CADERNOS Dereito Actual

Número XXI | 2023
Volumen Ordinario

ISSN 2340-860X

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 21– 2023

Volumen Ordinario - Junio

ISSN 2340-860X

ISSN-e 2386-5229

Cadernos de Dereito Actual
Nº 21. Ordinario - Junio - *2023*

EQUIPO EDITORIAL DEL VOLUMEN EXTRAORDINARIO

Director: 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

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,* **Camila Clarisse Romero Gomes,** *Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil),* **Emilia Santana Ramos,** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,* **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,* **Dávid Barczi**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia),* **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal),* **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andres (Chile),* **Fernando Hernández Fradejas,** Universidad de Bolonia *(Italia)*, **Daniel Camilo Beltrán Casti-blanco**, *Pontificia Universidad Javierana de Bogotá (Colombia),* **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),* **Manuel Pérez Rodríguez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria,* **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 Alejandre,** *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).* **Sebastién 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 Paraiba, 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 (***Universitá 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).* **João Proença Xavier (***Universidad de Salamanca).* **Santiago Trujillo Santana (***Universidad Fernando Pessoa, Canarias).* **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 Brasilia, Brasil).* **Letícia 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**

(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). **Diana María Molina Portillo** *Universidad de Nariño, Colombia)*. **Karlos Navarro Medal** *(Universidad Centroamericana y Americana de Nicaragua, Nicaragua)*. **Lívia 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)*.

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

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

Cadernos de Dereito Actual

Número 21 (2023) · ISSN 2340-860X · ISSNe 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

Digitization, new procedural institutions and temporary solutions. Is the civil procedure resistant to unexpected outbreaks like Covid-19? Analysis of selected issues in Polish regu
Berenika Kaczmarek-Templin
08

Il Regolamento Ue sui rapporti P2B: le nuove regole sulla trasparenza contrattuale e gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversia
Tiziana Rumi 27

Culture of systemic corruption
Helimara Moreira Lamounier Heringer 49

Preço de Transferência: uma tentativa de explicar o contencioso tributário brasileiro
Éderson Garin Porto & Gabriela Auler 64

Piercing the corporate veil in brazilian, canadian, and spanish civil law
Marcelo Lauar Leite 82

O paradoxo da esfera pública digital
Christiane Costa Assis 101

O surgimento do Chat GPT e a insegurança sobre o futuro dos trabalhos acadêmicos
Rafael C. V. Ferreira, Gustavo H. M. Garcia & Deilton R. Brasil 130

Prison and inhumanity in Brazil. A critical based on the history of the presente
Bruno Rotta Almeida 144

La crisis de la verdad y de la ciencia en el derecho penal
Paulo César Busato 159

Leis penais em branco e competência legislativa da união em matéria penal: os contornos da norma de complementação para a afirmação da constitucionalidade da regra penal
Fábio André Guaragni 175

Homo Sacer, obsolescência programada, e sua incompatibilidade com o objetivo de desenvolvimento sustentável 12
Mariana R. Santiago, Lívia G. B. Campello & João H. S. Dos Reis 197

O Estado e o Direito na obra de João Calvino
Gabriel V. C. Gonçalves, Lourenço de M. F. Neto & Priscila L. S. de Lima 214

Lições de Compliance em tempos de Guerra: uma análise a partir da Guerra Russo-ucraniana
Marco A. F. Filho, Fábio R. Bechara & Patricie B. Zanon 228

Reflexões sobre o conceito de "legislações linguísticas"
Marcos P. S. R. Matos & Maria Leonia G. C. Carvalho 242

Los Protocolos Autónomos de Consulta Previa en la Amazonia brasileña y la lucha por la ciudad de la Floresta
Heline S. Ferreira, Ygor Mendonça & Carla Pereira 272

O direito ao alimento na perspectiva da Teoria Sistêmica e por uma ecologia dos direitos humanos
Raffaele De Giorgi & Aparecida Luzia Alzira Zuin 287

La regulación del derecho a la educación digital
Víctor Cazurro Barahona 303

A adoção de uma teoria geral do processo penal e seus reflexos na jurisdição, ação e processo: em busca de um equilíbrio entre a necessidade de novas categorias e a desnecessidade de abandonar toda a construção teórica civilista
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães 326

A jurisdição cooperativa como instrumento de materialização do ius constitutionale commune latino-americano (ICCLA) no Brasil
Beatriz Lodônio Dantas & Thiago Oliveira Moreira 363

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 08-26
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Digitization, new procedural institutions and temporary solutions. Is the civil procedure resistant to unexpected outbreaks like Covid-19? Analysis of selected issues in Polish regulations[1]

PhD Berenika Kaczmarek-Templin[2] – *Assistant Professor, Department of Humanities and Social Science, Faculty of Management, Wroclaw University of Technology; barrister, Poland, ORCID: 0000-0003-2731-7430*

Summary: 1. Introduction, 2. Digital technologies, 3. Limitation of openness of the proceedings, 4. Written testimony, 5. Possibility of Interrogation of Parties in a Simplified Manner (Art. 226[1] CCP), 6. Art. 271[1] of the Code of Civil Procedure and Art. 226[1] of the Code of Civil Procedure, 7. Coronavirus regulations, 8. Remote hearing, 9. Conclusions. References

Abstract: The subject of considerations of this article is the issues related to ensuring the functioning of the justice system in crisis situations. The covid-19 pandemic has highlighted the real problem of the organizational nature of state bodies, including courts. While the event of force majeure was known, the scale of disruptions in the operation of judicial authorities was so large that it became necessary to implement temporary solutions. The new procedural institutions introduced to counter the effects of the coronavirus pandemic and ensure the continuity of the functioning of the courts raise many doubts regarding their compliance with the basic procedural rules. In Poland, shortly before the outbreak of the pandemic, new tools were also implemented with the intention of accelerating proceedings. In addition, the need for digital transformation of court proceedings has been discussed for years, which is in line with public expectations and, at the same time, could also speed up the time of hearing cases. The coronavirus pandemic has shown that changes to the procedure are necessary, however, they require preparation and implementation of the right to a fair trial, and certainly should not be implemented in a hasty and chaotic manner.

Keywords: civil procedure, digital transformation, documents workflow, remote hearing

[1] This article is the result of the research project under the National Centre of Science Sonata 6 "Procedural rules and the electronic workflow in civil proceedings", No. 2013/11/D/HS5/01449.

[2] Doctor of law, assistant professor at the Faculty of Management of the Wrocław University of Science and Technology. Attorney (adwokat), registered in Wrocław Bar Association. Member of expert teams at the Ministry of Justice and the Codification Committee dealing with the implementation of digital tools for the court proceedings. Author of numerous publications in the field of digital transformation of court proceedings, in particular regarding electronic evidence and electronic delivery of court letters. She has completed (as the head of her own grant) a prestigious research grant (obtained from the National Science Center), the subject of which was the issue of electronic document workflow in civil proceedings.

Recibido: 28/12/2022
Aceptado: 13/05/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043736

1. Introduction

The Polish civil procedure has been amended many times in recent years. The negative effect of these changes is the lack of transparency of the rules. There are also problems with the interpretation of the introduced legal norms. The changes reveal a tendency to limit the openness of the proceedings, as more and more procedural steps are performed without the participation of particular parties. This trend is also part of the desire to replace the principle of oral proceedings in favor of written proceedings. One major amendment, which included about 300 articles, entered into force just before the outbreak of the coronavirus pandemic, on November 7, 2019.

The changes concerned both the proceedings before the court of first and second instance. Quite a number of critical voices have been voiced in the doctrine, especially regarding the possibility of violating civil rights and freedoms and the principle of public proceedings, as well as limiting the right to be heard[3].

Due to the spread of the Covid-19 pandemic, new procedural solutions were introduced in Poland in March 2020, however of a temporary nature. The regulations included in the Code of Civil Procedure have not been changed, and only short-term regulations have been included in a special act regulating measures related to counteracting the effects of the pandemic. The pandemic and the broad-spectrum lockdown caused by the pandemic sparked a discussion about the need to modernize and digitize the civil procedure, and to enable communication between the court and participants in the proceedings by electronic means.

There has been a debate taking place in the Polish doctrine for years on the possibility and necessity of digitizing judicial procedures[4]. It is emphasized that in everyday life, many activities are carried out only by means of distance

[3] RYLSKI P. "Transformation of Polish Civil Procedure in Light of Covid-19*"* [in:] KRANS B. (ed.), NYLUND A. (ed.), *Civil courts coping with Covid-19"*, Eleven International Publishing, Hague, 2021, p. 155-165, https://boeken.rechtsgebieden.boomportaal.nl/publicaties/9789462362048#165 (access 28.09.2022)

[4] In Polish literature see KACZMAREK-TEMPLIN B., *Dowód z dokumentu elektronicznego*, C. H. Beck, Warszawa, 2012; KACZMAREK-TEMPLIN B., *Elektroniczny obieg dokumentów a zasady procesowe w procesie cywilnym*, C. H. Beck, Warszawa, 2023; GOŁACZYŃSKI J. (ed.) *Informatyzacja postępowania sądowego w prawie polskim i wybranych państw*, C. H. Beck, Warszawa, 2009; FLAGA-GIERUSZYŃSKA K. (ed.), GOŁACZYŃSKI J. (ed.), SZOSTEK D. (ed.), *Sztuczna inteligencja*, blockchain, *cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe*, C. H. Beck, Warszawa, 2018; SZOSTEK D., *Informatyzacja postępowania cywilnego. Elektroniczne biuro podawcze* [in:] FLAGA-GIERUSZYŃSKA K. (ed.), KLICH A. (ed.), *Współczesne problemy postępowania cywilnego*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń, 2015, s. 67; ZAŁUCKI M., *Wykorzystanie sztucznej inteligencji do rozstrzygania spraw spadkowych*, [in:] LAI L. (ed.), ŚWIERCZYŃSKI M. (ed.), *Prawo sztucznej inteligencji*, C. H. Beck, Warszawa, 2020, p. 145–156; KOŚCIÓŁEK A., *Elektroniczne czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2012; MARCINIAK A. (ed.), *Elektronizacja postępowania wieczystoksięgowego*, C. H. Beck, Warszawa, 2016; GOŁACZYŃSKI J. (ed.), *Elektroniczne postępowanie upominawcze. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2010.
In foreign literature see DYMITRUK M., "The right to a fair trial in automated civil proceedings*"*, "*Masaryk University Journal of Law and Technology*" 2019, vol. 13, No 1, pp. 27–44; ZAŁUCKI M., "The road to modern judiciary. Why new technologies can modernize the administration of justice?, [in:] SZOSTEK D. (ed.), ZAŁUCKI M. (ed.), *Internet and new technologies law*, Nomos, Baden Baden, 2021, p. 159–171; RYLSKI P., "Polish Civil Procedure: Yesterday, Today and Tomorrow – Some Remarks about Recent Changes of Procedural Law in Poland*"*, "*Bratislava Law Review*" 2019, No 1, pp. 139-146; KAROLCZYK B., "Informatization of the Civil Justice System in Poland: An Overview of Recent Changes*"*, [in:] UZELAC A. (ed.), VAN RHEE H. C. (ed.), *Transformation of Civil Justice. Unity and Diversity*, Springer, Cham, 2018, pp. 99-117; KULSKI R., "Some Remarks on the Course of Polish Electronic Proceedings by Writ of Payment*"* [in:] KENGYEL M., *Electronic Justice – Present and Future. Colloquium of the IAPL*, Pecs, 2010, p. 17.

communication (e-commerce, access to digital services, both offered by public administration and by commercial entities), and society also expects that such a possibility will be provided by the judiciary.

In fact, it turned out that the Covid-19 pandemic markedly accelerated the digitization of the Polish civil procedure One prime example here is in the possibility of conducting an online hearing and in introducing electronic service of correspondence to professional attorneys via the case management system.

At this point, a question should be asked whether the Polish procedure is being revolutionized or it is dealing with a legislative chaos that will require ordering and implementing new, more refined regulations. In particular, it would be worth considering whether, in the event of recurrence of pandemic-like difficulties, the rules of procedure will ensure the functioning of the judiciary in times of crisis.

2. Digital technologies

Digital technologies have great potential for improving the efficiency and access to justice. The European Commission's priorities for 2019–2024 include the digital strategy 'Europe fit for the digital age.' Its main goal is to provide people with access to the latest generation technologies[5]. The EU's digital strategy aims to ensure that the digital transformation benefits Europeans and European businesses. This goal will be achieved by intoducing in the EU a digital decade in the coming years, which should strengthen its digital sovereignty and establish its own digital standards with a clear focus on data, technology and infrastructure.

Since 2008, the European Commission and the Council of the EU have been working closely together to establish a range of cross-border digital initiatives in the field of justice. One of the effects of this cooperation was the adoption on November 25, 2020 of two EU regulations: on the service of documents[6] and on the taking of evidence. Both proposals update existing EU rules on the service of documents and the taking of evidence[7] to ensure the best use of modern digital solutions and the modernization of the EU justice systems. While digital solutions have already been introduced in some countries, cross-border litigation is still mostly paper-based. The adopted regulations are aimed at increasing the effectiveness of cross-border cooperation between national courts in various Member States of the European Union. It is worth mentioning that about 3.4 million cross-border deliveries are carried out annually in the European Union[8], which undoubtedly requires the improvement of administrative processes, and the implementation of electronic document exchange would certainly benefit the system.

The basic element necessary to ensure access to justice and, consequently, to fair trials is the provision of transparent rules based on mutual trust and mutual recognition of judgments. Lack of confirmation of the document initiating the

[5] https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_pl, (access 28.09.2022)

[6] Regulation (EU) 2020/1784 of the European Parliament and the Council of 25 November 2020 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents), Official Journal of the European Union from 2.12.2020, L 405/40, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R1784, (access 28.09.2022)

[7] Regulation (EU) 2020/1783 of the European Parliament and the council of 25 November 2020 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters (taking of evidence), Official Journal of the European Union from 2.12.2020, L 405/1, https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2020/1783/oj, (access 28.09.2022)

[8] *New EU rules: digitalization to improve access to justice*, https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20201126STO92502/new-eu-rules-digitalisation-to-improve-access-to-justice (access 28.09.2022).

proceedings by appropriate judicial services is the most common reason for refusing recognition and enforcement of judgments[9].

Due to the fact that the digital transformation will include cross-border disputes, it is also justified to implement the same solutions in national regulations. The more so because their need arose in the era of the coronavirus pandemic.

3. Limitating openness of proceedings

Many changes to the last amendment concerned the limitation of openness of court proceedings. It is worth emphasizing that the Polish CCP is based on the principle of openness and of the oral nature of hearings, which has been historically derived from the impact of codification of law in Russia and France in the 19th century. It differed from the written procedure regulated in the German law[10]. The principle of the oral hearing is closely correlated with the written nature of the procedure. Neither of them is absolutely admitted in civil proceedings. Both are related to the form in which procedural steps are to be performed. Giving the primacy to oral hearing would result in considerably prolonged proceedings, and is therefore limited to the trial itself. On the other hand, outside the hearing, the rule of writing prevails, and it should not be equated solely with the paper form.

Although a thorough analysis of the issue of the form of procedural acts allows us to distinguish, apart from the written and oral form, another one with an equivalent status – the electronic form, taking into account the principle of oral hearing, certain reservations should be made. The division into oral and written proceedings generally relates to the moment when the parties' declarations are submitted to the court. The inherent part of the proceedings is the oral hearing, i.e. by verbally exchanging statements of the parties and articulating the statements of other entities participating in the hearing orally. On the other hand, all statements that are submitted outside the hearing take the form of pleadings or court proceedings, or documents submitted by third parties. Electronic document circulation does not change this rule. The possibility of using the ICT system allows only for submission of letters in electronic form. With this approach, it should be assumed that it does not in any way affect the very structure of the oral procedure. In addition, it should be noted that the electronic form can also be an alternative to activities that are usually done orally. An example may be the institution of interrogating a witness with the use of technical devices that enable it to be carried out remotely (in the so-called videoconference mode) pursuant to Art. 235 § 2 of the Code of Civil Procedure[11].

Introducing the electronic form and accepting that it is a new, independent form of procedural activities does not cause any modification in the dichotomous division into oral and written. The electronic form can be an alternative to both written and oral procedural steps. Orality should be understood as statements made with the aid of a vocal apparatus and received through the sense of hearing. Writing, however, should be equated with statements made in the form of pleadings, court documents or other documents recorded and then recreated using the sense of sight.

In fact, as a result of the implementation of electronic document flow in civil proceedings, the principle of oral administration does not undergo any modifications.

---

[9] European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, GASCÓN INCHAUSTI M., HESS B., CUNIBERTI G., and others, *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law: strand 1: mutual trust and free circulation of judgments*, Publications Office 2017, https://data.europa.eu/doi/10.2838/38491 (access 28.09.2022).

[10] RYLSKI P., WEITZ K., "The Impact of the Russian Civil Judicial Proceedings Act of 1864 on the Polish Civil Proceedings*"*, "*Russian Law Journal*" 2014, No 4, p. 85.

[11] KOŚCIÓŁEK A., *Elektroniczne czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2012.

The teleinformation system does not change the general rules of the course of the proceedings and the examination of the case through hearings.

For the implementation of the principle of oral hearing, it does not matter whether a party submits pleadings in paper form or via the ICT system.

It would be advisable to modify the understanding of the principle of orality and the related written form and to clarify that they do not so much relate to the form of procedural acts as to the manner of submitting statements and transferring certain information to the court. This means that we have three forms of procedural acts (written, oral, electronic), but two ways of their implementation, that is through oral statements or in the form of a pleading[12].

After the last amendments, the trial (open court hearing) becomes an exception. As a rule, judgments are given *in camera* without any involvement of the parties and without publicity. Secondly, appeals may be heard in closed doors (Art. 373 of the Code of Civil Procedure), and some judgments were appealed against, which was examined by the same court, and not by a court of second instance.

In accordance with Art. 148^1 of the Code of Civil Procedure, the court may consider the case in closed session, when the defendant admitted the claim or when, after the parties have submitted pleadings and documents, including after submitting objections or an objection to an order for payment or an objection to a default judgment, the court decides – having regard to all the above-mentioned statements and reported evidence motions – that holding a hearing is not necessary.

In exceptional cases, there is also a new possibility to end the case quickly. If the content of the statement of claim and attachments as well as the circumstances of the case, along with the facts commonly known, the claim is obviously unfounded, the court may dismiss the claim in closed session, without serving the claim to the person indicated as the defendant or not examining the applications submitted with the claim (art. 191^1 CCP).

The court of second instance may process the case in closed session, if a hearing is not necessary. The examination of the case in closed session is inadmissible if the party to the appeal or the response to the appeal has applied for a hearing, unless the statement of claim or appeal has been withdrawn or the proceedings are null and void (art. 374 CCP).

During the pandemic, a special law was passed, which contains legal solutions, inter alia, regarding the principles of operation of administrative and judicial bodies, an act from 2 March 2020 on special solutions related to the prevention, counteraction and combating COVID-19, other infectious diseases and emergencies caused by them[13]. The provisions of this act contain further regulations limiting the openness of proceedings[14].

According to art. 15zzs1 item 3 in those regulation, the chairman may order a closed session when it is not possible to conduct a remote session and it is not necessary to conduct a hearing or an open session.

Art. 15zzs2 states that, if, in the case examined pursuant to the provisions of the Code of Civil Procedure, the evidentiary proceedings have been conducted in full, the court may close the hearing and issue a ruling in closed session after receiving written statements from the parties or participants in the proceedings.

While during a pandemic, due to concerns about the health of citizens, it was justified to introduce restrictions on the movement of people and the calling of assemblies in order to ensure the functioning of the courts, however, limiting the

[12] KACZMAREK-TEMPLIN B., "Zasady procesowe a informatyzacja postępowania cywilnego*"* [in:] GIL I. (ed.) *Transformacje postępowania cywilnego w postępowaniach rozpoznawczych*, Currenda, Sopot, 2017, Part III, Chapter 2, pp. 293-294.

[13] Dz. U. from 2021, item 2095.

[14] Compare GAJDA-ROSZCZYNIALSKA K., "Abuse of Procedural Rights in Polish and European Civil Procedure Law and the Notion of Private and Public Interest*"*, "A*ccess to Justice in Eastern Europe*" 2019, No 2, pp. 53-85

openness of proceedings should be approached with great caution, as it may consequently violate fundamental right to a fair trial.

Limitations related to the openness of proceedings are associated not only with an increase in the number of situations in which the court may hear cases in closed sessions, but they are also visible in other procedural institutions, such as, for example, hearing a witness in writing (written testimony). In a situation where the witness does not appear in court, the party is deprived of the possibility to ask questions and to hear the statements made by the witness in real time.

Undoubtedly, the inability of a party to react and take a position in the course of proceedings constitutes a violation of the right to a fair trial. However, there seems to be no reason at present to maintain such restrictions any longer.

4. Written testimony

The latest amendment to the Code of Civil Procedure[15] introduced a revolutionary possibility of hearing a witness by collecting testimony from him in writing, if the court so decides (Article 271^1 of the Code of Civil Procedure). Admittedly, it is not a new institution, as a regulation was in force since 12/12/2012, according to which a witness could testify in writing in the European Small Claims Procedure. The basis of such a solution was, first of all, the fact that it was in force in cross-border proceedings with a relatively low value of the subject of the dispute, and the procedural economy called for refraining from summoning a witness to court, which could sometimes be located in another country. Moreover, it was a consequence of Regulation (EC) No 807/2007 of 11.07.2007 establishing a European Small Claims Procedure[16]. Currently, the institution of a written testimony by a witness may be used in any proceedings pending before a court, provided that it deems it to be justified in given circumstances.

The legislator introduced the possibility of receiving laconic written testimony from a witness. In the justification of the act amending the CCP and introducing the written testimony by a witness, it was explicitly stated that it was the intention of the legislator that the development of detailed rules for the application of this institution, in particular the procedure for receiving such testimony and the requirements for them, should be left to practice.

The introduction of a new form of witness testimony in the present shape has its advantages and disadvantages. The former undoubtedly include the simplification and acceleration of the procedure. This solution is more convenient and less burdensome for potential witnesses, as there will be no need to adjust their life or professional matters to the date of the trial. Among the latter, doubts are raised as to the independence of preparing a written testimony, as it may be influenced by third parties, including those interested in the outcome of the case. As a consequence, it raises the problem of assessing the credibility of the witness and his testimony[17]. The court cannot assess the fluency of a witness's speech, facial expressions or intonation either.

In general, oral hearing of a witness remains the principle, while the institution under Art. 271^1 of the Code of Civil Procedure breaks this rule. Therefore, the court, when making a decision, should do so with great caution, and also due to the fact that the prerequisites for the application of written testimony have not been specified.

---

[15] Act amending the Act - Code of Civil Procedure and certain other acts of 4.07.2019, Dz. U. z 2019 item 1469.

[16] Dz. U. EU from 2007, L 199, p. 1.

[17] Dziurda M., "Dowód z zeznań świadka na piśmie", „Palestra" 11-12/2019, p. 103-112. See also FLAGA-GIERUSZYŃSKA K., who states that the possibility of manipulating the statements of the witness' knowledge in relation to oral testimony, as it happens that witnesses are "prepared" to testify of a specific content [in:] "Środki dowodowe i postępowanie dowodowe w nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 4.07.2019 r.", „*Palestra*" 11-12/2019, p. 96.

There were voices that written testimony may be applied to less important witnesses, and only if it may accelerate the course of taking evidence, but without prejudice to the obligation to clarify all the factual circumstances relevant to the resolution of the case[18]. Making statements at a distance may be useful when it is necessary to hear a party or a witness staying abroad, or a sick person whose ailments make it difficult to come to court[19].

In essence, this regulation may be an alternative to hearing a witness through judicial assistance before the requested court or a designated judge, as well as to hearing a witness through active or passive requisitioning in cross-border cases.

The implementation of the principle of equality, as well as the principle of directness, requires that the admission of evidence from written testimony may not violate the rights of the parties to participate in evidence proceedings and directly confront their positions with the witness's testimony (by asking questions (Article 271 § 1 of the Code of Civil Procedure) and discussing the results of evidence (Article 210 § 3 of the Code of Civil Procedure).

In the case of the oral testimony by a witness, it was emphasized that during the testimony, the witness cannot read the testimony he had previously written. In addition, he is also not allowed to use written notes made by other persons, and the witness must obtain the court's approval to use his own notes[20].

We are dealing with a witness testimony in writing only if the court admits such evidence before the testimony is given. Where a party submits a witness statement in writing on his own initiative as an attachment to his pleading, before considering an application for evidence on the subject, such a statement may possibly only be treated as a private document. However, they can be treated as circumvention of the provisions on evidence from witness testimony in the traditional approach.

Before issuing an order to admit evidence from written testimony by a witness, it would be reasonable for the court to hear the parties in this respect. Although the court is not bound by the position of the parties, their arguments and intentions in terms of, for example, asking the witness questions, should be taken into account[21]. In the decision, the court should also specify the details of the witness, a detailed description of the facts on which the testimony is to be made (court questions), as well as questions formulated by the parties, unless they are considered unnecessary or inappropriate, and the manner and time limit for the witness to testify (Article 236 of the Code of Civil Procedure). The court cannot merely refer to the party's letter containing the questions or deliver such a letter to the witness. It is necessary to indicate the questions to which the witness is to answer in the content of the decision itself. The witness should refer only to the document coming from the court (order), which at the same time sets out the obligations of the witness and may be the source of responsibility for evading the obligation to testify.

The decision should be accompanied by the text of the oath along with information about the need to sign it and return it along with the testimony to the court. It is worth mentioning that the text of the oath becomes inadequate when the testimony is received from a witness in writing. First of all, minor modifications should be made[22]. As the text of the oath becomes a specific appendix to the written testimony by a witness, it should be written in the perfect mode and the word 'speak'

[18] CUDAK A. [in:] MARCINIAK A. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz. Art. 205[1]-424[12]*, remarks to Art. 271[1], Warszawa, 2019, Legalis/el.
[19] JAWORSKI S., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian, remarks to Art. 226*[1], Warszawa, 2019, Legalis/el.
[20] JAWORSKI S., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian, remarks to Art. 226[1]*, Warszawa, 2019, Legalis/el.
[21] CUDAK A. [in:] MARCINIAK A. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz. Art. 205[1]-424[12]*, remarks to Art. 271[1], Warszawa, 2019, Legalis/el.
[22] KORCZAK L. [in:] GOŁACZYŃSKI J. (ed.), SZOSTEK D. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, remarks to Art. 371[1] KPC, thesis 4, Warszawa, 2019, Legalis/el.

should be replaced with the word 'write.' The text should read, 'Aware of the meaning of my words and of the criminal liability for submitting a false statement, I solemnly pledge that I have written the honest truth, not hiding anything that is known to me.

It ought to be postulated that the witness should also confirm with their signature that they have read the instructions on criminal liability for making false statements and the right to refuse to answer a question, as well as the content of Art. 233 § 1 and § 1a of the Criminal Code providing for liability for attesting untruth or concealing the truth. The witness should also be instructed on how to exercise such rights. It seems advisable to inform a witness that if there are grounds for refusing to testify or answer a question, they should notify the court of such a fact by submitting a written statement.

The witness should begin the testimony by providing information about themselves and indicating their attitude towards the parties; they should also information about their possible criminal record, and only then can they start answering relevant questions.

The legislator does not specify the form of submission: pleading or some other form. Art. 125 § 1 of the Code of Civil Procedure provides that pleadings include motions and statements of parties submitted outside the trial. On the other hand, in the literature some experts claim that pleadings are also filed by other entities in the proceedings which, apart from the trial (open hearings), want to submit some statements[23].

Recognizing a testimony by a witness in writing as a pleading would have far-reaching consequences; among other things, it would lead to the conclusion that the provisions on deficiencies in formal pleadings and their supplementation apply here as well (Art. 130 et seq. of the Code of Civil Procedure).

Such a conclusion is not easy to accept. It should be borne in mind that a witness may not include information that should be made available in the written testimony, such as specifying his first name and surname or case reference number to which they should be attached in a form of writing.

Although the application of the provisions on pleadings to the written testimony by a witness is generally met with disapproval, some authors point out that some provisions should be applied to them by analogy[24]. Such provisions would include art. 128 of the Code of Civil Procedure, as this would make it possible to demand that the witness should attach copies to his testimony to be served on the parties in the proceedings. There is also a completely different position in the doctrine, namely, that testimonies are to be submitted in one copy for the case files[25]. It does not follow from the provision that they should be served on the parties, who could read this evidence in the files (or demand a copy of the document from the case files on the basis of Art. 9 of the Code of Civil Procedure). However, the court should inform the parties that a witness has given evidence no later than at the hearing following the testimony. In order to enable them to refer to this evidence, it would be reasonable to send them this information before the hearing, so that they could become familiar with the that evidence, prepare their procedural position and present it at the hearing[26]. It seems, however, that if the court were to inform the parties, which is not mentioned in the provision, about a written testimony by a witness being included in the case file, it should also send information about the

[23] JĘDRZEJEWSKA M., WEITZ K. [in:] ERECIŃSKI T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom. 1. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa, 2016, remarks to Art. 125, thesis 3.

[24] DZIURDA M. [in:] ZEMBRZUSKI T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II*, remarks to Art. 271^1, Warszawa, 2020, Lex/el

[25] GÓRSKI K. [in:] SZANCIŁO T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1-505[39]. Tom I*, Warszawa, 2019, remarks to Art. 271^1, Legalis/el.

[26] GÓRSKI K. [in:] SZANCIŁO T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1-505[39]. Tom I*, Warszawa, 2019, remarks to Art. 271^1, Legalis/el.

appearance in the files of any document originating from any entity other than a participant in the proceedings (e.g. a probation officer interview in family matters), and there is no such practice.

5. Possibility of Interrogation of Parties in a Simplified Manner (Art. 226^1 CCP)

Pursuant to the provisions of Art. 226^1 of the Code of Civil Procedure, whenever the law provides for the hearing of the parties or other persons, it may be done, depending on the circumstances, by summoning the parties to submit appropriate statements at the meeting or by setting a deadline for taking a position in a procedural letter or by means of distance communication, provided that they allow confidence in the person submitting the declaration.

The provision provides for three manners of hearing the parties or other persons: making appropriate statements at the meeting, filing a pleading or taking a position by means of distance communication. It does not, however, decide whether the full catalog of measures may be used only by the parties or also by other persons if separate regulations provide for their hearing. The wording used by the legislator is inconclusive. In the first part of the provision, reference is made to 'the parties or other persons,' and in the following — it only refers to 'summoning the parties' to make relevant statements at the meeting or 'setting a deadline' to take a position in the pleading. A literal wording could indicate that the summons to make statements at the meeting may be addressed only to the parties, while other persons may be heard only by means of distance communication. Such a solution appears unreasonable, and all three manners of hearing should apply both to parties and other people.

In the context of the provision, the written form of the hearing is equated with a pleading. Therefore, there is a dissonance, as pursuant to Art. 125 § 1 of the Code of Civil Procedure, pleadings include motions and statements of the parties submitted outside the trial. However, the doctrine advocates the approach that pleadings may also be filed by other entities in the proceedings which, apart from the trial (open court session), would like to submit statements or motions. These other entities include participants in non-litigious proceedings, a prosecutor, the Ombudsman, non-governmental organizations, labor inspectors, consumer ombudsmen, incidental interveners, persons summoned or notified about pending proceedings[27]. In conclusion, there are no obstacles to include witnesses who would have to testify in writing.

The last entity provided for in Art. 226^1 of the Code of Civil Procedure, while offering explanations and taking a position by means of distance communication, outght to produce a proof that they are indeed the person submitting the statement. On the other hand, no measures for establishing identity are given for the group of the above-mentioned identities.

'Taking a position by means of distance communication cannot be limited only to submitting statements via the ICT system, referred to in Art. 125 § 2^1 of the Code of Civil Procedure. First of all, because the first possibility to provide explanations is in the form of a pleading, which, inter alia, allows the use of an ICT system, and if the legislator identified both methods, there should be no need to introduce an additional distinction in the provision of Art. 226^1 of the Code of Civil Procedure. Moreover, in a situation where the possibility of using the court's ICT system is offered for a particular activity, it is directly referred to in the provision.

Therefore, it seems that only the jurisprudence will allow to decide which other means of distance communication provide certainty as to the identity of the person

[27] JĘDRZEJEWSKA M., WEITZ K. [in:] ERECIŃSKI T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom. 1. Postępowanie rozpoznawcze*, Warszawa, 2016, remarks to Art. 125, thesis 3.

submitting the declaration. Probably, the most attention should be paid to the analysis of the most common forms of communication, i.e. e-mail correspondence and submitting statements via instant messaging.

Undoubtedly, the means of distance communication should be indicated as as such, which will ensure the identity of the person submitting the declaration (videoconferences organized by the court, under which the identity of persons submitting the declaration is checked, Article 151 § 2 of the Code of Civil Procedure, so that any doubts about the identity of the person making the statement are removed, in the case of videoconference via Skype or FaceTime[28]). Also, the use of the so-called trusted (or certified) profiles allow to ensure the identity of the person submitting the statement.

The issue of the participation in the proceedings (including the party) that is in the hearings via social instant messaging was presented to the Supreme Court in the case III CZP 13/19[29]. Although the Court refused to adopt a resolution, in the justification of its decision, it indicated the direction of the interpretation of the provisions, stating that 'only Art. 151 § 2 of the Code of Civil Procedure in connection with Art. 13 § 2 of the Code of Civil Procedure and Art. 514 of the Code of Civil Procedure, participants staying outside the seat of the court where the proceedings are conducted may participate in the open session of that court only if they are in the building of another court. This requirement is related to the need to guarantee the integrity and seriousness of the proceedings, including the proper identification of persons participating in the activities and the security of data transmission. Presence in another court of law, in the seat of another court (cf. Articles 54, 94 and 175dc of the Act of 27 July 2001 – Law on the System of Common Courts, single text: Journal of Laws of 2019, item 52) is an absolute requirement, which results directly not only from Art. 151 § 2 of the Code of Civil Procedure, but also from the course of the discussion preceding the entry into force of the Act of 10 July 2015 amending the Act - Civil Code, Act - Code of Civil Procedure and some other acts (Journal of Laws No. of 2015, item 1311), during which it was proposed to waive the discussed requirement, but the project initiator definitely did not accept that proposal. In other words, nowadays participants in non-contentious proceedings cannot participate in a hearing by means of electronic communication in a manner not provided for in Art. 151 § 2 of the Code of Civil Procedure in connection with Art. 13 § 2 of the Code of Civil Procedure and Art. 514 of the Code of Civil Procedure.

6. Art. 271^1 of the Code of Civil Procedure and Art. 226^1 of the Code of Civil Procedure

In the comments to the act amending the Code of Civil Procedure[30], there were considerations regarding the application of Art. 226^1 of the Code of Civil Procedure to testimonies of witnesses and the possible mutual relation of this provision to Art. 271^1 of the Code of Civil Procedure.

The doctrine often considers whether the mentioned provision could also apply to the questioning of a witness in both the envisaged forms (oral and written). According to the doctrine, that the scope of application of the two provisions is divergent. Article 226^1 of the Code of Civil Procedure concerns the 'hearing' of parties or other persons, not testimony. In addition, the testimony of a witness in writing has been regulated separately in Art. 271^1 of the Code of Civil Procedure.

[28] JAWORSKI S., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian, remarks to Art. 226^1*, Warszawa, 2019, Legalis/el.

[29] Decision of Supreme Court from 8.11.2019, sygn. III CZP 13/19, http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/III%20CZP%2013-19.pdf

[30] Act amending the Code of Civil Procedure and certain other acts of July 4, 2019, Dz. U. z 2019 item 1469.

According to the literal wording of Art. 226^1 of the Code of Civil Procedure, it can be used to hear not only the parties (sometimes only one of them, e.g. the plaintiff, as indicated, inter alia, by Art. 505^{20} § 3 of the Code of Civil Procedure), but also other persons. This applies, for example, to a witness, expert, attorney or statutory representative (Article 110 of the Code of Civil Procedure), a third party refusing to present a document (Article 251 of the Code of Civil Procedure), as well as 'other interested persons' (Article 508 § 3 of the Code of Civil Procedure).

Art. 226^1 of the Code of Civil Procedure does not apply to the testimony of a witness. It follows from the wording of the provision that it concerns the 'hearing' of the parties or other persons, not the testimony, and should therefore not apply to the taking of evidence[31]. Moreover, the testimony of a witness in writing has been regulated separately in Art. 271^1 of the Code of Civil Procedure, and this kind of dualism does not appear to have any justification. One should also pay attention to the provision of Art. 235 § 2 of the Code of Civil Procedure, which allows for the taking of evidence using technical devices remotely. The use of less formalized possibilities of hearing a witness (or even the party itself) would not be conducive to maintaining the dignity of the court and maintaining the authority of the judicial institution; especially since the provision of Art. 151 § 2 of the Code of Civil Procedure introduced the possibility of holding a public hearing with the use of technical devices enabling its conduct at a distance provided it takes place in a building of another court.

7. Coronavirus regulations

In Poland, due to the increase in the number of people infected with the coronavirus, the state of epidemic threat was first introduced (from March 14, 2020), and then the state of epidemic (from March 20, 2020), as a result of which the actions of the courts were impeded. Almost all hearings, except for emergencies, were cancelled. Due to limitations in the work of the postal operator (Poczta Polska) and limitations in the possibility of moving around and performing professional work, the legal community discussed issues related to the possibility of submitting letters to the courts and the possibility of meeting deadlines.

As a result, there was a positive draft of the provision of Art. 15 zzv to the Act of March 2, 2020 on special solutions related to the prevention and combating of COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them.

According to the draft provision of Art. 15zzv of the aforementioned Act, during an epidemic emergency, epidemic or in the event the postal operator ceases to provide universal services, the party's pleading could be brought to court using the ePUAP[32] platform, the information portal of common courts or by e-mail. The letter was to be considered to have been filed the moment it was entered into the

[31] On the contrary, A. RUTKOWSKA and D. RUTKOWSKI, who believe that the possibility of hearing a witness may be admitted, as long as the means of distance communication provide certainty as to the identity of the person who makes a specific statement, [in:] PIASKOWSKA O. M. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, remarks to Art. 226^1, Warszawa, 2020, Lex/el. Also M. DZIURDA expressed the view that from the functional point of view, it would be most advisable to apply Art. 226^1 to hear witnesses or even parties. The applicability of art. 226^1 for the hearing of witnesses or parties (in the latter case, not only in the scope of the information hearing provided for in Article 212 § 1, but also the evidence provided for in Article 299 et seq.), would allow without any doubts to assume that the hearing of witnesses or parties may take place by means of distance communication, as long as they provide certainty as to the identity of the person making the declaration "[in:] ZEMBRZUSKI T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe. Komentarz do zmian. Tom I i II*, remarks to Art. 226^1, Warszawa, 2020, Lex/el.

[32] Electronic Platform of Public Administration Services.

electronic means of communication and sent to the court's e-mail address indicated on the court's website.

However, before the proposed regulations were enacted, the provision of Art. 15 zzv had been removed. This means that despite the appeals of the legal community and despite the real demand for a new solution, the provision was removed form the aforementioned article. The reason for resigning from this breakthrough solution was the concern that the court would be charged with the burden and cost of printing the letters together with attachments submitted electronically. Economic considerations turned out to be more important than the interests of citizens and the possibility of maintaining the proper functioning of the courts, which after the epidemic will probably be paralyzed by overdue cases and new cases, which will certainly be initiated in a cumulative amount.

Instead of introducing the possibility of submitting pleadings by electronic means, according to the provision of Art. 15 zzs, during the period of an epidemic threat or state of an epidemic announced due to COVID-19, the running of procedural and judicial deadlines, including court proceedings, do not start, and the pending ones are suspended. The new provision immediately raised doubts. First of all, one may wonder why the legislator mentioned, apart from court proceedings, criminal proceedings, penal fiscal proceedings, cases of petty offenses, but did not mention civil proceedings as such. Point 1 of this provision indicates court proceedings, and yet both criminal and civil proceedings are conducted before a court. Moreover, the enforcement proceedings are civil proceedings in the broad sense, and they have also been mentioned. On the other hand, the legislator considered it appropriate to emphasize that administrative court proceedings are one kind of court proceedings. Another doubt concerns the determination of the duration of the provision, as it refers to the state of epidemic threat, which was introduced on March 14, and the act itself was in force from March 31, 2020. In addition, the reason for the introduction of an epidemic threat or state of the epidemic was the spread of the COVID-19 disease, which is an abbreviation of the English name Coronavirus Disease 2019, and not COVID, which could theoretically mean another disease entity.

In general, it can be considered that this provision was a kind of alternative to the possibility of submitting letters to the court by electronic means. Electronic communication with the court was postulated due to the need to meet deadlines and the resulting need to submit pleadings. Therefore, since the time limits were suspended or their commencement was suspended, there was no urgent need to submit such letters to the court. However, the legislator did not decide whether a party, in the period of an epidemic threat or epidemic, may still submit letters to the court via the postal operator and what will be the possible effect of letters submitted at that time. Also, in a situation where a party would be interested in submitting a pleading due to the interruption of the limitation period, there is no need to submit a pleading to the court, because, as stipulated in Art. 15zzr, among others time limits, the failure to observe of which causes the expiry or change of rights *in rem*, as well as claims and receivables, and tight deadlines, non-observance of which leads to negative legal effects for the party, does not begin, and the pending one is suspended. It is puzzling, however, why the provision defines them as administrative legal terms.

The provision of Art. 14a states that the court may stop operating altogether due to COVID-19. In the event the court ceases to act, no procedural steps will be taken, and thus it will not be possible for the parties to be obliged to act within certain time limits, which means that, in fact, there will be no need to submit any pleadings.

The introduction of the above-mentioned provisions in fact eliminated the need to enable the parties to communicate with the court by electronic means. In a situation where the courts do not take any action, no deadlines are set, and the party does not have to take any action to defend its rights and interests either.

