas, decía Linz, sino que la desafección, la falta de afecto, permiten que se derrumben. Las crisis se pueden superar con cierto reequilibrio, pero ese nuevo equilibrio tiene que funcionar sobre la legitimidad, reconocida socialmente<sup>87</sup>. Simone, amplía el radio tradicional de las críticas al deterioro democrático y mantiene que, si el ciclo llega a su término no será sólo por la acción de ataques externos sino también, en parte, por la deslealtad de algunos de sus protagonistas internos: los demócratas<sup>88</sup>. Deslealtad democrática, igualmente aventurada por Linz, materializada a través de comportamientos ambivalentes de lealtad condicional<sup>89</sup>. La democracia quizá pueda sobrevivir a la desigualdad, pero no a la indiferencia, al descreimiento. Por ello, ignorar las señales de aviso, como hasta ahora se ha hecho imprudentemente, del debilitamiento social del paradigma democrático, es una enorme temeridad.

Sea como sea, lo que debe quedar absolutamente claro es que una democracia no sobrevive sin demócratas. Ante las respuestas que el sistema democrático proporciona a los desafíos a los que se enfrenta, la ciudadanía reacciona de modos diversos y, de forma creciente, de una manera negativa: con respuestas extremas, apatía, desconfianza, desinterés, desconexión, indiferencia; en definitiva, con una desafección política que sólo contribuye a profundizar el descrédito e inoperancia del sistema democrático.

Por todo ello quizá, con el fin de revertir las tendencias políticas negativas en ascenso, es momento de preguntarse ¿no debería el Estado Derecho plantearse regular la mentira proveniente de las macro corporaciones digitales o de replantearse acciones para eliminar el anonimato en la red?

## Bibliografía

- ALANDETE, D. *Fake News: la nueva arma de destrucción masiva. Cómo se utilizan las noticias falsas y los hechos alternativos para desestabilizar la democracia*. Planeta, Barcelona, 2019.
- ANGROSINO, M. *Etnografía y observación participante en investigación cualitativa*. Ediciones Morata, Madrid, 2012.
- BALLESTEROS, J.C., RODRÍGUEZ, E. y SANMARTÍN, A. *Barómetro Juvenil 2017*. Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud, Fad. Valencia, 2017.
- BINDER, S. "The dysfunctional Congress". *Annual Review of Political Science*, v. 18 (1), 2015, p. 85-101.
- BÖCKENFÖRDE, E. W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Trotta, Madrid, 2000.
- BRAVO, A.; SERRANO-PUCHE, J. y NOVOA, M.F. "Uso del clickbait en los medios nativos digitales españoles. Un análisis de El Confidencial, El Español, eldiario.es y OK Diario". *Dígitos. Revista de Comunicación Digital*, n. 7, 2021, p. 185-210.

<sup>87</sup> LINZ, J. *La quiebra de las democracias*. Alianza, Madrid, 1987.

<sup>88</sup> SIMONE, R. *El hada democrática. Cómo la democracia fracasa*. Op. Cit., p. 125 y ss.

<sup>89</sup> LINZ, J. *La quiebra de las democracias*. Op. Cit.

- BUCKINGHAM, D. "Defining digital literacy: ¿What do young people need to know about digital media?". *Nordic Journal of Digital Literacy*, 1(4), 2006, p. 263-276 [https://10.18261/ISSN1891-943X-2006-04-03]
- BURGOS, E. y HERNÁNDEZ DÍAZ, G. "La cultura de la cancelación: ¿autoritarismo de las comunidades de usuario?", *Comunicación*, n. 193, 2021, p. 143-156 [https://comunicacion.gumilla.org/wp-content/uploads/2021/04/COM\_2021\_193.pdf]
- CALAMANDREI, P. *Sin legalidad no hay libertad*. Trotta, Madrid, 2016.
- CAPOCCIA, C. *Defending Democracy: Reactions to Extremism in Interwar Europe*. Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2007.
- CASTELLS, M. *Ruptura. La crisis de la democracia liberal*. Alianza, Madrid, 2017.
- CORDERO VERDUGO, R. R. y REYERO, L. *Marketing político 3.0. Como Podemos, Ciudadanos y Vox han cambiado las reglas del juego*. Tecnos, Madrid, 2021.
- CORTINA, A. *¿Para qué sirve realmente la ética?* Paidós, Barcelona, 2013.
- CRETIIEZ, X. *Las formas de la violencia*. Waldhuter Editores, Buenos Aires, 2019.
- D'ANCONA, M. *Posverdad: La nueva guerra en torno a la verdad y cómo combatirla*. Alianza, Madrid, 2019.
- DIAMOND, L. "Facing Up to the Democracy Recession". *Journal of Democracy*, n. 26, 2015, p. 141-155.
- DIMAGGIO, P.; EVANS, J. y BRYSON, ¿B. "Have Americans' social attitudes become more polarized?". *American Journal of Sociology*, 102 (3), 1996, p. 690-755.
- DOMÍNGUEZ SARDOU, F. "Los cordones sanitarios ante las reversiones autoritarias: análisis del concepto y sus efectos en el caso de Turingia (2019/2020)". *Analecta Política*, 14(26), 2024, p. 1-14.
- DOYLE, A. *La libertad de expresión y por qué es tan importante*. Alianza, Madrid, 2022.
- ESPERANZA-CASULLO, M. *¿Por qué funciona el populismo? El discurso que sabe construir explicaciones convincentes de un mundo en crisis*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2019.
- FIGUERUELO, A. *Desinformación, odio y polarización (I)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- FINKEL, E. J., et al. "Political sectarianism in America". *Science*, 370 (6516), 2020, p. 533-536.
- FIORINA, M. P. y ABRAMS, S. J. "Political polarization in the American public". *Annual Review of Political Science*, n. 11, 2008, p. 563-588.
- FIORINA, M. P.; ABRAMS, S. J. y POPE, J. C. *Culture war? The myth of a polarized America*. Pearson Longman, New York, 2005.
- GAULTNEY, I. B.; SHERRON, T. y BODEN, C. "Political polarization, misinformation, and media literacy". *Journal of Media Literacy Education*, 14(1), 2022, p. 59-81.
- GONZÁLEZ, R. *Los años peligrosos: Por qué la política se ha vuelto radical*. Debate, Barcelona, 2024.
- GRECHYNA, D. "On the determinants of political polarization". *Economics Letters*, n. 144, 2016, p. 10-14.
- GUIISO, L.; HERRERA, H.; MORELLI, M. y SONNO, T. *Demand and supply of populism*. Centre for Economic Policy Research (United Kingdom), London, 2017.
- HAN, B. *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*. Taurus, Barcelona, 2022.
- HAN, B. C. (2014). *En el enjambre*. Herder Editorial, Barcelona, 2014.
- HERNÁNDEZ CARBALLIDO, M. "¿Qué es la antipolítica?" *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 32(1), 2023, p. 9-29.
- HOBOLT, S. B.; LEEPER, T. J. y TILLEY, J. "Divided by the Vote: Affective Polarization in the Wake of the Brexit Referendum". *British Journal of Political Science*, 51(4), 2021, p. 1476-1493.
- HOCHSCHILD, A. R. *Strangers in their own land: Anger and mourning on the American right*. The New Press, New York, 2016.
- INNERARITY, D. *Comprender la democracia*. Gedisa, Barcelona, 2018.

- JAIMÉ, O.; DÍAZ, V. y IGLESIAS, O. et al. *Polarización, crispación y desigualdad. Tendencias Sociales que dividen la Sociedad*. Dykinson, Madrid, 2024.
- KATZ, R. y MAIR, P. *Democracia y cartelización de los partidos políticos*. Libros de la Catarata, Barcelona, 2022.
- LAYMAN, G. C.; CARSEY, T. M. y HOROWITZ, J. M. "Party polarization in American politics: Characteristics, causes, and consequences". *Annual Review of Political Science*, v. 9, 2006, p. 83-110.
- LEVITSKY, S. y WAY, L. "The Myth of Democratic Recession". *Journal of Democracy*, 26, 2015, p. 45-58.
- LEVITSKY, S., y ZIBLAT, D. *Cómo mueren las democracias*. Ariel, Barcelona, 2018.
- LINZ, J. *La quiebra de las democracias*. Alianza, Madrid, 1987.
- LITVINENKO, A. y BODRUNOVA, S. "Russia: Media accountability in a polarized society". Fengler, S.; Eberwein, T. y Karmasin, M. *The global handbook of media accountability*. Routledge, London, 2021.
- LUCAS VERDÚ, P. *El sentimiento constitucional. Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política*. Reus, Barcelona, 1985.
- MAIR, P. *Gobernando el vacío: La banalización de la democracia occidental*. Alianza, Madrid, 2015.
- MANIN, B. *Los principios del gobierno representativo*. Alianza, Madrid, 1988.
- MASTROPAOLO, A. *Antipolitica. L' Ancora del Mediterraneo*, Napoli, 2005.
- MCCARTY, N., POOLE, K. T., y ROSENTHAL, H. *Polarized America: The dance of ideology and unequal riches*. MIT Press, Cambridge, 2016.
- MCCOY, J.; RAHMAN, T. y SOMER, M. "Polarization and the global crisis of democracy: Common patterns, dynamics, and pernicious consequences for democratic polities". *American Behavioral Scientist*, 62 (1), 2018, p. 16-42.
- MILLER, L. "La polarización política en España: entre ideologías y sentimientos". *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio social* n. 152, 2021, p. 13-22.
- MILLER, S. M.; MENARD, P.; BOURRIE, D. y SITTING, S. "Integrating truth bias and elaboration likelihood to understand how political polarisation impacts disinformation engagement on social media". *Information Systems Journal*, 34(3), 2024, p. 642-679.
- MURRAY, D. *La masa enfurecida: Cómo las políticas de identidad llevaron al mundo a la locura*. Península, Barcelona, 2020.
- MUTZ, D. C. *Hearing the other side: Deliberative versus participatory democracy*. Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- NAIM, M. *La revancha de los poderosos: Cómo los autócratas están reinventando la política en el siglo XXI*. Debate, Barcelona, 2022.
- OFFE, C. "¿La desafección política como consecuencia de las prácticas institucionales? Algunas reflexiones toquevilleanas", Máiz, Ramón Suárez (Coord.), *Construcción europea, Democracia y Globalización*, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 1209-1226.
- PASEK, J.; STARK, T.; KROSNICK, J. A. y TOMPSON, T. "What motivates a conspiracy theory? Birther beliefs, partisanship, liberal-conservative ideology, and anti-Black attitudes". *Electoral Studies*, n. 40, 2015, p. 482-489.
- PECO YESTE, M. "Una aproximación sistémica a la radicalización violenta: Cerrando el círculo alrededor de la "vía épica". *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, 4(2), 2018, p. 139-176.
- PLATTNER, M. F. "¿Se halla en declive la democracia?". *Vanguardia Dossier*, n. 59, 2016, p. 8-15.
- PRZEWORSKI, A. *Paper Stones: History of Electoral Socialism*. University of Chicago Press, Chicago, 1986.
- REVEL, J. F. *Cómo terminan las democracias*, Planeta, 1984.
- REYERO SIMÓN, L., "La nueva forma de hacer política en un entorno 3.0". Rodríguez Terceño, J. (Ed.) *CUICIID 2016: congreso Universitario Internacional sobre la comunicación en la profesión y en la Universidad de hoy*. Contenidos,

- investigación, innovación y docencia*. Editorial Fórum Internacional de Comunicación y Relaciones Públicas (Fórum XXI), Madrid, 2017 p. 1137.
- REYERO SIMÓN, L. y CORDERO VERDUGO, R. R. "La investigación acción participativa (IAP) en el marketing político 3.0. La inteligencia emocional intrapersonal e interpersonal en el caso de podemos y ciudadanos". *Revista de Ciencias Sociales*, n. 167, 2020, p. 207-226.
- ROBLES EGEA, A. y VARGAS-MACHUCA, R. (Eds.) *La buena democracia. Claves de su calidad*. Ed. Universidad de Granada, Granada, 2012.
- SANI, G. y SARTORI, G. "Polarización, fragmentación y competición en las democracias occidentales", *Revista de Derecho Político*, n. 7, 1980, p. 7-37.
- SANSÓ-RUBERT, D. "¿Afronta Europa una reedición de la lucha por la libertad?: La pugna por el relato ideológico como trasfondo de la guerra de Ucrania". Benedicto Solsona, M. A. (Coord.) *Europa durante la guerra de Ucrania: geopolítica y autonomía estratégica abierta*. Colex, A Coruña, 2024, p. 63-77.
- SEVILLA, J.; SANTA, B. y ORTEGA, D. *Una introducción. Colección de Brechas sociales*. El observatorio Social. La Caixa, Barcelona, 2021.
- SIMONE, R. *El hada democrática. Cómo la democracia fracasa*. Taurus Pensamiento, Barcelona, 2016.
- SNYDER, T. *El ocaso de la democracia: La seducción del autoritarismo*. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2021.
- SUNSTEIN, C. R. *#Republic: Divided democracy in the age of social media*. Princeton University Press, Princeton, 2017.
- The New York Times (05 de noviembre de 2024). Presidential Election Results: Trumps Wins. *The New York Times Wins*. Consultado en: <https://www.nytimes.com/interactive/2024/11/05/us/elections/results-president.html>
- TORCAL, M. "¡Enfrentados y enfados! Una realidad preocupante". *Agenda Pública*, 2020. [<https://agendapublica.es/enfrentados-y-enfadados-una-realidad-preocupante/>]
- TORCAL, M. *De votantes a hooligans. La polarización política en España*. Libros de la Catarata, Barcelona, 2023.
- VALLESPÍN, F. *El futuro de la política*. Taurus, Barcelona, 2000.
- VALLESPÍN, F. y BACUÑÁN, M. *Populismos*. Aranzadi, Navarra, 2017.