Many voices in the discussion on the state of courts and court proceedings during an epidemic threat and epidemic state postulated extending the functionality

of the ePUAP platform to enable communication between defendants and courts, especially since such a possibility exists at the level of administrative matters (submission of complaints and motions). Although in theory the ePUAP platform provides the ability to communicate and handle cases, in practice it is quite ineffective. Extending its functionality to support court cases would undoubtedly lead to some kind of paralysis of this platform. Contrary to the demands of a friendly state (friendly administration), initiating matters via ePUAP is difficult. For people who have not used it so far, it may turn out to be almost impossible. The platform does not function properly in many popular web browsers. Error messages are unreadable for the average user, there is no possibility to create any letters, apart from the available forms, there are problems with attachments; these being just a few obstacles related to its use. It seems that allowing the use of ePUAP in court proceedings at the moment would result in its paralysis, and in many cases users would have problems handling it, and thus the problem of communication with the court would not be solved. It is no coincidence that the legislator resigned from introducing such a possibility to the provisions of the civil procedure. It is also worth mentioning that the possibility of communicating with the court via the ICT system is optional, so even in the era of the coronavirus epidemic, participants cannot be forced to communicate with the court in this way. It would also lead to a situation where digitally excluded persons could not exercise their procedural rights and obligations.

According to Art. 15zzs2, if a case is considered within the provisions of the Code of Civil Procedure, and the evidentiary proceedings have been conducted in full, the court may close the hearing and issue a judgment in a closed session after receiving written positions from the parties or participants in the proceedings. At first glance, the above solution complements Art. 226^1 of the Code of Civil Procedure, according to which, whenever the law provides for the hearing of the parties or other persons, it may be done, as appropriate, by summoning the parties to submit appropriate statements at the meeting or by setting a deadline for taking a position in the procedural letter or by means of remote communication as long as to the identity of the person making the declaration can be confirmed with absolute certainty. In fact, one may wonder whether the second of the provisions cited above would not be sufficient in itself, and the provision of Art. 15zzs2 is some kind of statutory superfluum. After all, according to Art. 226^1 of the Code of Civil Procedure, it is possible to oblige the parties to take a position in the pleading even by means of distance communication. The provision also uses the phrase 'as appropriate,' which undoubtedly includes in its conceptual scope also situations where 'the evidentiary proceedings have been carried out in full.' On the other hand, the provision of Art. 148^1 § 1 of the Code of Civil Procedure states that the court may hear the case in closed session, *inter alia*, if after the parties have submitted pleadings and documents, the court finds that a hearing is not necessary, having regard to all the relevant statements and evidentiary motions. However, for this solution, an exception is provided for in § 3, namely the examination of the case in closed session is inadmissible when a party in the first pleading filed a request for a hearing, which does not apply to a situation where the defendant has recognized the claim. The legitimacy of introducing Art. 15zzs2 should be seen in the exclusion of the application of Art. 148^1 § 3 of the Code of Civil Procedure. However, this conclusion can also be questioned because, as stated in Art. 15zzs2, the court is not obliged to issue a judgment in closed session.

In terms of deliveries to the Act of March 2, 2020 on special solutions related to the prevention and combating of COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them, added by the Act of April 16, 2020 (Journal of Laws of 2020) r., item 695), which entered into force on 18/04/2020, a number of provisions from art. 15zzu1-15zzu10.

Until 30 September 2020, as part of the implementation of COVID-19 countermeasures, the designated operator referred to in art. 3 point 13 of the Act of 23 November 2012 - Postal Law (Journal of Laws of 2018, item 2188, of 2019, item

1051, 1495 and 2005, and of 2020, item 695), is to provide postal services referred to in art. 2 clause 1 point 3 of this Act, or by using electronic means of communication at the delivery stage. The postal service referred to above is understood as the acceptance of a registered item, and then its transport and delivery in the form of an electronic document to the addressee without the need to submit a personal signature. The service is intended for entities with a trusted profile within the meaning of art. 3 point 14 of the Act of February 17, 2005 on the computerization of the activities of entities performing public tasks (Journal of Laws of 2020, items 346, 568 and 695). 'Registered mail is also understood to mean a registered mail with an acknowledgment of receipt or an electronic acknowledgment of receipt.

The electronic document created as part of the implementation of the service in question has the power equal to the paper document from which it was transformed (Article 15zzu5).

The indicated solution could have constituted the foundations of the electronic delivery system, but it was excluded from the scope of mail sent to or sent by courts and tribunals, the prosecutor's office and other law enforcement agencies, and a court bailiff (Article 15 zzu10).

In the Act of March 2, 2020 on special solutions related to the prevention and combating of COVID-19, other infectious diseases and the crisis situations caused by them, there is also the provision of Art. 31 zze, according to which, during the period of the epidemic threat or epidemic state announced in connection with COVID-19, the notary public may print an electronic document drawn up by a public entity referred to in art. 2 of the Act of February 17, 2005 on the computerization of the activities of entities performing public tasks (including the court), and date the printout with a certain date, provided that this document is necessary to perform a notarial act. A printout of a document made by a notary public with a certain date has the legal force of an electronic document. A public entity, at the request of a person authorized to receive an electronic document drawn up by a public entity, provides a notary public with an electronic document via the electronic platform for public administration services (ePUAP).

Despite the repeal of Art. 14a of the Act on special solutions related to the prevention, counteracting and combating COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them (Journal of Laws, item 1842, as amended), the need for regulation was noticed in the event courts of law cannot operate as a result of an epidemiological situation. The new provision of Art. 15zzs10 was added by the Act of May 28, 2021 (Journal of Laws of 2021, item 190), which entered into force on July 3, 2021, the state of an epidemic threat or state of an epidemic announced due to COVID-19, the president of the court of appeal, may designate another equivalent court, located in the same appeal area, as competent to hear urgent cases belonging to the jurisdiction of the court that has ceased to act, with a view to ensuring the right to the court and in order to accommodate the organizational conditions of the courts. The designation is made for a specified period of time, related to the expected period of discontinuation of activities. In the event of complete cessation of activities by all common courts in the appeal area during the period of an epidemic threat or an epidemic announced due to COVID-19, the First President of the Supreme Court, at the request of the president of the court of appeal, in whose area the courts have ceased their activities, appoints other equivalent courts, located, if possible, in the area of a neighboring appeal, as appropriate for examining urgent cases belonging to the jurisdiction of courts that have ceased activities with a view to ensuring the right to court and in order to accommodate the organizational conditions of courts. The designation is made for a specified period of time, resulting from the expected period of discontinuation of activities.

Other changes introduced by the same act apply, in particular, to conducting court hearings, the requirements of formal pleadings and deliveries of documents. Since 3 July 2021, in principle, public hearings should be conducted remotely, but the participants, including members of the adjudication panel, do not have to be in

the court building. The conduct of a remote hearing may be waived only if examination of the case in open court is necessary and their conduct in the court building does not cause excessive risk to the health of the persons participating in them. The chairman may order a closed session when it is not possible to conduct a remote session, and it is not necessary to conduct a hearing or a session in the open air.

During the period of the epidemic threat or the state of epidemic announced due to COVID-19 and within one year from the appeal of the last of them, in cases conducted under the Code of Civil Procedure, in the first pleading submitted by an attorney, legal advisor, patent attorney or the Public Prosecutor's Office of the Republic of Poland send by e-mail address and telephone number as contact data for the court. Failure to comply with this obligation results in a formal failure of the letter. This means that the obligation existing so far in economic proceedings has been extended to all other types and modes of proceedings, and its scope has also been extended to include telephone contact details. It seems to be justified by the need to ensure quick contact of the court with a professional attorney, but it does not involve the need to serve any documents in this way. Electronic mail should not be used to effect service, as for this purpose the sharing of information through an information portal has been sanctioned.

The provision of art. 15zzs9 paragraph. 2 of the Act on special solutions related to the prevention, counteracting and combating COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them (Journal of Laws, item 1842, as amended) introduced a revolutionary change with regard to deliveries of documents. Although, as the legislator declares, the change is temporary, it can be assumed that it will last longer. Pursuant to this provision, during the period of the epidemic threat or the state of epidemic announced due to COVID-19 and within one year of the appeal of the last of them, in cases conducted under the Code of Civil Procedure, if it is not possible to use the ICT system supporting court proceedings, the court serves the barrister, counselor court letters to a legal representative, patent attorney or the General Prosecutor's Office of the Republic of Poland by placing their content in the ICT system used to make these documents available (information portal). This does not apply to letters to be served together with copies of the parties' pleadings or other documents not originating from the court. The date of delivery is the date on which the recipient reads the letter posted on the case management system. If the letter remaind unread, the letter is deemed delivered after 14 days from the date of placing the letter on the case management system. Service of a letter via the case management system produces procedural consequences specified in the Code of Civil Procedure, appropriate for the service of a document. The chairman shall order that the letter should not be served through the case management system, if it is impossible to deliver the letter due to the nature of the letter.

The introduction of the above change caused a number of discussions in legal circles. Doubts about this solution were related to the method of its implementation. In the case of IT services, there are rare situations where their introduction did not involve any test period during which users could report defects and faults related to its functionalities. Preliminary tests are usually carried out with the participation of professional testers or users who voluntarily decide to use the new solution. In the case of the news portal, the change took place very quickly and affected all professional attorneys who did not have any possibility to opt out of this form of communication between them and the court.

Many attorneys have not used the news portal so far, while the literal wording of the provisions allows the conclusion that the lack of an account in the news portal does not constitute grounds for recognizing court documents as served. It is in vain to look for provisions in the CCP or corporate acts that would impose an obligation on professional attorneys to have an account in the case management system. However, the lack of a lack of account among the reasons for withdrawing from the delivery via the portal means that the delivery will take place upon the expiry of the

deadline for collecting the letter. There are also unresolved cases where the attorney has an account on the portal, but no access to the case in which the service is to take place. Such a situation may refer to the access of an attorney to an already pending case or may refer to a new case, as the court is not obliged to automatically assign an attorney to the case. It is also not known how to calculate the time limit if the attorney gains access to the case during or after the deadline for collecting the letter.

The case management system, due to its functionality, is updated at specific times, which means that sometimes a letter placed on the portal by a court employee will not be available to the attorney until the next day. This causes problems with counting the time limit for procedural activities. The fact that access to the portal is possible 24 hours a day on all days of the week means that letters that will be received by proxies on Saturdays, Sundays or other non-working days. The procedural period will not start in such cases, which results from the provision of Art. 134 of the Code of Civil Procedure, unless the order of the president of the court is considered an exceptional case.

The login to the information portal is the user's PESEL number. This raises doubts in the context of the provisions on the protection of personal data. The President of the Polish Bar Council sent a question and a request to take a position to the President of the Personal Data Protection Office on this matter[33]. The use of the PESEL number as a login in the case management system and the processing of this data is not based on the consent expressed by the data subject, but is the result of the use of an IT solution that requires such a method of logging in to this portal. The reservations result from the fact that the use of such a login as a user identifier may lead to the disclosure of personal data to unauthorized persons. The personal data administrator is obliged to exercise due diligence in caring for personal data which is processed, and should not apply solutions that may pose a risk of disclosure of the personal data processed. The PESEL number should not be used as an identifier in public services or digital solutions. This is related, for example, to the elimination of threats related to identity theft or the unauthorized use of this number in legal actions with material consequences. The PESEL number not only reveals the date of birth or gender, but also uniquely identifies a natural person, and is also used to authorize sensitive activities.

There are also reservations about the legal basis for the functionality and use of the case management system. They are not regulated by law, but only by instructions published by the Ministry of Justice[34].

Another issue worth discussing is the use of the term "court letters" by the legislator, which, after all, has not yet been defined either in the CCP or in any specific act. The same is true of the term ‘case management system.’

When analyzing the service of documents via the portal, it should be noted that there is no provision for an attorney to request the court to serve the document in the traditional way, the exception being the need to serve a letter together with copies of the parties' pleadings or other documents not from the court. It may happen, however, that the attorney will receive a security order that will be made available to another entity, and which is not provided with an enforcement clause and does not actually require a paper form. However, due to the fact that the printout of the document from the portal will not be provided with any verification code, a third party will not be able to verify the authenticity of the document.

The doubts indicated above do not exhaust the problems related to the functioning of the new delivery method. In addition, there is a whole range of errors and doubts caused by the human factor, e.g. placing a damaged file, incorrect

[33] The request was submitted on 16.7.2021, https://www.adwokatura.pl/admin/wgrane_pliki/file-20210716-pismo-prezesa-nra-do-prezesa-uodo-31377.pdf (access 28.9.2022).

[34] https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/instrukcje-obslugi-portal-informacyjnego (access 28.09.2022).

determination of the date of the shared document, incorrect marking of the document misleading the recipient as to its content. Probably more will be submitted in the near future, which is a consequence of the lack of testing of this IT solution.

8. Remote hearing

The possibility of interviewing the participants of the proceedings by videoconference appeared in the Polish Code of Civil Procedure in 2009 (Art. 235 CCP). However, it could take place when the interviewed person was present in the court building in whose district they were staying, and the proceedings themselves were pending before another court. This option was introduced due to the economics of the proceedings and so that the participant would not have to make time-consuming and costly trips to the court. The requirement to appear in another court was dictated, inter alia, by the need to verify the identity of a participant in the proceedings and was related to the exercise of the right to a fair trial. In practice, however, despite the technical possibilities and equipment of courtrooms, videoconferencing did not become popular.

It was only in the era of the coronavirus that the legislator decided to modify the regulations and allow videoconferences, although on quite different terms. Art. 15zzs1 point 1 of the Act of March 2, 2020 on special solutions related to the prevention, counteracting and combating of COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them states during the period of the state of epidemic threat or state of epidemic announced due to COVID-19 and within one year from the appeal of the last of them, in cases examined pursuant to the provisions of the Act of 17 November 1964,the Code of Civil Procedure:

1) a hearing or a public hearing is carried out with the use of technical devices that make it possible to conduct hearings remotely with simultaneous direct transmission of image and sound (remote hearing), however, the persons participating in it, including members of the adjudication panel, do not have to be in the court building;

2) a remote session may be waived only if examination of the case though hearing or in open court is necessary, and their conduct in the court building will not cause excessive risk to the health of the persons participating in them.

This regulation may come as a great surprise because so far a witness could be questioned at his place of stay solely due to an illness or disability, and in such situations, the evidence was carried out by a designated judge. The witness has always had direct contact with the judge. It seems that while the motivation behind introducing the possibility to participate in a court hearing from anywhere in the world was right, this solution raises serious legal doubts, in particular related to the right to a fair trial. Undoubtedly, the lack of direct contact with a judge, and the lack of a requirement to appear in court in person weakens the authority of the judiciary. A party or a witness who takes part in a hearing through sound and image transmitting devices does not feel that he is actually facing a judge. It often happens that the party does not see the judge, but only the judge sees the participant in the proceedings. Remote hearing may make it easier for participants to testify in false statements, as it is easier to lie when you do not have direct eye contact with your interlocutor.

9. Conclusions

The Polish civil procedure is subject to constant changes, although most of them are chaotic and inconsistent with other regulations. The regulations are partially amended, without taking into account the existing regulations. Consequently, interpretation problems arise.

The legislator tries to follow the trends, in particular, tries to adapt the regulations to new, changing technologies. In recent years, changes have been

introduced to avoid the collapse of the judiciary caused by downtime owing to the Covid-19 pandemic. However, a deeper analysis of the changes allows us to assume that the consequences that they may have on the level of the structural procedural principles were indeed considered. While changes related to the sanitary situation may be accepted in a limited period of time, in the future it would be required to introduce systemic solutions that would not restrict the right to a fair trial. The direction of changes resulting from social expectations and aimed at digital transformation of the justice system is justified and necessary. The possibility of filing pleadings and collecting them by electronic means would allow to avoid the organizational paralysis of the judiciary in the event of obstacles caused by force majeure. The Polish CCP introduced the possibility of electronic communication of participants with the court; however, there are still no executive provisions and this possibility is still hypothetical.

It is worth mentioning that technological solutions require ensuring an appropriate level of security of the processed data. Due to system imperfections, their implementation requires prior testing and providing users with the possibility of notifying errors and ensuring protection against negative consequences of technical problems related to the functioning of the IT system. Nevertheless, it seems that enabling participants to communicate electronically with the court will help to reduce the turmoil related to obstacles to the functioning of the justice system caused by unexpected events. It is also worth remembering that too much liberalization of formal requirements relating to the court procedure will violate the right to a fair trial and therefore should not be accepted. Faced with difficulties in the functioning of the courts, the fundamental rights of citizens should not be restricted in the name of ensuring their operation. It also seems that maintaining full continuity of the functioning of the courts is not an overriding good and is not at all necessary when it entails such serious consequences as violation of the right to a fair trial.

REFERENCES

DYMITRUK M., "The right to a fair trial in automated civil proceedings", "*Masaryk University Journal of Law and Technology*" 2019, vol. 13, No 1

DZIURDA M., „Dowód z zeznań świadka na piśmie", „*Palestra*" 11-12/2019

ERECIŃSKI T. (ed.) *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom. 1. Postępowanie rozpoznawcze*, C. H. Beck, Warszawa, 2016

FLAGA-GIERUSZYŃSKA K., "Środki dowodowe i postępowanie dowodowe w nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 4.07.2019 r.", "*Palestra*" 11-12/2019

FLAGA-GIERUSZYŃSKA K. (ed.), GOŁACZYŃSKI J. (ed.), SZOSTEK D. (ed.), *Sztuczna inteligencja*, blockchain, *cyberbezpieczeństwo oraz dane osobowe*, C. H. Beck, Warszawa, 2018

GAJDA-ROSZCZYNIALSKA K., "Abuse of Procedural Rights in Polish and European Civil Procedure Law and the Notion of Private and Public Interest", "*Access to Justice in Eastern Europe*" 2019, No 2

GASCÓN INCHAUSTI M., HESS B., CUNIBERTI G. and others, An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of the procedural protection of consumers under EU consumer law: strand 1: mutual trust and free circulation of judgments, Publications Office 2017, https://data.europa.eu/doi/10.2838/38491 (access 28.09.2022).

GOŁACZYŃSKI J. (ed.), *Elektroniczne postępowanie upominawcze. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2010

GOŁACZYŃSKI J. (ed.) *Informatyzacja postępowania sądowego w prawie polskim i wybranych państw*, C. H. Beck, Warszawa, 2009

GOŁACZYŃSKI J. (ed.), SZOSTEK D. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa, 2019, Legalis/el

JAWORSKI S., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do zmian*, Warszawa, 2019, Legalis/el

KACZMAREK-TEMPLIN B., *Dowód z dokumentu elektronicznego*, C. H. Beck, Warszawa, 2012

KACZMAREK-TEMPLIN B., *Elektroniczny obieg dokumentów a zasady procesowe w procesie cywilnym*, C. H. Beck, Warszawa, 2023

KACZMAREK-TEMPLIN B., "Zasady procesowe a informatyzacja postępowania cywilnego" [in:] GIL I. (ed.) *Transformacje postępowania cywilnego w postępowaniach rozpoznawczych*, Currenda, Sopot, 2017, Part III, Chapter 2

KAROLCZYK B., "Informatization of the Civil Justice System in Poland: An Overview of Recent Changes", [in:] (eds.) UZELAC A., VAN RHEE H. C., *Transformation of Civil Justice. Unity and Diversity,* Springer, Cham, 2018

KOŚCIÓŁEK A., *Elektroniczne czynności procesowe w sądowym postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2012

KULSKI R. "Some Remarks on the Course of Polish Electronic Proceedings by Writ of Payment" [in:] KENGYEL, M., *Electronic Justice – Present and Future. Colloquium of the IAPL*, Pecs, 2010

MARCINIAK A. (ed.), *Elektronizacja postępowania wieczystoksięgowego*, C. H. Beck, Warszawa, 2016

MARCINIAK A. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Tom II. Komentarz. Art. 205[1]-424[12]*, Warszawa, 2019, Legalis/el

PIASKOWSKA O. M. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Postępowanie procesowe. Komentarz*, Warszawa, 2020, Lex/el

RYLSKI P., "Polish Civil Procedure: Yesterday, Today and Tomorrow – Some Remarks about Recent Changes of Procedural Law in Poland", „*Bratislava Law Review*" 2019, No 1

RYLSKI P., "Transformation of Polish Civil Procedure in Light of Covid-19" [in:] KRANS B. (ed.), NYLUND A. (ed.), *Civil courts coping with Covid-19*, Eleven International Publishing, Hague, 2021, https://boeken.rechtsgebieden.boomportaal.nl/publicaties/9789462362048#165 (access 28.09.2022)

RYLSKI P., WEITZ K., "The Impact of the Russian Civil Judicial Proceedings Act of 1864 on the Polish Civil Proceedings", „*Russian Law Journal*" 2014, No 4

SZANCIŁO T. (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Art. 1-505[39]. Tom I*, C. H. Beck, Warszawa, 2019

SZOSTEK D., "Informatyzacja postępowania cywilnego. Elektroniczne biuro podawcze" [in:] FLAGA-GIERUSZYŃSKA K. (ed.), KLICH A. (ed.), *Współczesne problemy postępowania cywilnego*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń, 2015

ZAŁUCKI M., "The road to modern judiciary. Why new technologies can modernize the administration of justice?", [in:] SZOSTEK D. (ed.), ZAŁUCKI (ed.), *Internet and new technologies law*, Nomos, Baden Baden, 2021

ZAŁUCKI M., "Wykorzystanie sztucznej inteligencji do rozstrzygania spraw spadkowych", [in:] LAI L. (ed.), ŚWIERCZYŃSKI M. (ed.), *Prawo sztucznej inteligencji*, C. H. Beck, Warszawa, 2020

ZEMBRZUSKI T. (ed.) *Kodeks postępowania cywilnego. Koszty sądowe w sprawach cywilnych. Dochodzenie roszczeń w postępowaniu grupowym. Przepisy przejściowe*, Warszawa, 2020, Lex/el

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 27-48
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Il Regolamento Ue sui rapporti P2B: le nuove regole sulla trasparenza contrattuale e gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie

The EU Regulation on P2B relations: the new rules on contractual transparency and alternative dispute resolution tools

Tiziana Rumi [1]
Universidad Mediterranea de Reggio Calabria (Italia)

Sumario: 1. Introduzione; 2. I pericoli connessi all'uso dei servizi di intermediazione online e la necessità di rendere trasparenti le condizioni ed i termini contrattuali; 3. Il Regolamento e la disciplina del codice del consumo sulle pratiche commerciali scorrette; 4. (Segue)… e il dibattito tra contratto "asimmetrico" e "terzo contratto"; 5. I meccanismi di risoluzione delle controversie tra i fornitori di servizi di intermediazione online e le imprese commerciali; 6. Le regole sulla mediazione introdotte dal Regolamento a confronto con la disciplina nazionale che regola la materia; 7. Conclusioni

Resumen: Lo sviluppo di nuovi mercati e l'emergere di nuove opportunità commerciali, conseguenti alla creazione di piattaforme online (Amazon, Ebay, Booking, ecc.) ha indotto il legislatore europeo ad adottare il Regolamento (UE) 2019/1150, al fine di arginare il rischio che i fornitori di servizi di intermediazione online possano abusare del loro potere contrattuale per imporre unilateralmente alle imprese prassi commerciali scorrette e contrarie a buona fede. Ne è venuta fuori una disciplina molto articolata, basata essenzialmente su regole di trasparenza che prescindono anche dall'esistenza di un successivo rapporto contrattuale. La nuova normativa aggiunge un ulteriore tassello alla tutela delle imprese che commerciano tramite internet perché la disciplina sulle pcs (estesa dal nostro legislatore anche alle microimprese) opera ex post, ovvero per rimediare a situazioni di scorrettezza già verificatesi, mentre il Regolamento P2B, attraverso puntuali obblighi di trasparenza, intende prevenire l'impiego, da parte dei fornitori di servizi di intermediazione online, di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. Dal confronto tra queste discipline emergono, poi, importanti differenze rimediali e, in particolare, il Regolamento introduce anche meccanismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, come la mediazione civile e commerciale, la cui disciplina, però, presenta diverse ombre che potrebbero rendere poco appetibile il ricorso a questo rimedio.

Palabras clave: Regolamento P2B; intermediazione online; pratiche commerciali scorrette; contrattazione diseguale; mediazione civile e commerciale

Abstract: The development of new markets and the emergence of new commercial opportunities, resulting from the creation of online platforms (Amazon, Ebay,

[1] Professore aggregato di Diritto Privato - Dottore di ricerca in Diritto civile - Membro del Collegio di Dottorato in "Diritto ed Economia" presso l'Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria, Dipartimento di Giurisprudenza Economia e Scienze Umane (DIGIES). Docente di diritto dei contratti dei consumatori presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria e di Mediazione civile e commerciale presso l'Università per Stranieri di Reggio Calabria. E-mail: tiziana.rumi@unirc.it

Recibido: 20/10/2022
Aceptado: 04/05/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043763

Booking, etc.) led the European legislator to adopt Regulation (EU) 2019/1150, in order to stem the risk that online intermediation service providers may abuse their bargaining power to unilaterally impose unfair and contrary business practices in good faith on businesses. The result is a very complex discipline, essentially based on transparency rules that also disregard the existence of a subsequent contractual relationship. The new legislation adds a further step to the protection of companies that trade via the internet because the regulation on PCs (extended by our legislator also to micro-enterprises) operates ex post, or to remedy situations of incorrectness that have already occurred, while the P2B Regulation, through timely transparency obligations, intends to prevent the use by online intermediation service providers of misleading and aggressive commercial practices. From the comparison between these disciplines, important remedial differences emerge and, in particular, the Regulation also introduces out-of-court dispute resolution mechanisms, such as civil and commercial mediation, whose discipline, however, presents various shadows that could make the resort to this remedy.

Keywords: P2B regulation; online brokerage; unfair business practices; unequal bargaining; civil and commercial mediation

1. Introduzione

Lo sviluppo di nuovi mercati e l'emergere di nuove opportunità commerciali, conseguenti alla creazione di piattaforme online (es. Amazon, Ebay, Booking o la stessa Facebook), grazie alle quali le imprese incrementano il loro *business* ed i consumatori vedono aumentare le possibilità di scelta di beni e servizi a prezzi sempre più competitivi, ha reso necessario un intervento normativo per regolare i rapporti tra le piattaforme e gli utenti commerciali[2]. La preoccupazione principale, in ambito europeo, si è concentrata sul rischio che i fornitori di servizi di intermediazione online possano abusare del loro potere contrattuale per imporre unilateralmente alle imprese prassi commerciali scorrette e contrarie a buona fede.

L'obiettivo di garantire la trasparenza e la fiducia nei rapporti contrattuali tra piattaforme e imprese, unito a quello mediato di migliorare la fiducia dei consumatori nelle transazioni online, è stato perseguito con l'emanazione del Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019[3], volto a promuovere equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online[4].

---

[2] Studi risalenti a qualche anno fa (Copenhagen Economics, *Online Intermediaries: Impact on the EU economy*, 2015) hanno evidenziato che le piattaforme online sono divenute, via via, elementi determinanti per il commercio digitale. Difatti, più di un milione di imprese dell'Unione europea (ma il dato è in netta crescita) opera attraverso queste piattaforme per raggiungere i propri clienti, e circa il 60% dei consumi privati e il 30% di quelli pubblici riguardano beni e servizi legati all'economia digitale e vengono scambiati attraverso intermediari online. La *platform economy* avvantaggia sia i prestatori di servizi, per le nuove opportunità imprenditoriali derivanti dalla facilità di accesso ai nuovi mercati digitali, sia gli utenti finali che possono contare su una scelta più ampia di beni e servizi a prezzi più bassi rispetto al passato. In merito cfr. SMORTO, G. "La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)", in www.uerinnovationchair.org/wp- content/uploads/2020/06/04 -Smorto-049-070.pdf

[3] In GUUE, 11.7.2019, L186, reperibile su www.eur-lex.it

[4] Evidenzia NICOTRA, M., *Piattaforme online, le nuove regole UE per gli utenti commerciali*, in www.agendadigitale.it, 19 settembre 2019, come questo regolamento assieme alle direttive sulla vendita di contenuti digitali e non, al regolamento sul c.d. *geoblocking* ed alle nuove previsioni della direttiva sul diritto d'autore online, costituiscono il "pacchetto" di norme che, a partire dal 2020, disciplineranno le varie attività commerciali online, al fine di aumentare la competitività delle aziende europee e di tutelare i consumatori. Sul regolamento europeo e sull'economia delle piattaforme online cfr. RUGGERI, F. "Regole di trasparenza e rapporto tra

Il provvedimento – che trova la sua base normativa nell'art. 114 del TFUE – consegue ad una Proposta della Commissione[5], sulla quale è intervenuto anche il parere positivo del Comitato economico e sociale europeo del 6.12.2018[6].

Il provvedimento ha un ambito di applicazione ben definito. Ne sono interessati, oltre alle "piattaforme", anche i motori di ricerca online che, in base al 4° considerando, <<possono essere importanti fonti di traffico Internet per le imprese che offrono beni o servizi ai consumatori mediante i siti web e possono influire in modo significativo sul successo commerciale degli utenti titolari di siti web aziendali che offrono i loro beni o servizi online sul mercato interno>>.

In particolare, l'incidenza dei fornitori dei motori di ricerca online sul successo commerciale delle imprese che ad essi fanno ricorso attiene al posizionamento delle stesse imprese nei risultati di ricerca, posizionamento che non sempre è determinato in maniera equa e trasparente[7].

Occorre, tuttavia, distinguere in relazione all'applicazione delle disposizioni regolamentari tra piattaforme e motori di ricerca online. Le prime sono portali web, gestiti da fornitori di servizi di intermediazione[8] commerciale che mettono in contatto diretto utenti commerciali[9] e consumatori, lucrando una percentuale sulle vendite. Attraverso queste <<piazze di mercato>>, infatti, le imprese rendono noti i loro prodotti e le loro offerte commerciali al pubblico dei consumatori che, tramite lo stesso sito, possono effettuare acquisti di diverse tipologie di beni. I rapporti tra la piattaforma e gli utenti commerciali sono regolati da contratti che disciplinano le condizioni d'uso del portale e gli altri termini contrattuali, di regola unilateralmente predisposti dal gestore/proprietario della piattaforma il quale, ai sensi del Regolamento 1150/2019, deve rispettare precisi obblighi di *disclosure,* pena la nullità delle clausole (da essi) difformi. I motori di ricerca, invece, sono *software* che, per effetto dell'inserimento in essi di parole, frasi o termini chiave, forniscono un elenco di risultati (a volte centinaia di migliaia o milioni) inclusi i siti web degli utenti commerciali che vendono determinati prodotti o che offrono determinati servizi[10]. La

---

imprese nei mercati digitali: il Regolamento (UE) 2019/1150 sull'"intermediazione online" e i motori di ricerca", in *Il dir. dell'informazione e dell'inf.,* n.2, 2021, 397 ss.

[5] Si tratta della Proposta di Regolamento del PE e del Consiglio che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, COM (2018) 238 final, reperibile su www.eur-lex.it

[6] Cfr. GU C440 del 6.12.2018, p. 177 ss. Il CESE ha accolto con favore la proposta di regolamento per assicurare equità e trasparenza nei servizi di intermediazione online, considerandola molto importante perché, per la prima volta, si disciplinano i rapporti B2B relativi all'e-commerce e ne ha raccomandato una pronta approvazione perché la stessa finisce per coprire un evidente vuoto normativo.

[7] Non è raro, infatti, che i fornitori dei motori di ricerca online si comportino scorrettamente ledendo gli "interessi legittimi" dei loro utenti, titolari di siti web aziendali, e danneggiando, indirettamente, anche i consumatori. I *marketplace*, infatti, spesso chiudevano account e pagine ai *merchant* o cancellavano prodotti sulla base di presunte (e, a volte, inesistenti) violazioni dagli stessi commesse e senza alcuna possibilità di replica da parte delle aziende interessate.

[8] Che in base alla definizione contenuta nell'art. 2, n. 3 Regolamento è la persona fisica o giuridica che fornisce, od offre di fornire, servizi di intermediazione online agli utenti commerciali, intendendosi per tali (ai sensi del n.. 2, lett. a), b) e c) dello stesso articolo) i servizi della società dell'informazione che consentono agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori (con l'obiettivo di facilitare l'avvio di transazioni dirette tra tali utenti commerciali e i consumatori, a prescindere da dove sono concluse dette transazioni) e che sono forniti agli utenti commerciali in base a rapporti contrattuali tra il fornitore di tali servizi e gli utenti commerciali che offrono beni e servizi ai consumatori.

[9] Definiti all'art. 2, n.1 del Regolamento come "il privato che agisce nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali o una persona giuridica che offre beni o servizi ai consumatori tramite servizi di intermediazione online per fini legati alla sua attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale".

[10] L'art.2, n. 5 Regolamento definisce il "motore di ricerca online" come servizio digitale che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su

circostanza che tra motori di ricerca online e utenti commerciali non sussista un contratto non esclude, tuttavia, che i primi possano attuare pratiche commerciali scorrette, per contrastare le quali il Regolamento ha introdotto regole di trasparenza che prescindono anche dall'esistenza di un rapporto contrattuale[11].

La controparte delle piattaforme e dei motori di ricerca online è costituita da imprese commerciali, con la novità che esse vengono considerate soggetti contrattualmente deboli rispetto alle piattaforme, tanto che per rappresentarli si è coniata l'espressione *contratti P2B*, per distinguerla dalla formula dei "contratti B2B" (che faceva pensare ad una posizione "paritaria" tra i contraenti) nel cui schema venivano in precedenza inquadrati tali rapporti.

La nuova "etichetta" sicuramente, pur escludendo l'estensione della disciplina consumeristica agli utenti commerciali, introduce un regime giuridico maggiormente attento alla condizione di "debolezza" in cui versa l'impresa che opera nel mercato digitale condizione che, a differenza di quella che caratterizza i contratti B2b, non è sopravvenuta ed eventuale ma, in relazione al mercato di riferimento, fisiologica e "strutturale".

2. I pericoli connessi all'uso dei servizi di intermediazione online e la necessità di rendere trasparenti le condizioni ed i termini contrattuali.

Nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al CESE e al Comitato delle regioni, intitolata "*Le piattaforme online e il mercato unico digitale. Opportunità e sfide per l'Europa*"[12] vengono elencati i principi sui quali si è basata l'azione della Commissione medesima nell'affrontare le questioni relative alle piattaforme online. Tra questi emerge quello di "tutelare un ambiente equo e favorevole all'innovazione" in considerazione del pericolo che le piattaforme online attuino pratiche commerciali scorrette[13]. In particolare, la dipendenza delle imprese da certi servizi online potrebbe determinare una serie di problemi, causati da <<modifiche immotivate di termini e condizioni senza preavviso; [la] rimozione dalla piattaforma di beni o servizi e la sospensione di account senza una chiara indicazione dei motivi; [la] mancanza di trasparenza in relazione al posizionamento di beni e servizi e delle imprese che li offrono; condizioni poco chiare per l'accesso e l'utilizzo dei dati raccolti dai fornitori; [e] una mancanza di trasparenza circa l'agevolazione di servizi concorrenti propri dei fornitori e le cosiddette clausole della nazione più favorita che limitano la capacità delle imprese di offrire condizioni più allettanti attraverso canali diversi dal servizio di intermediazione online>>[14].

---

tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro imput, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto".

[11] Come, ad es. quelle concernenti l'individuazione dei principali parametri utilizzati dai fornitori dei motori di ricerca per determinare il posizionamento dei risultati della ricerca (art. 5, par. 2 Regolamento) o l'eventuale trattamento differenziato che i medesimi fornitori riservano ai prodotti o servizi offerti direttamente ai consumatori o per il tramite di utenti titolari di siti web aziendali da loro controllati (art. 7, par. 2, Regolamento).

[12] Vedi COM (2016) 288 final del 25.5.2016, reperibile sul motore di ricerca www.eur-lex

[13] Ci sono piattaforme che impongono termini e condizioni sleali, che negano l'accesso al mercato o ne modificano unilateralmente le condizioni, che sono in concorrenza con i fornitori al punto da promuovere indebitamente i propri servizi a scapito dei fornitori. Vi è, poi, la possibilità, per i fornitori dei servizi di intermediazione online di introdurre clausole di parità abusive, con effetti deleteri per i consumatori ecc.

[14] Il problema si è posto, in particolare, con riferimento alle MFN (*Most Favoured Nation clause*) negli accordi tra *online travel agencies* ed imprese alberghiere, clausole con cui le imprese turistico-recettive si obbligano nei confronti dell'intermediario a non offrire le proprie strutture ricettive alla generalità degli utenti attraverso canali alternativi (diretti o intermediati) a prezzi e condizioni contrattuali più vantaggiosi rispetto a quelli oggetto del rapporto contrattuale a cui la clausola stessa accede, e cioè a quelle praticate per il tramite dell'intermediario-controparte. In argomento, cfr. *amplie* GALLI, F. "La nullità della clausola "MFN" nei contratti tra agenzie di intermediazione telematiche e imprese alberghiere", in *Nuove Leggi civili*

Peraltro, anche il ricorso a fini commerciali, da parte delle imprese, a motori di ricerca online non esclude rischi di pratiche commerciali scorrette da parte dei gestori di tali strumenti, come ad esempio quelle incidenti sul posizionamento della singola impresa nella sequenza dei risultati restituiti dal motore di ricerca con riferimento ad una data "interrogazione".

Per arginare questi fenomeni, la Commissione evidenzia la necessità di una normativa europea *ad hoc*, considerando l'insufficienza sul punto sia della disciplina sulla concorrenza[15], che della normativa a tutela dei consumatori sulle pratiche commerciali scorrette (pcs)[16].

Il primo strumento per contrastare l'attuazione di tali pratiche nel mercato digitale è costituito dalla previsione di una serie di obblighi di trasparenza "generali", a carico degli intermediari online, relativi alle condizioni ed ai termini contrattuali, unilateralmente predisposti[17] dai fornitori dei servizi di intermediazione online per regolare i loro rapporti con gli utenti commerciali che fruiscono dei servizi medesimi[18]. La considerazione della maggiore forza contrattuale che caratterizza i *marketplace* rispetto agli utenti commerciali - e che si traduce non soltanto nella predisposizione delle condizioni e dei termini contrattuali ma anche e soprattutto nella possibilità, da parte degli intermediari, di apportare ad esse modifiche peggiorative non negoziate - ha indotto, poi, il legislatore europeo a dettare una serie di regole che consentano di controbilanciare la posizione di debolezza/ svantaggio in cui vengono a trovarsi gli utenti commerciali[19]. Si prevede, infatti, in capo agli intermediari l'obbligo di

commentate, n. 6, 2018, 1387 ss.; COLANGELO, M. "Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking", in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, n. 1, 2017, 3 ss.; CISTARO, M. "Il recente interesse delle Authorities garanti dei legislatori nazionali per la clausola della nazione favorita", in *Dir. ind*., n. 6, 2015, 546 ss.; NADAL, M. "La prohibición legal de la cláusula de paridad tarifaria en la contratación electrónica de servicios de alojamiento. En special, el caso de Italia", in *Nuove leggi civili commentate*, n. 6/2017, 1347ss.; CAPOBIANCO, E. "La diffusione e la circolazione delle informazioni nel mercato turistico", in *Europa dir. priv.*, n. 6/2020, 513 ss.

[15] La Commissione, nella Proposta di Regolamento, afferma infatti che la normativa europea sulla concorrenza si focalizza sul comportamento anticoncorrenziale delle imprese e che le pratiche commerciali unilaterali potenzialmente dannose, poste in essere dai servizi di intermediazione online, non violano necessariamente gli artt. 101 e 102 TFUE, ragion per cui la normativa sulla concorrenza, nazionale ed europea, potrebbe non affrontare tutte le tipologie di problematiche ricomprese nella presente iniziativa. In altri termini, ci sono situazioni che, pur non ostacolando la libera concorrenza perché la piattaforma online non riveste una posizione dominante sul mercato, possono essere comunque espressione di pratiche commerciali scorrette da sanzionare.

[16] Anche su questo punto la Commissione ha avuto modo di osservare che la normativa a tutela dei consumatori, pur affrontando tutta una serie di pratiche commerciali potenzialmente dannose (vedi, in particolare le direttive 2005/29/CE e 93/13/CEE), ha un campo di applicazione limitato nelle transazioni tra imprese. E, sebbene la direttiva 2006/114/CE (concernente la pubblicità ingannevole e comparativa) tratti determinate relazioni tra imprese, le sue disposizioni si limitano alle pratiche pubblicitarie e non includono anche le pratiche commerciali potenzialmente dannose attuate nell'ambito della relazione contrattuale tra le piattaforme online e i loro utenti commerciali.

[17] A tal riguardo nel 14° considerando si precisa che l'unilaterale predisposizione dei termini e delle condizioni contrattuali vada determinata caso per caso in base ad una valutazione complessiva.

[18] L'obbligo di trasparenza può dirsi assolto se vengono rispettate le condizioni di cui all'art. 3, par.1, lett. da a) ad e) del Regolamento.

[19] Evidenzia SMORTO, G. "La tutela del contraente debole nella *platform economy* dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. *Omnibus*)", cit., 55 ss. le disparità di potere contrattuale che caratterizza l'economia delle piattaforme per la ridotta capacità degli utenti di influenzare il contenuto delle regole dello scambio (in quanto le piattaforme impongono le proprie condizioni di contratto senza che vi sia spazio per una negoziazione). Sono rarissimi, infatti, i casi in cui un professionista può avere la forza contrattuale di negoziare con la piattaforma e spesso il contenuto dei contratti non è neppure noto a chi li sottoscrive: la parte aderente dichiara di averli letti cliccando una semplice icona

informare le controparti relativamente alle modifiche di termini e condizioni contrattuali (pena la nullità delle relative clausole)[20], con comunicazione che deve essere effettuata su supporto durevole, e si prevede che tali modifiche saranno operative solo a seguito di un preavviso[21] da effettuarsi in un termine ragionevole e proporzionato alla natura e alla portata delle modifiche stesse e alle loro conseguenze per i destinatari. L'utente commerciale, tuttavia, può rifiutare le variazioni dei termini e delle condizioni contrattuali, chiedendo la risoluzione del contratto (con il fornitore dei servizi di intermediazione online) che sarà efficace entro 15 giorni dal ricevimento della notifica da parte dell'intermediario.