© **Cadernos de Direito Actual** Nº 26. Núm. Ordinario (2024), pp. 285-307  
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

## **Controle e *accountability* dos incentivos tributários no Estado do Rio de Janeiro**

*Control and Accountability of Tax Incentives in the State of Rio de Janeiro*

**Paola Lomeu Ferreira**<sup>1</sup>

**Hendrick Pinheiro**<sup>2</sup>

**Fernanda Filgueiras Sauerbronn**<sup>3</sup>

*Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ*

**Sumario:** 1. Introdução. 2. Concessão de incentivos tributários e responsabilidade fiscal. 3. Controle e *accountability* na política dos incentivos tributários. 4. Papel dos órgãos de controle na política dos incentivos tributários. 4.1. Controle interno. 4.2. Controle externo. 5. Conclusão. 6. Referências.

**Resumo:** A política de concessão de incentivos tributários no Brasil tem sido questionada nos últimos anos, com destaque no Estado do Rio de Janeiro (ERJ), considerando a constante divulgação de resultados negativos nas contas públicas e atenuado após o reconhecimento da crise econômica no estado em 2016. Este artigo tem como objetivo mapear e sistematizar o papel dos órgãos de controle na *accountability* do processo de concessão dos incentivos tributários. Para tanto, realizou-se a análise documental das competências definidas na legislação acerca da política visando identificar como os órgãos de controle influenciam a *accountability* dos incentivos tributários no âmbito do ERJ. O artigo conclui que, apesar dos avanços, ainda há desafios significativos na efetiva fiscalização e na promoção da transparência. As descobertas oferecem insights valiosos para a formulação de práticas mais eficazes, para o entendimento da *accountability* dos incentivos e para possíveis melhorias na atuação dos órgãos de controle.

**Palavras-chave:** Incentivos Tributários, *Accountability*, Políticas Públicas, Controle.

**Abstract:** The policy of granting tax incentives in Brazil has been questioned in recent years, particularly in the State of Rio de Janeiro (ERJ), due to the persistent disclosure of negative outcomes in public accounts, which has been exacerbated by

---

<sup>1</sup> Gestora Pública, mestra em ciências contábeis (PPGCC-UFRJ) e especialista em auditoria tributária pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). [paola.lomeu@gmail.com](mailto:paola.lomeu@gmail.com).

<sup>2</sup> Doutor em direito econômico, financeiro e tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGCC-UFRJ). [h\\_pinheiro@facc.ufrj.br](mailto:h_pinheiro@facc.ufrj.br).

<sup>3</sup> Doutora em administração pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Contábeis da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGCC-UFRJ). [fernanda.sauerbronn@facc.ufrj.br](mailto:fernanda.sauerbronn@facc.ufrj.br).

the acknowledgment of the economic crisis in the state since 2016. This article aims to map and systematize the role of oversight bodies in the accountability of the process of granting tax incentives. The paper is a documentary analysis, conducted on the competencies defined in the legislation, with the goal of identifying how oversight bodies influence the accountability of tax incentives within the framework of the ERJ. The article concludes that, despite advancements, there are still significant challenges in effective oversight and the promotion of transparency. The findings provide valuable insights for the formulation of more effective practices, for understanding the accountability of incentives, and for potential improvements in the functioning of regulatory bodies.

**Keywords:** Tax Incentives, Accountability, Public Policy, Control.

## 1. Introdução

No contexto da administração pública, o termo “*accountability*”<sup>4</sup> refere-se à obrigação dos gestores e instituições públicas de prestarem contas sobre suas ações e decisões, garantindo transparência e responsabilidade por seus atos.<sup>5</sup>

O Estado do Rio de Janeiro (ERJ) tem enfrentado um cenário de severa crise econômica e fiscal, com impactos sobre sua capacidade de arrecadação de receitas<sup>6</sup>. Nesse cenário, a importância da *accountability* se destaca, especialmente em situações nas quais a concessão indiscriminada de incentivos tributários pode agravar a situação financeira do Estado.

No ERJ, os incentivos tributários desempenham um papel crucial na política fiscal e econômica. O Estado pode utilizar a política para promover o crescimento econômico em determinadas áreas, reduzindo desigualdades regionais e estimulando a economia local, apoiar setores estratégicos impulsionando o desenvolvimento de novos produtos e serviços.

No entanto, a concessão desses incentivos deve ser cuidadosamente aplicada para garantir que os benefícios econômicos superem a perda de receita tributária, mantendo a saúde fiscal do estado. Ademais, há também a necessidade de transparência e um mecanismo que permitam monitorar os resultados e, caso necessário, reformular a política ou até mesmo sancionar a atuação dos gestores.

Isso é vital para a integridade das ações governamentais, para a prevenção de corrupção e acompanhamento de resultados para a melhoria contínua da gestão pública. Assim, a *accountability* torna-se um pilar fundamental para a manutenção da confiança da sociedade nas instituições públicas e na eficiência do governo.

A atuação dos órgãos de controle, tanto no âmbito interno quanto externo, é essencial para assegurar que as políticas públicas, incluindo a renúncia de receitas, sejam implementadas de maneira eficiente, eficaz e dentro dos princípios de legalidade e economicidade. A *accountability* fortalece a democracia, pois permite o controle mútuo entre os poderes (horizontal), bem como a fiscalização pelos cidadãos

---

<sup>4</sup> “*Accountability*” é um termo em língua inglesa apropriado pela doutrina brasileira para designar o fenômeno. Nesse artigo optamos por tratá-lo como um termo feminino por compreender que sua tradução mais aproximada (ainda que imperfeita) o aproxima do termo “responsabilização”, também feminino.

<sup>5</sup> MORAIS, L. S.; TEIXEIRA, M. G. “Interfaces da *accountability* na Administração Pública Brasileira: Análise de uma Experiência da Auditoria Geral do Estado do Rio de Janeiro”, *Revista Eletrônica de Administração [REAd. online]*, v. 22, n. 1, 2016, p. 77-105.

<sup>6</sup> MERCÊS, G.; FREIRE, N. “Crise fiscal dos estados e o caso do Rio de Janeiro” em VV.AA. (Penalva, A.; Correia, A. F.; Marafon, G. J.; & Sant’Anna, M. J. G.), Rio de Janeiro: uma abordagem dialógica sobre o território fluminense [online], EdUERJ, Rio de Janeiro, 2018. p. 17-33. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/97885751115169>. Acesso em: 19 set. 2024., p. 17.

(vertical), assegurando que as políticas públicas sejam conduzidas em prol do interesse público.<sup>7</sup>

Nesse contexto, este artigo tem como objetivo mapear e sistematizar o papel dos órgãos de controle na *accountability* do processo de concessão dos incentivos tributários. O estudo investigou, através de análise documental, quais as competências dessas entidades em supervisionar e regular a concessão e o monitoramento dos incentivos, com foco na transparência e na responsabilidade fiscal.

O presente estudo foca no ERJ por ter sido marcante o período de falta de receita para arcar com suas obrigações básicas como, por exemplo, o pagamento dos servidores públicos e as despesas com saúde e educação. As questões que despertaram o interesse neste tema originaram-se a partir das notícias a respeito da concessão irregular de incentivos tributários em conjunto com a divulgação da crise econômica enfrentada pelo Estado, o que culminou na declaração do estado de calamidade pública, em 2016.<sup>8</sup>

Uma vez reconhecido o estado de calamidade pública, segundo o artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), algumas das normas destinadas à promoção da responsabilidade da gestão fiscal, inclusive as que determinam punições ou restrições aos entes federativos, acabam sendo temporariamente mitigadas. Com isso, o Estado em situação de calamidade passa a poder exceder o limite de gastos com o funcionalismo público, ultrapassar o limite da dívida pública, exonerar-se da obrigação de atingir meta fiscal etc.

No próximo tópico será abordada a política de incentivos tributários no ERJ e a responsabilidade fiscal. Na sequência, o tópico 3 trata a previsão legal e conceitos básicos sobre o controle e *accountability*. No tópico 4, o foco da discussão é o papel dos órgãos de controle na promoção de *accountability* em relação aos incentivos tributários.

Trata-se de análise documental, de caráter bibliográfico, estruturada a partir da identificação dos atores envolvidos na política dos incentivos e na análise da legislação que define as competências dos envolvidos no processo.

## **2. Concessão de incentivos tributários e responsabilidade fiscal**

Incentivos fiscais são benefícios concedidos pelo governo para reduzir ou isentar tributos de determinadas empresas ou setores econômicos, com o objetivo de estimular atividades específicas como investimentos, geração de empregos, inovação tecnológica ou desenvolvimento regional.<sup>9</sup> Eles representam um gênero de atuação administrativa de fomento implementada por meio da política fiscal, que abrange os incentivos tributários (instrumentalizados pela receita) e os incentivos financeiros (implantados por meio das políticas de crédito público, com impacto na despesa).<sup>10</sup>

Os incentivos tributários decorrem da utilização de normas tributárias com finalidades que transcendem a função arrecadatória (fiscalidade), com vistas a realizar outros valores consagrados constitucionalmente (extrafiscalidade).<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> O'DONNELL, G. "Accountability horizontal e novas poliarquias", *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54.

<sup>8</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Decreto nº 45.692, de 17 de junho de 2016", decreta estado de calamidade pública, no âmbito da administração financeira do Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências, Rio de Janeiro, 17 jun. 2016.

<sup>9</sup> MACHADO, S. F.. "Regime jurídico dos incentivos fiscais", em VV.AA. (Machado, H. de B., coord), *Regime jurídico dos incentivos fiscais*, Malheiros, São Paulo, p. 507-536, 2015, p. 509.

<sup>10</sup> PINHEIRO, H. "Controle de programas de incentivo tributário pelo TCU", Fórum, Belo Horizonte, 2023, p. 44.

<sup>11</sup> HORVATH, E. "O princípio do não-confisco no direito tributário", Dialética, São Paulo, 2002, p. 88.

Na perspectiva dos contribuintes, qualquer situação favorável estabelecida por normas tributárias pode ser compreendida com um benefício tributário.<sup>12</sup> Benefícios tributários se diferenciam dos incentivos na medida em que aqueles sempre derivam de uma norma indutora, destinada a estimular comportamentos, e estes podem derivar de outras normas estruturantes do sistema, como imunidades ou mesmo regimes especiais favorecidos constitucionais (como o Simples Nacional, por exemplo).

Os benefícios tributários (em geral) podem implicar em renúncia de receitas, razão pela qual a LRF, em seu art. 14, disciplina regras para sua concessão e ampliação, de forma a mitigar este impacto orçamentário. Essa lei adota um conceito amplo para benefícios tributários, que compreende casos de

“anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado”.<sup>13</sup>

No âmbito governamental, o orçamento público é um dos instrumentos chave para o planejamento da alocação de recursos, de forma a legitimar as ações e garantir o equilíbrio financeiro do Estado. Esse instrumento possibilita o controle político e auxilia na gestão governamental (seja com avaliação de gasto público ou, ainda, como um sistema de informação).<sup>14</sup> Sua função é “orientar a execução do dinheiro arrecadado pelo Estado com a finalidade de contribuir para o fornecimento de serviços públicos adequados”.<sup>15</sup>

De acordo com o §1º do art. 1º da LRF, as leis orçamentárias devem manter o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, além da obediência a limites e condições no que tange a: “renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.<sup>16</sup>

O art. 165, §6º da CRFB/1988 exige que o projeto de lei orçamentária anual (PLOA) contenha o demonstrativo contábil do impacto dos benefícios fiscais (em sentido amplo), com objetivo de dar transparência a estes custos públicos.<sup>17</sup>

O art. 165, §6º da Constituição da República é inspirado na teoria dos gastos tributários, proposta nos Estados Unidos da América do Norte pelo economista Stanley Surrey, por meio da qual constatou-se o que os incentivos/benefícios de natureza tributária, incentivos fiscais com reflexos na receita, tem impacto

---

<sup>12</sup> ALHO NETO, J. de S. “*Interpretação e aplicação de benefícios fiscais*”, IBDT, São Paulo, 2021, p. 71; CANTO, G. de U. “Incentivos fiscais (SUDENE): isenção fiscal condicionada: irrevogabilidade e inalterabilidade em detrimento do contribuinte: direito adquirido e expectativa de direito: direito intertemporal: competência da autoridade administrativa”. VV.AA. (Canto, G. de U. ed.), *Direito tributário aplicado: pareceres, Forense*, Rio de Janeiro, 1992, p. 23-72, p. 47-48.

<sup>13</sup> BRASIL. “*Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000*”, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, Brasília, 04 mai. 2000.

<sup>14</sup> NASCIMENTO, E. R. “*Finanças Públicas: União, Estados e Municípios*”, 2ª Ed., Vesticon, Brasília, 2002.

<sup>15</sup> GIACOMONI, J. “*Orçamento Público*”, 15ª ed, Atlas, São Paulo, 2010, p. 56.

<sup>16</sup> BRASIL. “*Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000*”, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, Brasília, 04 mai. 2000.

<sup>17</sup> TORRES, R. L. “O princípio da transparência no direito financeiro”, *Revista de Direito da Associação dos Procuradorias do Novo Estado do Rio de Janeiro*, n. 8, p. 133-156, 2001, p. 140.



orçamentário semelhante àquele provocado pelas subvenções, modalidades de incentivos fiscais que afetam a despesa pública.<sup>18</sup>

Porém, embora possuam semelhante efeito econômico, os incentivos tributários gozavam de maior opacidade se comparados a despesas diretas, o que prejudicava seu controle. Essa teoria propôs que o impacto econômico dos incentivos/benefícios tributários fosse quantificado e refletido na lei orçamentária, de forma a viabilizar uma avaliação dessas políticas de forma semelhante ao que ocorre com as despesas diretas, o que acabou sendo adotado em seu país de origem, tendo essa prática sido popularizada pelos orçamentos públicos ao redor do mundo.<sup>19</sup>

Na perspectiva dos benefícios tributários, o demonstrativo que acompanha a PLOA tem o objetivo de quantificar os chamados “gastos tributários” associados a essas medidas desonerativas implementadas por meio do sistema tributário.<sup>20</sup>

A expressão “renúncia de receitas” designa a consequência orçamentária de medidas de incentivo tributário implementadas por meio do orçamento público. O art. 14 da LRF estabelece um regime orçamentário para as medidas de “concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita”.<sup>21</sup> Ou seja, não são todas as medidas de incentivo tributário que estão sujeitas ao regime das renúncias de receitas. Apenas estão sujeitas a esse regime aquelas que implicam em uma redução das receitas disponíveis.

A renúncia de receita representa uma decisão no sentido de “abrir mão” do “direito de arrecadar um determinado volume de recursos, que, caso não tivesse sido tomada, estariam disponíveis para alocação orçamentária”.<sup>22</sup> Como tal, devem ser tratadas “como se fosse uma nova despesa (despesa tributária) e, por isso, os mecanismos de compensação, em alguns casos, devem entrar em ação”.<sup>23</sup>

Os incentivos tributários que implicam em renúncia de receitas exigem a elaboração de uma estimativa do impacto orçamentário-financeiro na LOA no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes (Art. 14 da LRF). Também se torna necessária a demonstração da estimativa dos custos e medidas de compensação desse impacto na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) (art. 4, §2º, inciso V, da LRF).<sup>24</sup>

No âmbito do setor público, “o poder tributário constitui ferramenta necessária para captar recursos para o cumprimento das tarefas do Estado”.<sup>25</sup> Para alcançar sua finalidade, em um Estado Fiscal como o brasileiro, o governo depende de recursos

---

<sup>18</sup> SURREY, S. S. “Tax Incentives as Device for Implementing Government Policy: A Comparison with Direct Government Expenditures”, *Harvard Law Review*, v. 83, n. 4, p. 705-738, fev. 1970; SURREY, S.; MCDANIEL, P. “The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974”, *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, v. 17, n. 5, p. 679-725, jun. 1976.

<sup>19</sup> VILLELA, L. “Gastos tributarios: medición de la erosión de la base imponible” em VV.AA. (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, org.), *La recaudación potencial como meta de la administración tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Florianópolis, 2007, p. 1-10.

<sup>20</sup> PINHEIRO, H. “Controle de programas de incentivo tributário pelo TCU”, Belo Horizonte: Fórum, 2023.

<sup>21</sup> BRASIL. “Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000”, estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, Brasília, 04 mai. 2000.

<sup>22</sup> PINHEIRO, H. “Controle de programas de incentivo tributário pelo TCU”, Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 79.

<sup>23</sup> NÓBREGA, M.; FIGUEIREDO, C. M. “Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do artigo 14 da LRF”, em VV.AA. (Nóbrega, M., Figueiredo, C. M., coords.), *Responsabilidade fiscal: aspectos polêmicos*, Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 109-134, p. 122.

<sup>24</sup> NELSON, R. A. “Os incentivos fiscais no Brasil”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, n. 13, 2014, p. 42-71, p. 50.

<sup>25</sup> GARCIA, S. M. “Poder, Legitimidade e Orçamento: Fundamentos Teóricos para a Participação na Gestão e Controle do Orçamento Público”, *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2019, p. 557-587, p. 557.

que são recolhidos através das receitas tributárias (impostos, taxas e contribuições pagos pelos cidadãos), como também, de outras receitas provenientes de aluguéis, venda de bens, prestação de alguns serviços, venda de títulos do tesouro nacional, empréstimos, emissão de títulos etc.

Não é possível saber exatamente quanto de recurso o Estado disporá para financiar as políticas públicas. O planejamento da receita se inicia na fase da previsão, que se configura por meio da estimativa de arrecadação da receita constante da LOA, resultante de metodologia de projeção de receitas orçamentárias. De acordo com o artigo 12 da LRF, a estimativa de receita deve considerar a legislação tributária vigente e suas possíveis alterações, bem como os efeitos da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante. Ademais, precisa estar acompanhada do demonstrativo de sua evolução nos três anos anteriores, e da projeção para os dois anos seguintes, além da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.

Em nível regional e local, Estados e Municípios possuem legislação tributária próprias e devem exercer com responsabilidade o poder de tributar, explorando com eficiência o potencial de arrecadação. A Lei de Crimes Fiscais<sup>26</sup>, alterou o Código Penal brasileiro com a finalidade de instituir "tipos penais específicos para determinadas condutas associadas à gestão dos recursos públicos".<sup>27</sup>

Como regra, o ordenamento não limita a capacidade do Ente Federativo em renunciar receitas próprias. Assim, desde que o gestor cumpra os requisitos legais e respeite princípios da administração pública, é lícita a concessão de incentivos e benefícios que possam resultar na redução do volume de receitas públicas. O objetivo das regras que disciplinam a renúncia de receitas é evitar que o sistema tributário se torne "um instrumento de concessão de privilégios particulares e efetivação das práticas corruptivas"<sup>28</sup>, prejudicando assim a capacidade estatal de financiar suas políticas públicas.

Atentando-se aos possíveis efeitos negativos da concessão irregular, o art. 70 da CRFB/1988, estabeleceu expressamente a obrigação de fiscalização da renúncia da receita pelos órgãos de controle externo (Congresso Nacional e Tribunal de Contas da União). De igual forma, em nível Estadual, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro trouxe a mesma obrigação para Assembleia Legislativa e para o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (art. 122).<sup>29</sup>

A renúncia de receita é uma consequência orçamentária que *pode* resultar da concessão de incentivos tributários.<sup>30</sup> Ela corresponde a redução na arrecadação

---

<sup>26</sup> Como entende Nascimento, "nos termos da Lei nº 10.028 de 19 de outubro de 2000 (Lei de Crimes Fiscais), cobrar impostos, mais do que um direito da Administração pública, passa a ser uma obrigação" (NASCIMENTO, E. R. "Finanças Públicas: União, Estados e Municípios", 2ª Ed., Vesticon, Brasília, 2002, p. 228).

<sup>27</sup> FERNANDES, A. S. A.; SOUZA, T. S. "Ciclo orçamentário brasileiro", Enap, Brasília, 2019, p. 109.

<sup>28</sup> RODIGUES, H. T.; DA CRUZ, L. P. "Renúncia de Receita como Instrumento de Concessão de Privilégios Particulares e Efetivação das Práticas Corruptivas", em SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, n. 15, Rio Grande do Sul, 2018, p. 12.

<sup>29</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*, Assembleia Legislativa, Rio de Janeiro, 05 out. 1989.

<sup>30</sup> A Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado do Rio de Janeiro (LDO) para o ano de 2019, por exemplo, considera que os casos de desoneração tributária do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) não necessariamente resultam em queda de arrecadação (ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Lei n. 8.055, de 19 de julho de 2018", Lei de Diretrizes Orçamentárias - 2019, Rio de Janeiro, 19 jul. 2018). Esta legislação parte do pressuposto, controverso na doutrina, que, do ponto de vista orçamentário, a redução da carga tributária poderia ter impactos positivos na economia que, por sua vez poderiam resultar em um aumento da receita, compensando assim os custos da intervenção. Sobre o tema, ver: MARTINS, I. G. da S. "Política municipal de incentivos fiscais e financeiros: limites da Constituição e da Lei de Responsabilidade Fiscal: autonomia financeira, administrativa e política das unidades federativas", *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 186, p. 126-143,

potencial e, como outro lado a moeda, representa o aumento da disponibilidade econômica dos contribuintes beneficiados.<sup>31</sup>

Outro efeito indesejável causado pela renúncia de receita, é o fato de o encargo decorrente deste gasto público acaba por recair de alguma forma sobre os demais contribuintes.<sup>32</sup> Como o governo necessita financiar seus gastos, todos aqueles que não foram contemplados com o benefício tributário podem acabar sendo convocados para uma contribuição adicional.

Deve-se avaliar bem qual o retorno que a política de renúncia de receitas trará para a sociedade, "a escassez de recursos para a realização dos direitos fundamentais sociais é, em grande parte, fruto de escolhas alocativas dos poderes públicos que podem ser objeto de ponderação se, constatada, eventual desproporcionalidade".<sup>33</sup> Nesse cenário, a legislação pátria prevê a imposição de limites e condições para alcançar a responsabilidade na gestão fiscal, ainda mais se tratando da concessão de incentivos tributários.<sup>34</sup>

No âmbito dos Estados, a concessão de incentivos tributários é fruto de um regime de concorrência, no qual os entes federativos se utilizam da redução da carga tributária como forma de incentivo à instalação de empresas em seus territórios.<sup>35</sup> Diante do cenário de crises fiscais e aumento do déficit orçamentário dos entes da federação, é necessário fundamentar o exercício do poder de tributar junto a legitimação da gestão orçamentária, para encontrar soluções para a questão tributária e o orçamento público.<sup>36</sup>

À vista disso, os governos estaduais buscam a renúncia fiscal com o objetivo de "atrair empresas que gerem industrialização e, conseqüentemente, emprego e aumento de arrecadação tributária, ainda que em detrimento de outra unidade federada".<sup>37</sup> Todavia, a política de incentivos criou um ambiente hostil conhecido como "guerra fiscal".<sup>38</sup>

Importante ressaltar que a guerra fiscal não traz efeitos apenas na queda de arrecadação<sup>39</sup>, há também o aumento de conflitos entre entes federativos, prejuízo

---

mar. 2011; BEVILACQUA, L. *"Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional"*, Quartier Latin, São Paulo, 2013.