Poiché il "prepotere" contrattuale degli intermediari online potrebbe manifestarsi nel privare, immotivatamente, gli utenti commerciali della possibilità di utilizzare le piattaforme, per presunte violazioni e condotte illegali poste in essere da questi ultimi, all'art. 4 del Regolamento si prescrive che i termini e le condizioni contrattuali nei rapporti P2B debbano enunciare, in particolare, le ragioni che giustificano, da parte dei fornitori di servizi di intermediazione online, le decisioni di sospendere, cessare o limitare in altro modo, in tutto o in parte, la fornitura dei servizi di intermediazione online agli utenti commerciali [22]. Si tratta di una comunicazione importantissima[23] da rendere, ai destinatari, su supporto durevole almeno 30 giorni prima che la cessazione prenda effetto[24].

---

di consenso sul proprio computer, comportamento che avviene quasi automaticamente. Le piattaforme fanno largo uso di condizioni generali di contratto e dell'architettura dei propri siti per condizionare l'interazione degli utenti entro binari predefiniti, limitando le informazioni cui possono avere accesso o scambiare. Gli stessi contratti vengono eseguiti attraverso algoritmi (regole meccanizzate) che riducono la possibilità di un sindacato giuridico e di azioni legali. Peraltro anche nelle procedure di reclamo le piattaforme non sempre forniscono informazioni chiare sulle modalità operative. I meccanismi di ricorso interni funzionano in modo automatico e spesso non danno risultati. Senza contare che laddove una piattaforma assuma una posizione dominante sul mercato gli utenti possono essere avvantaggiati dalla possibilità di trovarvi molti fornitori, ma saranno penalizzati dai prezzi più alti e dalla dipendenza che tutte le situazioni di monopolio introducono. La situazione si aggrava quando la piattaforma, oltre ad essere la piazza virtuale che fa incontrare domanda e offerta è anche uno degli offerenti diretti di beni e servizi che opera in concorso con altri operatori che operano sulla stessa piattaforma inevitabilmente svantaggiati da questa circostanza. Ma ad essere svantaggiati saranno anche i consumatori che verranno indirizzati non verso le offerte migliori ma verso quelle della piattaforma o dei fornitori che avranno alla piattaforma commissioni più alte per essere resi più visibili. Queste ed altre considerazioni hanno reso necessaria una regolamentazione delle piattaforme per riequilibrare le asimmetrie che caratterizzano questi mercati.

[20] Il considerando n. 20 del Regolamento parla di una nullità con effetti *erga omnes* ed *ex tunc* limitata alle sole disposizioni non conformi.

[21] Il termine di preavviso deve essere almeno di 15 giorni dalla data in cui il fornitore informa gli utenti commerciali delle modifiche proposte e di esso si può fare a meno solo: quando la modifica dei termini e delle condizioni contrattuali è imposta da un obbligo normativo o regolamentare che non consente di rispettare il preavviso o quando le modifiche dei termini e delle condizioni si rendano necessarie per far fronte a un pericolo imprevisto e imminente connesso alla difesa dei servizi di intermediazione online, dei suoi consumatori o di altri utenti commerciali da frodi, malware, spam, violazioni dei dati o rischi per la sicurezza informatica. (Cfr. art. 3, par.2, Regolamento).

[22] I fornitori dei servizi di intermediazione online dovranno motivare la loro decisione anche facendo riferimento a fatti o circostanze specifici, compreso il contenuto delle notifiche di terzi ed il richiamo alle pertinenti ragioni di cui all'art.3, par.1, lett. c) del medesimo Regolamento, che lo hanno determinato in tal senso. La motivazione, tuttavia, non sarà richiesta nel caso di cui all'art.4, par. 5, Regolamento.

[23] La comunicazione dell'intermediario è utile per consentire alle aziende interessate di ristabilire la conformità delle loro condotte ai termini e alle condizioni contrattuali sottoscritti o, nel caso in cui ritengano il provvedimento preso nei loro confronti temerario e contestabile, di poter fare efficacemente ricorso.

[24] Questo termine di preavviso potrà essere bypassato solo nelle ipotesi indicate all'art. 4, par. 4, lett. a), b) e c) del Regolamento. La norma cerca di bilanciare due interessi tra loro contrapposti: da una parte, quello del fornitore che potrebbe avere legittime motivazioni per sospendere o cessare la fornitura dei suoi servizi ad utente commerciale che viola gli accordi

Un aspetto cruciale nell'economia delle piattaforme online è, inoltre, costituito dal posizionamento delle aziende all'interno di esse e dei motori di ricerca, per il forte impatto che questa collocazione può avere sulle scelte dei consumatori e sul loro successo commerciale[25].

Per evitare condotte abusive nella determinazione del posizionamento (dei prodotti o dei servizi delle singole aziende) nell' elenco dei risultati indicati dalla piattaforma o dal motore di ricerca, la normativa prevede l'obbligo per i fornitori di delineare preventivamente i principali parametri che determinano questo posizionamento, per consentire gli utenti commerciali non solo di comprendere come funziona tale meccanismo e di confrontare le pratiche di posizionamento dei vari fornitori, ma anche di migliorare la presentazione dei loro beni e servizi o di alcune loro caratteristiche[26]. Qualora, poi, l'ordine di posizionamento subisca variazioni a seguito di una segnalazione da parte di terzi, il fornitore del servizio di intermediazione dovrà offrire all'utente interessato la possibilità di prendere visione del contenuto della segnalazione per poter proporre eventuale reclamo[27].

Oltre a questi obblighi di trasparenza "generali" il Regolamento ne prevede altri, per così dire, "specifici" come la descrizione in contratto, da parte dei fornitori dei servizi di intermediazione online, dei prodotti e servizi accessori[28] (in quanto complementari a quelli dell'utente commerciale), offerti ai consumatori (es. servizi di riparazione o prodotti finanziari specifici, come l'assicurazione di noleggio auto)[29], o

---

contrattuali, o per decidere, semplicemente, di limitare il servizio nei suoi confronti e, dall'altra, le esigenze degli utenti commerciali a non perdere definitivamente il servizio di intermediazione.

[25] Il posizionamento determina, infatti, la rilevanza delle offerte degli utenti commerciali o, ancora meglio,<< la rilevanza attribuita ai risultati della ricerca come presentati, organizzati o comunicati dai fornitori di servizi di intermediazione online o dai fornitori di motori di ricerca online, risultante dall'utilizzo di meccanismi algoritmici di ordinamento in sequenza, valutazione o recensione, dalla messa in evidenza visiva o da altri strumenti di messa in rilievo, o da una combinazione tra questi>>.

[26] Per la conoscenza di tali parametri, così come per le condizioni ed i termini contrattuali, si richiede una descrizione facilmente e pubblicamente accessibile, redatta in un linguaggio semplice e comprensibile e costantemente aggiornata. Ma, soprattutto, nell'ipotesi in cui sul posizionamento aziendale possa influire il pagamento di un corrispettivo che l'impresa interessata versi al fornitore del servizio di intermediazione online è necessario che l'intermediario online illustri la possibilità e gli effetti del corrispettivo sul posizionamento. In tutti questi casi l'obbligo di trasparenza può ritenersi assolto se gli utenti commerciali possano chiaramente "se, come e in quale misura" il meccanismo di posizionamento tenga conto delle caratteristiche dei beni e dei servizi offerti ai consumatori, della pertinenza di tali caratteristiche per i consumatori e, con riguardo ai motori di ricerca online, delle caratteristiche grafiche del sito web utilizzato da utenti titolari di un sito web aziendale.

[27] L'art.5, al par. 6 prevede sempre a carico degli intermediari online l'obbligo di non divulgare, in dettaglio, i meccanismi di posizionamento, inclusi gli algoritmi, per tutelare gli utenti commerciali dal rischio che terzi possano manipolare in mala fede i risultati delle ricerche. A salvaguardare gli interessi degli utenti commerciali (e, indirettamente, anche dei consumatori) basta la descrizione dei principali parametri di posizionamento utilizzati dagli intermediari online, ai quali occorre, peraltro, garantire la protezione dei segreti commerciali (in conformità alla direttiva UE 2016/943). Riaffiora qui il principio di proporzionalità, che caratterizza il Regolamento, nel rispetto del quale si cerca di contemperare l'interesse degli intermediari online a rimanere liberi nel definire le politiche generali per la fornitura dei loro servizi ed a salvaguardare la loro capacità di innovarsi in un contesto tecnologico ed economico online in rapido mutamento, con l'interesse degli utenti commerciali ad operare in un ecosistema online competitivo, equo e trasparente che offra la possibilità di veder tutelati i propri diritti.

[28] In base all'art.2, n. 11 Regolamento si tratta dei prodotti e servizi offerti al consumatore prima del completamento di una transazione avviata sui servizi di intermediazione online, in aggiunta e in modo complementare rispetto al prodotto o servizio principale offerto dall'utente commerciale attraverso i servizi di intermediazione online.

[29] Tale descrizione consentirà all'utente commerciale di capire se e a quali condizioni potrà offrire un proprio bene o servizio accessorio in aggiunta a quello primario che immette sul mercato attraverso i servizi di intermediazione online.

la descrizione e la motivazione di eventuali trattamenti differenziati che i suddetti fornitori riservano ai propri prodotti o servizi o a quelli dei un utente da loro controllato rispetto a tutti gli altri[30].

Infine, sempre nell'ottica di eliminare la posizione di asimmetria informativa e contrattuale in cui si trovano gli utenti commerciali, il Regolamento prevede che termini e condizioni contengano, altresì, alcune "clausole contrattuali specifiche", che concretizzano la buona fede e la correttezza cui devono ispirarsi le condotte dei fornitori di servizi di intermediazione online[31]; le condizioni di accesso a tutta una serie di dati forniti dagli stessi utenti commerciali o dai consumatori per l'uso dei servizi di intermediazione online[32]; le ragioni di ordine economico, commerciale o giuridico di eventuali limitazioni imposte agli utenti commerciali di offrire i loro beni e servizi ai consumatori a condizioni più favorevoli tramite mezzi diversi dalle piattaforme online, con la precisazione che tali limitazioni, per essere ammesse, debbano comunque risultare compatibili con le normative nazionali ed europee in termini di pcs e di concorrenza[33].

Da quanto detto emerge come il Regolamento sia incentrato essenzialmente sulle regole di trasparenza proprio in considerazione di una debolezza degli utenti commerciali nei confronti dei fornitori di servizi online molto simile a quella ascritta ai consumatori nei contratti B2C, debolezza derivante sia dalla asimmetria di potere contrattuale ed informativo che caratterizza queste relazioni, sia dalla sempre maggiore "dipendenza" degli utenti commerciali dalle piattaforme per ottenere successo economico nel mercato digitale, una dipendenza indirettamente incidente anche sui consumatori che potrebbero non poter godere di offerte equilibrate.

3. Il Regolamento e la disciplina del codice del consumo sulle pratiche commerciali scorrette.

Prima che venisse emanato il Regolamento 1150/2019, l'attenzione nei confronti dell'impresa debole ha trovato riscontro, nel nostro Paese, in diversi provvedimenti europei[34] e, soprattutto, nelle modifiche introdotte alla disciplina sulle pratiche commerciali scorrette (da ora pcs) dall'art. 7 del d. l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modifiche nella l. 24 marzo 2012, n. 27.

L'intervento normativo, dando seguito anche ad un'importante <<Segnalazione >> dell'AGCM[35] volta a favorire l'estensione alle microimprese degli strumenti di tutela contro le pratiche commerciali ingannevoli o aggressive, si

---

[30] La stessa regola viene prevista, per il caso dei motori di ricerca online, dal paragrafo 2 dell'art. 7. L'obiettivo della disposizione è quello di evitare che l'intermediario online si avvalga di vantaggi economici e tecnici che potrebbe negare agli utenti commerciali concorrenti.

[31] L'art. 8 del Regolamento prescrive, infatti, che i fornitori dei servizi di intermediazione online si obbligano a non imporre modifiche retroattive dei termini e delle condizioni contrattuali, salvo che non siano autorizzati dalla legge o si tratti di modifiche *in melius*; a garantire che il contratto contenga informazioni sulle condizioni in presenza delle quali gli utenti commerciali possono chiederne la risoluzione e inseriscono nei termini e nelle condizioni contrattuali una descrizione relativa all'accesso o meno ai dati forniti dall'utente commerciale dopo la scadenza del contratto

[32] Cfr. art. 9 Regolamento.

[33] Cfr. art. 10 Regolamento

[34] Per una panoramica delle diverse normative europee che hanno equiparato le microimprese ai consumatori al fine di estendere alle prime le misure di tutela del contraente debole cfr. *amplie* DE CRISTOFARO, G. "Pratiche commerciali scorrette e <<microimprese>>", in *Nuove leggi civili commentate,* n. 1, 2014, 3 ss. Un'interessante riferimento alla tutela delle PMI si trovava anche nella Proposta di Regolamento sul diritto comune della vendita (COM (2011) 635 def.). Che non si tratti, tuttavia, di un Provvedimento con cui il legislatore europeo abbia voluto accogliere la teoria del <<contratto con asimmetria di potere contrattuale>>, come nuova figura di riferimento comprendente oltre ai contratti con i consumatori anche quelli con le imprese deboli, lo rileva puntualmente D'AMICO, G. "Il Diritto comune europeo della vendita", in *Contratti,* n. 7, 2012, 621 s.

[35] Si tratta delle <<Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza>> formulate dall'AGCM il 5 gennaio 2010.

distingue, comunque, da altre normative interne attuative di direttive comunitarie, rispetto alle quali il legislatore si è mantenuto libero di avvalersi o meno della possibilità di equiparare consumatori e microimprese, tutte le volte in cui la normativa europea lo autorizzava a farlo[36], ma anche dalle normative in cui il nostro legislatore ha deciso di procedere all'equiparazione, trattandosi di ambiti settoriali ben definiti (servizi di pagamento[37], contratti bancari e di credito[38]) e di ridurre, rispetto a norme di generale applicazione, i potenziali destinatari delle stesse[39].

L'estensione della disciplina sulle pcs alle microimprese non era prevista dalla direttiva 2005/29/CE anche in considerazione dell'orientamento dominante, in dottrina e giurisprudenza[40], che riteneva di limitare la tutela delle imprese alle sole ipotesi espressamente previste, come l'abuso di posizione dominante e i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali[41]. La circostanza che il nostro legislatore abbia ampliato la platea dei destinatari della disciplina sulle pcs non è incompatibile con la direttiva[42], ma è espressione di un'esigenza già avvertita a livello europeo da una serie di provvedimenti che hanno cronologicamente anticipato il Regolamento 1150/2019[43].

La scelta di estendere l'ambito di operatività della disciplina sulle pcs alle pratiche poste in essere nei confronti delle microimprese ha rappresentato un'unicità italiana e ha evidenziato, fin da subito, problemi di "adattamento" dei nuovi destinatari rispetto ad una regolamentazione confezionata, essenzialmente, per tutelare i consumatori. E ciò non riguarda soltanto la disciplina delle pratiche espressione di pubblicità commerciale (che se dirette alle microimprese implicano l'applicazione di regimi differenziati[44]), ma anche e soprattutto delle condotte imprenditoriali diverse dalla pubblicità, che abbiano come obiettivo quello di "falsare"

---

[36] Si pensi, ad es. al d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170, in materia di contratti di garanzia finanziaria attuativo della *direttiva Collateral*, che all'art. 2, comma 2 bis, esclude dal suo ambito di applicazione i crediti (aventi ad oggetto la restituzione di finanziamenti erogati da enti creditizi) « per i quali il debitore è un consumatore », senza tuttavia escludere altresì (ciò che pure sarebbe stato consentito dalla direttiva) i crediti pecuniari aventi ad oggetto la restituzione di finanziamenti concessi da enti creditizi a microimprese.

[37] Il riferimento è, ovviamente, all'art. 2, comma 4, d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11

[38] Cfr. artt. 118, comma 2 *bis* e 120 *quater*, comma 9, lett. *a bis*, t.u.b.

[39] Per queste considerazioni, DE CRISTOFARO, G. "Pratiche commerciali scorrette e <<microimprese>>", cit., 8 ss., ma anche LABELLA, E. "Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici", in *Contratto e Impr.*, n. 3, 2013, 691.

[40] Cfr. per tutte C. Cost. 22/11/2002, n. 469, in *Foro it*., 2003, I, 340, con nota di A. Plaia, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33 c. cons. nella parte in cui non equiparava al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane reputando le stesse idonee a contrarre su un piano di formale parità con i professionisti.

[41] A cui si aggiungono, nel nostro ordinamento, l'abuso di dipendenza economica, disciplinato dall'art.9 della legge sulla subfornitura e l'affiliazione commerciale, regolata dalla legge 4/2004.

[42] Lo rileva anche G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e <<microimprese>>*, cit., 12.

[43] Si tratta della Comunicazione della Commissione del 27 novembre 2012, « Proteggere le imprese dalle pratiche di commercializzazione ingannevoli e garantire l'effettivo rispetto delle norme – Revisione della direttiva 2006/114/CE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa », in COM (2012) 702 def.; del «Libro Verde sulle pratiche commerciali sleali nella catena di fornitura alimentare e non alimentare tra imprese in Europa », presentato dalla Commissione il 31 gennaio 2013 [COM (2013)37 def.; della direttiva 2019/633/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17.4.2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, in www. eur-lex.europa.eu.

[44] Sul punto *amplie* DE CRISTOFARO, G. "Pratiche commerciali scorrette e <<microimprese>>", cit., 16 ss. L'A. evidenzia come nel caso di microimprese, per la pubblicità comparativa operi esclusivamente l'art.4 d.lgs. 145/2007, mentre per la pubblicità ingannevole, vista la precisazione contenuta nel novellato art. 19 c. cons., si applicheranno gli artt. 2, lett. b), 3 e 5 del d. lgs. 145/2007. Qualora la pubblicità integri gli estremi di una pratica aggressiva troveranno applicazione gli artt. 24-26 e 20, commi, 2 e 3 c. cons.

il comportamento economico dei destinatari inducendoli ad assumere una decisione commerciale che, altrimenti, non avrebbero preso.

Quando le pratiche diverse dalla pubblicità vengono poste in essere «nei rapporti fra professionisti e microimprese», succede che l'intera disciplina delle pratiche commerciali scorrette - e, quindi, anche delle disposizioni concernenti le pratiche commerciali ingannevoli (di cui agli artt. 21-23 c. cons.), inoperanti quando la pratica commerciale è una pratica pubblicitaria[45] - troverà applicazione, nonostante molte disposizioni (come l'art. 20, comma 3, c. cons., ma lo stesso potrebbe dirsi per quasi tutte le lettere degli artt. 23 e 26 c. cons.) sembrino dettate esclusivamente a tutela dei consumatori. A complicare le cose vi è la difficoltà (ed i maggiori costi) per il professionista che attua pratiche commerciali di procurarsi le informazioni sulla natura o meno di microimpresa dei destinatari della sua attività, il che lo renderebbe anche meno competitivo rispetto ad altri concorrenti che operano sempre nel mercato dell'Unione, senza essere assoggettati a questi vincoli. Ciò spiega, probabilmente, perché la scelta italiana non sia stata seguita da altri Paesi europei[46] e perché la differenziazione tra imprese non trovi conferma nei successivi provvedimenti europei, come il Regolamento 1150/2019, che offre una tutela preventiva più ampia di quella offerta dagli artt. 18 e ss. del codice del consumo e si affianca ad essa, a beneficio non soltanto delle microimprese, ma di tutti gli utenti commerciali che operano nel mercato digitale[47]. Entrambi i provvedimenti sono ispirati da logiche simili. La normativa sulle pcs si pone come obiettivo quello di regolare l'attività commerciale entro i confini della buona fede e della correttezza, ed offre <<una tutela preventiva e generale delle pre-condizioni di negozialità dei contratti e degli atti di esercizio dei diritti contrattuali dei consumatori>>[48], aggiungendo un altro segmento normativo al diritto della concorrenza e a quello dei consumatori nell'ottica di contribuire alla ristrutturazione ed alla protezione del mercato unionale[49]. Anche il Regolamento 1150/2019 si caratterizza per l'obiettivo di regolare il corretto funzionamento del mercato e, specificamente del mercato digitale europeo, dove oltre al problema delle pcs perpetrabili dalle imprese ai danni dei consumatori, si pone anche quello delle pratiche commerciali dannose che i fornitori dei servizi di intermediazione online o i motori di ricerca online possono attuare nei confronti dei loro utenti commerciali.

Ma mentre la disciplina sulle pcs interviene *ex post* (a rimedio delle pratiche commerciali scorrette che vengono attuate), gli obblighi di trasparenza (contenuti negli artt. 3 e ss. del Regolamento) mirano – come si è sopra visto – proprio ad impedire che i fornitori dei servizi di intermediazione online attuino, nei confronti degli

[45] Vedi nota precedente.

[46] Parla di unicità della scelta italiana DE CRISTOFARO, G. "Pratiche commerciali scorrette e <<microimprese>>", cit., 14, nota 32.

[47] Esemplare è, al riguardo, il par.4 dell'art.1 del Regolamento laddove si afferma che nuova normativa <<non pregiudica la legislazione nazionale che, secondo il diritto dell'Unione, vieta o sanziona i comportamenti unilaterali o le pratiche commerciali sleali nella misura in cui gli aspetti pertinenti non sono contemplati dal presente regolamento…>>.

[48] Così ORLANDO, S. *Le informazioni*, Cedam, Padova, 2012, 150.

[49] Peraltro, è indubbio che la tutela del corretto funzionamento del mercato non può essere affidata soltanto ad interventi di tipo pubblico ma implica inevitabilmente la regolazione dell'attività di commercializzazione e di quella contrattuale conseguente. Vedi CAMARDI, C. "Pratiche commerciali scorrette e invalidità", in VV. AA. *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 149.

utenti commerciali, pratiche commerciali sia "ingannevoli"[50], che "aggressive"[51].

E, soprattutto, sono diverse le tutele invocabili dai soggetti lesi. Così, in ipotesi di pratiche commerciali scorrette nei confronti di microimprese si applicano gli artt. 18 ss. c. cons., ma considerando l'assenza di una chiara regolamentazione delle conseguenze civilistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette[52], la tutela finisce per esaurire la propria rilevanza sul piano (pubblicistico) delle sanzioni amministrative e dei provvedimenti suscettibili di essere adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato[53].

Per gli utenti commerciali di cui al Regolamento 1150/2019, invece, occorre distinguere se le pratiche scorrette siano state attuate dai motori di ricerca o dalle piattaforme online. Nel primo caso, infatti, le imprese danneggiate si troveranno in una condizione assimilabile a quella delle microimprese e potranno invocare solo una tutela di tipo amministrativo. Nel caso in cui, invece, siano controparti dei fornitori di servizi di intermediazione online potranno far valere la nullità delle clausole contrattuali difformi dalle previsioni del Regolamento, chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento dell'intermediario online (art. 3, par. 2, Regolamento), farne cessare i comportamenti lesivi con l'azione inibitoria collettiva (art. 14 Regolamento) e comporre gli interessi confliggenti con quelli dei fornitori delle piattaforme online attraverso sistemi di risoluzione alternativa delle controversie (sistema interno dei reclami e mediazione), che hanno carattere conservativo (e non ablativo) del rapporto contrattuale. Non v'è dubbio, infatti, che per gli utenti commerciali la presenza in rete apre a nuove possibilità di successo commerciale, per cui il loro interesse – di fronte a condotte scorrette o inadempienti della controparte forte – non è certamente quello di risolvere il contratto, ma di evitare gli abusi che potrebbero essere perpetrati, ai loro danni dai Big della rete. Si comprende, allora, perché il Regolamento sia essenzialmente una *disclosure law* e che abbia l'obiettivo di sanzionare, con il rimedio *tranchant* della nullità, le condizioni contrattuali espressioni di abuso di autonomia negoziale da parte delle piattaforme che violano le regole di trasparenza, correttezza e buona fede[54].

4. (Segue)… e il dibattito tra contratto "asimmetrico" e "terzo contratto".

La novellata disciplina delle pratiche commerciali scorrette ed il Regolamento 1150/2019 si prestano, poi, a qualche considerazione più generale sulla

[50] Come ad es. la mancata comunicazione delle ragioni che giustificano le decisioni di sospendere, cessare o limitare in altro modo, in tutto o in parte, i servizi di intermediazione online o delle modifiche unilateralmente apportate ai termini e alle condizioni contrattuali; la mancata comunicazione dei parametri principali sul posizionamento delle imprese, dei prodotti e servizi accessori offerti dagli intermediari in aggiunta a quelli offerti dall'utente commerciale, di eventuali trattamenti differenziati riservati a prodotti o servizi forniti dagli stessi intermediari online sulla piattaforma rispetto a quelli offerti, sulla medesima piattaforma, da altri utenti commerciali, della possibilità riconosciuta agli utenti commerciali di avere accesso a determinati dati, della possibilità di ricorrere al sistema interno dei reclami e alla mediazione ecc.

[51] Si pensi, ad es., all'intermediario online che limiti, sospenda e cessi il servizio senza dare preavviso né la possibilità, all'utente commerciale, di chiarire i fatti e le circostanze relative alla violazione che gli viene imputata attraverso il sistema interno di gestione dei reclami.

[52] L'assenza nella disciplina delle pcs di tutele civilistiche specifiche ha alimentato un acceso dibattito dottrinale nel nostro Paese. Per un'ampia ricostruzione cfr., per tutti, FACHECHI, A. *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, ESI, Napoli, 2012.

[53] Cfr. ZORZI, N. "Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", in *Contratto e Impr.*, n. 2, 2010, p. 433 s.

[54] Il fatto che la nullità appena richiamata sia strutturata come nullità parziale non esclude, tuttavia, che il contratto tra intermediari online e utenti commerciali possa comunque essere nullo per altre cause (v. art. 1, par. 4 Regolamento)

contrattazione diseguale tra imprese. L'estensione della disciplina consumeristica sulle pcs alle microimprese (considerate "deboli" sia dal punto di vista dell'acquisizione delle informazioni utili a contrarre, sia dal punto di vista del potere di negoziare a condizioni sostanzialmente di parità con la controparte professionale) ha indotto parte della dottrina a considerare la direttiva 2005/29/CE come uno dei diversi indici normativi idonei a giustificare la creazione di un paradigma contrattuale unitario, quello del contratto asimmetrico o <<contratto con asimmetria di potere contrattuale>>[55], ricalcato sul modello del contratto del consumatore, le cui regole finirebbero per essere estese anche a destinatari che consumatori non sono. Idea, questa, contrastata da altro filone dottrinale (cui è ascrivibile l'elaborazione della categoria del <<terzo contratto>>[56]), che ha messo in evidenza le diverse ragioni ostative alla sovrapponibilità del paradigma consumeristico ai rapporti "asimmetrici" tra imprese, ragioni che restano valide ancora oggi, pur in presenza di una legislazione europea e nazionale che appare quantitativamente più *sensibile* alle esigenze di tutela delle imprese "deboli"[57].

Istituti come la nullità di protezione, il recesso di pentimento, gli obblighi di informazione, il neoformalismo negoziale, giustificati dalla condizione di "strutturale debolezza del consumatore", rappresentata dalla sua condizione di asimmetria informativa e contrattuale, o non trovano spazio o, comunque, finiscono per assolvere ad altre funzioni, nei rapporti B2b dove la debolezza di alcune imprese rispetto alle controparti "professionali" «non si presta ad alcuna schematizzazione tramite la tecnica della fattispecie analitica, preordinata a delineare in termini generali e astratti

---

[55] Cfr. ROPPO, V. "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma", in ROPPO, V. *Il contratto del duemila*, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, 23 ss., specie 51 ss., nonché ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv*., 2007, 669 ss., spec., 682 ss. In argomento cfr. BENEDETTI, A.M. voce "Contratto asimmetrico", in *Enc. dir*., *Annali*, V, Milano, 2012, 370 ss.; CHIARELLA, M.L. *Contrattazione asimmetrica segmenti normativi e costruzione unitaria*, Giuffrè, Milano, 2016, spec. 380 ss., ma, in senso critico, v. ZOPPINI, A. "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza", in *Riv. dir. civ.* I, 2008, spec. 536, nonché ID., "Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese", in GITTI, G.; VILLA, G. *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 223 ss., spec. 236 s.; CAMARDI, C. "Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"", in *Riv. crit. dir. priv.,* 2005, 549 s.; ROMEO, F. "Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole", in *Obblig. e contr*., n. 6, 2012, 440 ss.; NONNE, L. "La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto?", in *I contratti*, n. 7, 2016, 719 ss.

[56] Con tale espressione può farsi riferimento alla configurazione di una fattispecie, all'individuazione di una disciplina e all'indicazione di un metodo (AMADIO, G. "Il terzo contratto. Il problema", in GITTI, G.; VILLA, R. (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008, 29 s.). La sua introduzione nel linguaggio giuridico si deve a PARDOLESI, R. "Prefazione" a COLANGELO, G. *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, XI ss. Sull'argomento, *ex multis*, segnaliamo: PARINI, M.M., "Terzo contratto e tutela dell'imprenditore debole", in *Studium Juris*, n. 3, 2015, 308 ss.; NAVARRA, R. *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali*, ESI, Napoli, 2014; GIANOLA, A. voce "Terzo contratto", in *Dig. disc. priv. Sez. civ*., *Aggiorn*., IV, Torino, 2009, 570 ss.; VV. AA., *Il terzo contratto* (GITTI G.; VILLA, R. cur.), Il Mulino, Bologna, 2008; D'AMICO, G. voce "Formazione del contratto", in *Enc. dir., Annali,* II, tomo 2, 2008, 592 ss.; NAVARRETTA, E. " I contratti d'impresa e il principio di buona fede", in SIRENA, P. cur.*, Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Giuffrè, Milano, 2006, 507 ss.; PIRO, E. *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Dike giuridica, Roma, 2013; FRANCO, G. F. *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, WKI, Padova, 2003.

[57] Individua nel diritto contrattuale comunitario il manifestarsi di una linea di tendenza volta a considerare come oggetto di regolazione europea anche le relazioni tra imprese, ROPPO, V. "Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?", in *Corr. giur*., n. 2, 2009, 269 ss.

l'impresa strutturalmente debole»[58].

Ciò è dovuto, essenzialmente, al diverso fondamento della debolezza del consumatore rispetto a quella dell'impresa. La prima, com'è noto, origina dall'asimmetria informativa che è un dato strutturale dei mercati finali in cui si confrontano professionisti e consumatori, mentre la debolezza del contraente imprenditore non dipende dalla carenza di informazioni (che la qualità di professionista tendenzialmente esclude), ma da situazioni di abuso di dipendenza economica sopravvenuta a seguito dell'entrata dell'impresa "debole" nella relazione contrattuale con l'impresa "forte", della quale finisce per subire il "prepotere"[59].

Pur aderendo all'impostazione teorica che considera come migliore collocazione della contrattazione diseguale tra imprese proprio l'ambito di un "terzo contratto" (distinto sia dal contratto tra eguali, sia dal contratto "asimmetrico" tra un professionista e un consumatore), appare evidente, da quanto detto, che i contratti P2B presentano punti di contatto e di divergenza con entrambi i modelli di confronto.

Sebbene l'asimmetria informativa rappresenti un tratto che accomuna utenti commerciali (soggetti "deboli" nel rapporto con i gestori di "piattaforme" e/o "motori di ricerca") e consumatori, rimane il fatto che il legislatore europeo non ha ritenuto di dover estendere ai contratti P2B la disciplina consumeristica[60].

Probabilmente anche perché nei rapporti P2B l'obiettivo che il legislatore europeo vuole perseguire non è quello di rimediare "all'ingiustizia" dello scambio nella logica della fattispecie contrattuale[61], neutralizzando, con la sanzione della nullità di protezione, le clausole vessatorie che, in assenza di trattativa individuale o di altre "scriminanti" legislative, determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto ai danni del consumatore, ma piuttosto quello di regolare "l'attività"[62] dei fornitori dei servizi di intermediazione online e dei motori di ricerca online, garantendo condizioni di mercato eque e trasparenti. Tale obiettivo si

---

[58] Il virgolettato appartiene a MAZZAMUTO, S. *Il contratto di diritto europeo*, I ed. agg., Giappichelli, Torino, 2012,165.

[59] L'impresa dominante, infatti - <<approfittando della situazione di dipendenza economica in cui si trova … il contraente che abbia effettuato investimenti specifici e che non disponga (più) di reali e soddisfacenti alternative di mercato – cercherà di "appropriarsi" di una parte dell'utile che doveva remunerare (in base alle previsioni contrattuali) l'attività (e il rischio con esse assunto) dell'altro contraente>> Così D'AMICO, G. voce "Formazione del contratto", in *Enc. dir., Annali,* II, tomo 2, 2008, 600, cui appartiene il virgolettato. L'A. elenca anche alcuni comportamenti opportunistici dell'impresa forte in cui si può estrinsecare l'abuso, come ad es. il rifiuto di vendere o di comprare i beni o servizi prodotti dall'impresa dominata; l'interruzione arbitraria delle relazioni contrattuali in atto; la richiesta di rinegoziare il contratto a condizioni più svantaggiose per la controparte; la minaccia di recedere dal rapporto o di non rinnovare, alla scadenza il contratto ecc.

[60] Anzi, il Regolamento si pone in stretta contiguità con le normative europee a tutela della concorrenza e del mercato e a tutela dei consumatori (in particolare con la direttiva 2005/29/CE sulle pcs). Relativamente alla prima, il Regolamento si focalizza sul comportamento anticoncorrenziale di alcune imprese digitali che, nel porre in essere alcune condotte unilaterali, potenzialmente dannose, non necessariamente violano la normativa europea sulla concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 TFUE. Quanto alla seconda, l'intervento della Commissione sembra collocarsi nell'ambito del *trend* legislativo che si propone di stabilire, in settori delimitati del mercato, alcuni obblighi specifici di diligenza professionale oltre i consueti confini del rapporto consumeristico.

[61] Perché il regolamento contrattuale unilateralmente predisposto dal professionista contiene le clausole vessatorie vietate e quindi contrasta con il modello "legale".

[62] In questo senso depone il riferimento ai codici di condotta che i fornitori dei servizi d'intermediazione online e dei motori di ricerca assieme alle organizzazioni/associazioni che li rappresentano sono invitati ad elaborare per garantire la corretta applicazione del Regolamento (v. art. 17 e considerando 48). Sull'affermazione che la disciplina dei contratti diseguali tra imprese sia una disciplina dell'attività e non del contratto, già con riguardo ai contratti B2b, ZOPPINI, A. "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza", cit., 536.

traduce nel sanzionare con la nullità clausole svantaggiose per gli utenti commerciali (ad es. quelle di modifica unilaterale *in peius* delle condizioni contrattuali), che *ex se* sarebbero valide, sol perché il fornitore del servizio di intermediazione online le ha predisposte violando le regole di trasparenza, cioè omettendo di darne comunicazione alla controparte mediante l'inserimento delle relative informazioni nei termini e nelle condizioni del servizio.

L'operatività dello stesso rimedio, tuttavia, induce a chiedersi se la nullità per violazione delle regole di trasparenza possa qualificarsi come nullità di protezione. Il Regolamento sul punto tace, ma offre una serie di indizi (la necessaria parzialità e l'efficacia *ex nunc* della nullità) che uniti alla finalità generale di tutelare il mercato[63], possono costituire argomenti sufficienti per avvalorare l'idea di una nullità protettiva. Peraltro, anche sotto il profilo della legittimazione ad agire, sebbene il Regolamento non si esprima, appare evidente che rileveranno tale nullità soltanto gli imprenditori che hanno concretamente interesse a farla valere (perché pregiudicati dalle condizioni contrattuali irrispettose dei requisiti di trasparenza prescritti dal Regolamento), o il giudice, *ex officio*, per rimuovere le conseguenze pregiudizievoli che tali clausole producono sul corretto funzionamento del mercato.

Infine, rispetto al paradigma del "terzo contratto", i contratti P2B, pur costituendo espressione della contrattazione diseguale tra imprese, presentano qualche differenza. Nelle relazioni *Platform to Business,* infatti, la tutela del mercato viene realizzata in modo preventivo e generalizzato, attraverso la regolazione dell'attività delle piattaforme e dei motori di ricerca, imponendo il rispetto di specifici obblighi di trasparenza, e, indipendentemente dal fatto che l'impresa, a seguito della conclusione del contratto di intermediazione online, si venga a trovare, in concreto, in una situazione di abuso di dipendenza economica[64]. Ovviamente questa tutela general-preventiva non elimina il rischio di patti che possano, *ex post*, determinare specifiche situazioni di abuso di dipendenza economica a danno di questo o quell'utente commerciale, ma in questi casi l'abuso non sarà presunto (come quando viene violato l'obbligo di trasparenza) e spetterà all'impresa (interessata alla nullità dei patti attraverso cui l'abuso si realizza), fornire la relativa prova[65].

In ogni caso il Regolamento prevede la possibilità, per l'impresa pregiudicata

---

[63] Tale finalità costituisce il fondamento di tutta la disciplina europea che regola i contratti tra imprese e quelli tra imprese e consumatori. Sul punto cfr., in particolare, D'AMICO, G. "L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori", in D'AMICO, G.; PAGLIANTINI, S. *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2015, 34 ss., il quale evidenzia che anche nella contrattazione consumeristica l'esigenza che la disuguaglianza di potere contrattuale esistente tra le parti non trasmodi in abuso non rileva soltanto come interesse individuale del contraente "debole" e "vessato" (interesse che da solo forse non giustificherebbe neppure la nullità), ma rileva *sub specie* di *interesse generale* a un <<ordine (o assetto) del mercato>> che si costituisca in virtù di una corretta competizione tra le imprese, piuttosto che attraverso i vantaggi ("competitivi") che taluno possa conseguire, facendone pagare il costo (in termini di minori "garanzie" fornite dal regolamento contrattuale) ai consumatori e agli utenti.

[64] Ad es. perché è stata ingiustamente privata della pagina web o ha subito trattamenti differenziati in senso peggiorativo dei prodotti o servizi che offre online ai consumatori; penalizzazioni in termini di ranking e visibilità sul sito web dell'intermediario; limitazioni alla possibilità di offrire gli stessi beni e servizi ai consumatori a condizioni diverse e tramite mezzi diversi dai servizi di intermediazione online ecc.

[65] Entrerebbe in gioco, qui, l'art.9 della l. sulla subfornitura che, com'è noto è norma attuativa di principi generali. Cfr., *ex multis*, MACARIO, F. "L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori", in SIRENA, P. cur., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2006, 277 ss.; NAVARRETTA, E. "Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo", in *Riv. dir. civ*., n. 5, 2005, 507 ss.; LIBERTINI, M. "La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie", in *Contratto e Impr.*, n. 1, 2013, 2; CAPOBIANCO, E. "L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura", in *Concorrenza e mercato*, 2012, 618 ss.; RENNA, L. "L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica", in *Contratto e Impr*., n. 2, 2013, 390 ss.; OCCELLI, F. "L'abuso di dipendenza economica come clausola generale?", in *Giur. it.*, n. 12, 2015, 2666; e, in giurisprudenza, per tutte, Cass., S.U., 25.11.2011, n. 24906.

dal comportamento abusivo (dei fornitori) delle piattaforme o dei motori di ricerca online, sia di rivolgersi al giudice, sia di risolvere le controversie più velocemente ed a basso costo, attraverso i meccanismi alternativi extragiudiziali costituiti dal sistema interno dei reclami e dalla mediazione.

5. I meccanismi di risoluzione delle controversie nei rapporti tra i fornitori di servizi di intermediazione online e le imprese commerciali.

L'esigenza di tutelare gli utenti commerciali dalle ipotesi di cessazione, sospensione o limitazione dei servizi di intermediazione online per segnalazioni provenienti da terzi o per condotte considerate illegali dagli stessi fornitori del servizio, ha indotto il legislatore europeo a prevedere altresì che i servizi di intermediazione online siano dotati di un sistema interno di gestione dei reclami, basato sui principi di trasparenza e di parità di trattamento, volto ad assicurare che <<una quota significativa di reclami possa essere risolta bilateralmente dal fornitore dal fornitore di servizi di intermediazione online e l'utente commerciale pertinente entro un lasso di tempo ragionevole>>.

Proposto il reclamo, la decisione presa dall'intermediario online (ad es. di sospendere il servizio, di escludere l'utente commerciale dalla piattaforma online, di declassarlo nel posizionamento, etc.) resta ferma fino alla decisione del reclamo. Peraltro, questo meccanismo, grazie al quale l'utente commerciale può ricorrere direttamente al fornitore, non esclude la possibilità di adire l'autorità giudiziaria, prima, durante e dopo la proposizione del reclamo. Si tratta, semplicemente, di una procedura alternativa (e non sostitutiva) di risoluzione delle controversie che, in termini di tempo e costi, dovrebbe risultare più vantaggiosa rispetto al tradizionale ricorso al giudice, ma la cui attivazione è su base volontaria[66].

Anche con riguardo al sistema interno di gestione dei reclami si prescrive il rispetto di precisi obblighi di trasparenza. I fornitori di servizi online, infatti, devono rendere conoscibili agli utenti commerciali, il funzionamento e l'efficacia del loro sistema interno di gestione dei reclami, aggiornando costantemente le informazioni che riguardano, essenzialmente, il numero e le tipologie dei reclami presentati, il tempo necessario per trattarli e gli esiti. Per minimizzare i costi amministrativi relativi ai sistemi interni di gestione dei reclami il Regolamento prevede non soltanto un certo grado di flessibilità nell'esercizio di essi[67], ma anche l'opportunità di esentare da questo meccanismo le piccole imprese, così come definite nella Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione, o quantomeno di renderlo, per esse, facoltativo.