<sup>31</sup> ABRAHAM, M. *"Curso de direito financeiro brasileiro"*, 4. Ed, Forense, Rio de Janeiro, 2017, p. 388.

<sup>32</sup> ALMEIDA, F. C. R. de. "A renúncia de receita como fonte alternativa de recursos orçamentários", *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 88, p. 54-65, abr./jun. 2002.

<sup>33</sup> ASSIS, V. H. S. "O controle judicial das políticas públicas: a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais", *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [s. l.], v. 13, n. 2, 2012, p. 283-296, p. 290.

<sup>34</sup> COLAUTO, R. D.; RUAS, C. M. B.; PIRES, R. C. T.; PEREIRA, P. "Reflexão sobre as normas de finanças públicas: enfoque sobre concessão de benefícios por meio de renúncia de receitas públicas", *Revista de Educação e Pesquisa em Contabilidade (REPeC)*, Brasília, v. 7, n. 1, art. 4, jan./mar 2013, p. 58-72.

<sup>35</sup> Ocorre que, a concessão indiscriminada dos incentivos fiscais é "prática danosa às finanças de qualquer ente público, e deve estar sujeita a regras disciplinadoras" (NASCIMENTO, E. R. *"Finanças Públicas: União, Estados e Municípios"*, 2ª Ed., Vesticon, Brasília, 2002, p. 229).

<sup>36</sup> GARCIA, S. M. "Poder, Legitimidade e Orçamento: Fundamentos Teóricos para a Participação na Gestão e Controle do Orçamento Público", *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2019, p. 557-587.

<sup>37</sup> COMISSÃO MISTA DO SISTEMA DE GOVERNANÇA DOS INCENTIVOS FISCAIS E TRANSPARÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Sis-Gift). *"Relatório 2016: Relatório apresentado para Secretaria da Casa Civil"*, Rio de Janeiro, 2017, p. 3.

<sup>38</sup> HORVATH, E.; PINHEIRO, H. *"Federalismo e Guerra Fiscal do ICMS: cortesia com chapéu alheio"*, Fórum, Belo Horizonte, 2022.

<sup>39</sup> FERNANDES, A. E. S.; WANDERLEI, N. L. "A questão da guerra fiscal: uma breve resenha", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 148, out./dez. 2000.

às políticas de desenvolvimento industrial e desconcentração da produção, além da ineficiência alocativa desordenada, acarretando maiores custos para a produção.<sup>40</sup>

Diante dessa realidade, a CRFB/1988 traz em seus dispositivos a obrigatoriedade de fiscalização das aplicações das subvenções e renúncia de receitas. A existência de dispositivos constitucionais que exigem a apresentação de demonstrativos regionalizados do efeito das renúncias fiscais, tal como o artigo 165, §6º da Constituição da República, é uma evidência da preocupação em voltar o objetivo principal das renúncias, qual seja, a redução das desigualdades inter-regionais.

### 3. Controle e *accountability* na política dos incentivos tributários

Num cenário de crise econômica, a concessão indiscriminada de incentivos pode agravar a situação orçamentária do Estado.<sup>41</sup> A queda na arrecadação tributária devido à menor atividade econômica, por si só, reduz as receitas públicas, prejudicando o financiamento das atividades regulares. Sendo assim, a intervenção de órgãos de controle, como agentes responsáveis pela fiscalização da renúncia de receita, visa à garantia da transparência e à permanente avaliação, à luz dos princípios da eficiência, eficácia, economicidade e efetividade, dos resultados socioeconômicos efetivamente alcançados pela política pública implementada.<sup>42</sup>

Importante ressaltar que a concessão de incentivos é uma ferramenta de política econômica praticada em quase todos os países capitalistas que traz muitos benefícios quando implementada de forma planejada e monitorada. Entretanto, na prática, percebe-se a falta da notoriedade que o tema merece, principalmente no que se refere ao acompanhamento do custo financeiro de sua aplicação. O assunto tem tanta relevância, que nossa CRFB/1988 ampliou o controle "não mais se restringindo apenas ao lado da despesa orçamentária propriamente dita, mas também atuando na renúncia de receitas".<sup>43</sup>

O regime de direito público – aplicável aos órgãos, entidades e agentes que compõem a Administração Pública – objetiva proteger os recursos de posse do Estado, o patrimônio público e garantir a manutenção dos elementos democráticos. Tal realidade jurídica traz o entendimento de que a Administração não possui a livre disposição dos bens públicos e, ainda, devem se submeter a todas as normas aplicáveis para evitar a lesão aos interesses públicos e ofensas aos direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, ao mesmo tempo que o Estado cria o direito, submete-se a ele.<sup>44</sup> Com a universalização de jurisdição, todos os atos estatais submetem-se a controles, permitindo a responsabilização dos sujeitos que atuarem de modo inadequado. Sendo assim, o governo precisa adotar uma postura transparente e produzir informações que permitam avaliar seu desempenho, divulgando-as de forma clara e acessível.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> OLIVEIRA, K. F.; FISCHER, O. C. "Enfrentamento das Matérias Tributárias em ICMS pelo Supremo Tribunal Federal e a Guerra Fiscal", *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 9, jul./dez. 2019.

<sup>41</sup> O processo de erosão das bases tributárias tem início na década de 1930, como uma expansão da utilização dos instrumentos tributários para influenciar escolhas dos indivíduos (BRIXI, H. P. "Managing Tax Expenditures: Policy Options", em (Bixi, H. P.; Valenduc, C. N. A.; Swift, Z. L., eds.) *Tax Expenditures: Shedding Light on Government Spending through the Tax System*, The World Bank, Washington, 2004, p. 227-233; OLIVER, P. D. "Tax Policy, Readings and Materials", Thomson-West, New York, 2004).

<sup>42</sup> ALMEIDA, F. C. R. de. "A renúncia de receita como fonte alternativa de recursos orçamentários", *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 88, p. 54-65, abr./jun. 2002.

<sup>43</sup> MENDES, S. "Administração Financeira e Orçamentaria - Teoria e Questões", 6ª Ed., Método, São Paulo, 2016, p. 433.

<sup>44</sup> CARVALHO FILHO, J. S. "Manual de Direito Administrativo", 27ª Ed., Atlas, São Paulo, 2014.

<sup>45</sup> A transparência, como princípio, "consiste não só na informação ao povo do que a administração pública executa, planeja ou realiza, mas também na explicação do porquê assim atua e na avaliação do grau de influência do próprio povo no processo de tomada de decisão"

A Constituição da República atribui a função de controle como um poder-dever para os órgãos da administração pública e, ainda, prescreve a fiscalização como instrumento para efetivação do controle. Esta função é delegada ao Congresso Nacional, mediante controle externo exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, e ao sistema de controle interno de cada Poder ou órgão (Art. 70 da CRFB/1988). No âmbito dos estados, essa fiscalização é atribuída, por simetria, à Assembleia Legislativa, mediante controle externo, com apoio dos Tribunais de Contas e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

As atividades de fiscalização realizadas têm natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial no âmbito de toda União e das entidades da administração direta e indireta e verifica as ações envolvendo as contas públicas quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.<sup>46</sup>

Podemos conceituar o controle da administração pública como “faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”. Nesse sentido, o Poder Executivo exerce o controle sobre os seus próprios atos administrativos, e ainda se submete ao controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário. O controle pode ser entendido como uma atividade de monitoramento e avaliação que alguns órgãos exercem sobre a administração pública, com o objetivo de assegurar o cumprimento da legalidade e efetividade da execução das políticas públicas.<sup>47</sup>

É possível classificar o controle em duas espécies: o controle interno, realizado pelo órgão no âmbito da própria Administração, do próprio Poder, dentro de sua estrutura; e o controle externo, quando o órgão fiscalizador se situa em Administração diversa, de outro Poder, de fora de sua estrutura. Tanto a CRFB/1988, quanto a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, determinam a coexistência desses dois sistemas de controle.

Como a CRFB/1988 determina que cada um dos Poderes possua seu próprio sistema de controle, existe um órgão de controle interno em cada unidade administrativa (art. 74). Já o controle externo é realizado por instituição independente e autônoma em relação àquela que praticou o ato administrativo, como, por exemplo, o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas fiscalizando os gastos do Poder Executivo<sup>48</sup>.

A relevância do controle se apresenta quando tratamos da eficiência da atuação da administração pública. A eficiência se traduz na avaliação dos resultados, mediante o nível de fornecimento de serviços públicos de qualidade à população, com o menor custo possível, mantendo a qualidade e no menor tempo. O princípio da eficiência apresenta dois aspectos em relação ao modo de atuação do agente público: espera-se a melhor atuação possível, a fim de obter os melhores resultados<sup>49</sup>.

A obrigação de prestar contas prevista constitucionalmente vai ao encontro do conceito de *accountability*, no qual traduz-se popularmente na junção de conceitos de transparência e responsabilização. O termo *accountability* pode ser compreendido como “o conjunto de mecanismos e procedimentos que levam os decisores governamentais a prestarem contas dos resultados de suas ações, garantindo-se

---

(MARTINS JÚNIOR, W. P. “O princípio da transparência”, em VV.AA. (Di Pietro, M. S. Z.; Martins Júnior, W. P., coords.) *Tratado de direito administrativo: v. 1: teoria geral e princípios do direito administrativo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 419-482, p. 422).

<sup>46</sup> Para Juarez de Freitas, o art. 70 estabelece um “princípio da sindicabilidade ampla” da atividade administrativa, que abrange quase todos os aspectos da atividade administrativa (FREITAS, J. de. “O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais”, 5. ed., Malheiros, São Paulo, 2013, p. 99).

<sup>47</sup> SIQUEIRA, F.L.; ULIANA, A.C. “Conhecendo o Ministério Público de Contas”, MPC/PI, 2019, p. 11.

<sup>48</sup> SIQUEIRA, F.L.; ULIANA, A.C. “Conhecendo o Ministério Público de Contas”, MPC/PI, 2019.

<sup>49</sup> DI PIETRO, M. S. Z. “Direito Administrativo”, 27ª Ed., Atlas, São Paulo, 201.

maior transparência e a exposição das políticas públicas”.<sup>50</sup> Assim, a *accountability* está diretamente ligada com o nível de transparência e na qualidade dos serviços públicos prestados à sociedade. E a melhora da *accountability* será representada pela consolidação e desenvolvimento da democracia.<sup>51</sup>

Nesse contexto, de um lado temos a *accountability* vertical assegurando a continuidade da democracia, através de ações fiscalizatórias realizadas individual e coletivamente ou de forma organizada, contra àqueles que ocupam posições nas instituições do Estado (eleitos ou não). Do outro, a fragilidade da *accountability* horizontal enfraquecendo a garantia de não usurpação das liberdades e direitos individuais, e do cumprimento dos deveres públicos que requeiram a sujeição às leis e devoção ao interesse público.<sup>52</sup> Logo, a junção do controle estabelecido por poderes entre si (horizontal) com a necessidade de os representantes prestarem contas e darem transparência aos seus atos (vertical) definem a *accountability*.

Na literatura há menção de três tipos de *accountability*: a vertical, a horizontal e, mais recentemente, a societal.<sup>53</sup> O primeiro ocorre quando os cidadãos fiscalizam as ações do estado, característica dos países democráticos e caracteriza-se por um conjunto de “ações realizadas, individualmente ou por algum tipo de ação organizada e /ou coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não”. Já o segundo tipo, ocorre quando há a fiscalização mútua entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, ou entre os órgãos, sem hierarquia entre si.<sup>54</sup> Por fim, apresenta o conceito de *accountability* societal, como o controle exercido por entidades sociais, como por exemplo ONG’s ou pela própria mídia.<sup>55</sup>

Os poderes mantêm equilíbrio ao sujeitarem-se ao sistema de freios e contrapesos e nenhum daqueles possui poder ilimitado. A separação dos poderes é garante a atuação de outros atores estatais independentes, não relacionados à função executiva, como o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas, que surgiram da necessidade de aprimoramento do controle das agências estatais.<sup>56</sup> Há também a necessidade de um trabalho conjunto de fiscalizações e decisões. O foco é a prevenção, mas se necessário será possível a punição.<sup>57</sup>

A atuação dos órgãos de controle sobre os incentivos tributários está relacionada ao conceito de *accountability* horizontal, que, para fins deste trabalho, é representada pelo sistema de controle interno, relacionado aos órgãos de governança, e pelo controle externo, desenvolvido por instituições externas ao Poder Executivo, realizam a avaliação e controle desses programas no âmbito do Estado do RJ.

A *accountability* horizontal, refere-se à atuação de entidades capacitadas que possuem o poder legal para realizar ações de supervisão e aplicação de sanções legais em outras instituições do Estado.<sup>58</sup> Na administração pública, essa ocorre quando é realizado o controle entre entidades públicas, onde não há diferença de hierarquia,

---

<sup>50</sup> MATIAS-PEREIRA, J. “*Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais*”, 5ª ed., Atlas, São Paulo, 2018, p. 81.

<sup>51</sup> ROCHA, A. C. “*Accountability* na Administração Pública: a Atuação dos Tribunais de Contas”, XXXIII ENCONTRO DA ANPAD (ENANPAD), n. 33, São Paulo, 19-23 set. 2009.

<sup>52</sup> O’DONNELL, G. “*Accountability* horizontal e novas poliarquias”, *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54.

<sup>53</sup> FOX, J. A. “Social Accountability: what does the evidence really say?”, *World Development*, [s. l.] v. 72, ago. 2015, p. 346-361; PALUDO, A. V. “*Administração Pública*”, 8ª ed., Método, Rio de Janeiro, 2019.

<sup>54</sup> O’DONNELL, G. “*Accountability* horizontal e novas poliarquias”, *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54.

<sup>55</sup> PALUDO, A. V. “*Administração Pública*”, 8ª ed., Método, Rio de Janeiro, 2019, p. 198.

<sup>56</sup> CABRAL, F. G.; CABRAL, D. R. “O Tribunal de Contas da União (TCU) e seu papel para uma *accountability* horizontal efetiva”, *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, v. 2, n. 6, p. 143-164, 2018.

<sup>57</sup> O’DONNELL, G. “*Accountability* horizontal e novas poliarquias”, *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54.

<sup>58</sup> O’DONNELL, G. “*Accountability* horizontal e novas poliarquias”, *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54.

pode ser entre poderes ou entre os órgãos. Por exemplo, quando um dos poderes (Poder Legislativo através do Congresso Nacional) fiscaliza o outro (Poder Executivo através das contas do Presidente da República), quando o Tribunal de Contas fiscaliza alguma instituição governamental do Poder Executivo (exemplo, Autarquias).

Há um dilema vivido na realidade republicana que se resume ao risco de descumprimento de uma lei que prescreva de regras. Para que a *accountability* horizontal seja efetiva faz-se necessária a existência de agências estatais que sejam "autorizadas a supervisionar, controlar, retificar e/ou punir ações ilícitas de autoridades em outras agências estatais", atuando com autonomia e acompanhando o cumprimento da lei.<sup>59</sup>

Em linhas gerais, *accountability* pode ser tomada como um sistema que estabelece a exigência de prestação de contas com transparência e possibilidade de responsabilização dos envolvidos. Para avaliarmos as soluções baseadas em *accountability*, consideraremos satisfeitas as três "promessas" instrumentais que tendem a impulsionar a adoção de diferentes mecanismos de *accountability*: a promessa de controle, de comportamento ético na tomada de decisão e de desempenho.<sup>60</sup>

A instituição *United States Government Accountability Office* (GAO), afirma que *accountability* e transparência no uso de recursos públicos são essenciais no processo de governo de seu país. A responsabilidade atribuída é voltada para que a atuação dos agentes públicos seja realizada de forma, eficiente, ética e com propósito de alcançar os objetivos dos programas governamentais. Nesse contexto, atentam ao fato de as auditorias serem instrumentos essenciais para garantir a *accountability* do governo para manter transparência dos recursos empregados e resultados obtidos nos programas governamentais.<sup>61</sup>

Tendo em vista a evolução do gerencialismo no país, período conhecido como *New Public Management* (NPM), percebeu-se que era cada vez mais necessário mecanismos de medição da eficiência da máquina pública.<sup>62</sup> Nesse modelo entende-se que é necessário combater a corrupção e o nepotismo trazidos pela era patrimonialista, mas também, acredita-se que a administração burocrática gerou excesso de rigidez e não correspondia mais às demandas que a sociedade civil.<sup>63</sup>

Nesse sentido, diante da ineficiência da administração pública, os estudos sobre *accountability* foram impulsionados pela necessidade de uma administração voltada para resultados e para o combate a corrupção.

#### **4. Papel dos órgãos de controle dos incentivos tributários**

Controle, em sentido amplo, pode ser tomado como "verificação da conformidade de uma atuação a determinados cânones"<sup>64</sup>. A CRFB/1988 estabelece sistemas de controle interno (art. 74) e externo (art. 70), desempenhados por diferentes órgãos

---

<sup>59</sup> O'DONNELL, G. "Accountability horizontal e novas poliarquias", *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54, p. 42.

<sup>60</sup> DUBNICK, M. J.; YANG, K.; MENZEL, D. "The Pursuit of Accountability: Promises, Problems, and Prospects", em VV.AA. (Menzel, D. C.; White, H. L., eds.) *The state of public administration: issues, challenges, and opportunities*, M.E Sharpe, Armonk (NY), 2011, p. 171-186.

<sup>61</sup> ROCHA, A. C. "Accountability na Administração Pública: a Atuação dos Tribunais de Contas", *XXXIII ENCONTRO DA ANPAD (ENANPAD)*, n. 33, São Paulo, 19-23 set. 2009.

<sup>62</sup> LÆGREID, Per. "Accountability and New Public Management", em VV.AA. (Bovens, M.; Goodin, R. E.; Schillemans, T., eds.) *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 324-338.

<sup>63</sup> PINHO, J. A. G. "Reforma do Aparelho do Estado: Limites do Gerencialismo frente ao Patrimonialismo", *Sociedade, Contabilidade e Gestão*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, set./dez. 2016, p. 118-129.

<sup>64</sup> MEDAUAR, O. "Controle da administração pública", 2. Ed, RT, São Paulo, 2012, p. 24.

integrantes da estrutura estatal brasileira, com vistas a garantir a conformidade da atuação estatal.

Neste tópico propõe-se a análise do papel dos órgãos de controle interno e externo na promoção de *accountability* em relação aos programas de incentivo tributário no ERJ. Para tanto, parte-se da análise das competências dos organismos de controle e de seus papéis institucionais para compreender como sua atuação pode contribuir com a promoção de transparência e viabilizar a identificação de desvios e eventual responsabilização dos agentes responsáveis.

#### 4.1. Controle Interno

Entre os papéis do controle interno, na forma do artigo 74 da CRFB/1988, está a manutenção de um sistema integrado destinado a avaliar a execução dos programas governamentais e os resultados da gestão orçamentária, quanto à eficácia e a eficiência (incisos I e II).<sup>65</sup> Esse dispositivo ressalta a responsabilidade e a importância da participação dos atores envolvidos no sistema de controle interno no processo de concessão dos incentivos tributários no ERJ.

No ERJ, o atual sistema de controle interno teve um impulso para sua modernização a partir de uma auditoria realizada no ano de 2016 pelo o TCE-RJ, que identificou “fragilidades no acompanhamento estruturado e sistemático dos requisitos e contrapartidas das empresas beneficiárias de incentivos fiscais”. Diante destas inconsistências foi determinado que a Secretaria de Fazenda (Sefaz) implementasse um sistema de fiscalização para monitorar os incentivos.<sup>66</sup>

Esta determinação do TCE-RJ contribuiu para o aprimoramento institucional no sistema de controle interno dos incentivos tributários no ERJ com a criação da Controladoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (CGE) pela Lei nº 7.989, de 14 de junho de 2018.

O artigo 5º da Lei nº 7.989/2018 conceitua o Sistema de Controle Interno como o conjunto de órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual organizados por macrofunções e atividades de controle, que devem agir de forma articulada, multidisciplinar, integrada e sob a orientação técnico-normativa da CGE para o desempenho das atribuições de controle interno indicadas nas Constituições Federal e Estadual. As macrofunções da CGE/RJ são: Auditoria Governamental, Ouvidoria, Transparência e Corregedoria.<sup>67</sup>

A macrofunção de Auditoria Governamental fica a cargo da Auditoria Geral do Estado (AGE), como órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo do Governo do ERJ, possui competência para atuar em atividades de fiscalização e assessoramento, com abrangência sobre todos os órgãos e entidades do Poder Executivo.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Para José Maurício Conti e André de Castro Carvalho, é papel do controle interno acompanhar “as políticas traçadas pelo gestor, e dar subsídios para correções, ajustes e aperfeiçoamentos voltados a atingir metas, além, de fornecer informações úteis e necessárias para a tomada de decisões (CONTI, J. M.; CARVALHO, A. de C. “O controle interno da administração pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal”, *Revista de Direito Público*, Brasília, n. 37, p. 201-220, jan./fev. 2011, p. 207).

<sup>66</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ). “Processo TCE nº 108773-3/2016”, relatório de auditoria governamental, auditoria de conformidade extraordinária do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, sessão plenária de 07 fev. 2018.

<sup>67</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. “Lei nº 7.989, de 14 de junho de 2018”, dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, cria a Controladoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e o Fundo de Aprimoramento de Controle Interno, organiza as carreiras de controle interno, e dá outras providências, Rio de Janeiro, 15 jul. 2018.

<sup>68</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. “Lei nº 7.989, de 14 de junho de 2018”, dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, cria a Controladoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e o Fundo de Aprimoramento de Controle



Uma das providências tomadas depois desta recomendação do TCE-RJ foi justamente o deslocamento da Auditoria Geral do Estado (AGE), órgão que integrava a Sefaz, para os quadros da reestrutura CGE. Esta mudança representou uma modernização e o controle interno dos programas de incentivo tributário realizado a partir da AGE passou, de um órgão vinculado à arrecadação e muito focado em um controle de legalidade (Sefaz), para um órgão independente (CGE), com competências que envolvem uma avaliação da eficácia e da eficiência da política como um todo.

As atribuições da AGE estão descritas no artigo 14 do Decreto nº 43.463/2012, cabendo aqui destacar as que se seguem: "fiscalizar a atividade dos órgãos da Administração Direta e Indireta do Poder Executivo do Estado responsáveis pela realização da receita, da despesa e pela gestão do dinheiro público" (inciso X), "auditar e avaliar a execução dos programas de Governo, inclusive ações descentralizadas realizadas à conta de recursos oriundos dos orçamentos do Estado, quanto ao alcance das metas e dos objetivos estabelecidos" (inciso VI).<sup>69</sup>

Quanto a macrofunção da Ouvidoria, sabe-se que esta tem por finalidade fomentar o controle social e a participação popular, por meio do recebimento, registro e tratamento de manifestações do cidadão sobre os serviços prestados à sociedade e a adequada aplicação de recursos públicos.<sup>70</sup>

Em caráter complementar à função de ouvidoria, a macrofunção da Transparência tem por finalidade fomentar o controle social e a participação popular, por meio da definição de mecanismos que contribuam para a acessibilidade, clareza e integridade das informações disponibilizadas à sociedade.<sup>71</sup>

As macrofunções de Ouvidoria e Transparência ficam a cargo da Ouvidoria e Transparência Geral do Estado (OGE), que, segundo a Lei nº 7.989/2018, possui competência para a coordenação da implantação e supervisão de sistemas de acesso entre o cidadão e Administração Pública, examinando e dando tratamento às manifestações e aos pedidos de acesso à informação, e encaminhá-las aos órgãos e entidades competentes para as providências cabíveis e monitoramento da aplicação da lei de acesso à informação.<sup>72</sup>

A transparência em relação às informações fiscais é uma diretriz que foi positivada no texto constitucional no art. 163-A, que estabelece o dever de as administrações fazendárias disponibilizarem:

"suas informações e dados contábeis, orçamentários e fiscais, conforme periodicidade, formato e sistema estabelecidos pelo órgão central de contabilidade da União, de forma a garantir a rastreabilidade, a comparabilidade e a publicidade

---

Interno, organiza as carreiras de controle interno, e dá outras providências, Rio de Janeiro, 15 jul.