6. Le regole sulla mediazione introdotte dal Regolamento. Confronto con la disciplina nazionale che regola la materia.

Il sistema di gestione dei reclami non è l'unica alternativa alla giurisdizione ordinaria, perché – nell'ipotesi in cui attraverso questo sistema non si sia comunque riusciti a risolvere le controversie tra intermediari online e utenti commerciali – il

[66] Dipende, cioè, esclusivamente dalla volontà dell'utente commerciale e dal verificarsi di alcune condotte: la presunta inadempienza, da parte del fornitore, degli obblighi stabiliti dal Regolamento; problemi tecnologici che si ricollegano direttamente alla fornitura dei servizi di intermediazione online e misure o comportamenti adottati dal fornitore direttamente connessi alla fornitura dei servizi di intermediazione online, in tutti i casi con conseguenze dannose per il reclamante.

[67] A tal riguardo, l'art. 11 del Regolamento detta le prescrizioni generali cui i fornitori dei servizi di intermediazione online devono attenersi nell'ambito del sistema interno di gestione dei reclami. Essi, infatti, devono prestare la debita attenzione ai reclami presentati al fine di risolvere adeguatamente i problemi sollevati; devono trattare i reclami in modo rapido ed efficace, tenendo conto dell'importanza e della complessità dei problemi sollevati e comunicare agli interessati gli esiti della procedura, utilizzando un linguaggio semplice e comprensibile.

Regolamento, all'art. 12, prevede la possibilità del ricorso alla mediazione.

I fornitori dei servizi di intermediazione online, pertanto, dovranno indicare nei termini e condizioni contrattuali, due o più mediatori disposti ad impegnarsi per raggiungere un accordo con gli utenti commerciali. Si tratta, ovviamente, di un'ipotesi di mediazione volontaria, non preclusiva della giustizia ordinaria[68], idonea a sopperire alle difficoltà che gli utenti commerciali incontrano nel gestire controversie internazionali con gli intermediari online. E, d'altra parte, il settore dove la mediazione potrebbe presentare maggiori vantaggi è proprio quello dei rapporti tra imprese caratterizzati dalla durata nel tempo e dall'inidoneità del contratto a governare una relazione destinata ad evolvere nel corso del suo svolgimento[69]. In questi casi, la gestione della crisi del contratto viene assicurata più che dalle clausole di rinegoziazione, proprio dalla mediazione. Dopo l'emersione del conflitto, infatti, gli strumenti conciliativi alternativi al processo, si rivelano fondamentali sia quando permane l'interesse a conservare la relazione contrattuale, al fine di trovare un nuovo equilibrio, sia quando il rapporto non è più proseguibile ed occorre chiuderlo nel modo meno rovinoso possibile.

In questo settore, tuttavia, il ricorso alla mediazione per risolvere i conflitti resta ancora oggi prevalentemente facoltativo. Se si guarda alla realtà italiana, e si considerano le ipotesi specificamente previste dal d. lgs. 28/2010 (contratti bancari, assicurativi, finanziari, subfornitura, contratti agrari), non si può non registrare la sostanziale "chiusura" dell'istituto rispetto a fattispecie abbastanza diffuse di collaborazione commerciale (contratti di appalto, di distribuzione, di affiliazione commerciale[70], di cooperazione, contratti di rete, di consorzio per lo svolgimento in comune di una parte dell'attività, contratti di licenza di marchi e brevetti ecc.).

Invece, soprattutto nelle controversie che originano da rapporti "di rete" e da rapporti "societari", la mediazione potrebbe rappresentare uno strumento più efficiente del giudizio, perché alimenta un clima di fiducia e di tendenziale stabilità, esigenze spesso dettate anche dalla composizione familiare della compagine societaria dell'impresa che rende ancora più complesso il conflitto[71].

Il problema principale, posto dalla mediazione, è rappresentato dalla necessità che i mediatori siano imparziali, indipendenti e competenti. Sono questi, infatti, alcuni dei requisiti imprescindibili ed essenziali per la buona riuscita di una mediazione[72].

---

[68] All'art. 12, par. 5, del Regolamento si legge, infatti, che il tentativo di raggiungere un accordo attraverso la mediazione <<non pregiudica il diritto dei fornitori di servizi di intermediazione online e degli utenti commerciali interessati di promuovere un'azione giudiziaria in qualsiasi momento prima, durante o dopo il processo di mediazione>>.

[69] Sul tema cfr. MACARIO, F. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, ESI, Napoli, 1996, nonché i contributi successivi dell'autore.

[70] Per il contratto di franchising l'art. 7 della legge sull'affiliazione commerciale già disponeva che "per le controversie relative a contratti di affiliazione commerciale le parti possono convenire che, prima di adire l'autorità giudiziaria o ricorrere all'arbitrato, dovrà essere fatto un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede l'affiliato. Al procedimento di conciliazione si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 38, 39 e 40 del d. lgs. 17.1.2003, n. 5, e successive modificazioni>>. Si tratta di una possibilità che veniva riconosciuta ai contraenti con richiamo della disciplina della conciliazione societaria, e che oggi è fatta salva dall'ultimo comma dell'art. 5 del d. lgs. n. 28/2010, ma solo nel caso in cui i contraenti prevedano una clausola di mediazione nel contratto. Vale la pena precisare che queste norme sono state comunque abrogate dall'art. 23 del decreto n. 28/2010. Nel caso dell'affiliazione commerciale, tuttavia, possono presentarsi una serie di questioni "minori" che potrebbero essere meglio risolte con la mediazione (es. modalità di effettuazione dei saldi e delle campagne promozionali, ritiro dell'invenduto, ripartizione degli oneri inerenti pubblicità locale e nazionale ecc.). Sul punto cfr. SPINA, G. "La clausola di mediazione (con particolare riferimento ai contratti di appalto e franchising)", in *La nuova procedura civile*, 3 giugno 2013, nota 13.

[71] Sul punto cfr. LUCARELLI, P. "La mediazione nelle controversie commerciali", in BESSO, C. cur. *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, Torino, 2010, 220.

[72] Con riguardo all'imparzialità, occorre precisare che la stessa, nella mediazione, assume connotati specifici, differenti da quelli che caratterizzano l'omonima virtù richiesta nel giudizio

Maggiore attenzione viene riservata, dall'art. 12 del Regolamento, al requisito della competenza professionale. Si richiede che i mediatori abbiano "una conoscenza sufficiente dei rapporti commerciali tra imprese che consente loro di contribuire efficacemente al tentativo di dirimere le controversie" (lett. f) e che siano in grado "di fornire servizi di mediazione nella lingua in cui sono redatti i termini e le condizioni che regolano il rapporto contrattuale tra il fornitore di servizi di intermediazione online e gli utenti commerciali in questione" (lett. c). La competenza cui fa riferimento la norma è, infatti, una competenza specifica, sia di tipo linguistico, per il carattere transfrontaliero delle contrattazioni, sia di tipo giuridico-economico, poiché i rapporti contrattuali si collocano a livello dei mercati intermedi, dove gli operatori commerciali sono entrambi imprese e, come si è detto in precedenza, possono determinarsi situazioni di squilibrio (abuso di posizione dominante o (quantomeno) di dipendenza economica) a danno delle imprese più deboli.

Questa più specifica competenza si aggiunge alle altre competenze che i mediatori devono già possedere in base ai codici deontologici e alla formazione conseguita attraverso enti all'uopo accreditati[73]. Si tratta di competenze di carattere generale (di tipo umano, comunicativo, psicologico e analitico), settoriali (concernenti la procedura di mediazione e le peculiari esigenze delle parti) e giuridiche[74], perché

ordinario. Obiettivo del giudice, infatti, è quello di assumere una decisione autoritativa, distribuire torti e ragioni e portare una parte alla vittoria. L'imparzialità, cioè, attiene alla sfera interna del giudicante che deve emettere un giudizio libero da influenze estranee, che deve agire in posizione di terzietà (v. SPACCAPELO, C. *L'imparzialità dell'arbitro*, Giuffrè, Milano, 2009, 27 ss.; DANOVI, F. "Per uno statuto giuridico del mediatore", in *Riv. dir. proc*., n.4, 2011, 779; BINA, M. "L'etica del mediatore", in *Riv. dir. proc*., n. 2, 2020, 625). Nel caso della mediazione l'imparzialità, più che un obbligo del mediatore è un principio/criterio informatore dell'intera "procedura" (cfr. l'art. 3, lett. b) della dir. 2008/52/CE, l'art. 2.2 del CECM e l'art. 14, 2° comma, lett. b) d. lgs. n. 28/2010) dove l'obiettivo di ripristinare il dialogo tra le parti e di permettere il raggiungimento di un accordo tale che soddisfi i loro interessi può essere raggiunto solo se il mediatore si colloca in una posizione di equidistanza (cfr. VALENTE, M. *Il procedimento di mediazione*, in MAIETTA, A. cur., *La nuova mediazione civile e commerciale*, CEDAM, Padova, 2014, 62), concedendo pari spazi alle parti, intervenendo a favore di quella più debole per rimediare a situazioni di squilibrio preesistenti, rifiutando accordi scorretti o illeciti. Il Regolamento 1150/2019 si limita a prescrivere il requisito dell'imparzialità senza ulteriori precisazioni, con la conseguenza di rinviare sul punto alle legislazioni nazionali ed al CECM. Lo stesso dicasi per il requisito dell'indipendenza che è intimamente connesso all'imparzialità. L'indipendenza implica l'assenza di legami con le parti, in modo da escludere possibili condizionamenti nell'attività di mediazione. Ora, proprio questo profilo appare confliggere con le modalità di nomina dei mediatori che, ai sensi dell'art. 12 Regolamento, vengono indicati dagli stessi fornitori dei servizi di intermediazione online anche tra mediatori che prestano la loro attività da luoghi al di fuori dell'Unione. Questa circostanza potrebbe pregiudicare l'indipendenza/neutralità dei mediatori, caratteristica che dovrebbe presupporre l'assenza di qualunque forma di connessione soggettiva con le parti derivante da rapporti partecipativo-professionali. La neutralità dei mediatori potrebbe essere minacciata, altresì, dalla possibilità, prevista dall'art. 13 del Regolamento, che i fornitori dei servizi di intermediazione online e le loro organizzazioni/associazioni maggiormente rappresentative istituiscano una o più organizzazioni di servizi di mediazione. E' evidente che in questi casi il mediatore verrà scelto dal soggetto forte e non d'intesa con l'utente commerciale, come invece, sarebbe stato auspicabile.

[73] Vale la pena ricordare che per l'art.1.1 del CECM la competenza comprende <<una formazione adeguata e un continuo aggiornamento della propria istruzione e pratica nelle capacità di mediazione, avuto riguardo alle norme pertinenti ed ai sistemi di accesso alla professione>>.

[74] Lo rileva bene DANOVI, F. "*Per uno statuto giuridico del mediatore"*, cit. 780, per il quale è <<fondamentale che il mediatore abbia la capacità di vagliare gli atti del ricorrente e del convenuto e le rispettive domande, istanze e difese… Questa attitudine risulta fondamentale soprattutto nella mediazione aggiudicativa perché la formulazione di una proposta presuppone che il mediatore sappia previamente verificare la situazione controversa, e attraverso le domande individuare i diritti delle parti>>.

la mediazione è sempre uno strumento alternativo di composizione delle liti[75].

Un altro profilo degno di nota attiene all'accessibilità della mediazione, accessibilità che dipende soprattutto dalla facilità con cui le parti possano raggiungere anche fisicamente il mediatore.

A tal riguardo il Regolamento prevede che i mediatori devono essere <<facilmente raggiungibili, fisicamente nel luogo di stabilimento o di residenza dell'utente commerciale oppure virtualmente mediante le tecnologie di comunicazione a distanza>>. Il riferimento al "luogo" di stabilimento o di residenza dell'utente commerciale è volto a favorire la sua partecipazione alla mediazione perché evita che lo stesso sia costretto ad affrontare ulteriori costi per usufruire della mediazione, costi che potrebbero disincentivare il ricorso alla stessa[76].

Come il Regolamento anche il nostro d. lgs. 28/2010, all'art.3, comma 4, prevede che la mediazione possa svolgersi secondo modalità telematiche, ma a due condizioni: il previo consenso delle parti e la circostanza che una delle parti fosse impossibilitata a presenziare fisicamente all'incontro di mediazione. Di recente, il ricorso alla mediazione da remoto è stato ulteriormente valorizzato dalle disposizioni emergenziali adottate dal Governo per fronteggiare la pandemia da Covid-19. Lo stesso decreto Cura Italia, al comma 20 bis dell'art. 83, ha ribadito la possibilità di svolgimento degli incontri di mediazione in modalità telematica, *mediante sistemi di videoconferenza*. Si tratta di una modalità che, indubbiamente, abbatte le distanze ed i limiti territoriali e che, a seguito dei cambiamenti nello stile di vita imposti dalla pandemia e della sempre maggiore "digitalizzazione" delle forme di comunicazione, finirà per affiancarsi alla mediazione in presenza, sia pure senza sostituirla[77].

La mediazione di cui al Regolamento 1150/2019, oltre a non vincolare i fornitori dei servizi di intermediazione online che sono piccole imprese[78], ha comunque carattere volontario, nel senso che la sua esecuzione non è, per gli utenti commerciali, condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Tuttavia, una volta che le parti decidono di esperire il tentativo di mediazione, la normativa prescrive che s'impegnino a farlo in buona fede[79].

Tra gli incentivi a ricorrere alla mediazione vi è sicuramente la sua appetibilità in termini di costi della procedura rispetto alla via giudiziaria. Al riguardo il Regolamento si limita a stabilire che i mediatori devono prestare i servizi di mediazione "a prezzi sostenibili" dagli utenti commerciali e che i fornitori dei servizi

---

[75] Evidenzia BINA, M. "L'etica del mediatore", cit., 623 s., che la capacità del mediatore di trattare la materia giuridica e di individuare i diritti delle parti, unita al possesso di una sensibilità processuale che gli consenta di individuare le minime garanzie procedurali che debbono essere applicate, aumenta la fiducia delle parti nel ricorso alla mediazione.

[76] Sul punto la disciplina europea non detta criteri sulla competenza territoriale dell'organismo di mediazione, con la conseguenza di lasciare operative le regole nazionali. Per la normativa italiana, quindi, sarà territorialmente competente l'organismo di mediazione che opera <<nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia>> (v. art. 4, comma 1, d. lgs. 28/2010, come modificato dal decreto del Fare (69/2013) potendosi, al massimo, scegliere tra gli organismi che abbiano la sede (principale o secondaria) nell'ambito territoriale dell'ufficio giudiziario cui spetta la cognizione sulla controversia. In alternativa alla mediazione in presenza viene, poi, prevista la mediazione virtuale mediante le tecnologie di comunicazione a distanza.

[77] Con riguardo alla mediazione online l'Associazione Nazionale dei Mediatori Professionisti ha elaborato, a giugno del 2020, alcune linee guida relative alla mediazione online, considerata una nuova opportunità sia per i mediatori esperti che per i neofiti, prevedendone lo svolgimento su piattaforme di videocomunicazione liberamente disponibili sul mercato, gratuite e di facile familiarizzazione anche per persone non esperte, nel pieno rispetto delle regole sulla sicurezza e sulla privacy.

[78] Cfr. considerando n. 41 che richiama la raccomandazione 2003/361/CE.

[79] Ciò presuppone, per un verso, la correttezza dei fornitori dei servizi di intermediazione online (es. serietà nell'intraprendere la procedura, rispetto dell'obbligo di informare la controparte sul funzionamento e sull'efficacia della mediazione relativamente alla loro attività) e, per altro verso, che gli utenti commerciali non abusino del sistema di mediazione (come potrebbe accadere se costringessero la controparte ad impegnarsi in un nuovo tentativo di mediazione dopo essersi comportati scorrettamente nel tentativo precedente o dopo che i precedenti tentativi non hanno avuto successo). Sul punto cfr. il considerando 32 del Regolamento.

di intermediazione online sono tenuti a sostenere "una parte ragionevole dei costi totali della mediazione in ogni singolo caso". Tale parte viene determinata "in base alla proposta del mediatore, tenendo conto di tutti gli elementi pertinenti del caso di specie, in particolare la fondatezza delle affermazioni delle parti della controversia, il comportamento delle parti, nonché le dimensioni e la capacità finanziaria di una parte rispetto all'altra>>.

Cosa significa "prezzi sostenibili"? Il Regolamento non lo precisa e pertanto è da ritenere che lo stesso, implicitamente, rinvii alle diverse normative nazionali[80]. Ma mentre al pagamento di tali spese, nella disciplina italiana, sono tenute in solido entrambe le parti che hanno aderito al procedimento, il Regolamento europeo, per rendere più appetibile il ricorso alla procedura di mediazione, ha previsto che siano i fornitori dei servizi di intermediazione online a sostenere una parte ragionevole dei costi totali della mediazione, parte che sarà determinata dalla proposta del mediatore. In altri termini, la norma si riferisce ad una procedura di mediazione aggiudicativa in cui il mediatore propone un accordo con cui determina anche la distribuzione delle spese di mediazione, tenendo conto di una serie di parametri (come la fondatezza delle affermazioni delle parti della controversia, il comportamento tenuto dalle medesime e la loro condizione economica) che, di regola, esulano dalle valutazioni del mediatore il cui obiettivo è favorire la ripresa del dialogo tra le parti ed il raggiungimento di un accordo, non giudicare[81]. Peraltro la decisione sulle spese richiede una valutazione del mediatore che rompe l'oggettività con cui le stesse vengono generalmente determinate nei diversi Paesi europei[82] e che potrebbe anche avvantaggiare i fornitori dei servizi di intermediazione online rispetto ad utenti commerciali di maggiori dimensioni e capacità finanziaria.

[80] Nel nostro ordinamento la disciplina dell'indennità di mediazione (e dei criteri per la sua determinazione) viene definita dall'art. 16 D.M. 180/2010 che ha attuato il d. lgs. 28/2010. In particolare, la disposizione citata distingue le spese di avvio del procedimento (che ciascuna parte deve versare al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione al momento della sua adesione al procedimento, nella misura fissa di euro 40,00 più i.v.a.) e le altre spese di mediazione (compreso l'onorario del mediatore, cui si aggiunge una maggiorazione in caso di esito positivo) che dipendono dal valore della lite sulla base di un prospetto in cui le stesse vengono distinte per scaglioni. La sostenibilità dei costi è, quindi, rappresentata dal loro collocarsi entro gli importi minimi e massimi corrispondenti ai diversi scaglioni di valore della lite. A ciò si aggiunge che l'importo massimo delle spese di mediazione per ciascuno scaglione di riferimento può essere, in casi ben precisi, aumentato o diminuito. Può essere aumentato fino ad 1/5 in ipotesi di particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare. L'aumento è, però, obbligatorio se la mediazione ha successo o se il mediatore formula la proposta. Viceversa, l'importo delle spese sarà ridotto di almeno 1/3 nelle materie per le quali la mediazione è obbligatoria e quando nessuna delle controparti di quella che ha introdotto la mediazione partecipa al procedimento. Cfr. art. 16 d.m. 180/2010.

[81]Conforme anche FABIANI, M. "Profili critici del rapporto fra mediazione e processo", in *Le Società*, 9/2010, 1148. La neutralità del mediatore, infatti, gli impedisce di dare rilevanza al comportamento delle parti, come fa, invece, il giudice ex art. 116, 2° comma, c.p.c. e ciò anche nell'ipotesi in cui le parti dovessero violare le regole di procedura o i principi etici che soprassiedono l'attività di negoziazione, considerato che il mediatore non è chiamato a trovare argomenti di prova per giustificare una decisione. Nella normativa italiana i soli casi in cui il comportamento delle parti rileva sono previsti agli artt. 8, comma 4 *bis*, e 13 d. lgs. 28/2010. Sul punto cfr. NOVIELLO, D. "Il procedimento di mediazione"*,* in *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, cit., 233 e nel senso che l'art. 13 sanzioni un abuso del processo cfr. anche PORRECA, P. "La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento", in *Le Società*, n. 5, 2010, 636.

[82] Come in Italia anche in altri Paesi europei, dove la mediazione non è gratuita, vigono delle tabelle tariffarie per determinare i costi di mediazione.

7. Conclusioni

Il Regolamento 2019/1150 costituisce soltanto un punto di partenza nell'ambito della disciplina europea dei servizi digitali. Proprio a metà dicembre del 2020, infatti, la Commissione europea ha proposto una riforma ambiziosa dello spazio digitale (comprendente i social media, i mercati online e altre piattaforme online) attraverso le proposte di legge sui servizi digitali[83] e sui mercati digitali[84], proposte che si sono tradotte nel *Digital Service Act*, approvato dal Parlamento Europeo il 5 luglio 2022[85]. L'obiettivo è quello di rafforzare la tutela dei consumatori e dei loro diritti in rete e di garantire mercati digitali più equi ed accessibili a tutti. Con riguardo ai servizi digitali, infatti, la Commissione aveva evidenziato i notevoli cambiamenti che hanno caratterizzato il panorama dei servizi digitali negli ultimi 20 anni (cioè rispetto all'epoca in cui è stata introdotta la direttiva sul commercio elettronico), per il ruolo sempre più elevato assunto dalle piattaforme e dai motori di ricerca online. L'esigenza di proteggere gli utenti online dalla diffusione di contenuti illegali o dalla vendita di beni o servizi illegali viene soddisfatta attraverso la previsione di regole armonizzate che riequilibrano diritti e responsabilità degli utenti e delle piattaforme online. In particolare, si tratta di disposizioni che disciplinano la rimozione dei contenuti illegali, l'ampliamento delle regole di trasparenza e degli obblighi a carico delle piattaforme online per controllare i rischi di sistema, la tracciabilità degli utenti commerciali e la cooperazione delle autorità pubbliche per garantire un'applicazione delle nuove regole in tutto il mercato unico[86].

Referencias

AMADIO, G. "Il terzo contratto. Il problema", in GITTI, G.; VILLA, R. (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, Bologna, 2008, 29 s.

BENEDETTI, A.M. voce "Contratto asimmetrico", in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, 370 ss.

BINA, M. "L'etica del mediatore", in *Riv. dir. proc.*, n. 2, 2020, 625.

CAMARDI, C. "Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari" ", in *Riv. crit. dir. priv.,* 2005, 549 s.

CAMARDI, C. "Pratiche commerciali scorrette e invalidità", in VV. AA. *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 149.

CAPOBIANCO, E. "L'abuso di dipendenza economica. Oltre la subfornitura", in *Concorrenza e mercato*, 2012, 618 ss.

CAPOBIANCO, E. "La diffusione e la circolazione delle informazioni nel mercato turistico", in *Europa dir. priv.*, n. 6/2020, 513 ss.

---

[83] Il riferimento è a COM(2020) 825 final, Proposta di Regolamento del Paramento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, in www. eur-lex.europa.eu Con riferimento alle diverse proposte relative ai servizi digitali cfr. MIDIRI, M. "Le piattaforme e il potere dei dati (facebook non passa il Reno)", in *Dir. informazione e inf.*, n. 2, 2021, 111 ss.

[84] Si tratta della Proposta di Regolamento del Paramento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali) COM(2020) 842 final in www.eur-lex.europa.eu

[85] Cfr. FERRARIS, A. F. "Digital Service Act approvato dal Parlamento europeo: le novità sugli intermediari online", in *Il Quotidiano Giuridico*, 13 luglio 2022.

[86] La legge sui mercati digitali, poi, introdurrà nuove regole per contrastare le conseguenze negative derivanti dai comportamenti delle piattaforme online che controllano l'accesso al mercato digitale e che sono costituiti da pratiche sleali, in una logica di continuità con il Regolamento 1150/2019 che abbiamo esaminato. La legge sui mercati digitali, infatti, si applicherà ai principali servizi di piattaforme di base più inclini a ricorrere alle pratiche commerciali sleali (motori di ricerca, social network, servizi di intermediazione online), individuerà i controllori dell'accesso alle piattaforme, vieterà una serie di pratiche considerate sleali e prevedrà sanzioni economiche mirate per disincentivare i comportamenti scorretti.

CHIARELLA, M.L. *Contrattazione asimmetrica segmenti normativi e costruzione unitaria*, Giuffrè, Milano, 2016, spec. 380 ss.
CISTARO, M. "Il recente interesse delle Authorities garanti dei legislatori nazionali per la clausola della nazione favorita", in *Dir. ind*., n. 6, 2015, 546 ss.
COLANGELO, M. "Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking", in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 8, n. 1, 2017, 3 ss.
D'AMICO, G. "Il Diritto comune europeo della vendita", in *Contratti,* n. 7, 2012, 621 s.
D'AMICO, G. "L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori", in D'AMICO, G.; PAGLIANTINI, S. *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2015, 34 ss.
D'AMICO, G. voce "Formazione del contratto", in *Enc. dir., Annali,* II, tomo 2, 2008, 592 ss.
D'AMICO, G. voce "Formazione del contratto", in *Enc. dir., Annali,* II, tomo 2, 2008, 600.
DANOVI, F. "Per uno statuto giuridico del mediatore", in *Riv. dir. proc*., n.4, 2011, 779.
DE CRISTOFARO, G. "Pratiche commerciali scorrette e <<microimprese>>", in *Nuove leggi civili commentate,* n. 1, 2014, 3 ss.
FACHECHI, A. *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, ESI, Napoli, 2012.
FERRARIS, A. F. "Digital Service Act approvato dal Parlamento europeo: le novità sugli intermediari online", in *Il Quotidiano Giuridico*, 13 luglio 2022.
FRANCO, G. F. *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, WKI, Padova, 2003.
GALLI, F. "La nullità della clausola "MFN" nei contratti tra agenzie di intermediazione telematiche e imprese alberghiere", in *Nuove Leggi civili commentate*, n. 6, 2018, 1387 ss.;
GIANOLA, A. voce "Terzo contratto", in *Dig. disc. priv. Sez. civ*., *Aggiorn*., IV, Torino, 2009, 570 ss.
LABELLA, E. "Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici", in *Contratto e Impr.*, n. 3, 2013, 691.
LIBERTINI, M. "La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie", in *Contratto e Impr.*, n. 1, 2013, 2.
LUCARELLI, P. "La mediazione nelle controversie commerciali", in BESSO, C. cur. *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, Torino, 2010, 220.
MACARIO, F. "L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori", in SIRENA, P. cur., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2006, 277 ss.
MACARIO, F. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, ESI, Napoli, 1996.
MAZZAMUTO, S. *Il contratto di diritto europeo*, I ed. agg., Giappichelli, Torino, 2012,165.
MIDIRI, M. "Le piattaforme e il potere dei dati (facebook non passa il Reno)", in *Dir. informazione e inf*., n. 2, 2021, 111 ss.
NADAL, M. "La prohibición legal de la cláusula de paridad tarifaria en la contratación electrónica de servicios de alojamiento. En special, el caso de Italia", in *Nuove leggi civili commentate*, n. 6/2017, 1347ss.
NAVARRA, R. *Il terzo contratto: evoluzione e sviluppo delle forme contrattuali*, ESI, Napoli, 2014.
NAVARRETTA, E. "Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo", in *Riv. dir. civ*., n. 5, 2005, 507 ss.
NAVARRETTA, E. "I contratti d'impresa e il principio di buona fede", in SIRENA, P. cur*., Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Giuffrè, Milano, 2006, 507 ss.

NICOTRA, M., "Piattaforme online, le nuove regole UE per gli utenti commerciali", in www.agendadigitale.it, 19 settembre 2019.
NONNE, L. "La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto?", in *I contratti*, n. 7, 2016, 719 ss.
ORLANDO, S. *Le informazioni*, Cedam, Padova, 2012, 150. PARDOLESI, R. "Prefazione" a COLANGELO, G. *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, Torino, 2004, XI ss.
PARINI, M.M., "Terzo contratto e tutela dell'imprenditore debole", in *Studium Juris*, n. 3, 2015, 308 ss.
PIRO, E. *Tutela del consumatore e terzo contratto*, Dike giuridica, Roma, 2013.
PORRECA, P. "La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento", in *Le Società*, n. 5, 2010, 636.
RENNA, L. "L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transtipica", in *Contratto e Impr*., n. 2, 2013, 390 ss.
OCCELLI, F. "L'abuso di dipendenza economica come clausola generale?", in *Giur. it.*, n. 12, 2015, 2666.
ROMEO, F. "Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole", in *Obblig. e contr*., n. 6, 2012, 440 ss.
ROPPO, V. "Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma", in ROPPO, V. *Il contratto del duemila*, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, 23 ss., specie 51 ss.
ROPPO, V. "Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?", in *Corr. giur*., n. 2, 2009, 269 ss.
ROPPO, V. *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")*, in *Riv. dir. priv*., 2007, 669 ss., spec., 682 ss.
RUGGERI, F. "Regole di trasparenza e rapporto tra imprese nei mercati digitali: il Regolamento (UE) 2019/1150 sull'"intermediazione online" e i motori di ricerca", in *Il dir. dell'informazione e dell'inf.*, n.2, 2021, 397 ss.
SMORTO, G. "La tutela del contraente debole nella platform economy dopo il Regolamento UE 2019/1150 e la Direttiva UE 2019/2161 (c.d. Omnibus)", in www.uerinnovationchair.org/wp- content/uploads/2020/06/04 -Smorto-049-070.pdf
SPACCAPELO, C. *L'imparzialità dell'arbitro*, Giuffrè, Milano, 2009, 27 ss.
SPINA, G. "La clausola di mediazione (con particolare riferimento ai contratti di appalto e franchising)", in *La nuova procedura civile*, 3 giugno 2013, nota 13.
VALENTE, M. *Il procedimento di mediazione*, in Maietta, A. cur. *La nuova mediazione civile e commerciale*, Cedam, Padova, 2014, 62.
VV. AA., *Il terzo contratto* (GITTI G.; VILLA, R. cur.), Il Mulino, Bologna, 2008.
ZOPPINI, A. "Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza", in *Riv. dir. civ.* I, 2008, spec. 536.
ZOPPINI, A. "Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese", in GITTI, G.; VILLA, G. *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 223 ss., spec. 236 s.
ZORZI, N. "Le pratiche scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", in *Contratto e Impr.*, n. 2, 2010, p. 433 s.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 49-63
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Culture of systemic corruption

Helimara Moreira Lamounier Heringer[1]
State University of Minas Gerais (Brazil)

Summary: 1. Introduction. 2. Corruption, a global phenomenon. 3. The systemic character of corruption. 4. The individual component in the phenomenon of corruption. 5. Final considerations: culture of corruption, the "brazilian way" of understanding the probo. 6. Bibliographic references.

Abstract: This article analyzes corruption as a systemic and cultural phenomenon in the Brazilian public scenario. It addresses the difficulty of establishing the conceptual limits of corruption as a result of cultural perceptions linked to its meaning. It assesses the effects of multi-criminality involving groups and public and private institutions, in which the figure of the corrupt individual is not as relevant as the corrupt system itself. It highlights the difficulty of separating the public and the private, in the Brazilian reality, and the cognitive dichotomy that distinguishes individual corruption from the systemic one. It concludes, demonstrating that individual and systemic corruption need to be fought with the same emphasis on the purpose of advancing social achievements and citizenship. The method used was the hypothetical-deductive one, and the research was based on books, scientific articles and legislation.

Keywords: Corruption, FCPA, Brazilian way, Bribery.

Resumo: Este artigo analisa a corrupção como fenômeno sistêmico e cultural no cenário público brasileiro. Aborda a dificuldade de estabelecer os limites conceituais da corrupção como resultado de percepções culturais ligadas ao seu significado. Avalia os efeitos da multicriminalidade envolvendo grupos e instituições públicas e privadas, em que a figura do corrupto não é tão relevante quanto o próprio sistema corrupto. Destaca a dificuldade de separar o público do privado, na realidade brasileira, e a dicotomia cognitiva que distingue a corrupção individual da sistêmica. Conclui demonstrando que a corrupção individual e sistêmica precisa ser combatida com a mesma ênfase no propósito de promover conquistas sociais e cidadania. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, e a pesquisa foi baseada em livros, artigos científicos e legislação.

Palavras-chave: Corrupção, FCPA, Jeitinho brasileiro, Propina.

1. Introduction

Social rights and democratic freedoms under threat, political and economic instability, unemployment, criminality and impunity are some of the consequences that systemic and generalized corruption can bring to any nation.

Unlike other criminal behaviors and state mismanagement, which are also harmful to the common good and civil society, corruption is directly linked to the boundaries between public and private interests. It is capable of jeopardizing public policies and the very foundations of democracy, by distorting and perverting the expected balance between the different social and political forces in the country and preventing those most in need of protection from being the effective target of state

[1] Doctoral student and Master in Collective Law and Citizenship, at the University of Ribeirão Preto (UNAERP). Professor of Law at the State University of Minas Gerais (UEMG/Passos). CAPES scholarship holder. Email: helimarah@hotmail.com.

Recibido: 28/01/2023
Aceptado: 27/05/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043769

actions and spending.

Elections sponsored by money arising from corruption schemes, for example, deprive most of society's representative groups of the possibility of disputing on an equal term the public spaces of the political game in any of the spheres of electoral dispute, whatever the sphere of Public Power.

Such political and economic imbalance resulting from corruption undermines the values most dear to the Democratic State of Law, which are the guarantees of fundamental rights necessary for the consolidation of a State that is truly democratic, egalitarian, participative and citizen.

The present work aims to analyze corruption as a systemic and cultural phenomenon in the Brazilian public scenario. It deals with the difficulty in establishing the conceptual limits of corruption, resulting from different cultural perceptions regarding its meaning.

It evaluates the effects of multicriminality involving public and private groups and institutions, in which the figure of the corrupt is not as relevant as the corrupt system itself. It highlights the difficulty of separating the public from the private, in the Brazilian reality, and the cognitive dichotomy that distinguishes individual from systemic corruption.

It concludes by demonstrating that individual and systemic corruption needs to be fought with the same emphasis on promoting social achievements and citizenship. The method used was hypothetical-deductive, and the research was based on books, scientific articles and legislation. Quotes from works in other languages have been freely translated by the author.

2. Corruption, a global phenomenon

It's not an easy task to define or conceptualize corruption, especially because practices that in certain contexts would be considered corrupt, in some cultures or environments are socially approved. Its scope and significance vary according to the country, its culture and the political regime adopted, expanding or restricting what could be called a corrupt practice.

In the understanding of Avritzer and Filgueiras,

> The concept of corruption expresses a polysemy of meanings and types of political action, whose criterion for defining whether this action is corrupt or not is that of its illegitimacy in relation to the values and norms expressed in a conception of public interest. In this way, practices such as clientelism, patronage, nepotism, misuse of public resources, extortion, concussion, bribery, malfeasance and other practices may have a sense of corruption as it is considered an illegitimate action in opposition to the public interest[2].

The OECD - Organization for Economic Co-operation and Development thus defines the meaning of corruption:

> Corruption is the abuse of public or private office for personal gain. It includes acts of bribery, embezzlement, nepotism or state capture. It is often associated with and reinforced by other illegal practices, such as bid rigging, fraud or money laundering[3].

Fortini and Motta explain:

> Practices considered corrupt in one country may be accepted in

[2] AVRITZER, L; FILGUEIRAS, F. "Corrupção e controles democráticos no Brasil". *CEPAL-IPEA*, n. 32, 2011, p. 13. Available at: repositorio.cepal.org/handle/11362/28145. Access in: Dec 5, 2022.

[3] OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. C*leanGovBiz: Integrity in Practice*. OECD, 2014, p. 1. Available at: oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf. Access in: Dec 5, 2022.

> other places. The FCPA - Foreign Corrupt Practices Act, a law enacted in the United States in the late 1970s, although prohibiting the offer and the effective performance of improper payments to the foreign official, does not condemn the payment of money or equivalent when expressly adjusted to the legislation of the foreign country. The rule seems to ignore that, even if external legislation authorizes the payment, the global concern must be to avoid any kind of offense to the competitive environment, so that all efforts must be brought together with a view to jointly discourage incorrect practices, especially because corruption more severely damages the poorest countries, hindering social welfare and sometimes affecting democracy[4].

Alatas has carefully defined corruption, which in his view includes three types of phenomena: bribery, extortion and nepotism. Unlike other criminal behaviors or mismanagement, whose effects are also harmful to the public interest, corruption refers to "the subordination of public interests to private aims involving a violation of the norms of duty and welfare, accompanied by secrecy, betrayal, deception and a callous disregard for any consequence suffered by the public"[5].

Common sense is enough to realize how harmful corruption is in the various spheres of social life. However, not everyone is aware of what these harms are and in what respect they interfere, directly or indirectly, in their lives and how they are affected by their consequences.

However, even if it is difficult to define, the consequences of corruption are easily detected and expose the level of socioeconomic development of a country. Whereas corruption distorts market mechanisms such as fair competition, it discourages local or foreign investment. It makes negotiations difficult and can lead to lawsuits, penalties, damage to the investing company's reputation, which increases the cost or scares away potential investors.

According to World Bank data[6], more than a trillion dollars in bribes are paid each year. There is no doubt that corruption is a global phenomenon, and as such it must be faced and fought.

IMF surveys reveal that investment in corrupt countries is almost 5% less than in countries that are relatively free of corruption. The World Economic Forum estimates that corruption increases the cost of doing business by up to 10% on average[7].

The increase in cost due to corruption and the lack of national or foreign investments, decreases the allocation of resources in sectors and programs that promote better social results or greater economic development in a country or region, and increases investment in those that offer a greater financial return, even if arising from corrupt negotiations. Its consequences are state inefficiency and the consequent waste of public and private resources.

Coelho and Heringer[8] point out that the direct and most harmful consequence

---

[4] FORTINI, C; MOTTA, F. "Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional". *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte/MG, y. 16, n. 64, Apr/June 2016, p. 94. Available at: dx.doi.org/10.21056/aec.v16i64.240. Access in: Dec 5, 2022.

[5] ALATAS, S. H. *The sociology of corruption; the nature, function, causes, and prevention of corruption.* Singapura, Donald Moore Press, 1968, p. 12. Available at: doi.org/10.1017/S0022463400020397. Access in: Dec 5, 2022.

[6] Avaliable at: blogs.worldbank.org/governance/what-are-costs-corruption#:~:text=A%20popular%20estimate%20is%20that,corruption%20annually%20around%20the%20world. Access in: Dec 5, 2022.

[7] OECD, 2014, p. 2.

[8] COELHO, NMMS; HERINGER, HML. "Foreing Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção". *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba: v. 1, n. 46, 2017, p. 168. Available at: revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2004. Access in: Dec 5, 2022.

of corruption is that the resources that would be destined to reduce poverty - at least this is the pretext used for its collection - are diverted, making the lives of the less favored even worse and reducing significantly what would be invested in areas such as education, safety, health and sanitation. As a result, the underprivileged are the most affected by corruption.

> Corruption may distort the composition of government expenditure. Corruption may tempt government officials to choose government expenditures less on the basis of public welfare than on the opportunity they provide for extorting bribes. Large projects whose exact value is difficult to monitor may present lucrative opportunities for corruption. A priori, one might expect that it is easier to collect substantial bribes on large infrastructure projects or high-technology defense systems than on textbooks or teachers' salaries[9].

OECD[10] data demonstrate that there is a significant impact of corruption on income inequality and a negative effect of corruption on income growth for the poorest 20% of a country. The World Bank[11] estimates that 20% to 40% of Official Development Assistance – ODA – is embezzled by high-level corruption of public budgets in developing countries.

Regulatory barriers are bypassed by bribes. The budgetary control of public entities is undermined by illicit money flows; Political critics and the media are silenced through bribes, undermining democratic systems of controls. Corruption in political processes, such as elections or party financing, undermines the "government of the people" and therefore the very foundation of democracy. If basic public services are not delivered to citizens due to corruption, the State eventually loses its credibility and legitimacy[12].

The OECD[13] points to at least four of these harms that stand out: a) Corruption increases the cost of doing business – the work of an overpriced road, e.g., raises not only the price for its construction, but all the products and services provided through it; b) Corruption leads to waste or inefficient use of public resources – diverted resources are resources not allocated to meet real and legitimate needs; c) Corruption excludes the poor from public resources and perpetuates poverty - in the absence of services provided by the State or in the elevation of values of services and products offered by the private sector, in which corruption is part of the negotiations, the first to suffer from the difficulty of access is the poor; and d) Corruption erodes public trust, undermines the rule of law and, ultimately, delegitimizes the state – in a state where corruption prevails, everyone can judge themselves in the right to "take advantage" of public initiatives, which it's destructive and frustrating.

Corruption disables governments from managing the real demands of citizens or robs them of their willingness to achieve public well-being as a result of their actions, whether due to inefficiency, waste or to meet the desires of individuals and specific groups who have no other interest but self-benefit and the accumulation of wealth and power.

Spahn points out that corruption undermines efforts to promote environmentally friendly practices; facilitates the violation of human rights through child sex trafficking; it distorts investment capacity and, as a result, reaches the poorest and widens the gap between rich and poor: "From any perspective,

---

[9] MAURO, P. "Why Worry About Corruption?", *Economic Issue*, Washington, International Monetary Fund, n. 6. 1997, p. 7. Avaliable at: imf.org/external/pubs/ft/issues6/issue6.pdf. Access in: Dec 5, 2022.

[10] OECD, 2014, p.3.

[11] WORLD BANK. *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan.* June 2007, p.1. Available at: unodc.org/pdf/Star_Report.pdf. Access in: Dec 5, 2022.

[12] OECD, 2014, p. 2-4.

[13] OECD, 2014, p. 2.

international bribery presents significant problems"[14].

Lambsdorff proves that corruption has a significant negative effect on the capital productivity of a country. For him, "corruption is likely to lower the productivity of capital due to a variety of channels. Corruption renders governments incapable or unwilling to achieve public welfare as a result of x-inefficiency, wasteful rent-seeking or distorted public decisions"[15].

Johnston[16] approaches corruption under three aspects: the personal or individual aspect, in which issues of character of personality or human nature are highlighted, focusing on greed and the individual's ethical and moral limits; the institutional aspect in which institutions become primarily victims of individual corruption; and, later, the systemic, in which both the individual and the group or institution, which they represent, within an intricate system of gears, become just one more piece that facilitates the maintenance of a solid system of corruption.

To meet the purposes of this work, the systemic and individual character of corruption will be analyzed, in addition to the Brazilian cultural component.

3. The systemic character of corruption

The OECD defines corruption as any form of misuse of institutional relations with public agencies or private companies, in order to gain personal advantage.

> It could be the multinational company that pays a bribe to win the public contract to build the local highway, despite proposing a sub-standard offer. It could be the politician redirecting public investments to his hometown rather than to the region most in need. It could be the public official embezzling funds for school renovations to build his private villa. It could be the manager recruiting an ill-suited friend for a high-level position. Or, it could be the local official demanding bribes from ordinary citizens to get access to a new water pipe. At the end of the day, those most hurt by corruption are the world's weakest and most vulnerable[17].

With the beginning of Lava-Jato Operation[18] by the Brazilian Federal Police, Falcão[19] highlights that there was a lot of noise on the part of criminal lawyers in defense of their clients accused of corruption at various levels. The lawyers affirmed

---

[14] SPAHN, E. "International Bribery: The Moral Imperialism Critiques". *Minn. J. Int'l L*. New York, v.18, 2009, p. 156. Avaliable at: core.ac.uk/reader/217210830. Access in: Dec 5, 2022.
[15] LAMBSDORFF, JG. "How Corruption Affects Productivity". *Kyklos*, Passau, v. 56, n. 4, 2003, p. 457-474. Avaliable at: doi.org/10.1046/j.0023-5962.2003.00233.x. Access in: Dec 5, 2022.
[16] JOHNSTON, M. *Syndromes of Corruption: wealth, power, and democracy.* Cambridge, Cambridge University Press, 2005. Avaliable at: Cambridge.org/9780521853347. Access in: Dec 5, 2022.
[17] OECD, 2014, p. 1.
[18] Operation Lava-Jato was the largest series of investigations conducted by the Federal Police in Brazil, in the fight against corruption. Between 2014 and 2019, he served more than a thousand search and seizure warrants, temporary arrest, preventive detention and coercive conduct, with the aim of investigating a money laundering scheme that generated billions of reais in bribes. It comprised more than 79 operational phases, authorized by the Federal Court, based in Curitiba/PR, with more than one hundred people arrested and convicted. The operation investigated crimes of active and passive corruption, fraudulent management, money laundering, criminal organization, obstruction of justice, fraudulent exchange operation and receipt of undue advantage. Through award-winning denunciations and complaints received by the Operation task force, leaders of the state-owned Petrobras, politicians from the largest parties in Brazil, including former presidents of the Republic, presidents of the Chamber of Deputies and the Federal Senate and governors were involved. Due to technical issues involving territorial jurisdiction, most convictions in 1st and 2nd instances were annulled by the Supreme Court and the defendants were released.
[19] FALCÃO, J. "A sobrevivência da corrupção sistêmica". *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Nov 10, 2017. Available at: folha.uol.com.br/opiniao/2017/11/1934259-a-sobrevivencia-da-corrupcao-sistemica.shtml?loggedpaywall. Access in: Dec 5, 2022.

that, if necessary, they would even appeal to the Inter-American Court of Human Rights in Costa Rica. Over the course of it, after more than three years, this noise decreased, because they realized that

> It was not individual due to the process that was threatened by the Lava Jato. Though sometimes it might have been. At stake was the public evidence that corruption was not an individual act, but from one or many politicians, officials or businessmen. It wasn't a quantitative problem, but qualitative, about the structuring of Brazil itself.
>
> For the Democratic Rule of Law, the defense of individual rights in the administration of Justice has been quite assured. The fight against systemic corruption, however, is not. The national defendant, today, is not A or B. He is not a client of criminalists. It's systemic corruption. Lava Jato and more than 40 lawsuits filed throughout Brazil will be evaluated in history not by the number of convicts, but whether or not they were able to mobilize the country to end systemic corruption[20].

Systemic corruption is a complex tangle of crimes, involving groups and public and private institutions, in which the figure of the corrupt or corrupt itself is not as relevant as the multi-criminal network that is structured to perpetuate the corrupt system.

> It is a complex web of concomitant multi-criminalities, which makes the individual defense of the accused almost always impossible. In front of her, criminalists are left without the necessary instruments. They are hired not for their competence in getting absolution, but for their ability to defer future conviction. To postpone is to win[21].

Johnston[22] analyzed the roots and effects of systemic corruption in different world scenarios, systematizing different types of corruption in relation to the degree of social and institutional development of each country. He emphasizes that such systematization is far from exhaustive and that for each general rule developed by him there are exceptions.

His theory, called Corruption Syndromes, basically demonstrates that for the different levels of social, economic and institutional development of a nation, there are different ways of perceiving, facing and fighting corruption. Johnston classified the different types of corruption syndromes relating the political and economic context of nations affected by corruption to the agents that predominantly corrupt that country. It focuses on the ways in which wealth and power are sought, used and negotiated on a national scale, in the state, political and social structures that delimit these activities.

> My main focus is on the ways wealth and power are sought, used, and exchanged on a national scale, and on the state, political, and social structures that both sustain and restrain those activities. With respect to open, competitive, and orderly participation, then, we want to differentiate among societies in terms of range and openness of political and economic opportunities they offer. Strong institutions, in the sense I will discuss them here, are able to protect economic, political, and property rights, guarantee fair play, justice, and honest procedures, and protect society from abuses by the powerful. It is entirely possible for weak institutions of those sorts to coexist with a coercive state and/or durable individual interactions and community organizations (many African societies, for example, have ineffective states and a vibrant social and communal life)[23].

Based on his studies in different countries, he came to the observation of four

[20] FALCÃO, cit. 2017.
[21] FALCÃO, cit. 2017.
[22] JOHNSTON, cit. 2015, p. 36-59.
[23] JOHNSTON, cit. 2015, p. 39.

distinct syndromes. The first, "market or influence peddling"[24], consists of a form of corruption more present in liberal democracies, in which the economy and institutions are solid, and where private agents try to negotiate some kind of influence in public institutions and with political agents. Developed countries are more vulnerable to the action of lobbyists who cross the boundary between legality and influence peddling.

The second syndrome is called "elite cartels". These are the former economic and political elites of countries that have undergone recent democratization processes. Such elites, with the purpose of maintaining power, in the face of new political and economic challenges, create perpetuation mechanisms through acts of corruption. In countries where democracy is in the process of consolidation, as a rule, the ruling elite unites to remain in power.

The third syndrome is that of "oligarchies and clans", in which ancient family clans perpetuate themselves through oligarchic domination, keeping institutions, political agents and the economy under control. It happens in countries with fragile institutions, which experienced an abrupt economic and political liberation, such as the case of Eastern European countries in the 1990s.

In newly constituted democracies, with institutions that are still fragile, the most aggressive oligarchies tend to hold onto power at any cost. A small number of families or groups of oligarchs and their followers, due to their proximity to the power they held prior to political and economic opening, attract to themselves all the power and influence they can embrace, often resorting to violence in this process.

Finally, one last and, for Brazilians, known corruption syndrome is that of the "maharajas" servants. In a scenario in which institutions are mere instruments of interest to the powerful and the political and economic system is not open to democratic opportunities - public agents, civil servants and politicians - abuse their position to enrich themselves. It is a typical picture of autocracies, the existence of a caste of civil servants and political agents who stand out economically in relation to the rest of the population through the use of power to perpetuate and enrich themselves. Countries with a very low level of democracy reinforce the figure of the bureaucrat, who collects bribes from those who need the government. It is the well-known situation in which it is difficult to sell facilities.

As for the "market of influence" syndrome, it is observed that in established democracies there is a tendency for the market economy and individual freedoms to be consolidated, due to long processes of market opening and competition policies. Political and economic institutions tend to be strong. Also, control and protection instruments become more effective in fighting corruption. Countries like Canada, Japan and the United States are examples of this condition.

In the group of "elite cartels", there are societies that are reforming or are in the process of institutional, political and economic consolidation. The process of political and market opening to the global market has not yet been fully consolidated. The institutional frameworks in these societies are relatively strong, but not at the same level as the first group. Among the countries representing this group are the most consolidated post-communist democracies in Europe, Chile, South Korea, among others.

The third syndrome, "oligarchies and clans", refers to societies that are undergoing major changes in the political and economic scenario. There is a rapid expansion of opportunities and the breadth of possibilities makes it difficult to predict the results of such changes. Institutions are weak, which only accelerates the process of change and makes them need more time to legitimize and establish themselves, even in the case of those that were well conceived. India, Russia, Thailand are

[24] Lobbying is a recognized practice in several countries, including regulated laws and professional practices. The lobbyist is treated as a professional, not an opportunist or corrupter outside the law. In Brazil, there is the bill of Law No. 1.202/2007, which provides for the regulation of lobbying activity and the performance of pressure or interest groups and the like in the scope of Federal Public Administration bodies and entities, and other measures.

examples of countries that fit in this condition.

Finally, the syndrome of the "maharajas", in anti-democratic regimes, in which there is practically no political opening and opportunities, as a result of the strong state control over social institutions and the market. In many cases, corruption becomes the only password capable of giving access to the political and economic environment in these societies[25].

Even in countries where international market pressures promote some economic opening, such growing opportunities for participation tend to be exploited by the powerful few. Political institutions in autocratic regimes will invariably be weak, controlled by the dominant party or group, and incapable of reversing the established condition without structural disruption. Rare are strong markets in this context, due to the despotic nature of political power. This last group includes countries such as China (one of the rare examples of a strong economy in this group), Indonesia and a good part of sub-Saharan African countries and the Middle East, such as Jordan and the Emirates.

There is a close relationship between the size of the State, the degree of consolidation of political and economic institutions and the level of corruption in each society. The larger the State, the greater the possibility and even the need to use the bribery device to achieve objectives. It is not that in societies with more consolidated democracy there is less corruption. But bureaucratic barriers and institutional weaknesses that commonly exist in other contexts have been eliminated, which, consequently, eliminates the need for corrupt actions to achieve certain purposes.

Worryingly, in Brazil, traces of these four syndromes are found in political-institutional relations. From the "maharajas" servers, to the "influence market" fed by lobbyists, through the "elite cartels" or "oligarchic clans", which transmit the political legacy for generations, the country suffers from the most distinct configurations of search and maintenance of political and financial power.

4. The individual component in the phenomenon of corruption

Although obvious, the understanding that the existence of a corrupt government is closely linked to the perception that such a society is corrupt - since politicians and businessmen arise from within the population itself. The observation of corruption as something widespread and as a component of the very idea of humanity still seems far from the field of debate and analysis.

In general, the debate about corruption does not descend to the individual's field, being treated in an institutional, partisan, state or business way. An abstract and distant being from the individual. However, it is necessary, in order to understand the universal roots of corruption, an analysis of the personal origin of corruption.

Góes and Biasetto[26] point out that it is not uncommon for Brazilians to offer bribes to inspectors and police officers to avoid fines, not to offer invoices, skip lines, buy counterfeit products, check time for a colleague, cheat on the school test, make a "cat", adulterate the weight and measurement of products, using public goods for private purposes or for the benefit of third parties, among others. They present a survey by Data Popular, on the perception of corruption, in which 70% of those interviewed admitted to having committed some act of corruption. And it is evident, e.g., that 67% of respondents admitted to buying some pirated product; 7% have paid a bribe to an authority; and 21% have received extra change and haven't returned the difference.

This result leads to the reflection that corruption may not be just a social evil, but a personal one.

[25] JOHNSTON, cit. 2015, p. 40-59.
[26] GÓES, B; BIASETTO, D. "Corrupto é o outro". *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro/RJ, 27 mar. 2016.

Brei[27] distinguishes three academic approaches on the subject of the origin of corruption. The first, called the functionalist view, links corruption to the characteristics of the social system, which is more concerned with the effects and role of corruption in political and social development than with its consequences and solutions. The second view highlights both positive and negative aspects of the corruption phenomenon. And the third approach, more focused on the causes and solutions of the problem, particularly criticizes the functionalist view, highlighting the negative aspects of corruption for society and for the individual. Says

> The functional analysis reveals the role of the social structure as a producer of new motivations and a structural source of divergent behavior. The functional point of view is opposed to the individualist one, stating that divergent behaviors are not due to different proportions of pathological personalities in the groups, but rather the result of pressures from the social and cultural structure itself. These pressures are an intrinsic part of social dynamics and change. For example, the functional deficiencies of the official structure generate another (unofficial) structure to effectively satisfy existing needs. The functionalist view states that the results of corruption are not always bad and important. They are often positive, as the public interest itself may require some of these practices. Corruption is seen as a by-product of modernization and even as a stimulus to the development process[28].

Abueva asserts that in the early stages of political-administrative development, corruption is seen as a way to overcome barriers that would otherwise be insurmountable for marginalized individuals or groups to interact and become part of the dominant group. In these places, certain practices, such as nepotism, extortion and bribery, can even contribute to certain aspects of political development, in terms of unification and stability.

> In the early stages of politico-administrative development, particularly where a democratic political system is consciously desired, nepotism, spoils, and graft may actually promote national unification and stability, nation-wide participation in public affairs, the formation of a viable party system, and bureaucratic accountability to political institutions[29].

The second approach to the origin of corruption seeks to reconcile the idea of corruption as something morally unacceptable, with the supposed benefits it brings. From this perspective, the government centralizes actions and controls services, resources, decisions and authority. Bureaucracy creates obstacles and imposes barriers on those demanding services and rewards. This leads many individuals and groups to dispute its benefits, which encourages corrupt actions, such as making more agile or favorable decisions. Therefore, in some cases, corrupt behavior is not treated as a problem or even considered beneficial.

According to Nye[30], corruption is behavior that overlays private interests over public duties, which includes behaviors such as bribery (reward for perverting a person's judgment in a position of trust); nepotism (granting of benefits due to kinship and not merit); and misappropriation (illegal appropriation of public resources for private use).

> Corruption is behavior which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close family, private

---

[27] BREI, ZA. "A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema". *RAP*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, 1996, p. 103-115.
[28] BREI, 1996, p. 105.
[29] ABUEVA, JV. "What are we in power for? The sociology of graft and corruption". *Philippine Sociological Review*, v. 18, n. 3-4, 1970, p. 207. Available at: jstor.org/stable/23892023?seq=6#page_scan_tab_contents. Access in: Dec 5, 2022.
[30] NYE, JS. "Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis". *American Political Science Review*, Cambridge, v. 61, n. 2, 1967, p. 417-427.

> clique) pecuniary or status gains; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding influence. This includes such behavior as bribery (use of a reward to pervert the judgment of a person in a position of trust); nepotism (bestowal of patronage by reason of ascriptive relationship rather than merit); and misappropriation (illegal appropriation of public resources for private-regarding uses)[31].

In this view, corruption is seen as something that can even improve the quality of public service, through salary supplementation. On the one hand, corruption can solve problems and overcome obstacles to development. On the other hand, it discourages the search for solutions and alternatives to corrupt behavior, transforming itself into a regressive form of influence and serving those who have, to the detriment of those who do not, expanding and strengthening injustices and social inequalities[32].

> In short, while this definition of corruption is not entirely satisfactory in terms of inclusiveness of behavior and the handling of relativity of standards, it has the merit of denoting specific behavior generally called corrupt by Western standards (which are at least partly relevant in most developing countries) and thus allowing us to ask what effects this specific behavior has under differing conditions[33].

Focused on the causes and possible solutions for reducing corruption, the third academic approach shows a strong reaction to the "opportunism" and rationalizations of the functionalist approach. Those who advocate this approach fall into two groups: those who locate the causes of corruption at both the individual level and those who locate more at the institutional level.

Administrative corruption is endemic in developing countries and comprehensive reform measures must be implemented, not only to increase state performance and the efficiency of public servants and institutions, but also to foster ethical behavior. Emphasis should be on ethical behavior as a beneficial mode of behavior for the individual and society as a whole.

> Ethical behavior is a beneficial mode of behavior for both the individual and society in general; the general population as well as public servants must be concerned with the welfare of others rather than trying to maximize their personal gain. However, given what is known about the nature and causes of corruption in developing states, it may be wishful thinking to advocate that corruption can ever be totally eradicated in those nations. Indeed, in the West where there is a strong emphasis on ethical behavior in both the public and private sectors, corrupt activity is exposed from time to time. It may be possible, however, to reduce the extent of corruption in developing states, as advocated in this paper, and thereby diminish its dysfunctional effects[34].

Almost invariably, popularly, education is presented as the instant solution to the problem of corruption. However, Paolo Mauro[35] points out that where "rent-seeking"[36] is more profitable than productive work, talent will be poorly allocated. The financial attractions of corruption can seduce the most talented, with higher academic training to engage in the search for income and not in productive work, which proves to be destructive for the country. In this sense, he points out that, contrary to what is commonly proclaimed, investment, pure and simple, in education,

---

[31] NYE, cit. 1967, p. 419.
[32] BREI, cit. 1996, p. 105.
[33] NYE, cit. 1967, p. 419.
[34] HOPE. KR. "Administrative corruption and administrative reform in developing State". *Corruption and Reform*, v. 2, n. 2, jun. 1987, p. l43.
[35] MAURO, cit. 1997, p. 4-7.
[36] Term used in economics to describe those who seek to obtain economic income by manipulating, as a rule, corruption, the social or political environment in which economic activities take place, instead of adding value to products.

does not guarantee the reduction of corruption.

> Price controls, whose purpose is to lower the price of some goods below its market value (usually for social or political reasons), are also a source of rents and of ensuing rent-seeking behavior. Price controls create incentives for individuals or groups to bribe officials to maintain the flow of such goods or to acquire an unfair share at the below-market price. […] Where rent seeking proves more lucrative than productive work, talent will be misallocated. Financial incentives may lure the more talented and better educated to engage in rent seeking rather than in productive work, with adverse consequences for the country's growth rate[37].

The level of complexity in combating corruption can be seen in the issue of investment in education, which in the personal sphere is considered the main tool for socio-political transformation. On the one hand, education combats corruption, as instruction tends to increase the perception of notions of individual ethics. On the other hand, more educated individuals tend to adapt better to the system, and paradoxically, it may even contribute to the increase in corruption, as it becomes more elaborate and, technically, more qualified.

For Dobel[38], there is a temptation to dismiss corruption as a phenomenon of life, rooted in human failures, tendency to avarice and wrong moral choices. According to him, most theorists tend to classify the source of corruption in certain patterns of social inequality. In practice, this understanding does not prove to be true, since reducing inequality does not necessarily eliminate corruption.

> It is often a temptation to dismiss corruption as a fact of life rooted in flaws of human nature and to analyze most acts of corruption as isolated individual acts. However, there is unanimous agreement among the theorists that the source of systematic corruption lies in certain patterns of inequality. In a limited sense most corruption requires individual moral choices and depends upon the human capacity for avarice and evil; nevertheless, the corruption of a state results from the consequences of individual human nature interacting with systematic and enduring inequality in wealth, power and status. Under such inequality certain groups of individuals have de facto or legally sanctioned priority of access to wealth, power and status[39].

As such, institutional corruption goes hand in hand with human corruption. The individual cannot be exempted from this process of evaluating the origin and the consequent fight against corruption, as if he were not the agent and responsible for it. Any attempt to outsource individual responsibility for institutional corruption will weaken the perception of the real motivations and source of corruption.

5. Final considerations: culture of corruption, the "brazilian way" of understanding the probo

In Brazil, there is a prevalence of form over content. This is largely motivated by the aforementioned precedence of political institutions and the State to social formation, by the way in which the colonization process took place. This is what makes the construction of a new democratic citizenship a great challenge, which involves facing issues that are historical and cultural.

The Brazilian bureaucracy as part of the patrimonialist structure inherited from Portugal, manifests itself in an expressive way, creating difficulties to sell solutions. This inability to separate the public from the private, an essential condition for the

---

[37] MAURO, cit. 1997, p. 5-6.

[38] DOBEL, JP. "The Corruption of a State". *The American Political Science Review*, Cambridge, v. 72, n. 3, 1978, p. 958-73. Available at: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2769065. Access in: Dec 5, 2022.

[39] DOBEL, cit. 1978, p. 961.

constitution of the bureaucratic-administrative organization, which promoted clientelism and colonelism, in which oligarchic groups are consolidated through family, crony and partisan ties, left the ruling elites unprepared and unable to meet the demands of structuring and modernization of the country, being equipped only to maintain the old agrarian and patrimonial order[40].

According to Fred W. Riggs, "formalism corresponds to the degree of discrepancy between the prescriptive and the descriptive, between formal power and effective power, between the impression given to us by the Constitution, laws and regulations, organizational charts and statistics, and the real facts and practices of government and society"[41].

There is a close relationship between formalism and the culture of "Brazilian way". For Abreu Vieira, Lustosa da Costa and Oliveira Barbosa, "The accentuated formalism that is present in the Brazilian reality provides the practice of 'the way', that is, the way in which difficulties can be resolved, without contravening the rules and laws"[42].

The so-called "Brazilian way" is therefore manifested as a confrontation with formalism and bureaucracy.

> The Brazilian way is the genuine Brazilian process for a person to achieve goals in spite of contrary determinations (laws, norms, rules, orders, etc.). It is used to "skip" determinations that, if taken into account, would make the action intended by the person asking for the way to be difficult or impossible. Thus, it works as an individual escape valve in the face of impositions and determinations[43].

DaMatta analyzes the "Brazilian way" based on a distinction that, in his view, exists in Brazilian society: the distinction between individual and person. Thus, the individual is the subject of universal laws and the person is the subject of social relations. Between these two poles are found the "way", the trickery and the famous "carteirada"[44]. For him, all these behaviors are

> also a personal mediation between the law, the situation where it should apply and the people involved in it, in such a way that nothing changes, the law only being a little demoralized - but, as she is insensitive and not people like us, everyone is, as they say, cool, and life returns to its normal[45].

The analysis of the "Brazilian way" requires the establishment of theoretical bases on bureaucracy[46], considering that it represents a form of power – structure of domination – which crystallizes in two fundamental ways: a) as a type of social system – bureaucratic organization; b) and as a social group that today increasingly

---

[40] OLIVEIRA, GA. "A burocracia weberiana e a administração federal brasileira". *Revista da Administração Pública.* Rio de Janeiro, v. 4, n.2, jul./dez. 1970, p. 62.

[41] RIGGS, FW. *A Ecologia da Administração Pública*. Rio de Janeiro/RJ: Editora FGV, 1964, p. 123.

[42] VIEIRA, CA; COSTA, FL; BARBOSA, LO. "O 'jeitinho' brasileiro como um recurso de poder". Caderno EBAP - FGV, Rio de Janeiro/RJ, n. 17, 1981, p. 12. Available at: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/11440. Access in: Dec 5, 2022.

[43] MOTTA, FCP; ALCADIPANI, R. "Jeitinho brasileiro, controle social e competição". *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo/SP, v. 39, n. 1, jan./mar. 1999, p. 9.

[44] Means "pulls rank".

[45] DAMATTA, R. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro/RJ: Rocco, 1986, p. 64.

[46] Cf. OLIVEIRA, 1970, p. 50, bureaucracy, in Max Weber's concept, is "considered as an administrative cadre made up of appointed officials, who are subordinate to a supreme head invested with legal authority, "by virtue of appropriation, election or designation for the succession", but that he himself exercises this authority within a legally established area of competence". A bureaucratic organization is essentially authoritarian and hierarchical. There is a systemic division of work so that each one has specific positions and functions, with different skills and responsibilities, and its main characteristics are authority, hierarchy and division of work, formality in acts and communications, specialization of employees and impersonality in relationships.

assumes the character of a social class, as modern bureaucratic organizations – the large monopoly companies and the State itself – increasingly assume control of production[47].

Vieira *et al.* highlights the outburst of one of his interviewees regarding his understanding of what the "Brazilian way" is: "Talking and criticizing the 'way' is very good... but when we are looking for a document and we are faced with a queue, at DETRAN[48], at 4:00 pm on Friday, there is no one who doesn't use the 'little way': either drop some money for the dispatcher or nothing is done"[49].

> Whoever gives the right way reevaluates the justice of laws and regulations, which are often seen as inadequate and extremely imposing. In addition, the one who grants it has its power discreetly strengthened, as it passes from a simple law-abiding person to an evaluator of its pertinence and application. [...] The "way" is a particular (personal) way for people to solve their problems within Brazilian society without changing the status quo, because, as each one solves their problem individually through it, they do not question themselves and, therefore, the established order does not change[50].

The intellectual dissociation of Brazilians in relation to corrupt practices occurs when their personal needs stand out from the collective interest. The same individual who is capable of resenting institutionalized robbery, especially symbolized by bribery, has no problem offering bribes to the guard to get rid of a traffic ticket.

> In light of the above, we can admit that the relationships between the user and the bureaucracy presuppose and are based on the use of instruments of the most varied types (personal, social, third-party, financial influence, etc.) to make it possible that the established rules are not strictly enforced, or rather, that they do not recognize social equality and impersonality in the treatment, as they only exist in the law. So the rite of "Do you know who you're talking to?" and its variation - the "Brazilian way" - are social practices that aim to decrystallize the formal discourse of bureaucracy as an organization or social group[51].

As it turns out, the challenge is enormous, for it is from this cultural context – which sometimes dissociates public and private, personal and collective interest – that one must seek the guarantee of citizenship and the values of the Social and Democratic State of Law in all its achievements and foundations. Systemic corruption and personal corruption need to be tackled in order to achieve and maintain what is one of the foundations of the Welfare State, equality among citizens.

6. Bibliographic references

ABUEVA, JV. "What are we in power for? The sociology of graft and corruption". *Philippine Sociological Review*, v. 18, n. 3-4, 1970, p. 203-8. Available at: jstor.org/stable/23892023?seq=6#page_scan_tab_contents. Access in: Dec. 5, 2022.

ALATAS, SH. *The sociology of corruption; the nature, (unction, causes, and prevention of corruption*. Singapura, Donald Moore Press, 1968. Available at: doi.org/10.1017/S0022463400020397. Access in: Dec. 5, 2022.

AVRITZER, L; FILGUEIRAS, F. "Corrupção e controles democráticos no Brasil". *CEPAL-IPEA*, n. 32, 2011. Available at: repositorio.cepal.org/handle/11362/28145. Access in: Dec. 5, 2022.

[47] VIEIRA; COSTA; BARBOSA, cit. 1981, p. 13.
[48] Traffic Department in Brazil.
[49] VIEIRA; COSTA; BARBOSA, cit. 1981, p. 16.
[50] MOTTA; ALCADIPANI, cit. 1999, p. 10.
[51] VIEIRA; COSTA; BARBOSA, cit. 1981, p. 17.

BREI, ZA. "A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema". *Revista da Administração Pública - RAP,* Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, 1996, p. 103-115. Available at: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/8088/6904. Access in: Dec. 5, 2022.

COELHO, NMMS; HERINGER, HML. "Foreing Corrupt Practices Act: uma breve análise da lei que deu origem ao combate internacional da corrupção". *Revista Jurídica Unicuritiba*. Curitiba, v. 1, n. 46, 2017, p. 164-87. Avaliable at: revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2004. Access in: Dec 5, 2022.

DAMATTA, R. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DOBEL, JP. "The Corruption of a State". *The American Political Science Review*, Cambridge, v. 72, n. 3, 1978, p. 958-73. Available at: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2769065. Access in: Dec 5, 2022.

FALCÃO, J. "A sobrevivência da corrupção sistêmica". *Folha de S. Paulo*, São Paulo, Nov 10, 2017. Available at: folha.uol.com.br/opiniao/2017/11/1934259-a-sobrevivencia-da-corrupcao-sistemica.shtml?loggedpaywall. Access in: Dec 5, 2022.

FORTINI, C; MOTTA, F. "Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional". *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, y. 16, n. 64, Apr/June 2016, p. 93-113. Available at: dx.doi.org/10.21056/aec.v16i64.240. Access in: Dec 5, 2022.

GÓES, B; BIASETTO, D. "Corrupto é o outro". *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro, Mar 27, 2016. Available at: oglobo.globo.com/brasil/corrupto-o-outro-18961820. Access in: Dec 5, 2022.

HOPE. KR. "Administrative corruption and administrative reform in developing State". *Corruption and Reform*, v. 2, n. 2, June 1987, p. 127-47. Available at: researchgate.net/publication/321085057_Administrative_Corruption_and_Administrative_Reform_in_Developing_States. Access at: Dec 5, 2022.

JOHNSTON, M. *Syndromes of Corruption: wealth, power, and democracy*. Cambridge, Cambridge University Press, 2005. Available at: Cambridge.org/9780521853347. Access in: Dec 5, 2022.

LAMBSDORFF, JG. "How Corruption Affects Productivity". *Kyklos,* Passau, v. 56, n. 4, 2003, p. 457-74. Available at: doi.org/10.1046/j.0023-5962.2003.00233.x. Access in: Dec 5, 2022.

MAURO, P. "Why Worry About Corruption?" *Economic Issue*, Washington, International Monetary Fund, n.6. 1997. Available at: imf.org/external/pubs/ft/issues6/issue6.pdf. Access in: Dec 5, 2022.

MOTTA, FCP; ALCADIPANI, R. "Jeitinho brasileiro, controle social e competição". *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo, v. 39, n. 1, Jan/Mar 1999, p. 6-12. Available at: scielo.br/pdf/rae/v39n1/v39n1a02.pdf. Access in: Dec 5, 2022.

NYE, J. "Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis". *American Political Science Review*, Cambridge, v. 61, n. 2, 1967, p. 417-27. Available at: researchgate.net/publication/245805814_Corruption_and_Political_Development_A_Cost-Benefit_Analysis. Access in: Dec 5, 2022.

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development. *CleanGovBiz: Integrity in Practice*. 2014. Available at: oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf. Access in: Dec 5, 2022.

OLIVEIRA, GA. "A burocracia weberiana e a administração federal brasileira". *Revista da Administração Pública - RAP*. Rio de Janeiro, v. 4, n.2, July/Dec. 1970.

Available at: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/4847/3585. Access in: Dec 5, 2022.

RIGGS, FW. *A Ecologia da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1964.

SPAHN, E. "International Bribery: The Moral Imperialism Critiques". *Minn. J. Int'l L.* New York, v.18, 2009, p. 155-226. Available at: core.ac.uk/reader/217210830. Access in: Dec 5, 2022.

VIEIRA, CA; COSTA, FL; BARBOSA, LO. "O 'jeitinho' brasileiro como um recurso de poder". *Caderno EBAP - FGV*, Rio de Janeiro/RJ, n. 17, 1981. Available at: bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/11440. Access in: Dec. 5, 2022.

WORLD BANK. *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*. June 2007. Available at: unodc.org/pdf/Star_Report.pdf. Access in: Dec 5, 2022.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 64-81
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Preço de Transferência: uma tentativa de explicar o contencioso tributário brasileiro

Transfer princing: an attempt to explain Brazilian tax litigation

Éderson Garin Porto[1]
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Gabriela Auler[2]
Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)

Sumário: 1. Introdução. 2. O surgimento do transfer pricing (preços de transferência) e os requisitos à sua caracterização. 3. Dos métodos específicos para apuração do preço parâmetro. 4. Crítica sobre o método PRL-60 e a IN RFB nº 243/2002. 5. Da abordagem da matéria pelo CARF e CSRF: o problema de agência. 6. O controle da legalidade exercido pelo Superior Tribunal de Justiça e a inédita decisão no paradigma AResp n° 511.736/SP/: o problema da trajetória da dependência. 7. Conclusões.

Resumo: O artigo aborda o problema da alta litigiosidade do Brasil a partir do exame do conflito envolvendo preço de transferência. Ao examinar o precedente formado no Superior Tribunal de Justiça em torno do caso AResp n° 511.736/SP pretende-se demonstrar o cenário de alta litigiosidade e demonstrar as causas do problema. A investigação adota o método indutivo partindo do caso particular para produzir respostas para o problema da litigiosidade apresentado. A investigação se apoia na literatura económica e demonstra que a causa da litigiosidade pode ser explicada por dois fatores: o conflito de agencia (problema de governança) e a trajetória da dependência.

Palabras clave: Preço de transferencia; Litigiosidade; Tributário; Problema de agencia; Trajetória da dependencia.

Abstract: The article addresses the problem of high litigiousness in Brazil from the examination of the conflict involving transfer pricing. By examining the precedent formed in the Superior Court of Justice around the case AResp n° 511.736/SP, it is intended to demonstrate the scenario of high litigiousness and demonstrate the causes of the problem. The investigation adopts the inductive method starting from the particular case to produce answers to the litigious problem presented. The investigation is based on the economic literature and demonstrates that the cause of litigation can be explained by two factors: the agency problem (governance problem) and the path dependence.

---

[1] Professor de Direito Tributário da UFRGS. Visiting Scholar UC Berkeley School of Law. Doutor e Mestre (UFRGS). Professor do Mestrado Profissional da Unisinos. Coordenador do LLM em Tributação da Empresa e dos Negócios da Unisinos. Membro da FESDT. Membro da CEDT – OAB/RS. Fundador do Lawboratory. Advogado.

[2] Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNIVATES, com semestre realizado na Universidade do PORTO/Portugal. Pós-graduada em Direito Tributário pela LFG. Mestra em Direito da Empresa e dos Negócios pela UNISINOS. Membro da Comissão Especial de Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro e Hidroviário da OAB/RS. Advogada.

Recibido: 09/02/2023
Aceptado: 20/05/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043775

Keywords: Transfer princing; Litigiousness; Tax law; Agengy problema; Path dependence.

1. Introdução

O mundo globalizado repercute no crescimento das transações internacionais, bem como na utilização de estratégias de planejamento tributário internacional por empresas multinacionais. A adoção de estratégias de planejamento que repercutam na erosão da base tributável ensejou a criação do plano de ações capitaneado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), denominado "base erosion and profit shifting" ou simplesmente BEPS.

Nesse cenário, as transações entre partes relacionadas que podem artificialmente manipular os valores atribuídos aos contratos desperta a atenção de praticamente todas as jurisdições fazendo surgir uma preocupação por aquilo que se convencionou chamar de preço de transferência ou "transfer princing". No intuito de estabelecer algum critério de controle sobre o uso abusivo do direito das partes em estabelecer o preço na transferência entre partes relacionadas, cada jurisdição passa a editar normas e estabelecer critérios com vistas ao controle no fluxo em tais transações. Cuida-se, justamente, dos padrões, métodos de cálculo adotados pelos países para fins de cálculo do preço parâmetro de transferência, bem como à observância (ou não) aos princípios e regras internacionais consolidadas a respeito do tema, a exemplo das *Guidelines* emanadas OCDE e do princípio *arm's length*[3].

O tratamento oferecido pelo Brasil com relação à adoção de margens predeterminadas sempre foi motivo de críticas por parte da doutrina especializada[4]. Em abril de 2022, o país anunciou a formação de equipe responsável pela elaboração de texto que estabeleceria nova regulamentação para os preços de transferência. Com efeito, recentemente, em 28 de dezembro de 2022 foi publicada a Medida Provisória nº 1.152/22[5]. Dessa forma, é possível constatar desde já, que a ideia da Receita é aproximar o nosso sistema ao utilizado pelos países da OCDE, o que se dá, especialmente, pela adoção expressa do princípio "*arm's length*"[6].

O presente artigo pretende, portanto, discutir o tema do preço de transferência a partir da melhor doutrina sobre o tema e levando em consideração recente decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça, que se posicionou favorável ao pleito formulado pelo contribuinte e afastou a aplicação da Instrução Normativa n° 243/2002. Desse modo, pretende-se apresentar um panorama sobre a noção do preço de transferência com foco no exame dos métodos de cálculo existentes, assim como historiando a evolução da legislação brasileira quanto ao ponto e a abordagem específica do tema julgado por parte do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) previamente a apreciação pelo Tribunal Superior.

---

[3] O princípio "arm's length", utilizado pelos países da OCDE, estabelece que a tributação incidente sobre operações entre partes relacionadas localizadas em países distintos seja determinada através do comparativo com operações semelhantes praticadas por partes independentes.

[4] Por todos, merece destaque a doutrina do Prof. Luis Eduardo Schoueri, coincidentemente, o advogado responsável pelo leading case mencionado neste artigo: SCHOUERI, L. E. *Preço de transferência no Direito Tributário Brasileiro*, 3a ed., Dialética, São Paulo, 2013.

[5] BRASIL. Medida provisória nº 1.152, de 28 de dezembro de 2022, Brasília, DF, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1152.htm. Acesso em: 22 jan. 2023.

[6] No entanto, cumpre salientar, que a citada Medida Provisória no momento de realização deste trabalho ainda pende de aprovação pelas Casas do Congresso Nacional (Câmara e Senado).

2. O surgimento do transfer pricing (preços de transferência) e os requisitos à sua caracterização

No cenário global, embora haja referência na literatura econômica de que as discussões concernentes aos preços de transferência remontam ao ano de 1883, Pinheiro[7] assevera que é a partir de 1930 que acabou vindo a ser tratado com mais profundidade sob uma perspectiva tributária. Não obstante, Rosseto[8] esclarece que as primeiras iniciativas governamentais relativas a *transfer pricing* datam de 1929, quando as autoridades fiscais dos EUA passaram a regular a manipulação de preços nas transações inter-companhias. Tal se deu, provavelmente, como uma "resposta" às práticas empresariais que tivessem por objetivo a redução da renda tributável.

Entretanto, sublinha que o assunto só passou a despertar crescente interesse das autoridades fiscais no início dos anos 90, com a aceleração do processo de globalização da economia e conseqüente formação de blocos econômicos (ex.: Comunidade Européia, Nafta, Mercosul), bem como com o término da "Rodada Uruguai" de negociações no âmbito do *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) e a criação da Organização Internacional do Comércio. Nesse contexto, assevera Gregório[9] que, em que pese o fato de não haver (àquela época) uma legislação específica para o tratamento dos preços de transferência no Brasil, este mantinha, com base em sua rede de acordos de para evitar a bitributação, a previsão contida nos parágrafos 1º dos artigos 9º das Convenções-Modelo da OCDE e das Nações Unidas (ONU).

É a partir de 1995 que se observa uma atenção mais acentuada por parte do Brasil em relação à tributação dos rendimentos auferidos pelas empresas que atuavam internacionalmente. Muito se deve à edição da Lei nº 9.249, de modo que o Brasil passou a adotar o critério da universalidade para tributar a renda das pessoas jurídicas residentes[10]. Significa dizer que independentemente da localização da fonte de produção ou pagamento, quando verificada a ocorrência do fato gerador do imposto de renda no exterior por sociedade com vínculo de coligação ou controle no Brasil, passou-se a tributar os lucros auferidos no estrangeiro. E nesse ponto Gregório[11] esclarece, que se tratou do início de uma aproximação com o regime de tributação norte-americano, o qual privilegia a tributação em bases universais. Sobre o período, Lewis[12] complementa, que a tendência de globalização das décadas de 1980 e 1990, mais o sucesso do Plano Real de 1994, que refreou a inflação e atraiu investimentos estrangeiros, mudou o panorama do contribuinte corporativo no Brasil e criou um terreno fértil para uma abordagem mais internacional à tributação da renda no Brasil. Em decorrência do contexto exposto, tornava-se cada vez mais frequente a existência de subsidiárias brasileiras de empresas controladoras estrangeiras ou empresas controladoras brasileiras de entidades legais no exterior. O primeiro mecanismo fiscal verdadeiramente internacional foi introduzido no final de 1995 pela Lei nº. 9.929, de 31 de dezembro de 1995, que estabeleceu a tributação mundial do imposto de renda para os contribuintes brasileiros[13].

O passo subseqüente se deu em 1996, com a introdução dos artigos 18 a 24 na Lei nº 9.430[14], de sorte a inaugurar o tratamento expresso da disciplina sobre o

---

[7] PINHEIRO, J. B. *Direito tributário e globalização: ensaio crítico sobre preços de transferência*, Renovar, São Paulo, 2001.
[8] ROSSETO, V. "Preços de transferência: comentários à Lei nº. 9.430/96", *Caderno de Estudos*, nº. 17, pp. 1-10, 1998.
[9] GREGÓRIO, R. M. *Arm's Length e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
[10] *Ibid*.
[11] *Ibid*.
[12] LEWIS, D. *et al*. "Transfer pricing: rules and practice in selected countries (A-B)", *Bloomberg BNA*, 2013.
[13] *Ibid.*
[14] BRASIL. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*, Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

controle dos preços de transferência no País. E, segundo Vasconcellos[15], contemplaram as operações de importação e aquisição, exportação e alienação de bens, serviços e direitos, bem como operações financeiras ativas e passivas. O Brasil decidiu introduzir este novo mecanismo de tributação acoplando-o ao sistema de imposto de renda existente[16]. Todavia, assevera Chapinoti[17], que apesar da exposição de motivos da Lei 9.430/96 mencionar que as normas nela contidas estavam de acordo com as regras adotadas pelos países integrantes da OCDE, não havia nenhuma menção quanto à adoção do "arm's length principle" pelo Brasil.

No que concernem às operações envolvendo preços de transferência, Silva Rodrigues[18], didaticamente, aduz que a figura do preço de transferência é utilizada quando se constata a transferência de lucros:

a) para paraísos fiscais, como são denominadas as jurisdições que não tributam a renda ou tributam à alíquota inferior a 20% (vinte por cento);
b) da filial para matriz no exterior, mediante o subfaturamento das exportações ou o superfaturamento das importações;
c) de qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não-vinculada, residente ou domiciliada em país cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade.

Ademais, complementa, que a utilização do preço de transferência se caracteriza pela presença de outros quatro requisitos, quais sejam:

a) Internacionalidade – implica um relacionamento entre empresas situadas em Estados Nacionais distintos;
b) Interdependência – as partes envolvidas devem estar vinculadas direta ou indiretamente pela direção, controle ou capital de ambas;
c) Obtenção de uma vantagem de natureza tributária que extrapola o habitual, decorrente apenas da operação e, por último;
d) Nexo causal entre a vantagem fiscal obtida e interdependência entre as empresas que participam da operação[19].