<sup>69</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Decreto n. 43.463, de 14 de fevereiro de 2012", dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Estadual e dá outras providências, Rio de Janeiro, 14 fev. 2012.

<sup>70</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Lei nº 7.989, de 14 de junho de 2018", dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, cria a Controladoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e o Fundo de Aprimoramento de Controle Interno, organiza as carreiras de controle interno, e dá outras providências, Rio de Janeiro, 15 jul. 2018.

<sup>71</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Lei nº 7.989, de 14 de junho de 2018", dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, cria a Controladoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e o Fundo de Aprimoramento de Controle Interno, organiza as carreiras de controle interno, e dá outras providências, Rio de Janeiro, 15 jul. 2018.

<sup>72</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Lei nº 7.989, de 14 de junho de 2018", dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, cria a Controladoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e o Fundo de Aprimoramento de Controle Interno, organiza as carreiras de controle interno, e dá outras providências, Rio de Janeiro, 15 jul. 2018.

dos dados coletados, os quais deverão ser divulgados em meio eletrônico de amplo acesso público relação aos incentivos tributários”.<sup>73</sup>

Especificamente em relação aos incentivos tributários, este dever foi potencializado com a recentíssima introdução do art. 198, §3º, inciso IV, no Código Tributário Nacional (CTN), que expressamente autoriza as administrações tributárias a divulgarem dados sobre “incentivo, renúncia, benefício ou imunidade de natureza tributária cujo beneficiário seja pessoa jurídica”.<sup>74</sup>

Por fim, a macrofunção da Corregedoria, que tem por finalidade prevenir e apurar os ilícitos disciplinares praticados no âmbito da Administração Pública, e promover a responsabilização administrativa de pessoa jurídica pela prática de atos lesivos à Administração Pública.<sup>75</sup> A Corregedoria Geral do Estado (CGE), representada pelo Corregedor-Geral do Estado, tem competências relacionadas ao planejamento, coordenação, controle e avaliação das atividades de correção no âmbito do Poder Executivo Estadual, bem como instaurar e instruir os procedimentos disciplinares relacionados a servidores da CGE, propor a instauração de procedimentos disciplinares com base nas denúncias e nos relatórios recebidos, conduzir e instruir as Investigações Preliminares, produzir informações para sustentar análises de riscos, etc.

A independência da CGE também potencializa a sua atuação no contexto das macrofunções de ouvidoria e transparência em relação aos programas de incentivo tributário. Este órgão passa a centralizar denúncias e a promover análises de divulgar informações sobre a gestão desses programas, em uma perspectiva de transparência ativa.

No que tange aos programas de incentivo tributário destaca-se o papel do controle interno, em especial no contexto da macrofunção de Auditoria Governamental, em fiscalizar e avaliar seu desempenho. Em verdade, no contexto dos programas de incentivo condicionados, a Lei n. 7.989/2018 traz expressamente como papel da CGE “monitorar o cumprimento das contrapartidas decorrentes de processos de concessão de benefícios fiscais” (art. 8, inciso XXX).

O sistema de controle interno do ERJ, representado pela CGE, tem a possibilidade de promover *accountability* em relação aos programas de incentivo tributária ao, por meio da macrofunção de Auditoria Governamental, fiscalizar e auditar tais programas com relação ao atingimento de seus objetivos e metas. Nesse contexto, *accountability* é realizada por meio de uma governança que favorece o aprimoramento dessa modalidade de atuação estatal.

Na perspectiva das macrofunções Ouvidoria e Corregedoria, a CGE pode receber eventuais denúncias e apurar eventuais desvios cometidos pelos servidores públicos na concessão de incentivos, garantindo a realização de *accountability* compreendida como um sistema que assegura a manutenção um padrão ético de conduta e valores na administração pública.

Pela via da macrofunção transparência, a CGE pode produzir dados sobre o custo estimado dos programas de incentivo tributário e divulgá-los em benefício da sociedade, que tem o direito de saber como tais recursos sociais estão sendo alocados, até para que possa, eventualmente, decidir pela sua manutenção ou revogação.

---

<sup>73</sup> BRASIL. “Constituição da República Federativa do Brasil”, Brasília, 5 de out. 1988.

<sup>74</sup> BRASIL. “Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966”, código tributário nacional, Brasília, 25 out. 1966.

<sup>75</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. “Lei nº 7.989, de 14 de junho de 2018”, dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, cria a Controladoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e o Fundo de Aprimoramento de Controle Interno, organiza as carreiras de controle interno, e dá outras providências, Rio de Janeiro, 15 jul. 2018.

#### **4.2. Controle Externo**

A CRFB/1988, no âmbito do Poder Legislativo, prevê que o controle externo fica a cargo do Congresso Nacional, no âmbito Federal, e da Assembleia Legislativa do respectivo Estado, e é exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989 (CERJ/1989) reforça, ao determinar que a fiscalização do Estado e das entidades da Administração Direta e Indireta, quanto renúncia de receitas, será exercida pela Assembleia Legislativa, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

A CERJ/1989, em seu art. 123, estabelece que o controle externo será exercido com o auxílio do TCE, ao qual compete prestar as informações solicitadas pela Alerj, ou por qualquer de suas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas.<sup>76</sup>

Segundo a Resolução nº 810 de 12 dezembro de 1997, que estabelece o Regimento Interno da Alerj, cabe às comissões permanentes o papel de discutir e votar projeto de lei que dispensar a deliberação do Plenário, realizar audiências públicas representativas da sociedade civil, receber petições, reclamações, representações ou queixas contra atos ou comissões das autoridades ou entidades públicas; apreciar programas de planos estaduais, regionais e setoriais de desenvolvimento, e sobre eles emitir parecer.<sup>77</sup>

A partir de 2004, com a edição da Resolução nº 429 de 18 de março de 2004, que alterou a redação do Regimento Interno da Alerj, houve uma importante separação de funções e instauração de comissão especificamente voltada para arrecadação de tributos.<sup>78</sup>

Quanto à Comissão de Orçamento, Finanças, Fiscalização Financeira e Controle, é possível destacar as seguintes competências: efetuar a tomada de contas do Governador, examinar e emitir parecer sobre as contas anualmente apresentadas pelo Governador, opinar sobre projetos de lei relativos ao PPA, às diretrizes orçamentárias, a LOA e aos créditos adicionais, exercer o acompanhamento e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e das entidades da administração direta e indireta, examinar e emitir parecer sobre os planos e programas estaduais, regionais e setoriais previstos na Constituição Estadual, examinar os relatórios de atividades do Tribunal de Contas do Estado e opinar sobre representação e recursos de suas decisões, requerer informações, relatórios, balanços e inspeções sobre as contas ou autorizações de despesas de órgãos e entidades da administração estadual, diretamente ou através do TCE, opinar sobre quaisquer proposições de implicações orçamentárias, inclusive sobre a fixação de subsídios do Governador, do Vice-Governador do Estado e dos Deputados.

Ressalta-se também a Comissão de Tributação, de Controle da Arrecadação Estadual e de Fiscalização dos Tributos Estaduais, a quem compete representar junto ao TCE, solicitando que o mesmo promova inspeções e auditorias na arrecadação de tributos estaduais e manifestar-se sobre: todas as matérias referentes à tributação, arrecadação e fiscalização dos tributos estaduais, o acompanhamento e fiscalização da arrecadação de tributos estaduais, em especial do ICMS, em articulação com a Comissão de Orçamento, Finanças, Fiscalização Financeira e Controle, projetos de incentivos fiscais, com acompanhamento e auditoria, projetos de Lei que tratem de

<sup>76</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Constituição do Estado do Rio de Janeiro", Assembleia Legislativa, Rio de Janeiro, 05 out. 1989.

<sup>77</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. "Resolução nº 810, de 12 dezembro de 1997", dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 13 dez. 1997.

<sup>78</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. "Resolução nº 429 de 18 de março de 2004", altera o inciso ii do art. 25 da Resolução nº 810/97, que dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências, Rio de Janeiro, 19 mar. 2004.

legislação tributária, e o comportamento da arrecadação de tributos estaduais, em função de relatório trimestral, que será enviado pelo Poder Executivo à Alerj.

Em 2019, foi instituída a Assessoria Fiscal no âmbito da Alerj através da Resolução nº. 262, de 18 de dezembro de 2019. Pode atuar por iniciativa própria, ou mediante sugestão das Comissões Permanentes. Há também a possibilidade do uso dos estudos e relatórios da Assessoria para embasamento dos debates na Assembleia.<sup>79</sup>

A finalidade da Assessoria Fiscal, conforme artigo 1º da Resolução, é divulgar suas estimativas relevantes para a construção de cenários fiscais e orçamentários, analisar a aderência do desempenho de indicadores fiscais e orçamentários às metas definidas na legislação pertinente e mensurar o impacto de eventos fiscais relevantes, especialmente os decorrentes de decisões dos diversos poderes do Estado, incluindo os custos para o equilíbrio do Estado. Quanto à sua composição, esta Assessoria é dirigida por um Conselho Diretor, composto de 3 (três) membros: um indicado pelo Presidente da Alerj que presidirá o conselho, um indicado pela Comissão de Orçamento da Alerj e um indicado pela Comissão de Tributação da Alerj.

A Alerj, como órgão de fiscalização externa ao Governo Estadual, pode atuar como agente catalizador de *accountability* em relação aos programas de incentivo tributário seja por meio da fiscalização direta sobre a forma como tais programas estão sendo implementados, de forma a estabelecer padrões de conduta e desempenho, seja promovendo transparência ativa, ao realizar análises e divulgar dados sobre a forma como esses programas estão sendo conduzidos no âmbito do ERJ.

Ressalta-se ainda que o Poder Legislativo é o fórum adequado para eventuais discussões sobre a viabilidade/necessidade de manutenção de programas existentes. A promoção de *accountability*, nesse contexto, auxilia e informa a atividade parlamentar na discussão desses temas.

O TCE-RJ, como já mencionado, deve auxiliar a Alerj no exercício do controle externo. De acordo com a Lei Orgânica do TCE-RJ (Lei Complementar nº 63/1990), o tribunal deve adotar providências assim que tomar ciência da omissão no dever de prestar contas, bem como nos casos de concessão de quaisquer benefícios fiscais ou de renúncia de receitas de que resulte danos ao erário, sob pena de responsabilidade solidária, a fim de apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.<sup>80</sup>

Conforme o Regimento Interno do TCE/RJ, representado pela Deliberação nº 167/1992, compete ao TCE-RJ exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das unidades dos Poderes do Estado e dos Municípios, e das demais entidades, decidir sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas decorrentes, assim como sobre a aplicação de subvenções, auxílios e a renúncia de receitas. Compete, ainda, ao tribunal apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado e pelos Prefeitos Municipais e acompanhar a arrecadação da receita a cargo do Estado e dos Municípios, e das demais entidades citadas no regimento.<sup>81</sup>

A primeira unidade do TCE-RJ em destaque é a Secretaria Geral de Controle Externo, instituída pela Resolução nº 41, de 5 de janeiro de 1982. Quanto às suas responsabilidades, vale sublinhar a consolidação e integração dos planos setoriais, o acompanhamento das auditorias governamentais, propor e acompanhar o desenvolvimento de sistemas de informação corporativos relacionados às atividades

---

<sup>79</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. "Resolução n. 262, de 29 de novembro de 2019", cria a Instituição Fiscal Independente no âmbito da Alerj e dá outras providências, Rio de Janeiro, 29 nov. 2019.

<sup>80</sup> ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Lei Complementar nº 63, de 01 de agosto de 1990", dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências, Rio de Janeiro, 01 ago. 1990.

<sup>81</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ). "Deliberação n. 167, de 10 de dezembro de 1992", aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 10 dez. 1992.

de controle externo, realizar o intercâmbio de informações junto a órgãos externos, bem como o acompanhamento dos trabalhos conjuntos realizados.<sup>82</sup>

Atualmente, com a edição da Resolução nº 366, de 19 de maio de 2021, que dispõe sobre a nova estrutura orgânica e operacional da Secretaria Geral de Controle Externo (SGE), bem como do Ato Normativo nº 206, de 27 de maio de 2021<sup>83</sup>, que a regulamenta, de maneira geral, as atribuições relacionadas ao presente estudo da Subsecretaria de Auditoria e Controle da Gestão e da Receita (SSR) foram divididas entre as duas das unidades subordinadas à SGE, a Subsecretaria de Controle de Contas e Gestão Fiscal (Sub-Contas) e Subsecretaria de Controle da Receita e Políticas de Cidadania (Sub-Cidadania).

Por meio das estruturas vinculadas à SGE (Sub-Contas e Sub-Receita) o TCE-RJ pode realizar auditorias destinadas a fiscalizar a gestão, pelo Poder Executivo, dos programas de incentivo tributário, com como de fato o fez em 2016 no Processo n. TCE nº 108773-3/2016<sup>84</sup>, que resultou na reformulação da CGE.

Além da competência para fiscalização, também se relaciona com *accountability* as competências sancionatórias do TCE-RJ. O art. 71 da CRFB/1988 estabelece que os tribunais de contas podem julgar as contas dos administradores para reconhecer eventual prejuízo ao erário público (inciso II), aplicar sanções e até multa proporcional ao dano causado (inciso VIII).

O TCE-RJ pode promover *accountability* tanto proferindo recomendações para o aprimoramento na gestão e controle interno dos programas de incentivo tributário, quanto fomentando mecanismos de transparência para a divulgação de informações relativas a tais programas.

Também possui um papel importantíssimo na eventual responsabilização de agentes que, eventualmente, agirem em desacordo com a legislação, em uma dimensão de *accountability*, de forma a garantir a regularidade na atuação estatal.

## 5. Conclusão

Conclui-se que os órgãos de controle desempenham um papel fundamental na garantia da *accountability* no processo de concessão de incentivos tributários, atuando como fiscais da transparência, da legalidade e da eficácia na aplicação dos recursos públicos.

A pesquisa apresenta a síntese da base legal que regulamenta e define etapas e competências e contribui para possíveis melhorias na atuação dos órgãos de controle e insights valiosos para a formulação de práticas mais eficazes. Em nível regional e local, Estados e Municípios possuem legislação tributárias próprias e devem exercer com responsabilidade o poder de tributar, explorando o potencial de arrecadação.

Verificou-se a demanda por mais transparência e por um mecanismo que permita monitorar os resultados para, caso seja necessário, reformular a política ou até mesmo sancionar a atuação dos gestores.

No âmbito do controle interno, a *accountability* é incentivada por uma governança que visa melhorar a atuação do Estado, assegurando a preservação de padrões éticos e valores na administração pública, a fim de garantir a eficácia na prestação de contas e na transparência.

---

<sup>82</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ). "Resolução n. 41, de 5 de janeiro de 1982", dispõe sobre a estrutura orgânica e operacional dos Órgãos Auxiliares do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 05 jan. 1982.

<sup>83</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ). "Ato Normativo nº 206, de 27 de maio de 2021", dispõe sobre as atribuições dos setores vinculados à Secretaria-Geral de Controle Externo (SGE) e dá outras providências. Rio de Janeiro, 2021.

<sup>84</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ). "Processo TCE nº 108773-3/2016", relatório de auditoria governamental, auditoria de conformidade extraordinária do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, sessão plenária de 07 fev. 2018.

Já no âmbito do controle externo, a promoção da *accountability* contribui na avaliação das políticas de incentivo tributário, tanto ao fornecer recomendações para aprimorar o controle interno, quanto ao estimular mecanismos de transparência para a divulgação de informações pertinentes. Ademais, exerce função fundamental na responsabilização de aqueles que agirem em desacordo com a lei, assegurando, dessa forma, a conformidade das ações estatais e identificando possíveis falhas no processo.

A atuação dos órgãos de controle, tanto no âmbito interno quanto externo, é essencial para assegurar que as políticas públicas, incluindo a renúncia de receitas, sejam implementadas de maneira eficiente, eficaz e dentro dos princípios de legalidade e economicidade. A *accountability* fortalece a democracia, pois permite o controle mútuo entre os poderes (horizontal), bem como a fiscalização pelos cidadãos (vertical), assegurando que as políticas públicas sejam conduzidas em prol do interesse público. A *accountability* torna-se um pilar fundamental para a manutenção da confiança da sociedade nas instituições públicas e na eficiência do governo.

No geral, os órgãos de controle interno e externo abordados desempenham um papel crucial ao monitorar e fiscalizar a concessão e a gestão dos incentivos tributários, contribuindo com o mapeamento do processo, tendo como principais competências o monitoramento e auditoria da concessão dos incentivos, garantindo que esses benefícios sejam aplicados de acordo com a lei e que os critérios estabelecidos sejam observados podendo, assim, evitar possíveis danos as contas públicas e ao desenvolvimento local.

Em relação à *accountability*, o papel dos órgãos de controle identificados, contribuem para a promoção da transparência ao exigir relatórios detalhados, realizar auditorias periódicas e acompanhar o cumprimento das exigências na utilização dos recursos públicos.

No processo de concessão dos incentivos, a *accountability* horizontal foi definida, em síntese, como sendo uma junção das tarefas de responsabilização e prestação de contas. É inegável a importância da divulgação de informações no processo como papel fundamental para promover a melhoria da *accountability* no setor público.

Os achados na pesquisa revelaram que, no caso de falha na coordenação da política de concessão dos incentivos tributários, não será possível cumprir com efetividade a *accountability* horizontal, considerando seu viés de transparência, prestação de contas e responsabilização.

Entretanto, a atuação dos órgãos de controle também influencia na efetividade das políticas públicas ao garantir que os incentivos concedidos alcancem resultados esperados, caso contrário, durante atividades de monitoramento poderão realizar a revisão das políticas aplicadas. Dessa forma, o papel dessas instituições não se limita ao processo de aprovação (ou desaprovação) dos incentivos, mas também o monitoramento dos resultados, analisando se os objetivos econômicos e sociais previsto na concessão estão sendo respeitados.

É necessário definir corretamente dos impactos dos incentivos fiscais concedidos e integrar as políticas, integrar por região de governo e desenvolver uma coordenação de políticas e da visão sistêmica. Monitorar o cumprimento dos requisitos legais mínimos quanto às medidas de compensação e apresentação das informações das renúncias.

A efetiva atuação dos órgãos contribui para promoção de boas práticas e aprimoramento da concessão dos incentivos, visto que o produto de sua função (relatórios, recomendações etc.) oferecem informações relevantes para corrigir falhas, otimizar processos e garantir que a política dos incentivos tributários alcance seu objetivo e resultados esperados.

As descobertas esclarecem que houve alterações legislativas significativas, como as mudanças na estrutura organizacional dos atores e as novas regras para o Regime de Recuperação Fiscal, o que acarretou mudanças nos procedimentos ligados ao processo de concessão dos incentivos tributários. Importante salientar que, apesar dos avanços, na prática ainda há desafios significativos na efetiva fiscalização e na promoção da transparência.

## 6. Referências

- ABRAHAM, M. "Curso de direito financeiro brasileiro", 4. Ed, Forense, Rio de Janeiro, 2017.
- ALHO NETO, J. de S. "Interpretação e aplicação de benefícios fiscais", IBDT, São Paulo, 2021.
- ALMEIDA, F. C. R. de. "A renúncia de receita como fonte alternativa de recursos orçamentários", *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 32, n. 88, p. 54-65, abr./jun. 2002.
- ASSIS, V. H. S. "O controle judicial das políticas públicas: a problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais", *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, [s. l.], v. 13, n. 2, 2012, p. 283-296.
- BEVILACQUA, L. "Incentivos fiscais de ICMS e desenvolvimento regional", Quartier Latin, São Paulo, 2013.
- BRASIL. "Constituição da República Federativa do Brasil", Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 19 set. 2024.
- BRASIL. "Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000", estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, Brasília, 04 mai. 2000 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em 13 set. 2024.
- BRASIL. "Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966", código tributário nacional, Brasília, 25 out. 1966. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em 20 set. 2024.
- BRIXI, H. P. "Managing Tax Expenditures: Policy Options", em (Brix, H. P.; Valenduc, C. N. A.; Swift, Z. L., eds.) *Tax Expenditures: Shedding Light on Government Spending through the Tax System*, The World Bank, Washington, 2004, p. 227-233.
- CANTO, G. de U. "Incentivos fiscais (SUDENE): isenção fiscal condicionada: irrevogabilidade e inalterabilidade em detrimento do contribuinte: direito adquirido e expectativa de direito: direito intertemporal: competência da autoridade administrativa". VV.AA. (Canto, G. de U. ed.), *Direito tributário aplicado: pareceres*, Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 23-72.
- CABRAL, F. G.; CABRAL, D. R. "O Tribunal de Contas da União (TCU) e seu papel para uma accountability horizontal efetiva", *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, v. 2, n. 6, p. 143-164, 2018.
- CARVALHO FILHO, J. S. "Manual de Direito Administrativo", 27ª Ed., Atlas, São Paulo, 2014.
- COLAUTO, R. D.; RUAS, C. M. B.; PIRES, R. C. T.; PEREIRA, P. "Reflexão sobre as normas de finanças públicas: enfoque sobre concessão de benefícios por meio de renúncia de receitas públicas", *Revista de Educação e Pesquisa em Contabilidade (REPeC)*, Brasília, v. 7, n. 1, art. 4, jan./mar 2013, p. 58-72.
- COMISSÃO MISTA DO SISTEMA DE GOVERNANÇA DOS INCENTIVOS FISCAIS E TRANSPARÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (Sis-Gift). "Relatório 2016: Relatório apresentado para Secretaria da Casa Civil", Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: [https://www.aemerj.org.br/images/download/Incentivos\\_Versao%20Final\\_V1\\_2.pdf](https://www.aemerj.org.br/images/download/Incentivos_Versao%20Final_V1_2.pdf). Acesso em: 19 set. 2024.
- CONTI, J. M.; CARVALHO, A. de C. "O controle interno da administração pública brasileira: qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal", *Revista de Direito Público*, Brasília, n. 37, p. 201-220, jan./fev. 2011.
- DI PIETRO, M. S. Z. "Direito Administrativo", 27ª Ed., Atlas, São Paulo, 2014.
- DUBNICK, M. J.; YANG, K.; MENZEL, D. "The Pursuit of Accountability: Promises, Problems, and Prospects", em VV.AA. (Menzel, D. C.; White, H. L., eds.) *The*