Consoante o Manual Prático da ONU, diante das situações e do contexto retro exposto, torna-se importante estabelecer o preço apropriado, denominado "preço de transferência", para transferências intra-grupais, transfronteiriças de bens, intangíveis e serviços[20]. Na visão da Organização, "preços de transferência" refere-se, portanto, à fixação de preços para transações entre empresas associadas quando da transferência de propriedade ou serviços. Essas transações também são referidas como transações "controladas", sendo distintas de transações "descontroladas" entre empresas que não estão associadas e podem assumir operações de forma diversa. Fernandes[21] adverte, que preço de transferência não é um conceito tributário, embora se trata de um dos mais importantes assuntos da tributação internacional. Outrossim, complementa, que: "preço de transferência, no âmbito da administração

---

[15] VASCONCELLOS, R. F. "A evolução da legislação aplicável às operações financeiras", *in* ROCHA, A. S. (coord.), *Direito tributário internacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2016, pp. 803-846.

[16] LEWIS, D. *et al*. "Transfer pricing: rules and practice in selected countries (A-B)", *Bloomberg BNA*, 2013.

[17] CHAPINOTI, M. B. "Preços de transferência e valoração aduaneira", *in* FLEISCHMANN, A. C., *Controvérsias tributárias no comércio exterior*, Aduaneiras, São Paulo, 2010, pp. 259-272.

[18] RODRIGUES, R. M. S. "Preços de Transferência: globalização e livre concorrência", *Portal Jurídico Investidura*, 19 jan. 2009. Disponível em: http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/2537-precos-de-transferencia-globalizacao-e-livre-concorrencia. Acesso em: 22 jan. 2023.

[19] *Ibid.*

[20] UNITED NATIONS. *Practical manual on transfer pricing for developing countries*, United Nations, New York, 2013.

[21] FERNANDES, E. C. "Convergência contábil como demonstração das transações *Arm's Length*", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 52-66.

financeira, é o valor atribuído aos produtos, serviços e direitos transacionados entre partes que estejam sob um controle comum, podendo ser desde departamentos de uma mesma empresa, até empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, passando por relações comerciais que permitam algum tipo de controle, como no caso das representações comerciais exclusivas"[22].

Uckmar[23], sinteticamente, expõe que se tratam de operações em caráter internacional, que envolvem duas ou mais empresas domiciliadas fiscalmente em países diferentes, mas que se vinculam ao mesmo sujeito econômico e criadas para minimizar a exigência fiscal no nível do grupo. Ou seja, os autores não apenas conceituam, mas trazem o escopo lógico da operação, consubstanciado na criação de empresas domiciliadas fiscalmente em países diferentes, justamente, para diminuição da exigência fiscal em nível de grupo.

3. Dos métodos específicos para apuração do preço parâmetro

Para Gregório[24], o "preço parâmetro" é uma ideia criada pelas regulamentações administrativas com o escopo de indicar o preço apurado por meio dos métodos previstos na Lei nº 9.430/96. Por conseguinte, este deverá ser confrontado com o "preço praticado", o qual é calculado como a média aritmética ponderada dos preços praticados nas transações controladas, abrangendo-se o período de apuração do tributo.

Observa-se que a lei brasileira denominou de forma diferenciada os métodos caso eles se apliquem à importação ou à exportação.

No que atine às regras de importação, verifica-se da leitura do artigo 18 da Lei 9.430/96[25], que os custos, despesas e encargos relativos a bens, serviços e direitos, constantes dos documentos de importação ou de aquisição (nas operações efetuadas com pessoa vinculada) somente serão dedutíveis na determinação do lucro real até o valor que não exceda ao preço determinado por um dos métodos lá constantes, quais sejam: Método dos Preços Independentes Comparados (PIC); Método do Preço de Revenda menos Lucro (PRL) e Método de Custo de Produção mais Lucro (CPL).

Chapinoti[26] define o Método "PIC" como a média dos preços de revenda dos bens, serviços ou direitos, sejam eles idênticos ou similares, apurados no mercado brasileiro ou de outros países e verificado em operações de compra e venda entre pessoas não vinculadas em condições semelhantes.

Consoante Barbosa[27], dentre os métodos existentes para comprovação dos preços praticados em importações de empresas vinculadas, o método PRL - Preço de Revenda Menos Lucro tem sido o mais utilizado pelos contribuintes brasileiros. Tal se deve, segundo o autor, pelo fato de que esse método requer somente informações imediatamente disponíveis na empresa brasileira (vendas, custos, estoque), dispensando a necessidade de informações dos fornecedores vinculados no exterior. Outrossim, pelo mesmo motivo, o referido método é também o preferido pela autoridade fiscal no Brasil.

---

[22] FERNANDES, E. C. "Convergência contábil como demonstração das transações *Arm's Length*", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 52-66.

[23] UCKMAR, V. *et al*. *Manual de direito tributário internacional*, Dialética, São Paulo, 2012.

[24] GREGÓRIO, R. M. *Arm's Length e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

[25] BRASIL. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*, Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

[26] CHAPINOTI, M. B. "Preços de transferência e valoração aduaneira", *in* FLEISCHMANN, A. C., *Controvérsias tributárias no comércio exterior, Aduaneiras*, São Paulo, 2010, pp. 259-272.

[27] BARBOSA, G. B. "Preços de transferência: o dilema do PRL 60%", *Fiscosoft*, 2011. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=248918&key=UTFNVFEzTkRneE1USTJNVGsxTURZeE9UVXdOakU1TlRBMU1BPT1UOQ. Acesso em: 2 fev. 2023.

Complementa o autor, que o respectivo método (PRL) corresponde à média aritmética ponderada dos preços de revenda dos bens, serviços ou direitos importados, diminuídos dos descontos incondicionais concedidos; dos impostos e contribuições incidentes sobre as vendas; das comissões e corretagens pagas e de margem de lucro de 20% (vinte por cento), aplicável aos casos de revendas diretas, e 60% (sessenta por cento), esta considerada aos casos de importação de matérias-primas posteriormente aplicadas na produção.[28]

Há, ainda, o método CPL que conforme prevê o artigo 18, III da Lei n.º 9.430/96[29] (com redação dada pela Lei 12.715/2012) é definido como sendo o custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos (idênticos ou similares), acrescido dos impostos e taxas cobrados na exportação no país onde tiverem sido originariamente produzidos e, tampouco, de margem de lucro de 20%, a qual é calculada sobre o custo apurado.

No que atine às receitas oriundas de exportações para o exterior, outros métodos são utilizados, como: o Método do Preço de Venda nas Exportações (PVEx); Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVA); Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVV); bem como o Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP).

Cumpre salientar que, desde a publicação da Lei nº 9.430/96, diversas normas infralegais foram publicadas no sentido de modificar, regulamentar ou interpretar as regras de preços de transferência introduzidas pela referida lei, em especial, inúmeras Instruções Normativas[30].

As normas brasileiras de preço de transferência chamaram a atenção no cenário global, tendo em vista uma tentativa de objetivação, com vistas à praticabilidade no momento de sua aplicação. Não obstante tal viés objetivo (que já não se mostrava mais absoluto), teria perdido espaço com a edição da Lei nº 12.715/12 (decorrente da conversão da Medida Provisória n.º 563/2012), a qual veiculou uma pertinente reforma nas regras da Lei anterior e passou a vigorar a partir de janeiro de 2013[31]. Com efeito, o que se verifica é que, em que pese a IN RFB nº 243/02 tenha sido revogada pela Instrução Normativa RFB nº 1.312/12 e as decorrentes alterações legislativas tenham sido criadas, tampouco, com o escopo de reparar o ambiente de litigiosidade fiscal criado pela norma infralegal e o método PRL-60, permanecem os casos sob vigência da referida IN (2002 a 2012) nas pautas de decisões nas esferas administrativas (principalmente).

A discussão tardou a chegar ao Poder Judiciário brasileiro, verificando-se o primeiro caso apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça no corrente ano quando a Corte se debruçou sobre a juridicidade da norma editada pela autoridade fazendária brasileira[32]. Em que pese a Lei n.º 12.715/2012 tenha alterado a redação do artigo

---

[28] BARBOSA, G. B. "Preços de transferência: o dilema do PRL 60%", *Fiscosoft*, 2011. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=248918&key=UTFNVFEzTkRneE1USTJNVGsxTURZeE9UVXdOakU1TlRBMU1BPT1UOQ. Acesso em: 2 fev. 2023.

[29] BRASIL. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*, Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

[30] SILVA, L. L. *Manual de preço de transferência*, 2a ed., IOB - Sage, São Paulo, 2014.

[31] ROCHA, S. A. "Preços de transferência e tipologia jurídica: as novas margens de lucro presumidas do PRL", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013. pp. 371-385.

[32] PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AOS ARTIGOS 165, 458 E 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE PARTES VINCULADAS. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. MÉTODO DO PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO - PRL60. CÁLCULO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 243/2002. ILEGALIDADE. ART. 18, II, DA LEI 9430/96. 1. Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9/3/2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 1973. 2. Não há violação aos artigos 165, 458 e 535 do

18 da Lei n.º 9.430/96, com o escopo de sanar as divergências e conflitos atinentes à IN RFB n° 243 e para estabelecer percentuais específicos de margem de lucro para diferentes setores da economia, é possível notar que permanece acessa a discussão no âmbito judicial.

4. Crítica sobre o método PRL-60 e à IN RFB nº 243/2002

Conforme Marchant[33], desde a edição da Lei n.º 9.430/96, a aplicação do método PRL (Preço de Revenda menos Lucro) representa a matéria mais controversa em termos de controle de preços de transferência. Isso porque o modelo brasileiro adotou, à época, apenas os métodos conhecidos como "tradicionais" pelas *Guidelines* da OCDE, quais sejam, os métodos de comparação, de custo mais lucro e de preços de revenda menos lucro. Assim, muito embora as pessoas jurídicas aparentemente disporem de três métodos para o controle de preços de transferência nas importações, na prática, contavam apenas com o método PRL, vez que é o único método que depende de informações e documentos disponíveis para todas pessoas jurídicas brasileiras.

Na prática, a experiência comprova que a aplicação do método PIC (Preços Independentes Comparáveis) se revelava restrita em virtude da falta de bancos de dados que permitisse a pesquisa de transações comparáveis. Já em relação ao métodos CPL, as empresas se deparavam com a dificuldade de obtenção de dados e documentos no exterior. No mesmo sentido, Novais e Peixoto[34] aduzem que uma parcela importante das indústrias brasileiras encontrou considerável dificuldade na aplicação dos métodos PIC e CPL. Quanto ao primeiro, a dificuldade se deu pela falta de produtos comparáveis, não havendo banco de dados que permitiam uma aplicação extensiva do método. Quanto ao segundo, em razão da dificuldade e onerosidade de se obterem os dados e a documentação relativos ao custo de produção no exterior. A incerteza quanto aos critérios a serem adotados por parte das autoridades fiscais no julgamento da adequação dos documentos estrangeiros comprobatórios do cumprimento do método CPL sempre foi um forte empecilho à escolha desse método. Dessa forma, o método PRL, à época com margem de lucro única de 20%, passou a ser a opção mais viável. A edição da IN RFB n° 38/97 adicionou um obstáculo a mais aos já existentes: o artigo 4º, §1º acabou por vedar a utilização do método PRL-20 quando o bem adquirido do exterior fosse empregado, pela primeira importadora, na produção de outro bem. Logo, grande parte dos contribuintes se viram impossibilitados de aplicar qualquer dos métodos disponíveis para o controle de preços de transferência em importações.

CPC/1973, quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, abordando todos os pontos essenciais à solução da controvérsia apresentada. 3. O controle de preços de transferência tem como fundamento a necessidade de prevenir a erosão das bases tributáveis através da manipulação de preços nas operações transnacionais praticadas entre partes vinculadas, e para isso estabelece métodos para estimar um preço-parâmetro para tais operações. 4. O art. 12, § 11, da IN SRF 243/02 desbordou da mera interpretação do art. 18, II, da Lei 9.430/96, na medida em que criou novos conceitos e métricas a serem considerados no cálculo do preço-parâmetro, não previstos, sequer de forma implícita, no texto legal então vigente. 5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 511.736 - SP (2014/0099457-2)*, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 4 out. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400994572&dt_publicacao=27/10/2022. Acesso em: 24 jan. 2023).

[33] MARCHANT, D. "Uma visão Analítica do PRL 60: a delimitação dos problemas da IN n.º 243 e da Lei 9.430", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 29-51.

[34] NOVAIS, R.; PEIXOTO, D. M. "PRL 60%: confronto entre a Lei n.º 9.430/1996 e a Instrução Normativa n.º 243/2002", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 296-327.

Neste cenário, o Legislativo brasileiro buscou oferecer uma solução, na iminência de inviabilizar a aplicação das regras de preços de transferência até então criadas, com a edição da Lei nº 9.959/2000 (resultante da conversão da Medida Provisória n.º 2013-4/99). A referida lei alterou a redação do art. 18 da Lei n° 9.430, de sorte a criar o método PRL (Preço de Revenda menos Lucro) com margem de 60%[35].

Em novembro de 2002, com a edição da IN RFB nº 243, alterou-se significativamente a sistemática de apuração do PRL-60. O fato deu ensejo, mais uma vez, a um cenário de contencioso entre o Fisco e Contribuintes, que viram na metodologia implementada uma afronta ao princípio da legalidade, além de impor (na maioria dos casos) aumento das bases de cálculo do IRPJ e CSLL.

Bianco e Fajersztajn[36] esclarecem que a confusão tem origem nas metodologias de cálculo do artigo 18 da Lei 9.430/96 e artigo 12 da IN SRF n.º 243/2002 serem completamente distintas.

O critério legal para o preço parâmetro consoante o art. 18, II da Lei 9.430/96 é simples e objetivo: toma-se o preço médio de revenda do bem e subtrai-se desse valor os descontos incondicionais concedidos, os impostos, as comissões e a margem de lucro. A apuração da margem de lucro é feita aplicando-se aquele percentual sobre o preço de revenda do bem produzido, diminuído dos descontos, impostos e comissões e, tampouco, do valor agregado no país.

Já o critério consubstanciado na IN SRF n.º 243/2002 é completamente diverso, vez que a Instrução estabelece que antes da aplicação da margem de lucro de 60%, o contribuinte deve apurar a proporção do custo do insumo importado em relação ao custo total do bem revendido[37]. Ainda, chamam essa porção de "*participação do bem, serviço ou direito importado no preço de venda do bem produzido*". Significa dizer que a Instrução acaba por estabelecer que o preço parâmetro para fins de cálculo do PRL-60 deve ser calculado com base na apuração de dois valores, quais sejam: o da participação do bem importado no preço de venda do produto final; e o valor decorrente da aplicação do percentual de 60% a título de margem de lucro sobre a referida participação.

A sistemática introduzida pela IN SRF n° 243/2002, ao estabelecer o cálculo proporcional (acima descrito), pretendeu expurgar o valor agregado no País para efeito de controle dos ajustes decorrentes do PRL-60. Entretanto, pela Lei, ao contrário, o valor agregado é um dos itens/fatores que compõe o cálculo do preço-parâmetro para fins desse método. Dessa forma, consoante alertam Marsilli Júnior e Longo[38], salta os olhos de qualquer intérprete, que as disposições da IN SRF nº 243/2002 não guardam relação direta com aquelas estabelecidas com a Lei n° 9.430/96. Nessa toada, a regulamentação resultava na desconsideração da ponderação do valor agregado no País como um componente de cálculo do PRL, valorizando-se uma certa proporcionalização. Pode-se dizer ainda que a IN SRF n° 243/2002 deixa de fazer comparação de preços de venda líquidos com a aplicação de margem de lucro presumida para, na verdade, comparar parte do preço de venda. Resta indubitável que a Instrução Normativa, à época, criou conceitos novos, desprendendo-se da lei e, consequentemente, padecendo de ilegalidade. Em suma,

---

[35] NOVAIS, R.; PEIXOTO, D. M. "PRL 60%: confronto entre a Lei n.º 9.430/1996 e a Instrução Normativa n.º 243/2002", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 296-327.

[36] BIANCO, J. F.; FAJERSZTAJN, B, "Preços de transferência: o método PRL-60 - ilegalidade ilógica", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013. pp. 144-162.

[37] *Ibid*.

[38] MARSILLI JUNIOR, O.; LONGO, J. H. "Métodos de preços comparados e suas variações: o PRL-60 e a INSRF n.º 243/2002 no Carf", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 189-207.

é lícito afirma que a IN SRF nº 243 divergiu da metodologia estabelecida pela Lei n.º 9.430[39].

É importante destacar que o Sistema Tributário brasileiro possui normas que erigem a legalidade tributária a um patamar de extrema importância, na medida em que asseguram ao contribuinte a prerrogativa de expressar seu consentimento por meio de seus representantes eleitos. Consta dos artigos 5º, II e 150, inciso I da Constituição e no artigo 97 do Código Tributário Nacional (CTN)[40] a preocupação do Poder Constituinte em atribuir somente à lei (em sentido estrito) a instituição de tributo ou aumento deste em decorrência da alteração da base de cálculo ou da alíquota. Assim, é possível identificar no imbricamento das normas que a edição de Instrução Normativa que despreza a escolha feita pelo Poder Legislativo violenta a legalidade tributária.

Marchant[41], com base nas duas legislações apontadas, afirma que o método PRL-60, segundo parâmetros estabelecidos na Lei nº 9.430/96, possui um claro efeito de induzir a indústria para que produza no Brasil. Isso porque quanto maior o custo importado, maior o impacto no resultado. Ao passo que quanto maior o valor agregado no País, menor a margem de lucro requerida para aferição do critério. Do ponto de vista de política fiscal, é da tradição brasileira conceder incentivos à instalação e produção industrial no Brasil. Ou seja, tratava-se de uma norma tributária com efeito indutor, com o escopo de que multinacionais concentrassem sua produção no Brasil.

Ocorre que a IN SRF nº 243, ao estabelecer a sistemática de cálculo da PRL, utilizando-se da técnica da proporcionalização, mostrava-se inviável na imensa maioria dos casos, uma vez que exigia ajustes significativos ou preços de venda que acabaram por se desviar daqueles padrões encontrados no mercado. Acrescenta-se ainda que a Instrução Normativa, ao desconsiderar o valor agregado no cálculo, acabou por resultar no abandono do efeito indutor do PRL-60 constante na Lei nº 9.430/96. Isso porque o método consubstanciado na IN tratou da mesma forma e

---

[39] NOVAIS, R.; PEIXOTO, D. M. "PRL 60%: confronto entre a Lei n.º 9.430/1996 e a Instrução Normativa n.º 243/2002", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 296-327.

[40] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;
III - cobrar tributos:
a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; [...]
Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:
I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;
II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
III - a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;
IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; [...]
§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso. (BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*, Brasília, DF, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023).

[41] MARCHANT, D. "Uma visão Analítica do PRL 60: a delimitação dos problemas da IN n.º 243 e da Lei 9.430", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 29-51.

exigiu as mesmas margens de uma empresa que agrega 1% de custos nacionais e de outra que poderia vir a agregar até 99% de custos nacionais[42].

A IN SRF nº 243/2002, quando buscou o limite de dedução com base no percentual dos insumos importados proporcionais no preço líquido de venda, fez com que quanto maior o incremento de valor agregado no País, menor o preço-parâmetro e maior a tributação incidente. E essa situação, por óbvio, acabou por desestimular o importador à promover o incremento da produção nacional, sendo que tal estaria em contrariedade com o espírito da norma legal (Lei n.º 9430/96)[43]. Há que se sinalar o efeito circular, o qual também estaria entre as críticas opostas à sistemática do PRL-60 prevista na IN. Nesse sentido, a aplicação da IN n.º 243/2002 leva a ajustes sucessivos nos casos em que as partes vinculadas adotam o preço-parâmetro da operação antecedente como novo custo do bem importado, de sorte a caracterizar o referido efeito circular[44].

A metodologia de cálculo da IN SRF nº 243 afronta não somente a regra constante no artigo 18 da Lei n° 9.430/96, mas os próprios elementos finalísticos subjacentes à sua criação e existência, ao passo que submete não apenas o produto importado de empresa vinculada, mas todo o custo de produção a uma margem fixa; e afronta a finalidade primária dos preços de transferência ao desestimular a produção em território nacional[45]. Bianco e Fajersztajn[46] aduzem que as regras de preço de transferência foram introduzidas no ordenamento pátrio com a finalidade de controlar a manipulação de preços em operações realizadas entre pessoas ligadas, com o fito de evitar o superfaturamento nas importações, bem como o subfaturamento nas importações.

Deve-se observar que o critério de cálculo adotado na IN está eivado de erro sistêmico, ao passo que acabou por incentivar o superfaturamento nas operações de importação, de sorte a conceder maior liberdade para alocação de resultado entre pessoas jurídicas integrantes de um mesmo grupo econômico. Isso porque, ainda que o ajuste do PRL-60 se revele maior na hipótese de superfaturamento, o critério de cálculo consignado na IN n.º 243/2002 acabou por permitir que a pessoa jurídica brasileira transferisse para o exterior, frisa-se, mediante manipulação de preços, montante superior ao que seria passível de ser remetido na forma de dividendos. Na mesma linha, Marchant[47] complementa o claro desvio do escopo das regras de preço de transferência nas importações, vez que em virtude da técnica da proporcionalização, restava exigido lucratividade mínima sobre produtos não sujeitos ao controle, como matérias-primas adquiridas no mercado interno e de terceiros, bem como mão de obra e etc.

Logo, diante da extensa e polêmica gama de argumentos e aspectos decorrentes da IN SRF nº 243/2002 e do respectivo método, outro não poderia ser o cenário. A ausência de governança entre as autoridades responsáveis por regulamentar a norma, criou um cenário de desorientação e conflito que ilustra com muita clareza um dos grandes problemas do sistema tributário brasileiro. A

---

[42] MARCHANT, D. "Uma visão Analítica do PRL 60: a delimitação dos problemas da IN n.º 243 e da Lei 9.430", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 29-51.

[43] MARSILLI JUNIOR, O.; LONGO, J. H. "Métodos de preços comparados e suas variações: o PRL-60 e a INSRF n.º 243/2002 no Carf", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 189-207.

[44] PEREIRA, M. S. C. "Análise das críticas à metodologia do PRL 60 prevista na IN nº 243/2002", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 264-282.

[45] NOVAIS, R.; PEIXOTO, D. M. "PRL 60%: confronto entre a Lei n.º 9.430/1996 e a Instrução Normativa n.º 243/2002", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 296-327.

[46] BIANCO, J. F.; FAJERSZTAJN, B, "Preços de transferência: o método PRL-60 - ilegalidade ilógica", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013. pp. 144-162.

[47] MARCHANT, *op. cit.*

abordagem da posição do órgão de julgamento administrativo federal deixará ainda mais evidente a crise instaurada.

5. Da abordagem da matéria pelo CARF e CSRF: o problema de agência.

A solução de conflitos em matéria tributária, no Brasil, admite o enfrentamento pelo Poder Judiciário, assim como é possível submeter o litígio aos órgãos administrativos. Não há prerrogativa de ordem, nem se exige o esgotamento de instâncias. Assim, é comum que os contribuintes brasileiros adotem a estratégia de submeter os conflitos ao contencioso administrativo para depois retomá-lo perante o Poder Judiciário. Nessa medida, é possível identificar um número expressivo de controvérsias submetidas ao órgão brasileiro responsável pela solução do conflito na esfera do Poder Executivo, isto é, o CARF e que invariavelmente será remetido ao Poder Judiciário anos mais tarde. O caso em tela ilustra com clareza invulgar o *modus operandi*, permitindo compreender porque um único conflito é capaz de gerar mais de uma disputa e se arrastar por anos.

Examinando o caso em tela, é curioso notar que em relação à aplicação da IN SRF nº 243/2002, consoante argumentações/decisões emanadas pelo CARF, especialmente dos anos de 2013 a 2018 (relativas ao período de vigência da respectiva IN), era pacífico o entendimento que vislumbrava compatibilidade da norma com a legislação tributária brasileira. Isso pois, conforme o respectivo Conselho, o preço parâmetro PRL-60 calculado segundo o disposto na Instrução Normativa resulta em valores de IRPJ e CSLL sempre em montantes iguais ou inferiores àqueles calculados segundo a correta interpretação da Lei nº 9.430, de 1996. Nessa toada, de acordo com o CARF, não existiria qualquer violação ao princípio da legalidade tributária albergado no art. 150, I, da Constituição da República e art. 9º, I, do CTN, o qual estabelece que nenhum tributo poderá ser instituído ou aumentado senão por intermédio de lei.

Pode-se invocar, a título exemplificativo, a argumentação exarada no acórdão n.º 9101-002.938, segundo a qual descabe arguição de ilegalidade da IN SRF nº 243/2002, vez que a metodologia buscaria proporcionalizar o preço parâmetro ao bem importado aplicado na produção. Outrossim, a ênfase à metodologia seria dada, ao passo que a margem de lucro não é calculada sobre a diferença entre o preço líquido de venda do produto final e o valor agregado no País, mas sobre a participação do insumo importado no preço de venda do produto final. Portanto, consoante a Relatora Daniele Souto Rodrigues Amadio, tal contexto viabilizaria a apuração do preço parâmetro do bem importado com maior exatidão, o que estaria em consonância com objetivo do método PRL-60 e à finalidade do controle dos preços de transferência.

E, nesse mesmo sentido, é a uníssona jurisprudência do CARF quanto ao ponto, salvo raras exceções, a exemplo dos acórdãos n.º 1402-002.760 e n.º 1101-000.864, que deram provimento ao recurso dos contribuintes para reconhecer a ilegalidade da IN n.º 243/2002, mas para excluir os valores de frete e seguro na apuração do preço praticado e a improcedência do procedimento fiscal, respectivamente. Ademais, complementam Marsilli Júnior e Longo[48], que nos processos junto ao CARF, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) sempre defendeu a legalidade da IN SRF n.º 243/2002, afirmando não se tratar de inovação à lei e sim uma interpretação mais adequada das disposições legais.

Os argumentos, para tanto, conforme os autores se resumem em: as regras de controle de transferência, vez que são antielisivas, não permitiriam margens variáveis pela agregação nacional; a IN SRF n.º 243/2002 é benéfica aos contribuintes, ao passo que, mesmo em uma interpretação literal da lei poder-se-ia chegar em uma fórmula de cálculo diferente da usualmente utilizada pelos

[48] MARSILLI JUNIOR, O.; LONGO, J. H. "Métodos de preços comparados e suas variações: o PRL-60 e a INSRF n.º 243/2002 no Carf", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 189-207.

contribuintes, e nesta o valor agregado poderia ser um redutor em separado. Para Marsilli Júnior e Longo[49], esses argumentos só corroboram a inovação e conseqüente ilegalidade da IN em questão, o que se daria em total afronta ao princípio da legalidade e da tipicidade tributária. Não obstante, para eles, resta indubitável a criação de conceitos novos, em clara oposição aos arts. 5º, II e ao artigo 150 da Constituição Federal.

Observa-se que a discussão acerca da legalidade da IN SRF n.º 243/2002 gerou tanta controvérsia e insatisfação por parte dos contribuintes que, em sede de Recurso Especial, restou à CSRF se pronunciar sobre a matéria, como se pode observar no Acórdão nº 9101-002.175, julgado em 19/01/2016. No entanto, a 1ª Turma da CSRF julgou de forma desfavorável aos contribuintes, reconhecendo a legalidade da IN SRF nº 243/02. Para que se compreenda corretamente o problema, impõe-se destacar que a CSRF é um órgão de pacificação e harmonização das disputas. É missão da CSRF uniformizar o entendimento de órgãos fracionários e consolidar a correta interpretação da legislação tributária. No caso concreto, da exposição fica evidente a violação da legalidade quando se observa que a Instrução Normativa extrapolou os critérios definidos em lei. No entanto, o órgão referendou a posição da Fazenda[50]. Para contornar a evidente violação da legalidade[51], a maioria dos Conselheiros da CSRF entendeu que "*a interpretação gramatical do art. 18 da Lei 9.430/96 pode resultar em diferentes fórmulas de cálculo do PRL 60*". Por essa razão, a sistemática de cálculo definida pela IN SRF nº 243/02 teria apenas explicitado e concretizado o objetivo da Lei, sem qualquer ampliação do texto legal. Para a Câmara Superior não há falar em ilegalidade da IN, haja vista que a metodologia buscaria proporcionalizar o preço parâmetro ao bem importado aplicado na produção. Assim, aduzem, que a margem de lucro é calculada sobre a participação do insumo importado no preço de venda do produto final, o que viabiliza a apuração do preço parâmetro do bem importado com maior exatidão, em consonância ao objetivo do método PRL-60 e à finalidade do controle dos preços de transferência.

Os eventos narrados evidenciam o que a literatura chama de problema de agência. É certo que os "stakeholders" envolvidos no sistema tributário não dispõem do mesmo nível de informação. Essa disparidade que impede que sejam tomadas decisões ótimas já que não é possível estimar ou calcular corretamente os custos e vantagens envolvidos na deliberação[52]. Os contribuintes conhecem como ninguém o seu negócio e os insumos que impactam na formação de preços. De outro lado, desconhecem, via de regra, os trâmites dos processos deliberativos na administração pública. Esta, de seu turno, conhece perfeitamente os meandros da burocracia estatal, mas desconhece a formação de preços em mercados tão distintos. Neste contexto, percebe-se a complexidade em harmonizar os interesses entre os *stakeholders* e não raramente as corporações se deparam com o que os economistas chamam de problema de agência. Na literatura econômica, o problema de agência surge quando o bem-estar de uma parte, denominada "principal", depende da conduta a ser tomada por outra parte, denominada "agente". O dilema está em motivar o agente a atuar em favor do interesse do principal ao invés de agir motivado pelo seu próprio interesse[53]. Em praticamente todas as relações contratuais é possível potencialmente identificar um problema de agência quando uma parte (agente) contratado para adimplir com determinadas obrigações em favor da outra

---

[49] MARSILLI JUNIOR, O.; LONGO, J. H. "Métodos de preços comparados e suas variações: o PRL-60 e a INSRF n.º 243/2002 no Carf", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 189-207.

[50] GOMENSORO, A.; CONSENTINO, R. O. "Preços de transferência: CSRF decide pela legalidade da Instrução Normativa SRF n.º 243/02", *Lexology*, 22 mar. 2016. Disponível em: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=527cb69f-9343-4c8d-859f-57532e430c36. Acesso em: 23 jan. 2023.

[51] *Ibid.*

[52] MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Análise econômica do direito*, Atlas, São Paulo, 2014.

[53] KRAAKMAN, R. *et al*. *The anathomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 2nd ed. Oxford University Press, Oxford, 2009.

(principal), acaba por agir em seu próprio benefício. Como muitas vezes o agente é aquele que detém o melhor nível informacional, há um risco elevado de agir de forma oportunística[54]. Nessa linha, quando maiores forem as atribuições do agente, maior será a sua margem discricionária e, por consequência, maiores serão os chamados "custos de agência"[55]. Lamentavelmente, o problema de agência é completamente desconhecido no âmbito da administração tributária, ainda que fique evidenciada sua configuração em inúmeros problemas envolvendo a governança das instituições envolvidas. É muito comum notar que a Receita Federal adota uma posição que conflita com a posição do contribuinte e, por vezes, conflita com a posição da Procuradoria da Fazenda Nacional. Há questões que são conflitantes na Administração tributária e que o órgão de julgamento administrativo diverge. Enfim, são inúmeros exemplos que evidenciam a falta de governança capaz de reduzir o chamado problema de agência.

O caso é emblemático porque evidencia a complexidade das questões tributárias. Sem dúvida alguma, a harmonização dos critérios de cálculo dos preços de transferência não é uma tarefa singela e envolve muitos atores, o que fica evidenciado na recuperação do histórico. Ocorre que a solução de "jogar o problema para baixo do tapete" não gerou qualquer benefício por qualquer ângulo que se examine. A solução encontrada pelos órgãos de julgamento foi sufocar a indignação dos contribuintes, criando por meio de malabarismo jurídico, uma ilegalidade tolerável. É evidente que a controvérsia não seria encerrada com a solução ofertada e os contribuintes foram ao Poder Judiciário buscar o reconhecimento da ilegalidade que era auto-evidente.

6. O controle da legalidade exercido pelo Superior Tribunal de Justiça e a inédita decisão no paradigma AResp n° 511.736/SP/: o problema da trajetória da dependência

O caso examinado revela uma questão que do ponto de vista estritamente jurídico é de singela resolução. Em poucas palavras, competiria ao Poder Judiciário avaliar se a autoridade administrativa exerceu corretamente sua competência regulamentar ao editar a Instrução Normativa ou extrapolou os limites previstos em lei. A solução do caso pode se resumir a este dilema.

Como visto, os órgãos administrativos de julgamento concluíram que a regulamentação não desbordou os limites e a sistemática estabelecida na Lei n° 9.430, de modo que a Instrução Normativa SRF n° 243/02 não violara a legalidade tributária, conforme acima se pode identificar os casos paradigmas.

Ocorre que a solução apresentada distorceu a compreensão de legalidade tributária, o que por si só seria razão suficiente para que os contribuintes fossem buscar guarida no Poder Judiciário. Além disso, a posição perpetuava uma situação delicada para os contribuintes. De um lado, manteria as autuações milionárias lavradas em cima de uma interpretação controversa. Por outro, sinalizaria que para o futuro o critério de cálculo fixado na Instrução Normativa deveria ser seguido por todos os contribuintes, o que inviabilizaria muitas transações envolvendo preços de transferência. Este quadro não deixou outra alternativa. Seria importante buscar o reconhecimento da ilegalidade da norma na via judicial.

A sequência de eventos retrata uma situação muito comum nos métodos de resolução de conflitos brasileiro. Como as disputas tributárias complexas são muitas vezes submetidas ao contencioso administrativo, quando chegam ao Poder Judiciário já chegam com o selo da apreciação pelo órgão mais especializado de análise da matéria. Significa dizer que a decisão tomada pelo CARF é, ao menos, respeitada e

[54] WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship, 1985. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1496720. Acesso em: 23 jan. 2023.

[55] Sobre o tema conferir: ROSS, S. A. "The economic theory of agency: The principal's problem", *The American Economic Review*, v. 63, nº 2, pp. 134–139, 1973.

considerada pelo julgador que vai reapreciar o conflito. Surgem agora duas atitudes possíveis ao magistrado, reavaliar a controvérsia de forma imparcial e sem qualquer influência da posição adotada pela Corte Administrativa ou se valer do esforço dos conselheiros que enfrentaram o tema e que conhecem os detalhes da legislação tributária.

Infelizmente, grande parte das controvérsias que são remetidas ao Poder Judiciário acaba sendo influenciada pelo o que os economistas chamam de trajetória de dependência (*path dependence*). O conceito de trajetória de dependência, popularizado pelos trabalhos de Brian Arthur[56] e Paul David[57], propõe um contraponto às premissas de eficiência da teoria econômica neoclássica até então majoritária. Segundo os autores, é possível prever que entre duas ou mais alternativas não necessariamente a mais eficiente. O consenso até então vigente indicava que dentre várias alternativas, aquela que apresentasse a solução mais eficiente seria a vencedora. Em contraposição, os autores defendiam que em condições de retornos crescentes, nas quais um aumento na aplicação de uma tecnologia, bem como um aumento na produção ou na distribuição de um produto, identifica-se a elevação dos benefícios de uma maneira autorreforçante (*self-reinforcing way*). Reside aqui a justificava para afirmar que este esquema é dependente da trajetória, já que ele é incapaz de se livrar dos efeitos persistentes de condições aleatórias e transitórias que prevaleceram no início da história do processo[58].

É possível colher inúmeros exemplos de julgamentos que se limitam a reportar à construção (certa ou errada) levada a efeito pelo órgão administrativo. Vários fatores determinam tal comportamento, como confiança na especialização do órgão administrativo, respeito às escolhas do Poder Executivo (separação de poderes), complexidade da matéria (custo de transação ou curva de aprendizado) para iniciar um exame imparcial, dentre outros fatores menos científicos. O fato é que muitas decisões judiciais acabam por seguir a trajetória traçada criando a expectativa nas autoridades administrativas que as soluções que forem apresentadas, certas ou erradas, serão prestigiadas pelo Poder Judiciário.

A trajetória da dependência indica que as posições serão repetidas, salvo se houver a influência de uma força externa ou um evento que altere a configuração ou transforme as relações estruturais preexistentes. Trata-se, como escreveu Arthur, de "processos baseados em eventos aleatórios e feedbacks positivos naturais"[59] ou, na visão de David, como um processo dinâmico contingente não-reversível, cujo conteúdo central se refere à ideia da história como um processo de ramificação (branching) irreversível, no qual os custos de transição para uma alternativa previamente descartada se acumulum com o tempo, tornando tal mudança cada vez menos provável por mais que a alternativa vitoriosa se mostre menos eficiente que algumas outras escolhas possíveis[60].

Quando examinados os casos que foram submetidos ao Poder Judiciário sobre a controvérsia em tela, veremos que a posição do fisco foi referendada em sua grande maioria, ainda que seja completamente incompatível com o ordenamento jurídico vigente e se revele ineficiente do ponto de vista econômico. A trajetória é seguida rigorosamente até que surge um precedente, o caso do AResp n° 511.736/SP. É importante recordar que até mesmo o caso a ser examinado comprova a teoria da trajetória da dependência. Basta examinar a decisão monocrática exarada pelo Ministro Relator que se transcreve o trecho essencial: "*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE PESSOAS VINCULADAS. MÉTODO DE PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO -*

[56] ARTHUR, B. "Positive feedbacks in the Economy", *Scientific American*, v. 262, nº 2, pp. 92-99, 1990.
[57] DAVID, P. "Why are institutions the carriers of history? Path dependence and the evolution of conventions, organizations and institutions", *Structural Change and Economic Dynamics*, v. 5, nº 2, 1994.
[58] *Ibid.*
[59] ARTHUR, *op. cit.*
[60] DAVID, *op. cit*.

PRL 60. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E CSLL. AFRONTA AOS ARTIGOS 165, 458 E 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. CONTROVÉRSIA QUE EXIGE ANÁLISE DE INSTRUÇÃO NORMATIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA RECURSAL ELEITA. AGRAVO NÃO PROVIDO"[61].

Em síntese, a decisão isolada do ministro afirma que a questão para ser resolvida exigiria a verificação da Instrução Normativa, o que não é tarefa do Superior Tribunal de Justiça.

Pode-se afirmar que as decisões do Superior Tribunal de Justiça e também do Supremo Tribunal Federal seguem o modelo descrito acima, denominado trajeotória da dependência. As Cortes se negam a enfrentar o tema porque há um caminho trilhado que recomenda ser prestigiado, o que explica a reiteração de decisões que prestigiam soluções equivocadas, por mais absurdas que elas se apresentem.

Para surpresa da comunidade jurídica, a Corte decide apreciar o recurso interposto contra a decisão monocrática e o resultado é o provimento do recurso inclusive com a revisão do voto do relator que inicialmente era favorável a manutenção da orientação vigente. Vale reproduzir o resumo do julgamento:

"*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AOS ARTIGOS 165, 458 E 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSAÇÕES INTERNACIONAIS ENTRE PARTES VINCULADAS. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA. BASE DE CÁLCULO DO IRPJ E DA CSLL. MÉTODO DO PREÇO DE REVENDA MENOS LUCRO - PRL60. CÁLCULO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF 243/2002. ILEGALIDADE. ART. 18, II, DA LEI 9430/96.*

1. Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 9/3/2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, no caso, o Código de Processo Civil de 1973.

2. Não há violação aos artigos 165, 458 e 535 do CPC/1973, quando o órgão julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do acórdão embargado, abordando todos os pontos essenciais à solução da controvérsia apresentada.

3. O controle de preços de transferência tem como fundamento a necessidade de prevenir a erosão das bases tributáveis através da manipulação de preços nas operações transnacionais praticadas entre partes vinculadas, e para isso estabelece métodos para estimar um preço-parâmetro para tais operações.

4. O art. 12, § 11, da IN SRF 243/02 desbordou da mera interpretação do art. 18, II, da Lei 9.430/96, na medida em que criou novos conceitos e métricas a serem considerados no cálculo do preço-parâmetro, não previstos, sequer de forma implícita, no texto legal então vigente.

5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial."[62]

Finalmente, o Poder Judiciário percebe o enorme equívoco que se vinha cometendo e corrige-o com o reconhecimento da ilegalidade da Instrução Normativa SRF 243/02. No entanto, a solução chega com 20 anos de atraso. A norma editada em 2002 produziu efeitos e gerou conflitos durante vinte anos e o sistema de resolução de conflitos brasileiro somente veio a oferecer uma solução após o decurso de duas décadas. O mais angustiante é que não se pode dizer que a questão foi definitivamente julgada porque cabe recurso ao Supremo Tribunal Federal e a Corte Constitucional poderá adotar posição diversa, inclusive prestigiando a trajetória da dependência. A situação permite citar o pensamento de Rhodes, Binder e Rockman que afirmam: "[...] instituições são como cimento seco. O cimento pode ser

[61] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 511.736 - SP (2014/0099457-2)*, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 4 out. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400994572&dt_publicacao=27/10/2022. Acesso em: 24 jan. 2023.

[62] *Ibid.*

arrancado depois de seco, mas o esforço para fazer isso é substancial. É mais fácil alterar a substância antes que ela se endureça"[63].

7. Conclusões

O enfrentamento do caso da regulamentação do preço de transferência no Brasil a partir da Instrução Normativa SRF n° 243/02 é emblemático e permite examinar a grave crise do contencioso tributário por vários ângulos. É consenso que o método de resolução de conflitos em matéria tributária no Brasil produziu muito mais ineficiências que soluções ao longo dos últimos anos. Quando o Conselho Nacional de Justiça se debruça sobre os números da produção do Poder Judiciário no país, observa-se o esgotamento dos órgãos jurisdicionais como um todo[64]. O índice de congestionamento aumenta progressivamente, ainda que o último relatório enalteça os avanços no uso intensivo da tecnologia.

Não obstante o esforço considerável do Poder Judiciário em oferecer mais decisões e soluções mais céleres (e disso não se duvida), é certo que o aumento na produção da prestação jurisdicional não resolveu, nem diminuiu a litigiosidade do Brasil em matéria tributária que atinge proporções colossais segundo os estudos já citados ao longo do texto[65].