*state of public administration: issues, challenges, and opportunities*, M.E Sharpe, Armonk (NY), 2011, p. 171-186.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Constituição do Estado do Rio de Janeiro", Assembleia Legislativa, Rio de Janeiro, 05 out. 1989. Disponível em: [http://www2.alerj.rj.gov.br/biblioteca/assets/documentos/pdf/constituicoes/ri\\_o\\_de\\_janeiro/constituicao\\_1989/Constituicao\\_1989.pdf](http://www2.alerj.rj.gov.br/biblioteca/assets/documentos/pdf/constituicoes/ri_o_de_janeiro/constituicao_1989/Constituicao_1989.pdf). Acesso em 19 set. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Decreto n. 43.463, de 14 de fevereiro de 2012", dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Estadual e dá outras providências, Rio de Janeiro, 14 fev. 2012. Disponível em: [https://legislacao.fazenda.rj.gov.br/wcc/?web\\_id=3030172](https://legislacao.fazenda.rj.gov.br/wcc/?web_id=3030172). Acesso em 19 set. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Decreto nº 45.692, de 17 de junho de 2016", decreta estado de calamidade pública, no âmbito da administração financeira do Estado do Rio de Janeiro, e dá outras providências, Rio de Janeiro, 17 jun. 2016. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/decreto-n-45692-2016-rio-de-janeiro-decreta-estado-de-calamidade-publica-no-ambito-da-administracao-financeira-do-estado-do-rio-de-janeiro-e-da-outras-providencias?origin=instituicao>. Acesso em 19 set. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Lei Complementar nº 63, de 01 de agosto de 1990", dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências, Rio de Janeiro, 01 ago. 1990. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/11f3e81b07048717032564fe0050e2f5/4b2972bdc563e76603256652006b849b?OpenDocument> Acesso em 19 set. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Lei n. 8.055, de 19 de julho de 2018", Lei de Diretrizes Orçamentárias - 2019, Rio de Janeiro, 19 jul. 2018. Disponível em: <https://www2.alerj.rj.gov.br/leideacesso/spic/arquivo/LDO2019.pdf>. Acesso em 19 set. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. "Lei nº 7.989, de 14 de junho de 2018", dispõe sobre o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, cria a Controladoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e o Fundo de Aprimoramento de Controle Interno, organiza as carreiras de controle interno, e dá outras providências, Rio de Janeiro, 15 jul. 2018. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/c8aa0900025feef6032564ec0060dff/b66e1562bf96225f832582b1005bdf5?OpenDocument>. Acesso em 19 set. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. "Resolução n. 262, de 29 de novembro de 2019", cria a Instituição Fiscal Independente no âmbito da Alerj e dá outras providências, Rio de Janeiro, 29 nov. 2019. Disponível em: [http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus\\_notes/default.asp?id=144&url=L3NjchJvMTkyMy5uc2YvMGM1YmY1Y2RIOTU2MDFmOTAzMjU2Y2FhMDAyMzEzMWVvNDViNDQwZmI0YWlyZjU2OTgzMjU4NGFiMDA0ZThkMGI/T3BlbkRvY3VtZW50JkhpZ2hsaWdodD0wLDMzMmUyRjIwMTk/T3BlbkRvY3VtZW50JkV4cGFuZlZpZlZxc=](http://www3.alerj.rj.gov.br/lotus_notes/default.asp?id=144&url=L3NjchJvMTkyMy5uc2YvMGM1YmY1Y2RIOTU2MDFmOTAzMjU2Y2FhMDAyMzEzMWVvNDViNDQwZmI0YWlyZjU2OTgzMjU4NGFiMDA0ZThkMGI/T3BlbkRvY3VtZW50JkhpZ2hsaWdodD0wLDMzMmUyRjIwMTk/T3BlbkRvY3VtZW50JkV4cGFuZlZpZlZxc=). Acesso em 19 set. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. "Resolução nº 429 de 18 de março de 2004", altera o inciso ii do art. 25 da Resolução nº 810/97, que dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências, Rio de Janeiro, 19 mar. 2004. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/f8404c97e7b2cee783256e5b00786fa2?OpenDocument>. Acesso em 19 set. 2024.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. "Resolução nº 810, de 12 dezembro de 1997", dispõe sobre o Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 13 dez. 1997. Disponível em: Rio de Janeiro, 1997. Disponível em:



- <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/152269/resolucao-810-1997>. Acesso em 19 set. 2024.
- FERNANDES, A. E. S.; WANDERLEI, N. L. "A questão da guerra fiscal: uma breve resenha", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 148, out./dez. 2000.
- FERNANDES, A. S. A.; SOUZA, T. S. "*Ciclo orçamentário brasileiro*", Enap, Brasília, 2019.
- FOX, J. A. "Social Accountability: what does the evidence really say?", *World Development*, [s. l.] v. 72, ago. 2015, p. 346-361.
- FREITAS, J. de. "*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*", 5. ed., Malheiros, São Paulo, 2013.
- GARCIA, S. M. "Poder, Legitimidade e Orçamento: Fundamentos Teóricos para a Participação na Gestão e Controle do Orçamento Público", *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, 2019, p. 557-587.
- GIACOMONI, J. "*Orçamento Público*", 15ª ed, Atlas, São Paulo, 2010.
- HORVATH, E. "*O princípio do não-confisco no direito tributário*", Dialética, São Paulo, 2002.
- HORVATH, E.; PINHEIRO, H. "*Federalismo e Guerra Fiscal do ICMS: cortesia com chapéu alheio*", Fórum, Belo Horizonte, 2022.
- LÆGREID, Per. "Accountability and New Public Management", em VV.AA. (Bovens, M.; Goodin, R. E.; Schillemans, T., eds.) *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 324-338.
- MACHADO, S. F.. "Regime jurídico dos incentivos fiscais", em VV.AA. (Machado, H. de B., coord), *Regime jurídico dos incentivos fiscais*, Malheiros, São Paulo, p. 507-536, 2015.
- MARTINS JÚNIOR, W. P. "O princípio da transparência", em VV.AA. (Di Pietro, M. S. Z.; Martins Júnior, W. P., coords.) *Tratado de direito administrativo: v. 1: teoria geral e princípios do direito administrativo*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 419-482.
- MARTINS, I. G. da S. "Política municipal de incentivos fiscais e financeiros: limites da Constituição e da Lei de Responsabilidade Fiscal: autonomia financeira, administrativa e política das unidades federativas", *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 186, p. 126-143, mar. 2011.
- MATIAS-PEREIRA, J. "*Administração Pública: foco nas instituições e ações governamentais*", 5ª ed., Atlas, São Paulo, 2018.
- MEDAUAR, O. "*Controle da administração pública*", 2. Ed, RT, São Paulo, 2012.
- MENDES, S. "*Administração Financeira e Orçamentaria - Teoria e Questões*", 6ª Ed., Método, São Paulo, 2016.
- MERCÊS, G.; FREIRE, N. "Crise fiscal dos estados e o caso do Rio de Janeiro" em VV.AA. (Penalva, A.; Correia, A. F.; Marafon, G. J.; & Sant'Anna, M. J. G.), *Rio de Janeiro: uma abordagem dialógica sobre o território fluminense [online]*, EdUERJ, Rio de Janeiro, 2018. p. 17-33. Disponível em: <https://doi.org/10.7476/9788575115169>. Acesso em: 19 set. 2024.
- MORAIS, L. S.; TEIXEIRA, M. G. "Interfaces da *accountability* na Administração Pública Brasileira: Análise de uma Experiência da Auditoria Geral do Estado do Rio de Janeiro", *Revista Eletrônica de Administração [REAd. online]*, v. 22, n. 1, 2016, p. 77-105.
- NASCIMENTO, E. R. "*Finanças Públicas: União, Estados e Municípios*", 2ª Ed., Vesticon, Brasília, 2002.
- NELSON, R. A. "Os incentivos fiscais no Brasil", *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, n. 13, 2014, p. 42-71.
- NÓBREGA, M.; FIGUEIREDO, C. M. "Renúncia de receita; guerra fiscal e tax expenditure: uma abordagem do artigo 14 da LRF", em VV.AA. (Nóbrega, M., Figueiredo, C. M., coords.), *Responsabilidade fiscal: aspectos polêmicos*, Fórum, Belo Horizonte, 2006, p. 109-134.

- O'DONNELL, G. "Accountability horizontal e novas poliarquias", *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998, p. 27-54.
- OLIVEIRA, K. F.; FISCHER, O. C. "Enfrentamento das Matérias Tributárias em ICMS pelo Supremo Tribunal Federal e a Guerra Fiscal", *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 9, jul./dez. 2019.
- OLIVER, P. D. "Tax Policy, Readings and Materials", Thomson-West, New York, 2004.
- PALUDO, A. V. "Administração Pública", 8ª ed., Método, Rio de Janeiro, 2019.
- PINHEIRO, H. "Controle de programas de incentivo tributário pelo TCU", Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- PINHO, J. A. G. "Reforma do Aparelho do Estado: Limites do Gerencialismo frente ao Patrimonialismo", *Sociedade, Contabilidade e Gestão*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, set./dez. 2016, p. 118-129.
- ROCHA, A. C. "Accountability na Administração Pública: a Atuação dos Tribunais de Contas", *XXXIII ENCONTRO DA ANPAD (ENANPAD)*, n. 33, São Paulo, 19-23 set. 2009. Disponível em: [https://arquivo.anpad.org.br/diversos/down\\_zips/45/APS716.pdf](https://arquivo.anpad.org.br/diversos/down_zips/45/APS716.pdf). Acesso em: 18. Set. 2024.
- RODIGUES, H. T.; DA CRUZ, L. P. "Renúncia de Receita como Instrumento de Concessão de Privilégios Particulares e Efetivação das Práticas Corruptivas", em *SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*, n. 15, Rio Grande do Sul, 2018, Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18837>. Acesso em: 18 set. 2024.
- SIQUEIRA, F.L.; ULIANA, A.C. "Conhecendo o Ministério Público de Contas", MPC/PI, 2019. Disponível em: <https://www.mpc.pi.gov.br/wp-content/uploads/2019/01/CONHECENDO-O-MINIST%C3%89RIO-P%C3%9ABLICO-DE-CONTAS.pdf>. Acesso em: 18 set. 2024.
- SURREY, S. S. "Tax Incentives as Device for Implementing Government Policy: A Comparison with Direct Government Expenditures", *Harvard Law Review*, v. 83, n. 4, p. 705-738, fev. 1970.
- SURREY, S.; MCDANIEL, P. "The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974", *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, v. 17, n. 5, p. 679-725, jun. 1976.
- TORRES, R. L. "O princípio da transparência no direito financeiro", *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, n. 8, p. 133-156, 2001.
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ). "Ato Normativo nº 206, de 27 de maio de 2021", dispõe sobre as atribuições dos setores vinculados à Secretaria-Geral de Controle Externo (SGE) e dá outras providências. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/hps/Downloads/206\\_atoNormativo.pdf](file:///C:/Users/hps/Downloads/206_atoNormativo.pdf). Acesso em 19 set. 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ). "Deliberação n. 167, de 10 de dezembro de 1992", aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 10 dez. 1992. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.tce.rj.gov.br/documents/10180/86240417/167\\_N\\_Consolidado\\_e\\_atualizado\\_V20181121.pdf&ved=2ahUKEwiE7dWW6s-IAxUSGLkGHSoxFDoQFnoECBQQAQ&usq=AOvVaw1w4CVB-608mCuMA3SC9S8](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.tce.rj.gov.br/documents/10180/86240417/167_N_Consolidado_e_atualizado_V20181121.pdf&ved=2ahUKEwiE7dWW6s-IAxUSGLkGHSoxFDoQFnoECBQQAQ&usq=AOvVaw1w4CVB-608mCuMA3SC9S8). Acesso em 19 set. 2024.
- TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ). "Processo TCE nº 108773-3/2016", relatório de auditoria governamental, auditoria de conformidade extraordinária do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, sessão plenária de 07 fev. 2018. Disponível em: <https://www.tcerj.tc.br/consulta-processo/Ata/Obter?dataSessao=02%2F07%2F2018%2000%3A00%3A00&co>

[digoTipoSessao=E&idOrgaoDecisorio=8205&isPdf=True](#). Acesso em 19 set. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TCE-RJ). "*Resolução n. 41, de 5 de janeiro de 1982*", dispõe sobre a estrutura orgânica e operacional dos Órgãos Auxiliares do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 05 jan. 1982. Disponível em: [https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.tce.rj.gov.br/documents/10180/17340/DELIBERA%25C3%2587%25C3%2583O%2520N%25C2%25BA%2520128%2520de%252023%2520de%2520janeiro%2520de%25201990%2520\(Revogada\)&ved=2ahUKEwiYrZLF68-IAxW2FbkGHURLMdoQFnoECBQQAQ&usq=AOvVaw3-N13PLxBiJhLH2x3DWxp](https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.tce.rj.gov.br/documents/10180/17340/DELIBERA%25C3%2587%25C3%2583O%2520N%25C2%25BA%2520128%2520de%252023%2520de%2520janeiro%2520de%25201990%2520(Revogada)&ved=2ahUKEwiYrZLF68-IAxW2FbkGHURLMdoQFnoECBQQAQ&usq=AOvVaw3-N13PLxBiJhLH2x3DWxp). Acesso em 19 set. 2024.

VILLELA, L. "Gastos tributários: medição de la erosión de la base imponible" em VV.AA. (Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT, org.), *La recaudación potencial como meta de la administración tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Florianópolis, 2007, p. 1-10.