O presente estudo propôs ilustrar, a partir do caso examinado, duas das principais causas do volume exagerado de litígios, a saber: ausência de governança entre os órgãos competentes em matéria tributária e a adoção, ainda que inconsciente, da trajetória da dependência. A primeira causa é diagnosticada quando se demonstra que o legislador não dialoga com a Administração Tributária. Esta, de seu turno, não se conforma com a solução oferecida pelo legislativo, e acaba por redigir a orientação que lhe parece a mais correta e todos não oportunizam que o principal destinatário das normas, o contribuinte possa ser ouvido e efetivamente participe da solução. Como demonstrado no artigo, o critério de apuração de preço de transferência é uma questão complexa que não encontra resposta fácil. No entanto, há diversas formas para abordar o fenômeno e encaminhar uma solução. Com toda a certeza, não será por meio de decisões formuladas em gabinetes fechados e sem amparo na realidade que se encontrará o caminho de pacificação.

Seguir na trilha das soluções já testadas leva à segunda causa: a teoria da trajetória da dependência. Como a teoria econômica sustenta há anos, as instituições adotam caminhos já trilhados por uma série de fatores, mas que inegavelmente não poderão produzir resultados diferentes daqueles que já conhecemos. Como se atribui a Albert Einstein, "Insanidade é continuar fazendo sempre a mesma coisa e esperar resultados diferentes". A presente investigação propõe conclamar a comunidade acadêmica e alertar as autoridades para que possamos refletir e adotar estratégias diferentes para solucionar os problemas velhos e conhecidos.

8. Referências

ARTHUR, B. "Positive feedbacks in the Economy", *Scientific American*, v. 262, nº 2, pp. 92-99, 1990.

BARBOSA, G. B. "Preços de transferência: o dilema do PRL 60%", *Fiscosoft*, 2011. Disponível em:

[63] RHODES, R. A. W.; BINDER, S. A.; ROCKMAN, B. A. "Preface", *in* RHODES, R. A. W.; BINDER, S. A.; ROCKMAN, B. A. (eds.), *The oxford handbook of political institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2006. p. XV.

[64] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022*, Brasília, DF, CNJ, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

[65] INSPER. *Contencioso tributário no Brasil: Relatório 2020*, Insper, São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=/index.php?PID=248918&key=UTFNVFEzTkRneE1USTJNVGsxTURZeE9UVXdOakU1TlRBMU1BPT1UOQ. Acesso em: 2 fev. 2023.

BIANCO, J. F.; FAJERSZTAJN, B, "Preços de transferência: o método PRL-60 - ilegalidade ilógica", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013. pp. 144-162.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*, Brasília, DF, 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996*, Brasília, DF, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. *Medida provisória nº 1.152, de 28 de dezembro de 2022*, Brasília, DF, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1152.htm. Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 511.736 - SP (2014/0099457-2)*, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Brasília, DF, 4 out. 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400994572&dt_publicacao=27/10/2022. Acesso em: 24 jan. 2023.

CHAPINOTI, M. B. "Preços de transferência e valoração aduaneira", *in* FLEISCHMANN, A. C., *Controvérsias tributárias no comércio exterior*, Aduaneiras, São Paulo, 2010, pp. 259-272.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2022*, Brasília, DF, CNJ, 2022. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

DAVID, P. "Why are institutions the carriers of history? Path dependence and the evolution of conventions, organizations and institutions", *Structural Change and Economic Dynamics*, v. 5, nº 2, 1994.

FERNANDES, E. C. "Convergência contábil como demonstração das transações Arm's Length", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 52-66.

GOMENSORO, A.; CONSENTINO, R. O. "Preços de transferência: CSRF decide pela legalidade da Instrução Normativa SRF n.º 243/02", *Lexology*, 22 mar. 2016. Disponível em: https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=527cb69f-9343-4c8d-859f-57532e430c36. Acesso em: 23 jan. 2023.

GREGÓRIO, R. M. *Arm's Length e praticabilidade nos preços de transferência*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

INSPER. *Contencioso tributário no Brasil: Relatório 2020*, Insper, São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2021/01/Contencioso_tributario_relatorio2020_vf10.pdf. Acesso em: 23 jan. 2023.

KRAAKMAN, R. *et al*. *The anathomy of corporate law: a comparative and functional approach*. 2nd ed. Oxford University Press, Oxford, 2009.

LEWIS, D. et al. "Transfer pricing: rules and practice in selected countries (A-B)", *Bloomberg BNA*, 2013.

MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Análise econômica do direito*, Atlas, São Paulo, 2014.

MARCHANT, D. "Uma visão Analítica do PRL 60: a delimitação dos problemas da IN n.º 243 e da Lei 9.430", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 29-51.

MARSILLI JUNIOR, O.; LONGO, J. H. "Métodos de preços comparados e suas variações: o PRL-60 e a INSRF n.º 243/2002 no Carf", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 189-207.

NOVAIS, R.; PEIXOTO, D. M. "PRL 60%: confronto entre a Lei n.º 9.430/1996 e a Instrução Normativa n.º 243/2002", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 296-327.

PEREIRA, M. S. C. "Análise das críticas à metodologia do PRL 60 prevista na IN nº 243/2002", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013, pp. 264-282.

PINHEIRO, J. B. *Direito tributário e globalização: ensaio crítico sobre preços de transferência*, Renovar, São Paulo, 2001.

RHODES, R. A. W.; BINDER, S. A.; ROCKMAN, B. A. "Preface", *in* RHODES, R. A. W.; BINDER, S. A.; ROCKMAN, B. A. (eds.), *The oxford handbook of political institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

ROCHA, S. A. "Preços de transferência e tipologia jurídica: as novas margens de lucro presumidas do PRL", *in* SCHOUERI, L. E. (coord.), *Tributos e preços de transferência*, Dialética, São Paulo, 2013. pp. 371-385.

RODRIGUES, R. M. S. "Preços de Transferência: globalização e livre concorrência", *Portal Jurídico Investidura*, 19 jan. 2009. Disponível em: http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/2537-precos-de-transferencia-globalizacao-e-livre-concorrencia. Acesso em: 22 jan. 2023.

ROSS, S. A. "The economic theory of agency: The principal's problem", *The American Economic Review*, v. 63, nº 2, pp. 134–139, 1973.

ROSSETO, V. "Preços de transferência: comentários à Lei nº. 9.430/96", *Caderno de Estudos*, nº. 17, pp. 1-10, 1998.

SCHOUERI, L. E. *Preço de transferência no Direito Tributário Brasileiro*, 3a ed., Dialética, São Paulo, 2013.

SILVA, L. L. *Manual de preço de transferência*, 2a ed., IOB - Sage, São Paulo, 2014.

UCKMAR, V. *et al*. *Manual de direito tributário internacional*, Dialética, São Paulo, 2012.

UNITED NATIONS. *Practical manual on transfer pricing for developing countries*, United Nations, New York, 2013.

VASCONCELLOS, R. F. "A evolução da legislação aplicável às operações financeiras", *in* ROCHA, A. S. (coord.), *Direito tributário internacional*, Quartier Latin, São Paulo, 2016, pp. 803-846.

WILLIAMSON, O. E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, University of Illinois at Urbana-Champaign's Academy for Entrepreneurial Leadership Historical Research Reference in Entrepreneurship, 1985. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1496720. Acesso em: 23 jan. 2023.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 82-100
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Piercing the corporate veil in brazilian, canadian, and spanish civil law

Marcelo Lauar Leite
UFERSA

Summary: 1. Understanding the Brazilian problem; 2 Why compare and the intended comparison; 3 Comparative regulation of the piercing of the corporate veil; 3.1 Brazil: direct legislative regulation; 3.2 Canada: indirect legislative regulation; 3.3 Spain: regulatory gap; 3.4 Partial considerations; 4 Thematic functional comparisons; 4.1 Exceptionality; 4.1.1 Brazil; 4.1.2 Canada; 4.1.3 Spain; 4.1.4 Partial Considerations; 4.2 Specific Intent; 4.2.1 Brazil; 4.2.2 Canada; 4.2.3 Spain; 4.2.4 Partial Considerations; 4.3 Subsidiarity; 4.3.1 Brazil; 4.3.2 Canada; 4.3.3 Spain; 4.3.4 Partial Considerations; 4.4 Partners subject to the piercing of the corporate veil; 4.4.1 Brazil; 4.4.2 Canada; 4.4.3 Spain; 4.4.4 Partial Considerations; 4.5 Group Relations; 4.5.1 Brazil; 4.5.2 Canada; 4.5.3 Spain;4.5.4 Partial Considerations; 5 Final considerations.

Abstract: This research focuses on the Brazilian regulation of veil piercing, making a functional comparison with the regulation of the subject in the Canadian (Québec) and Spanish civil law systems. After briefly introducing the Brazilian problem, we present the reasons for the intended comparison and the procedure adopted. The following axes of the procedure for veil piercing were compared: (i) degree of legislative regulation, (ii) exceptionality of its application, (iii) the need for specific intent, (iv) the subsidiarity of the patrimonial liability of the partners, (v) the criterion and degree of liability of the partners subject to the piercing of the corporate veil, and (vi) the repercussions on group relations. Partial considerations were performed sequentially to the exposure of the base scenario of each regulatory axis, aiming to facilitate the analysis of the results by other researchers.

Keywords: Piercing the corporate veil. Comparative Law. Brazil, Canada and Spain.

1. Understanding the Brazilian problem

Patrimonial autonomy is one of the foundations of Private Law, communicating that legal entities, as independent imputation centers, can securitize a mass of their assets[1] [2] [3] [4] [5] [6] [7]. In the corporate sphere, its primary effect is the limitation of liability

[1] VANDEKERCKHOVE, K. *Piercing the Corporate Veil*, Kluwer Law International, New York, 2007, p. 3-4.
[2] WARDE JÚNIOR, W. J. *Responsabilidade dos sócios*: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 97.
[3] TAVARES GUERREIRO, J. A. *Regime jurídico do capital autorizado*, Saraiva, São Paulo, 1984, p. 6-7.
[4] GONÇALVES, O. "Os princípios gerais do Direito Comercial autonomia patrimonial da pessoa jurídica, limitação e subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais", *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 58, p. 183-202, 2012, p. 185-188.
[5] CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, v. 2, t. 2, Campinas, Bookseller, 2001, p. 123.
[6] FERREIRA, W. *Tratado de Direito Comercial*, v. 3, Saraiva, São Paulo, 1961, p. 107 [*Owner's equity is, therefore, of the corporation. Only and exclusively of the corporation. Entirely distinct from its partners, the corporation is invested with self-determining power, as the owner of its rights and slave to its obligations*].
[7] FERRER CORREIA, A. "A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica", en (Ferrer Correia, A. org.), *Estudos vários de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra,

Recibido: 13/02/2023
Aceptado: 10/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043779

in favor of *(i)* the legal entity – of which patrimony cannot be affected by obligations or debts of others – and *(ii)* its partners - who, according to the contracted modality, shall be liable only for the payment of the owner's capital.

In Brazil, the already repealed Civil Code of 1916 expressed the recognition of patrimonial autonomy in its article 20, by which "legal entities have a distinct existence from that of their members." This device did not maintain correspondence with the current Civil Code of 2002. Until 2019, its presence was verified from inferences such as the description of the circumstances authorizing the veil piercing and its effects on the liability regime of partners and managers.

Although the rigorous interpretation of the rules put in place led to the materialization of patrimonial autonomy, this was not the path followed by a significant part of Brazilian jurisprudence, resulting in complete unpredictability regarding the situations in which a case of abuse could or not be characterized that justified the casuistic abstraction of veil piercing.

Provisional Measure (PM) 881/2019 was published in an attempt to combat veil piercing outside the authorizing hypotheses of article 50/CC of the time. It was partially converted into Federal Law 13,874/2019 – the Declaration of Economic Freedom Rights (DEFR) -, backed by three pillars: *(i)* the expressed positivity of the content of *patrimonial autonomy*; *(ii)* the definition of the concepts of *deviation from purpose* and of *patrimonial confusion* for purposes of piercing the corporate veil (PCV), and *(iii)* the regulation of the liability of legal entities concerning the group.

Although the new law was supposed to establish consensus and the consequent pacification of conflicts involving veil piercing, it does not seem to have fulfilled the purpose for which it was created. A recent study on the topic[8] identified severe problems in its incorporation, such as uncertainty about the need for *malicious intent* for the characterization of the so-called "deviation of purpose"; the legislative prejudgment regarding the illegality of acts of commingling of assets, especially in economic group relations; and the option for a merely exemplary list of hypotheses authorizing the veil piercing based on the allegation of "commingling of assets."

With the apparent failure of the recent attempt at an internal solution for the problem of legal regulation of veil piercing in Brazil, we decided to verify how other countries have regulated and applied their veil piercing systems.

2. Why compare and the intended comparison

The grounds for the use of Comparative Law are classified in many ways. ALLARD AND EYNDE[9] divide them into pragmatic, rationalist, and political; Almeida[10], into cultural and practice. Although these structures have didactic importance in the systematization of knowledge, we prefer not to make specific affiliations, dedicating this moment to present functional reasons for a comparative investigation. In summary, it is common to argue that Comparative Law serves:

1982, p. 548 [*The concept of patrimonial autonomy assumes several meanings. In the most current, it expresses a specific behavior of a certain mass of assets regarding the responsibility for the debts assumed in their administration or exploitation. Then, such autonomy is still susceptible of different gradations. In its most perfect form, it reflects a twofold phenomenon: on the one hand, the insensitivity of the assets in question to debts other than those related to the special purpose to which they are assigned; on the other hand, the insensitivity to those obligations of any other patrimony*].

[8] LAUAR LEITE, M. "Autonomia patrimonial após a Lei de Liberdade Econômica", *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 23-41, jul./dez. 2020.

[9] ALLARD, J.; VAN DEN EYNDE, L. "Le dialogue des jurisprudences comme source du droit: arguments entre idéalisation et scepticisme", en (Hachez, I. *et al* org.), *Les sources du Droit revisitées*, v. 3, Anthemis, Limal, 2013, pp. 299-300.

[10] FERREIRA DE ALMEIDA, C. *Direito Comparado: ensino e método*, Cosmos, Lisboa, 2000, p. 68.

> *(i)* To integrate incomplete legal standards[11];
> *(ii)* For reflecting on legal systems in comparison, given that persuasive authority encourages the qualification of arguments and the increased repertoire of legal solutions[12] [13] [14] [15] [16]; and,
> *(iii)* For the creation of globally harmonic solutions, the problems for which jurisdictions require answers are often similar[17] [18] [19] [20].

As Bogdan points out[21], if the foreign experience is shared, stimulated, and often seen as evident in the health and technological sciences, the legal-comparative tool should not be a source of distrust or prejudice but scientific development in the legal field.

For this multilateral[22], micro-comparison work[23], we chose to investigate their equivalent institutes in Francophone Canada[24] and Spain as objects-*comparantum*. These are jurisdictions with *(i)* tradition in the discussion of the topic - development of the state of national art and *(ii) civil law* legal systems - constitutional hierarchy, the predominance of written law and common structuring values - liberal democracies with market economies that have freedom of economic initiative as their crucial foundation[25]. Therefore, the research aims to assess the similarities and differences in

---

[11] LAUAR LEITE, M. "O Direito Comparado na integração das lacunas de regulação", *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 78, p. 159-179, jan./jun. 2021, p. 174; BOGDAN, M. *Comparative Law*, Kluwer, Cambridge, 1994, p. 32.

[12] HÄBERLE, P.; KOTZUR, M. *De la soberania al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, 2003, p. 14.;

[13] ROTHENBURG, W. C. "Diálogo internacional entre juízes: a influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais", en (Edelvacy Marinho, M. et al. org.), *Diálogos entre juízes*, UniCEUB, Brasília, 2014, p. 45.

[14] RUFINO DO VALE, A. "O argumento comparativo na jurisdição constitucional", *Consultor Jurídico*, São Paulo, mai-2014, avalaible in: http://www.conjur.com.br/2014-mai-03/observatorio-constitucional-argumento-comparativo-jurisdicao-constitucional. Accessed in 23-5-2022.

[15] BOGDAN, M. *Comparative Law*, Kluwer, Cambridge, 1994, p. 27.

[16] ALLARD y EYNDE, *Le dialogue des jurisprudences comme source du droit: arguments entre idéalisation et scepticisme, Ob. Cit.*, p. 300.

[17] DANTAS DE MEDEIROS, O. "Direito constitucional comparado: breves aspectos epistemológicos", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 188, p. 313-332, out./dez. 2010, p. 320.

[18] OVÍDIO, F. "Aspectos do Direito Comparado", *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984, p. 166.

[19] NICOLAU DOS SANTOS, J. "Direito Comparado e Geografia Jurídica", *Estudos Jurídicos em honra de Soriano de Souza*, v. 2, Recife, p. 348-371, 1962, p. 349.

[20] BOGDAN, *Comparative Law, Ob. Cit.*, p. 19.

[21] *Comparative* Law, *Ob. Cit.*, p. 29.

[22] BOGDAN, *Comparative Law, Ob. Cit.*, p. 57.

[23] Comparison of specific legal rules – FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Comparado: ensino e método, Ob. Cit.*, p. 64.

[24] Therefore, all references to Canadian regulation on the subject will be based on the legislation of the province of *Québec*.

[25] Explicative note: the Brazilian Constitution enshrines freedom of initiative as the foundation of its economic order. [*The economic order, founded on the valuation of human labor and free initiative, aims to ensure everyone a dignified existence, according to the dictates of social justice, observing the following principles* - art. 170, *head provision*], as the Spanish Constitution does [*Free enterprise is recognized within the framework of a market economy. The public authorities guarantee and protect its exercise and the safeguarding of productivity in accordance with the demands of the general economy and, as the case may be, of economic planning* – Section 38] and, indirectly, in the Canadian Constitution, in addressing the freedoms of association and of earning income [*Everyone has the following fundamental freedoms: (…) (d) freedom of association* – 2; *Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right (…) (b) to pursue the gaining of a livelihood in any province* – 6].

the treatment of the foundations of the theme in these jurisdictions to provoke a reflection on Brazilian choices and, indirectly, gather elements that can contribute to the reciprocal improvement of legal protection systems to patrimonial autonomy.

The treatment of information collected in the doctrine and jurisprudence of each State will follow a functional logic[26] [27], that is, a search for comparative solutions to the treatment of similar issues. Pragmatically, the Brazilian response will be presented and commented on [*comparatum*] for every regulatory problem [*tertium comparationis*], followed by the identifiable Spanish and Canadian solutions [*comparandum*] and criticism about its possible repercussions and developments.

3 Comparative regulations of the piercing of the corporate veil

3.1 Brazil: direct legislative regulation

The general rule of veil piercing in Brazil is in art. 50 of the Civil Code, which establishes in its *head provision*: "In case of abuse of juridical personality, characterized by the purpose deviation, or by the commingling of assets, the judge may, at the request of the party, or of the Public Prosecutor's Office when it is up to him to intervene in the process, disregard it for certain and precise obligations has their effects extended to the personal assets of managers or partners directly or indirectly benefited by the abuse."

The article establishes a variety of important material information. Veil piercing is authorized when corporate personality abuses through the *deviation from purpose* or *commingling of assets*. In such cases, the veil of corporate personality could be pierced, obliging partners and managers to answer for commitments made, in principle, on behalf of the legal entity. Brazilian legislation *directly* regulates the subject.

3.2 Canada: indirect legislative regulation

In Canada, the general rule of veil piercing comes from art. 317 of the Civil Code of Quebec. [*The juridical personality of a legal person may not be invoked against a person in good faith to dissemble fraud, abuse of right, or contravention of a rule of public order*]. It can be said that this legislative regulation is *indirect* because it does not refer to the veil-piercing procedure but to the hypotheses in which the legal personality of a collective entity is not legally protected, not offering details about the normative content of each of them.

3.3 Spain: regulatory gap

Spanish law has no specific rule on hypotheses in which corporate personality could be pierced [Brazilian model] or even when its protection would be guaranteed [Canadian model]. The Spanish Civil Code limits itself to recognizing the existence of the corporate personality of legal entities[28].

---

[26] GLENDON, M. A.; GORDON, M. W.; OSAKWE, C. *Comparative legal tradition*s: text, materials and cases, 2. ed, West, St. Paul, 1994, p. 13-16.

[27] SAMUEL, G. *An introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, Oxford, 2014, p. 66-68.

[28] Art. 35.
Legal entities are:
1.º Corporations, associations and foundations of public interest recognized by law.
Their personality begins from the very moment in which, in accordance with the law, they would have been validly constituted.
2.º Associations of particular interest, whether civil, commercial or industrial, to which the law grants their own personality, independent of that of each of the associates.
(…)
Art. 38

The complete legislative gap on the subject did not prevent the Spanish Supreme Court from admitting, in 1984[29], the possibility of piercing the corporate veil as a result of injury to pre-established rules on equity[30], good faith[31] and, especially, fraud to the law and abuse of right, according to arts. 6.4 [*The acts performed under the protection of the text of a rule that pursue a result prohibited by the legal system, or contrary to it, will be considered practiced in fraud of the law and will not prevent the proper application of the rule that has been tried to avoid*] and 7.2 of the Spanish Civil Code [*The Law does not protect the abuse of the right or the antisocial exercise of the same. Any act or omission that, due to the intention of its author, its object or the circumstances in which it is carried out, manifestly exceeds the normal limits of the exercise of a right, with damage to third parties, will give rise to the corresponding compensation and the adoption of the judicial or administrative measures that prevent the persistence of the abuse*].

3.4 Partial considerations

More than direct, Brazilian legislation addresses the issue of veil piercing in detail. In addition to mentioning the situations that would characterize an abuse apt to the piercing of the corporate veil [deviation of purpose and commingling of assets], the Brazilian legislator defined what would be deviation of purpose as[32] [*the use of the legal entity for the purpose of harming creditors and for the commission of unlawful acts of any nature*] and commingling of assets as[33] [*the absence of de facto separation between assets characterized by the repetitive fulfillment by the corporation of obligations of the partner or the administrator or vice versa; transfer of assets or liabilities without effective consideration, except those of proportionally insignificant value; and other acts of non-compliance with equity autonomy*].

Canadian law also describes hypotheses of veil piercing, although it does not qualify them. The construction of the normative content of at least two situations [*fraud* and *abuse of right*] was delegated to state jurisdiction. On the other hand, this indirect and superficial approach is more consistent than that (not) found in Spanish law, which suffers from a regulatory gap.

The existence of distinct legislative approaches to the issue is indifferent. Karen VANDEKERCKHOVE states in her classic comparative study of the subject of corporate group law in Europe, "*under a functional approach the central question of the substantive law part of our study is not 'does legal system X have rules on piercing of the corporate veil?', but rather 'does legal system X grant creditors the possibility to engage liability of parent corporations for the debts of their subsidiaries?"*[34]. Legal problems exist regardless of – and sometimes despite - legislative choices. In the Spanish case, the regulatory gap did not prevent the development of a judicial

---

Legal entities may acquire and own assets of all kinds, as well as incur obligations and exercise civil or criminal actions, in accordance with the laws and rules of their constitution.
(…).

[29] *Uto Ibérica, S. A.* x *Empresa Municipal de Aguas y Alcantarillado, S. A.*, Verdict n. 330/1984.

[30] Spanish Civil Code
Art. 3
1. The regulations will be interpreted according to the proper meaning of their words, in relation to the context, the historical and legislative background, and the social reality of the time in which they are to be applied, fundamentally attending to the spirit and purpose of those.
2. Equity will have to be weighed in the application of the norms, although the resolutions of the Courts may only rest exclusively on it when the law expressly allows it.

[31] Art. 7
1. Rights must be exercised in accordance with the requirements of good faith.

[32] Brazilian Civil Code (BCC), art. 50, § 1º.

[33] BCC, art. 50, § 2º.

[34] VANDEKERCKHOVE, *Piercing the Corporate Veil, Ob. Cit.*, p. 97. Explaining in a general way, *see* SAMUEL, *An introduction to Comparative Law Theory and Method, Ob. Cit.*, p. 65.

reaction technique to abuses committed by legal entities[35], although on grounds criticized for inaccuracy[36]. Consequently, even the fact that one of the analyzed systems does not have a direct or indirect equivalent in its law (statutory) does not make it unfit for comparison with others[37].

4 Thematic functional comparisons

4.1 Exceptionality

The purpose of this topic is to compare whether the piercing of the corporate veil is a standard or exceptional measure in the analyzed systems. The measurement of this exceptionality begins from the premise that one can only technically speak of veil piercing when the law:

(i) has instituted a limited liability for the partners; and,
(ii) does not refer to the direct or subsidiary liability of managers,

Many countries contemplate corporate models where there is no limited liability. In Brazil, professional corporations of an artistic, scientific, or literary nature (called "simple societies") treat their partners, as a rule, as subsidiaries liable for obligations of the legal entity[38]; the same occurs, to a greater or lesser extent, in "ordinary partnership"[39]; "limited partnership," and "limited partnership per shares" corporations[40]. The "General Partnerships" and the "Collective Companies" are examples in Canada and Spain[41], respectively. If there is no prior limitation of liability, the veil piercing is unnecessary and technically inapplicable.

Regarding the liable person, it must be established that the partners are the holders of the fractions of the owner's capital. They have separated part of their assets in favor of the corporation, giving this financial autonomy necessary to pursue its purposes. Special patrimonial effectiveness is established with the limited liability corporation [42] - what we call the veil–for which the sole liability of the partners concerns their correct contribution to the formation of capital[43]. From then, it is necessary to pierce the corporation's veil to achieve the partners' personal assets.

This procedure does not relate to the direct or subsidiary liability assigned to managers by law[44] [45] [46]. Managers may or may not be partners, but this relationship is not involved in creating equity effectiveness that results in partitioning personal and business assets into limited liability corporations. When the law holds managers liable, it is not carrying out or authorizing an early veil piercing simply because the

---

[35] *See* BUEYNO DÍEZ JALÓN, M.; PALOMO BALDA, E. *Responsabilidad de los administradores: levantamiento del velo*, Francis Lefebvre, Madrid, 1998, p. 131.
[36] For all, *see* HURTADO COBLES, J. *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 41.
[37] MOUSOURAKIS, G. *Comparative Law and legal traditions: historical and contemporary perspectives*, Springer, Cham, 2019, p. 116.
[38] BCC, art. 1.024.
[39] BCC, art. 1.039.
[40] BCC, art. 1.090.
[41] Spanish Commercial Code, art. 127.
[42] XAVIER LEONARDO, R; RODRIGUES JR., O. L. "A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil*",* en (Peixoto Neto, F.; Rodrigues Jr., O. L.; Xavier Leonardo, R. org.), *Comentários à lei da liberdade econômica*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 279.
[43] BCC, art. 1.052; QCC, art. 2.240; SCC, art. 1.681.
[44] BCC, art. Art. 1.016 [*The administrators are jointly and severally liable to the company and third parties harmed by fault in the performance of their functions*].
[45] In Canadian doctrine, MARTEL, P. *La Société par actions au Québec: les aspects juridiques*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 2022, p. 1-88.1; 1-89.
[46] *See*, still, VANDEKERCKHOVE, *Piercing the Corporate Veil, Ob. Cit.*, pp. 12-13.

achievement of administrator assets – even if, by chance, they are also partners – concerns a legal relationship in which obligation is not of capital but service.

4.1.1 Brazil

The Brazilian general rule[47] establishes that only deviation of purpose and commingling of assets can authorize the piercing of the corporate veil. However, its application is restricted to relations between private persons governed by the Civil Code, so relations governed by consumer, labor, competition, and environmental law ignore the need for abusive conduct. A simple breach of contract is reason enough to call partners of limited liability corporations to answer for social obligations. Doctrinal warnings about the dangers of indiscriminate management *piercing the corporate veil* for legal certainty in realizing productive investments[48] [49] [50] [51] are frequent, including in foreign doctrine[52].

Even inter-company relations are likely to be evaluated not under the general rule of the Civil Code but by the Consumer Protection Code. This is because even legal entities can be framed as consumers, provided they are the final recipients of products or services[53].

4.1.2 Canada

The hypotheses of *fraud, abuse of right or contravention of a rule of public order* constants of the QCC are seen by Quebec doctrine and jurisprudence as exceptional[54] [55], even to a more restrictive degree than the sources of the *common law* before its elaboration[56]. In general, the general rule of art. 317 of the QCC, combined with the expression of patrimonial autonomy of its art. 309[57], has been subsidizing a culture of deference to limited liability.

---

[47] Chapter 3.1.

[48] SZTAJN, R. "Sobre a desconsideração da personalidade jurídica", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, abr. 1999, p. 81-97.

[49] BLOK, M. "Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 59, jan./mar. 2013, p. 91-167.

[50] ; MARTINS FERREIRA, L. E. "Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 41, jul. 2008, p. 127-132.

[51] LAUAR LEITE, M. "Limitação da responsabilidade patrimonial como fator de proteção ao investimento: razões e propostas para uma missão de resgate", *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 18, jan-jul. 2016, p. 135-183.

[52] KRAAKMEN, R; ARMOUR, J.; DAVIS, P., *et al*. *The anatomy of Corporate Law: a comparative and functional approach*, 3. ed, Oxford University Press, London, 2017, p. 116 [*Yet effective protection to non-adjusting creditors is rare in our core jurisdictions, although Brazil perhaps goes furthest in this regard: unlimited shareholder liability through veil piercing is the norm whenever corporate assets are insufficient to compensate the damages caused to workers, consumers, and the environment*]

[53] As stated in art. 2: "The consumer is every natural person or *legal entity* who acquires or uses the product or service as the final recipient".

[54] Cour Suprême du Canada, *Barer C. Knight Brothers LLC*, de 22-02-2019; Cour Supérieure, n. 500-17-088106-151, de 08-01-2018; Cour Supérieure, n. 505-17-008414-155, de 29-04-2022; Cour d'Appel, n. 500-09-012368-023, de 11-03-2004.

[55] In doctrine, *see* RENAUD, B. *Code Civil du Québec Annoté*. t. 1. 23. ed. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 2020, p. 409 ; LACASSE, N. *Droit de l'entreprise*. 9. ed. Montreal: Narval, 2015, p. 127.

[56] ROUSSEAU, S; SMAÏLI, N. "La levée du voile corporatif em vertu do Code Civil du Québec: des perspectivs théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence", *Les Cahiers de Droit*, v. 47, n. 4, , p. 815-861, dec. 2006, p. 859.

[57] "*Legal persons are distinct from their members. Their acts bind none but themselves, except as provided by law*".

4.1.3 Spain

Although the legislative parameters applicable to the subject are generic and abstractly even more amenable to extension, Spanish doctrine and jurisprudence have been built in the sense of having veil piercing as a measure to be considered in an *extreme* and *exceptional* form[58], that is, when there are no other remedies in material and procedural law, given the importance of maintaining the effects of legal personality for legal certainty and economic expansion[59].

The restrictive character considers excessive use for resolving conflicts would attack the rule of law[60]. Strictly speaking, the effect of the legislative gap on the Spanish judiciary is contrary to what one might expect. Instead of openness, the Spanish judges appear to be taking great care to lift the veil. As the Spanish Supreme Court recently indicated, "*this doctrine must be applied restrictively and only impute responsibilities to the Administration that owns the insolvent company if it is proven that it was instrumentalized with a fraudulent purpose*"[61].

4.1.4 Partial considerations

Brazil does not have a culture for protecting patrimonial autonomy. Although the general rule - art. 50/Brazilian Civil Code (BCC) - makes it seem that judges can only pierce the corporate veil in abusive situations. Approximately 45% of cases of granting requests of this type ignored the assumptions of the institute, replacing the debate of its specific legal requirements with social grounds, such as the need to protect the vulnerable party in the specific case[62].

If the judge is inclined to satisfy the creditor in any way, the limitation of property liability becomes easily transposable, especially when there is no good understanding of the importance of legal protection for those who risk their capital in the offer of products or services. The legal research mentioned above makes it seem that the limitation of liability is seen as an undue privilege that should be eliminated in the face of injustices in the protection of credit.

DEFR's attempt to change the way Brazilian judges see the limitation of patrimonial liability goes through the inclusion of art. 49-A in the BCC, whose second part expresses that "*a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos*".

Explaining the obvious by way of law shows the difficult path ahead of Brazilian law. Even if there were no doubts regarding the normative contents of art. 50 of the BCC – reformed by DEFR –, the existence of similar regulations on the piercing of the corporate veil – such as the one that considers legal entities consumers and, under Brazilian law, holders of the right to request the lifting of the veil for simple default, makes the path more difficult. An example of this was a 2022 case in which a company (electronic equipment supplier) had its legal personality raised for not delivering a printer to another company (a restaurant)[63].

---

[58] BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, 4. ed, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 264; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 5. Ed, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 109-112;

[59] *See* Spanish Supreme Court, *GRAFICAS CORNEJO, S.A.* x *PAPELERA SAN JOSE, S.A.*, Verdict 883/1996.

[60] ROSARIO LÓPES GARCÍA, L. *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017, p. 111.

[61] *Ayuntamiento de Los Barrios* x *Caixabank S.A*, Verdict 667/2017, free translation.

[62] PARENTONI, L. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 101.

[63] Case tried in 2022 before the Court of Justice of the State of São Paulo – Appellation nº 1004335-85.2020.8.26.0344.

Even if competition between domestic standards were overcome and all inter-company relations were to be governed solely by the new rule of art. 50/BCC – which is not the case –the institute's exceptionality could still be questioned before discussing the need for malicious intent for its configuration, which shall be done next.

4.2 Specific intent

The purpose of this topic is to compare whether the piercing of the corporate veil requires specific intent [subjective element] or, on the contrary, whether it is objectively assessable.

4.2.1 Brazil

In Brazil, specific intent for veil piercing may or may not be required, depending on the type of abuse committed. The answer may be positive if the charge is that the legal entity is being used *with the purpose* of injuring creditors or *for* the commission of unlawful acts [deviation of purpose]. On the other hand, if the abuse is due to the commingling of assets, the proof of specific intent is not specified by the law, given the alleged objectivity of this measurement.

4.2.2 Canada

Canadian jurists constantly remind the need for fraudulent intent to lift the veil. The basic scenario for both is that the legal entity would be under manipulation in the expression of art. 317 of the QCC, to "*masquer*" [to *mask*] one of the actions liable for piercing the corporate veil. The act of masking is, by definition, voluntary[64]. Thus, the fraudulent intent must be underlying[65], even in the case of commingling of assets[66], regardless of whether a partner is an administrator, controller, or has the power of determining influence over the business management.

4.2.3 Spain

Since 2013, the jurisprudence of the Spanish Supreme Court has required proof of intent to grant requests to lift the veil[67]. Although the proof of intent is inalienable when the accusation is that of the legal person's machination to commit fraud, the definition of *abuse of right* of art. 7.2 of the SCC[68] expressly covers situations that are not necessarily intentional when regarding actions or omissions that "by the intent of the author, by their object, or by the circumstances in which they are carried out" manifestly exceed the normal limits of the exercise of a right with prejudice to third parties.

The hypotheses seem to be alternative. There would be intentional abuses (subjective); or others measurable by practice or circumstances (objective). Despite this, most Spanish doctrine seems to understand there is no relationship of

---

[64] MARTEL, *La Société par actions au Québec: les aspects juridiques, Ob. Cit.*, p. 1-85 [*The word "hide" has indeed a connotation of secrecy, dissimulation, scheming or manipulation*] Free translation. In jurisprudence, *see* Cour Supériere, Case n. 500-17-079969-138, de 26-09-2018; Cour Supériere, Case n. 500-05-005844-947, de 21-3-2002;

[65] ROUSSEAU y SMAÏLI, *La levée du voile corporatif em vertu do Code Civil du Québec: des perspectivs théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence, Ob. Cit.*, p. 831

[66] MARTEL, *La Société par actions au Québec: les aspects juridiques, Ob. Cit.*, p. 1-82/1-83 [*Whatever application one gives to the concept of abuse of rights, section 317 will not allow the corporate veil to be set aside, in the absence of bad faith, for reasons of confusion (unless it is caused or is not dissipated deliberately, to the point of constituting a fraud)*]. Free translation. In jurisprudence, *see* Cour du Québec, Case n. 405-32-700343-183, of 13-12-2019.

[67] GARCÌA, *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria, Ob. Cit.*, p. 84;

[68] *Ob. Cit.*

alternation but of combination in what has been conventionally called the *eclectic* current[69] [70] [71].

Although it does not expressly address the malicious element, the Spanish doctrine is fertile in discussions on the possibility of lifting the veil in cases of undercapitalization. Part of it argues that non-contractual damages - and possibly even contractual damages in non-parity relationships[72] - could give rise to the liability of partners when the company was incorporated without adequate capital to guarantee creditors[73]. It cannot be said that this is a majority conception, with clear doctrinal[74] and jurisprudence[75] negatives on the inadequacy of undercapitalization as a criterion for piercing the corporate veil.

4.2.4 Partial Considerations

Measuring fraudulent intent is probably the essential criterion for regulating veil piercing. To understand this, we will begin from one of the hypotheses brought by the BCC as characterizing "abuse" in the "deviation of purpose" modality: the use of the legal entity for the practice of "illicit acts." Imagine that, due to a calendar error, the XYZ company has not provided the contracted input to enable a specific industrial scale order, causing enormous reputational damage to its contractor in its market of operation. Having judicialized the issue, in addition to the contractual fine, an indemnity was stipulated for off-balance-sheet damages unpayable by the regular forces of its economic activity.

In the absence of intent, can the private patrimony of the managing partner be held liable? Having analyzed the question under Canadian or Spanish law, the answer would be evidently negative[76]. The issue is substantially more controversial from the Brazilian perspective. Two reasons can be pointed out for this: the first, the influence of parallel legislative microsystems – consumer, labor, environmental, and competitive – that for years have waived the assessment of intent; the second, the legislative history of art. 50/BCC.

The volitional element was expressed in the original proposition of DEFR, reputing deviation of purpose as "the *intentional* use of the legal entity to injure creditors and for the commission of unlawful acts of any nature." However, the final text defined it as "the use of the legal entity for the purpose of harming creditors and for the commission of unlawful acts of any nature," absent the term "intentional."

---

[69] JALÓN y BALDA, *Responsabilidad de los administradores: levantamiento del velo, Ob. Cit.*, p. 137;

[70] BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español, Ob. Cit.*, p. 235.

[71] GARCÌA, *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria, Ob. Cit.*, p. 84; in jurisprudence, *see* Audiência Provincial, Sevilla, Appel n. 5268, judged in 29-09-2010; Tribunal Supremo, Appel n. 599, judged in 18-06-2008.

[72] BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español, Ob. Cit.*, p. 380-381.

[73] ESPINOSA, *Ob. Cit.*, p. 21.

[74] HURTADO COBLES, J. *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*, Bosh, Barcelona, 2005, p. 111.

[75] Provincial Court of Barcelona, judgment n. 69, of 19-3-2015 [*It is true, on the other hand, that there is no lack of doctrinal opinions in favor of the application of this technique in cases of material undercapitalization, which can be sustained by interpreting the rule on limitation of liability in a finalist sense. However, neither can it be considered to be a unanimous or majority doctrine and our jurisprudence has not yet accepted this assumption among those that justify the application of this doctrine*]. Free translation.

[76] Nor would the European discussion on undercapitalization be applicable, for one could not speak of a capitalization manifestly inadequate to the operation, as Vandekerckhove conceptualizes, *Piercing the Corporate Veil, Ob. Cit.*, P. 106 [*In general, the 'simple' inadequacy of a corporation' s capital is not sanctioned; in the legal systems of the countries examined here, in order for a shareholder to be held liable, a 'manifest' , 'gross' or 'qualified' undercapitalization is required*].

Mysteriously, this removal occurred even with the rejection of all the legislative amendments presented in the National Congress that had it as their object[77].

For civilists, this disappearance exposed the need for proof of intent to characterize abusive conduct[78]. This is not the case for commercial law[79] [80]. Due to the rejection of the parliamentary amendments, I understand that the removal was a mere legislative technique, mainly due to the expressions that remained in art. 50/Paragraph 1/BCC: use of the legal entity *(i)* "for the purpose of" [harming creditors] and *(ii)* "for" the commission of unlawful acts of any nature. It seems clear that *intentional handling for illegal purpose* - [use for the purpose; use for][81], as required by Comparative Law.

In Canada, the requirement of intent for lifting the veil by "*abuse of right*" raises a specific doctrinal discussion. Art. 7 of the QCC states that "no right may be exercised with the intent of injuring another or excessively and unreasonably, and therefore contrary to the requirements of good faith."

In addition to the intentional element of the first hypothesis [*intent of injuring*], the other practices inserted in the concept of *abuse of right* could be handled under a merely culpable bias – by the negligence, malpractice, or recklessness of the managing partner, for example. Still, legal research conducted by Rousseau and Smaïli[82] revealed statistical insignificance of the hypotheses of granting the veil piercing for abuse of the law, probably due to the criticized form of its incorporation into the Civil Code[83].

The last hypothesis of art. 317/QCC, the lifting for " contravention of a rule of public order," if read in isolation, could legitimize the form of lifting the veil for non-malicious practices that infringe legal standards of an imperative nature. Despite this, it should be noted that all legal hypotheses that authorize the piercing of the corporate veil in Canada presuppose the intentional element to the extent of the need for management to mask its authorizing illegal acts. It was in this sense that, in the event of a reverse piercing, it was recently authorized to constrict corporate assets due to the debt of a person who, being the only partner, administrator, and alter ego of a company, ceased to fulfill successive maintenance obligations to the extent that they liquidated their assets and transferred them to the ownership of the legal entity[84].

4.3 Subsidiarity

This topic aims to compare whether the piercing of the corporate veil can be decreed even while the debtor company has sufficient equity to settle its claims.

4.3.1 Brazil

Even in companies without limited liability, a partner who has correctly contributed their part in the payment of the owner's capital only has their private equity affected subsidiarily, that is, in the case of social assets insufficient to satisfy the creditors of the company. Art. 50 of the BCC says nothing about this relationship of subsidiarity in case of piercing the corporate veil. Speaking of corporations with limited liability, by symmetry, it would be expected that the partners' personal assets

[77] This "strange" itinerary was denounced in a previous publication – LAUAR LEITE, *Autonomia patrimonial após a Lei de Liberdade Econômica*, *Ob. Cit.*, p. 29-31.
[78] TARTUCE, F. *Direito Civil - Lei de Introdução e Parte Geral*, 17. ed, Gen, Rio de Janeiro, 2021, p. 318;
[79] MAMEDE, G. *Direito Empresarial Brasileiro: Direito Societário*, Atlas, São Paulo, 2022, p. 187.
[80] SAAD DINIZ, G. *Curso de Direito Comercial*, Gen, São Paulo, 2022, p. 121.
[81] As already defended – LAUAR LEITE, *Autonomia patrimonial após a Lei de Liberdade Econômica*, *Ob. Cit.*, p. 30-31.
[82] ROUSSEAU y SMAÏLI, *Ob. Cit.*, p. 854.
[83] MARTEL, *Ob. Cit.*, p. 1-78.1.
[84] Cour Supérieure, Case n. 500-11-056019-199, from 18-3-2019.

would only be reached in a subsidiary manner. In this sense, since 2015, the Code of Civil Procedure has established that "*the defendant partner, when liable for paying the debt of the company, has the right to demand that the assets of the company be foreclosed on first*"[85].

4.3.2 Canada

The Canadian solution indicates joint and several liability in case of lifting the veil[86]. In general terms, it is considered that, once the corporate legal personality has been overcome, the participating partners would be called to joint and several liability under art. 1525[87] or 1,526[88] of the QBCC, according to the contractuality or extra-contractuality of the damage[89] [90].

4.3.3 Spain

In Spain, lifting the veil implies the legal entity's unenforceability for patrimonial constriction. Thus, the piercing of the corporate veil results in the *solidarity* of the patrimonial liability between what belongs to the company or the partners[91] [92], as recently reaffirmed by the Spanish Supreme Court[93]. In both cases, the practice of fraud by the partners was a common assumption.

4.3.4 Partial Considerations

Joint and several liability under Canadian and Spanish law are interesting for hypotheses in which the underlying reason for piercing the corporate veil is fraud. If the legal entity is intentionally instrumentalized for concealment, the persons responsible cannot request any protection from the limitation of liability rule, even if this protection were partial by the mechanism of subsidiarity [the benefit of order].

The inopportuneness of the legal person seems to substantiate the principle of objective good faith, preventing the practice of legally contradictory behavior. Fraud to a legal relationship cannot be cause for a request for protection of that same relationship, which would be a typical *venire contra factum proprium*.

However, the Brazilian legislative choice was diverse. If the literality of the Code of Civil Procedure were not enough, the doctrine is lavish in indicating that the application of the device is inherent to the incident of piercing the corporate veil[94]. Despite this, in its most emblematic decision on the matter (2018), the Brazilian Superior Court of Justice – the court with the highest hierarchical degree in the matter of interpretation of Federal Law - stated that the veil of legal personality could be

---

[85] Art. 795, Paragraph 1.
[86] Cour Supérieure, Case n. 540-11-011116-201, judged in 6-10-2021; Cour Supérieure, Case n. 750-17-003019-175, judged in 24-10-2018; Cour Supérieure, Case n. 500-17-069891-128, judged in 16-10-2015.
[87] "*Solidarity between debtors is presumed, however, where an obligation is contracted for the service or operation of an enterprise. The carrying on by one or more persons of an organized economic activity, whether or not it is commercial in nature, consisting of producing, administering or alienating property, or providing a service, constitutes the operation of an enterprise*".
[88] "*The obligation to make reparation for injury caused to another through the fault of two or more persons is solidary where the obligation is extra-contractual*".
[89] RENAUD, *Code Civil du Québec Annoté, Ob. Cit.*, p. 411.
[90] MARTEL, *La Société par actions au Québec: les aspects juridiques, Ob. Cit.*, p. 1-89; 1-90.1.
[91] ALONSO ESPINOSA, F. J. *Introducción a la teoria general del Derecho Español de Sociedades*, Universidad de Murcia, Murcia, 2011, p. 21;
[92] GARCÌA, *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria, Ob. Cit.*, p. 118.
[93] Case 2703, from 5-07-2021; Case 3610, from 4-10-2021.
[94] For all, *see* AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, D. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*, Juspodvim, Salvador, 2016, p. 1.262.

lifted regardless of the availability of society's assets[95]. Once the abuse has been demonstrated, creditors can choose whether the acts of patrimonial constriction will fall on the assets of the partners or not, without any need for proof of non-existence or difficulty in locating or seizing the social assets.

Although the solution found in Canada and Spain is more compatible with a system that coherently harmonizes the conference of specific protection with the counterpart of responsibility, it must be recognized that the decision of the STJ was *contra legem*. The court's position is made even more uncomfortable by the inexplicable fact that the argument prohibiting a relationship of "solidarity" is extracted from art. 795/BCCP was not faced. The glaring mismatch between the law and the interpretation of the STJ results in the disregard for precedent by the State Courts, which continue to understand that the initial demonstration of the insufficiency of social assets is a requirement for the initiation of the veil piercing[96].

4.4 Partners subject to veil piercing

This topic aims to compare the degree of incidence of veil piercing on the equity of the company's partners. We investigated whether, after the lifting of the veil, any partner can have their assets called to liability and, if so, the quantitative measure of this liability about the social participation of each one.

4.4.1 Brazil

For years, Brazilian legislation did not inform about this problem. Only with the Declaration of Economic Freedom Rights (DEFR) of 2019 was the mention of the targets of veil piercing recorded in art. 50 of the Civil Code: partners must be directly or indirectly benefited by the abuse. The reason for this mention is known. Although there was already a strong doctrine that only the assets of partners who practiced abusive acts would be subject to response for company debts[97], case law on the subject has never been stable. Even the STJ had different precedents, sometimes limiting the effects of veil piercing to those responsible for the abuse, sometimes ignoring this assumption, and simply extending the effects of veil piercing to minority partners without any power of interference over administrative decisions[98].

With the 2019 reform, Brazilian Law established the criterion of "benefit" for punishment purposes in the case of veil piercing. In this case, it would not matter the guilt or liability of the partner in the face of the activities practiced, provided the evidentiary process concludes that the abusive act resulted in advantages.

4.4.2 Canada

The Canadian answer to the question posed is to hold only the participants responsible for the fraudulent act, considered from the theory of *alter ego* (*identification*), according to the existing relationship between the partner and the management of the company. This is evidenced by identifying two control mechanisms: *(i)* assets; and *(ii)* legal.

There is control of assets when the partner exercises substantial influence over the use of the company's assets – such as the presence on the Board of

[95] Case n. 1729554, published in 6-6-2018.
[96] TJSP, Case n. 2207066-52.2019.8.26.0000, published in 10-6-2020; TJDF, Case n. 0715171-52.2021.8.07.0000, published in 3-12-2021.
[97] Represented by Statement nº 7 of the I Jornada de Direito Civil: "The piercing of the corporate veil only applies when there is the practice of an irregular act and, limited, to the administrators or partners who have incurred it".
[98] FRAZÃO, A. "Lei de liberdade econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica", en (Salomão, L. F.; Cueva, R.; Frazão, A. org.), *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019, p. 479-480.

Directors. This type of control can be exercised even by minority partners[99]. On the other hand, legal control is exercised through the right to vote[100]. The partner is - jointly and severally[101] - liable for acting directly for its dominant control[102] [103]. In this sense, jurisprudence indicates that it configured the constant manipulation of art. 317 of the QBCC, it is especially difficult for partners of sole proprietorships to disentangle their assets from a shared liability, given that there is total identification between ownership and command[104] [105].

4.4.3 Spain

The Spanish Courts share the Canadian solution, although differently, given the rarity of reference to the alter ego theory[106]. Possibly cited in the doctrine in comparison to countries of *common law*[107], the construction of the idea of *alter ego* is fractional in judicial decisions, appearing in only 18 among 16,247 judged on the subject – *0.11%* of the total.

The combination of malicious intent with the non-objectivity of the legal entity leads to joint and several liability only of the partners responsible for committing the fraudulent or abusive activity. In Spain, concerning sole proprietorships, it is also not the existence of a single partner that prevents the limitation of patrimonial liability for the autonomy of the legal personality but the management of the legal entity for the illicit purposes that lead to the lifting of the veil[108].

4.4.4 Partial Considerations

Unlike Canada and Spain, Brazil opted for the criterion of benefit rather than culpability. Bad choice. Instead of sheltering minority participants without administrative powers, the BCC's new wording gave them a burden. It was in this sense that a request for piercing the corporate veil was recently judged favorably on the assets of partners without interference in management[109], there was no explanation from the court as to what the concrete benefit would have been.

---

[99] RENAUD, *Code Civil du Québec Annoté, Ob. Cit.*, p. 409 [*To identify the directing mind of a legal person, it is therefore necessary to determine who has been invested with decision-making power in the relevant field of activity. A minority partner can therefore be the directing mind in terms of management, day-to-day transactions and operations, if almost all of the operation of the company has been delegated to him*]. Free translation.

[100] ROUSSEAU y SMAÏLI, *La levée du voile corporatif em vertu do Code Civil du Québec: des perspectivs théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence, Ob. Cit.*, p. 830-831.

[101] Chapter 4.3.2.

[102] MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Análise Econômica do Direito*, 2. ed, Atlas, São Paulo, 2015, p. 611.

[103] MARTEL, *La Société par actions au Québec: les aspects juridiques*, *Ob. Cit*. p. 1-81 [*Shareholders not party to the contract could not claim this liability. There could be no question of lifting the corporate veil to allow them to do so*]. Free translation.

[104] MARTEL, *La Société par actions au Québec: les aspects juridiques, Ob. Cit.,* p. 1-92.

[105] RENAUD, *Code Civil du Québec Annoté, Ob. Cit.*, p. 411. In jurisprudence, *see* Cour du Québec, Case n. 500-32-704571-183, judged in 25-11-2020; Cour Supériere, Case n. 500-17-072965-125, judged in 10-6-2016.

[106] We used, respectively, the search keys "levantamiento del velo" and ""levantamiento del velo" + "alter ego", in the Judicial Centro de Documentação Judicial do Conselho Geral do Poder Judiciário da Espanha - available at https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp. Results as of June 20, 2022].

[107] As done by GARCÌA, *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria, Ob. Cit.*

[108] JALÓN y BALDA, *Responsabilidad de los administradores: levantamiento del velo, Ob. Cit.*, p. 142.

[109] TJPR, Case n. 0062446-23.2020.8.16.0000, published in 14-12-2021.

It should be emphasized that the criterion admits merely indirect benefits. Thus, minority partners can easily be held liable if the fraudulent actions of managing partners result in distributed profits.

It seems very serious that a partner without control, influence, or degree of knowledge of the abusive conduct can be liable – even if subsidiarily[110] - for the totality of damages arising from fraud to which they did not give a cause. The expected effect is that the new Brazilian regulation repels investments when it should attract them.

4.5 Group Relationships

This topic aims to compare the conditions under which corporate group relations can trigger a piercing of the corporate veil.

4.5.1 Brazil

Adhering to the jurisprudence signed by the STJ[111] [112], the DEFR stipulated that "*the mere existence of an economic group without the requirements established by the head provision*(...)" [deviation of purpose or commingling of assets]" (...) *does not authorize the piercing of the corporate veil*[113]".

The writing is not the best. The idea of an "economic group" stems from the economic direction or dominant influence of one company concerning another, regardless of capitalist participation[114]. Technically, one can only speak of "piercing of the corporate veil" if there has previously been a corporate link, that is, capitalist participation, of which patrimonial effectiveness leads one company to be a partner of another.

If there is an owner's capital, there is a *group of corporations* in which control relationships can be established. In this context, art. 50/Paragraph 4/BCC should be read: reciprocal social participation – even in control relationships – is not enough to lift the veil of legal personality between corporations of the same group.

4.5.2 Canada

The legislation of Quebec does not specify group relations other than those already addressed previously[115]. It reinforces the doctrinal and jurisprudential development in that it is not enough to have an identification relationship [*alter ego*] by

[110] Chapters 4.3.1 and 4.3.4.
[111] REsp 1775269, published in 1-3-2019; AgRg no AREsp 549850, published in 15-5-2018.
[112] Explicative note: in doctrine, *see* MULLER PRADO, V.; TRONCOSO, M. C. "Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 40, p. 97-120, abr./jun. 2008; CAMPINHO, S. "A responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo de fato", *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 93-120, jul./dez. 2012.
[113] BCC, art. 50, Paragraph 4.
[114] OLIVEIRA, F.; ROSENVALD, N. *O ilícito na governança dos grupos de sociedades*, Juspodivm, Salvador, 2019, p. 159-166; VANDEKERCKHOVE, *Piercing the Corporate Veil, Ob. Cit.*, p. 18;
[115] Chapters 4.2.2, 4.3.2, and 4.4.2.

fact or legal control but the intentional manipulation in the sense of the practice of the acts contained in art. 317 of the QCC[116] [117] [118].

4.5.3 Spain

The regulatory gap in Spanish Law has also led to the majority understanding that the mere existence of a corporate group is insufficient for the piercing o the corporate veil[119] [120]. The dominant jurisprudence requires that, in addition to the corporate relationship, the existence of exceptional circumstances that allow overcoming the rule of limitation of liability between the companies belonging to the group be proven, which is usually linked to the proof of fraudulent misconduct[121]. Some exceptions to this rule are found in the Courts that judge employment relations[122].

4.5.4 Partial Considerations

Alone, the new protection provided by the DFER will have little contribution to the limitation of patrimonial liability in Brazilian corporate groups. When damages caused by business activity affect relationships outside the Civil Code[123] - especially consumer relations - the mere existence of a group relationship will attract the liability of all participants in the corporate chain, as the State Courts have been deciding[124].

In other relationships, the STJ has asserted its jurisprudence: the mere existence of a corporate group does not lead to piercing the corporate veil. To overcome this impasse and achieve the forced satisfaction of the credit, some State Courts have issued decisions of dubious legality, considering there to be abuse by "commingling of assets" – a legitimate hypothesis provided for by art. 50/BCC - by the simple characterization of *alter ego* financial relationships, as opposed to Canadian and Spanish practices[125].

5 Final considerations

This research conducted a functional comparison of the Brazilian regulation on the subject, making partial considerations on *(i)* the degree of legislative regulation, *(ii)* the exceptionality of its application, *(iii)* the need for specific intent, *(iv)* the subsidiarity of the patrimonial liability of the partners, *(v)* the criterion and degree of

---

[116] BIRON, J. "Livre 1 – Des Personnes", *Code Civil du Québec: annotations – commentaires*, 5. ed, Editions Yvon Blais, Montreal, 2021, p. 310-311 [*The liability of a person who is a majority partner and director of a legal person may be held when he has used the legal person he controls as a screen to camouflage the fact that he has committed fraud or an abuse of rights or contravention of a rule of public order* (…). *Although the presence of an alter ego relationship is decisive in the application of article 317, this proof alone is not sufficient.*] Free translation.

[117] MACKAAY y ROUSSEAU, *Análise Econômica do Direito, Ob. Cit.*, p. 611.

[118] RENAUD, *Code Civil du Québec Annoté, Ob. Cit.*, p. 411.

[119] BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español, Ob. Cit.*, p. 456.

[120] GARCÌA, *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria, Ob. Cit.*, p. 134-136.

[121] Spanish Supreme Court, Case 738, de 13-12-2012.

[122] In which some decisions consider the existence of the group – HURTADO COBLES, *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, *Ob. Cit.*, p. 69-74

[123] Chapter 4.1.1.

[124] TJPR, Case 0004381-64.2022.8.16.0000, published in 27-4-2022; TJSP, Case 0100259-14.2021.8.26.9040, published in 18-5-2022; TJDF, Case 7052936920228070000, published in 13-6-2022.

[125] TJPE, Case 5237407, published in 20-9-2019; TJSP, Case 21557303820218260000, published in 22-11-2021

liability of the partners subject to veil piercing, and *(vi)* the impact on group relationships.

Alongside the Canadian and Spanish systems, Brazil can be considered a persistent regulator of the phenomenon of piercing the corporate veil. Strictly speaking, the changes brought by the DEFR on the Civil Code were the latest in a series of attempts to mitigate the effects of a culture of contempt for patrimonial autonomy initiated in 1990 by the Consumer Protection Code by allowing the lifting of the veil for any breach of contract or illegal act. For fear of jurisdictional creativity in the elasticity of interpretation of concepts such as "deviation of purpose" and "commingling of assets," it reached the point of considering legal definitions dispensable in the comparative systems.

Brazil over-legislates for fear of its judges. Even in a *Civil Law* system, the stability of Canadian jurisprudence, with decades of a culture of understanding the importance of the limitation of patrimonial liability, did not allow the criticized opening given by the QCC to allow the lifting of the veil in cases of "abuse of rights" to be read in such a way as to dispense with intent. Likewise, Spanish jurisprudence has led, from 1984 to the present day, to a restrictive and exceptional application of the institute without having created even one line on the subject in its Civil Code.

This fundamental difference of understanding in applying the Law led the Brazilian legislator to a counterattack contrary to international practice, conferring the benefit of subsidiary liability even to those who intentionally abuse legal personality. Without an understanding of local history, a Canadian or Spanish jurist would have difficulty understanding why a parliament chose to protect fraudsters by giving them company assets [their victims] as a shield. The answer is: because, looking at Brazilian legislation from a macroconsumerist labor, environmental, competitive, and tax perspective[126] -, it is easy to see that the commission of fraud, of acts "*to mask*," is a minority – and, perhaps, fractional-hypothesis of cases of piercing of the corporate veil.

Indeed, the limitation of equity liability is widely known as an incentive for risky investments and activities. This in itself does not give it an absolute, or even a priority, status in the regulation of the exercise of economic activities by the State. Nations usually regulate the direct liability of managers for the practice of illicit acts. Even among partners, some organizational models give them unlimited and/or subsidiary liability for the obligations assumed by the corporate personality, which can be used before specific incentives in achieving credit, constitution facilities, maintenance costs, and even reputational gains.

On the other hand, the regulation of a limited liability model presupposes stability and security regarding patrimonial liability. These characteristics do not confer carte blanche for negligence with fiduciary duties but function as a state guarantee that, obeying certain premises – or not practicing certain acts previously considered as abusive – the separation between personal and business assets will be guaranteed.

References

ALLARD, J.; VAN DEN EYNDE, L. "Le dialogue des jurisprudences comme source du droit: arguments entre idéalisation et scepticisme", en (Hachez, I. *et al* org.), *Les sources du Droit revisitées*, v. 3, Anthemis, Limal, 2013, pp. 299-300.

ALONSO ESPINOSA, F. J. *Introducción a la teoria general del Derecho Español de Sociedades*, Universidad de Murcia, Murcia, 2011.

AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, D. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*, Juspodvim, Salvador, 2016.

BIRON, J. "Livre 1 – Des Personnes", *Code Civil du Québec: annotations – commentaires*, 5. ed, Editions Yvon Blais, Montreal, 2021.

[126] In the latter, the liability of the partners is direct, and it is not exactly a case of piercing the corporate veil [Brazilian National Tax Code, arts. 134 and 135].

BLOK, M. "Desconsideração da personalidade jurídica: uma visão contemporânea", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 59, jan./mar. 2013.

BOGDAN, M. *Comparative Law*, Kluwer, Cambridge, 1994.

BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, 4. ed, Aranzadi, Navarra, 2006.

BUEYNO DÍEZ JALÓN, M.; PALOMO BALDA, E. *Responsabilidad de los administradores: levantamiento del velo*, Francis Lefebvre, Madrid, 1998.

CAMPINHO, S. "A responsabilidade por dívidas de sociedades integrantes de um mesmo grupo de fato", *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 11, p. 93-120, jul./dez. 2012.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial brasileiro*, v. 2, t. 2, Campinas, Bookseller, 2001.

DANTAS DE MEDEIROS, O. "Direito constitucional comparado: breves aspectos epistemológicos", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 47, n. 188, p. 313-332, out./dez. 2010.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 5. Ed, Aranzadi, Navarra, 2006.

FERREIRA DE ALMEIDA, C. *Direito Comparado: ensino e método*, Cosmos, Lisboa, 2000.

FERREIRA, W. *Tratado de Direito Comercial*, v. 3, Saraiva, São Paulo, 1961.

FERRER CORREIA, A. "A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica", en (Ferrer Correia, A. org.), *Estudos vários de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982.

FRAZÃO, A. "Lei de liberdade econômica e seus impactos sobre a desconsideração da personalidade jurídica", en (Salomão, L. F.; Cueva, R.; Frazão, A. org.), *Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.

GLENDON, M. A.; GORDON, M. W.; OSAKWE, C. *Comparative legal tradition*s: text, materials and cases, 2. ed, West, St. Paul, 1994.

GONÇALVES, O. "Os princípios gerais do Direito Comercial autonomia patrimonial da pessoa jurídica, limitação e subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais", *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, v. 58, p. 183-202, 2012.

HÄBERLE, P.; KOTZUR, M. *De la soberania al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, 2003.

HURTADO COBLES, J. *El levantamiento del velo y los grupos de empresas*, Bosh, Barcelona, 2005.

HURTADO COBLES, J. *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier, Barcelona, 2008.

KRAAKMEN, R; ARMOUR, J.; DAVIS, P., *et al*. *The anatomy of Corporate Law: a comparative and functional approach*, 3. ed, Oxford University Press, London, 2017.

LACASSE, N. *Droit de l'entreprise*. 9. ed. Montreal: Narval, 2015.

LAUAR LEITE, M. "Autonomia patrimonial após a Lei de Liberdade Econômica", *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 23-41, jul./dez. 2020.

LAUAR LEITE, M. "Limitação da responsabilidade patrimonial como fator de proteção ao investimento: razões e propostas para uma missão de resgate", *Revista Semestral de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, n. 18, jan-jul. 2016.

LAUAR LEITE, M. "O Direito Comparado na integração das lacunas de regulação", *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 78, p. 159-179, jan./jun. 2021.

MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. *Análise Econômica do Direito*, 2. ed, Atlas, São Paulo, 2015.

MAMEDE, G. *Direito Empresarial Brasileiro: Direito Societário*, Atlas, São Paulo, 2022.

MARTEL, P. *La Société par actions au Québec: les aspects juridiques*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 2022.

MARTINS FERREIRA, L. E. "Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 41, jul. 2008.

MOUSOURAKIS, G. *Comparative Law and legal traditions: historical and contemporary perspectives*, Springer, Cham, 2019.

MULLER PRADO, V.; TRONCOSO, M. C. "Análise do fenômeno dos grupos de empresas na jurisprudência do STJ", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 40, p. 97-120, abr./jun. 2008.

NICOLAU DOS SANTOS, J. "Direito Comparado e Geografia Jurídica", *Estudos Jurídicos em honra de Soriano de Souza*, v. 2, Recife, p. 348-371, 1962.

OLIVEIRA, F.; ROSENVALD, N. *O ilícito na governança dos grupos de sociedades*, Juspodivm, Salvador, 2019.

OVÍDIO, F. "Aspectos do Direito Comparado", *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 79, p. 161-180, jan. 1984.

PARENTONI, L. *Reconsideração da personalidade jurídica: estudo dogmático sobre a aplicação abusiva da disregard doctrine com análise empírica da jurisprudência brasileira*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

RENAUD, B. *Code Civil du Québec Annoté*. t. 1. 23. ed. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 2020.

ROSARIO LÓPES GARCÍA, L. *La doctrina del levantamiento del velo como supuesto de responsabilidad tributaria*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2017.

ROTHENBURG, W. C. "Diálogo internacional entre juízes: a influência do direito estrangeiro e do direito internacional na solução de casos de direitos fundamentais", en (Edelvacy Marinho, M. et al. org.), *Diálogos entre juízes*, UniCEUB, Brasília, 2014.

ROUSSEAU, S; SMAÏLI, N. "La levée du voile corporatif em vertu do Code Civil du Québec: des perspectivs théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence", *Les Cahiers de Droit*, v. 47, n. 4, , p. 815-861, dec. 2006.

RUFINO DO VALE, A. "O argumento comparativo na jurisdição constitucional", *Consultor Jurídico*, São Paulo, mai-2014, avalaible in: http://www.conjur.com.br/2014-mai-03/observatorio-constitucional-argumento-comparativo-jurisdicao-constitucional. Accessed in 23-5-2022.

SAAD DINIZ, G. *Curso de Direito Comercial*, Gen, São Paulo, 2022.

SAMUEL, G. *An introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, Oxford, 2014.

SZTAJN, R. "Sobre a desconsideração da personalidade jurídica", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 762, abr. 1999.

TARTUCE, F. *Direito Civil - Lei de Introdução e Parte Geral*, 17. ed, Gen, Rio de Janeiro, 2021.

TAVARES GUERREIRO, J. A. *Regime jurídico do capital autorizado*, Saraiva, São Paulo, 1984.

VANDEKERCKHOVE, K. *Piercing the Corporate Veil*, Kluwer Law International, New York, 2007.

WARDE JÚNIOR, W. J. *Responsabilidade dos sócios*: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Del Rey, Belo Horizonte, 2007.

XAVIER LEONARDO, R; RODRIGUES JR., O. L. "A desconsideração da pessoa jurídica – alteração do art. 50 do Código Civil*",* en (Peixoto Neto, F.; Rodrigues Jr., O. L.; Xavier Leonardo, R. org.), *Comentários à lei da liberdade econômica*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 101-129
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O paradoxo da esfera pública digital

The paradox of the digital public sphere

Christiane Costa Assis[1]
Universidad del Estado de Minas Gerais

Sumário: 1 Introdução; 2 Esfera pública digital e legitimidade democrática; 3 A constitucionalização da esfera pública digital; 4 Resguardando a opinião pública nos espaços digitais; 4 Conclusão; Referências.

Resumo: A esfera pública digital é um espaço de interações políticas e sociais no qual os cidadãos trocam informações, criam movimentos sociais, discutem assuntos de interesse coletivo, dentre outras atividades. Esse espaço aparentemente democrático é majoritariamente viabilizado pelas redes sociais que pertencem a empresas de tecnologia. Episódios recentes apontam que essas empresas são pautadas por interesses econômicos muitas vezes afastados da democracia. Verifica-se um paradoxo da esfera pública digital no qual o fluxo livre de informações e ideias se torna danoso para a democracia. Essa pesquisa tem como objetivo analisar a constitucionalização da esfera pública digital como um caminho para que a referida esfera mantenha sua integridade democrática. Como hipótese aponta-se a necessidade de um processo de constitucionalização ampla do ambiente digital que promova a absorção dos preceitos constitucionais considerando a simbiose entre democracia e constitucionalismo. Os valores constitucionais democráticos devem reger tanto os espaços "analógicos" quanto os digitais.

Palavras chave: democracia; esfera pública digital; internet; tecnologia; big techs.

Abstract: The digital public sphere is a space for political and social interactions in which citizens exchange information, create social movements, discuss issues of collective interest, among other activities. This apparently democratic space is mostly made possible by social media that belong to technology companies. Recent episodes indicate that these companies are guided by economic interests that are often distanced from democracy. There is a paradox of the digital public sphere in which the free flow of information and ideas becomes harmful to democracy. This research aims to analyze the constitutionalization of the digital public sphere as a path for that sphere to maintain its democratic integrity. As a hypothesis, it is pointed out the need for a broad constitutionalization process of the digital environment that promotes the absorption of constitutional precepts considering the symbiosis between democracy and constitutionalism. Democratic constitutional values must govern both "analog" and digital spaces.

Keywords: democracy; digital public sphere; internet; technology; big techs.

---

[1] Pós-doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora da graduação em Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Crise Federativa e Narrativas Democráticas (CNPq). Bolsista do Programa de Bolsas de Produtividade em Pesquisa da Universidade do Estado de Minas Gerais (PQ/UEMG), Edital 08/2021.

Recibido: 27/02/2023
Aceptado: 02/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043803

1. Introdução

A esfera pública consiste em uma arena de interações políticas e sociais na qual se forma a opinião pública que fundamenta a legitimidade das decisões em determinada sociedade, sendo, portanto, elemento central da democracia. O deslocamento de espaços públicos de debate para o ambiente virtual fez emergir uma esfera pública digital. Na internet os cidadãos trocam informações, notícias, opiniões, criam movimentos sociais, discutem assuntos de interesse coletivo, dentre outras atividades. Esse espaço aparentemente democrático é majoritariamente viabilizado pelas redes sociais que pertencem a empresas de tecnologia - as denominadas *big techs*. Entretanto, episódios recentes apontam que tais empresas são pautadas por interesses econômicos que, em alguns casos, estão afastados do projeto democrático constitucionalmente estabelecido e são coniventes com ações antidemocráticas e violadoras de direitos fundamentais.

Há um paradoxo da esfera pública digital no qual o fluxo livre de informações e ideias se torna danoso para a democracia. Nesse cenário, a presente pesquisa pretende analisar a constitucionalização da esfera pública digital como um caminho para que a referida esfera mantenha a integridade democrática. Como hipótese aponta-se a necessidade de um processo de constitucionalização ampla do ambiente digital que promova a absorção dos preceitos constitucionais considerando a simbiose entre democracia e constitucionalismo. Dessa forma, os valores constitucionais democráticos devem reger tanto os espaços "analógicos" quanto os digitais, renovando o compromisso coletivo com a democracia. O paradoxo não é solucionável, mas sua administração exige a consideração conjunta da crise analógica de democracia juntamente com sua indissociável crise digital.

A internet comumente aclamada pelo seu potencial democrático tem possibilitado interferências antidemocráticas e violações de direitos fundamentais que conseguem burlar os controles constitucionais democráticos tradicionais. A necessidade de soluções que acomodem o aporte tecnológico ao projeto constitucional é urgente, pois o impacto democrático já existe e se tornou público por meio de casos de interferências em eleições no Brasil e em outros países. A temática tem especial relevância em tempos de erosão democrática, pois a internet tem sido uma importante ferramenta de disseminação de *fake news*, mobilizações para atos antidemocráticos, dentre outros problemas. Trata-se de tema atual, inovador e de relevância internacional, uma vez que a esfera pública digital ultrapassa as fronteiras territoriais e culturais, desprendendo-se das perspectivas convencionais do Direito Constitucional. O Direito Constitucional precisa incorporar os avanços tecnológicos para apresentar respostas adequadas ao cenário contemporâneo e, nesse sentido, espera-se que a constitucionalização da esfera pública digital contribua para os avanços na temática.

Como medotologia, adota-se o método dedutivo partindo de considerações fundamentais sobre a esfera pública digital para então analisar seu processo de constitucionalização. Foram adotadas ainda as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Inicialmente, pretende-se apresentar a relação entre a esfera pública digital e a legitimidade democrática considerando o ambiente virtual controlado por algoritmos. Em seguida, a pesquisa analisará os possíveis caminhos para o processo de constitucionalização da esfera pública digital para que os valores democráticos sejam absorvidos por esse ambiente. Por fim, realizar-se-á um exame dos meios para garantir a formação democrática da opinião pública considerando as particularidades dos espaços digitais.

2. Esfera pública digital e legitimidade democrática

A internet trouxe novas possibilidades para a democracia ao abrir canais de comunicação diretos aproximando autoridades, funcionários governamentais e

cidadãos, e afetando os esquemas tradicionais da representação[2]. Os partidos políticos compreendidos como mediadores entre cidadãos e Estado são questionados e debilitados em sua função[3], mas não promovem reflexões sobre suas possíveis novas funções nem sobre os desafios da democracia na era digital.

O ciberespaço "[...] é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores" referindo-se à infraestrutura material da comunicação digital, seu "universo oceânico" de informações e ainda aos "[...] seres humanos que navegam e alimentam esse universo"[4]. A cibercultura se refere ao "conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço"[5]. A partir desses conceitos, a convergência entre a política e a tecnologia recebeu o nome de ciberpolítica[6]. Entretanto, a classe governante não compreende adequadamente o processo comunicativo na internet e seu estreito vínculo com a gestão cotidiana[7].

A intenção de se refletir sobre a democracia digital não é abandonar a democracia representativa, mas repensar seus fundamentos, princípios e institutos. Se adequadamente utilizada, a democracia digital pode fortalecer as bases democráticas e conferir maior legitimidade à forma representativa. A esfera pública digital precisa ser particularmente pesquisada, uma vez que criou cenários desconhecidos para a democracia analógica tendo como ponto de partida a perda da centralidade da comunicação escrita. Há uma correlação positiva forte entre Direito, comunicação escrita e democracia e, assim sendo, uma crise no âmbito da comunicação escrita apresenta consequências para o Estado Democrático de Direito[8].

A invenção da imprensa foi uma ferramenta importante para o nascimento da sociedade moderna na Europa que passa a gravitar em torno da comunicação escrita continuada por comunicações orais[9]. Na América Latina as discussões se iniciavam em panfletos e periódicos e se propagavam até as ruas, colocando em crise o antigo sistema colonial[10]. O processo de afirmação e maturação histórica da democracia foi impulsionado pela imprensa escrita durante as lutas liberais no final do século XVIII e início do século XIX[11].

A democracia consiste em um governo das opiniões bem fundamentadas, sendo estas as opiniões que podem encontrar respaldo científico preservando uma

---

[2] DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 62.
[3] DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 62/63.
[4] LÉVY, P. *Cibercultura*, ed. 34, São Paulo, 1999, p. 17.
[5] LÉVY, P. *Cibercultura*, ed. 34, São Paulo, 1999, p. 17.
[6] MARTINS, C. P. "Potência e Impotência na Ciberpolítica", *Revista Estudos Hum(e)anos*, 7, 2013, p. 15-25. 2013, p. 18.
[7] PANDIANI, G. M. *La ciberpolítica y los nuevos ciudadanos*, Asociación del Personal de los Organismos de Control, Buenos Aires, 2008, p. 11.
[8] GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233, p. 209.
[9] GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233, p. 212-214.
[10] GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233, p. 214.
[11] GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233, p. 214/215.

conexão forte com a verdade[12]. A comunicação escrita amplia o espaço e o tempo da busca cooperativa da verdade, permitindo um intercâmbio de informações mais intenso e numeroso dentro e fora da comunidade científica, e formando uma rotina social de atitude reflexiva por parte de cada indivíduo[13].

A migração dos meios de comunicação escrita para o ambiente virtual retirou do centro gravitacional a comunicação escrita[14]. As plataformas digitais mais populares, bem como os periódicos que atualmente migraram para o formato eletrônico, privilegiam o uso de imagens, áudios e vídeos, embora não tenham abandonado por completo a comunicação escrita[15]. Essa "transposição de formatos" causa perdas comunicacionais consideráveis. Ressalte-se que não é possível pressupor que os meios audiovisuais contemporâneos sejam necessariamente mais acessíveis ao público nem se pode ignorar que a privatização capturou os "meios alternativos de comunicação"[16]. É preciso questionar as presunções democráticas comumente propagadas em favor da internet.

Lado outro, as redes socias permitem que qualquer pessoa publique qualquer coisa, se afastando da cientificidade essencial às opiniões bem fundamentadas que regem a democracia. Não se trata de um apego conservador aos métodos científicos, mas de um necessário cuidado com o reducionismo de informações demasiadamente complexas ou mesmo com o falseamento dessas informações, adulterando os fatos divulgados e induzindo o público ao erro. Some-se a isso o comportamento descompromissado com a democracia das *big techs*, agravando o cenário de insegurança informacional.

O Estado de Direito também vivencia uma transformação na sociedade digital contemporânea: o *mathematical turn,* que substitui os conteúdos tradicionais instrumentalizados pelos procedimentos democraticamente legítimos e constitucionalmente previstos por "[...] um modelo de 'governança' no qual a sustentação dos atos do poder é conferida pelo respeito à *standards* e indicadores administrativos"[17]. A busca pela "eficiência neoliberal" redefiniu as funções estatais convertendo-as em um "produto" da "empresa de serviços" denominada "Estado"[18]. Na competição entre Direito e eficiência, o princípio normativo supremo é o do interesse ou da utilidade[19]. A legitimação do Estado se assenta "[...] na eficiência dos

[12] GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233, p. 216; 218/219.
[13] GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233, p. 220-222.
[14] GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233, p. 225.
[15] GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233, p. 226.
[16] GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233, p. 231.
[17] MORAIS, J. L. B. de. "O Estado de Direito 'confrontado' pela 'revolução da internet'!", *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 13 [3], 2018, p. 876-903, p. 890.
[18] MORAIS, J. L. B. de. "O Estado de Direito 'confrontado' pela 'revolução da internet'!", *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 13 [3], 2018, p. 876-903, p. 890.
[19] MORAIS, J. L. B. de. "O Estado de Direito 'confrontado' pela 'revolução da internet'!", *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 13 [3], 2018, p. 876-903, p. 890.

resultados e na origem de seus regramentos e dispositivos, estes alicerçados em modelos referenciais técnicos"[20].

> E, este "novo" "estado de direitos" aparece cada vez mais condicionado não pela política (democrática), mas por estes *poderes selvagens* – indomesticados pelas regras – capazes de subverter o projeto civilizatório a partir de seus próprios instrumentos de poder e dominação, que vão até mesmo para além das fórmulas de exceção clássica, impondo, sim, uma exceção eficiente algorítmica, impondo um "mathematical turn" baseado na lógica da estatística e do software [...][21].

A relação entre Estado e empresas de tecnologia (as *big techs*) vem sofrendo mudanças. Inicialmente compreendidas unicamente na dimensão privada, essas empresas se abrigam nas prerrogativas liberais da democracia. Entretanto, a internet primariamente introduzida como um espaço livre e democrático viabilizador da informação e da participação cidadã se revelou um campo fértil para a promoção de ideias antidemocráticas e inconstitucionais. Atualmente, as *big techs* participam da formação da opinião pública ao oferecerem espaços virtuais de propagação de ideias que, em sua grande maioria, conseguem escapar dos controles constitucionais e legais, embora violem direitos e pilares democráticos constitucionalmente protegidos.

Em sua obra "O Futuro da Democracia", Bobbio apresenta seis promessas não cumpridas da democracia e, em uma delas, denuncia a atuação de um poder invisível que condiciona a atuação estatal[22]. O autor explica que existe uma face oculta do Estado invisível aos olhos da população e, portanto, a promessa da transparência democrática não foi cumprida. A publicidade das decisões governamentais é essencial para permitir que o cidadão conheça as ações de quem detém o poder e, consequentemente, controle o governo[23]. Entretanto, existem forças ocultas – máfias, "gabinetes paralelos", dentre outros exemplos do autor – que condicionam a atuação do Estado e que são mantidas em segredo para evitar escândalos[24].

Para Bobbio, existem instrumentos técnicos que permitem que os detentores do poder conheçam com precisão as ações dos cidadãos e, nesse momento, ele afirma que a internet inquestionavelmente se tornou um instrumento a favor da transparência essencial à democracia[25]. Entretanto, o autor reconhece que não há reciprocidade: ao invés de um máximo controle do poder por parte dos cidadãos, existe um máximo controle dos cidadãos por parte dos detentores do poder – e não se sabe "quem controla os controladores"[26]. As *big techs* funcionam como um "poder invisível" que consegue interferir na democracia quando contratadas por governos, mas que também são protegidas – e talvez até mesmo temidas – por eles já que são necessárias para a manutenção do poder. Quem poderia controlar as *big techs*, portanto, acaba controlado por elas.

---

[20] MORAIS, J. L. B. de. "O Estado de Direito 'confrontado' pela 'revolução da internet'!", *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 13 [3], 2018, p. 876-903, p. 891.
[21] MORAIS, J. L. B. de. "O Estado de Direito 'confrontado' pela 'revolução da internet'!", *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 13 [3], 2018, p. 876-903, p. 891.
[22] BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Econômica, Cidade do México, 1986, p. 22/23.
[23] BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Econômica, Cidade do México, 1986, p. 23.
[24] BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Econômica, Cidade do México, 1986, p. 23.
[25] BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Econômica, Cidade do México, 1986, p. 24.
[26] BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Econômica, Cidade do México, 1986, p. 24.

As empresas de tecnologia são pautadas pela lógica econômica, mas seu poder ultrapassa a dimensão da economia impactando toda a estrutura da sociedade e do Estado: governos dependem delas tanto para fins de propaganda quanto para segurança e vigilância, mercados precisam de seu poder de influência global e indivíduos a utilizam como instrumento mediador das relações sociais enquanto se tornam moldados por elas[27]. Nesse contexto, a análise das atividades das *big techs* no ambiente virtual precisa ser multidisciplinar, sendo transportada inclusive para o Direito Constitucional apesar da retórica por elas utilizada na intenção de escapar da discussão sobre os direitos fundamentais e democracia nas plataformas digitais[28]. Merece análise pormenorizada a interface digital da esfera pública entendida como uma arena de interações políticas e sociais viabilizada pela internet que é essencial para a democracia.

A esfera pública consiste em "[...] uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões" na qual "[...] os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos"[29]. A opinião pública está relacionada à *res publica*, sendo um conceito político formado pela interação entre diferentes opiniões, necessidades, desejos, preferências, atitudes, crenças, dentre outros elementos, sobre a coisa pública[30]. A formação da opinião pública autônoma exige um sistema de educação que não seja doutrinador e uma estrutura plural e diversa de centros de influência e informação[31].

As eleições são um meio para se alcançar um governo responsivo e responsável pela opinião pública, mas eleições livres sem opiniões livres não expressam nada[32]. A teoria das eleições democráticas exige uma opinião pública autônoma que sustente governos eleitos e responsivos às opiniões do povo[33]. Sem o adequado fluxo contínuo de informações verdadeiras que permite a formação autônoma da opinião pública e com as interferências na liberdade de imprensa, governos autoritários restringem ou mesmo dominam a esfera pública[34]. A ameaça contemporânea ao direito à informação e à liberdade de expressão não é a censura direta, mas o controle desses direitos democráticos por meio de atores governamentais e não governamentais que destroem a integridade dos discursos utilizando propagandas e notícias falsas (*fake news*)[35], postagens contínuas de robôs, grupos que atuam online para humilhar, assediar, ameaçar, desencorajar ou mesmo destruir interlocutores da oposição, dentre outros mecanismos que configuram uma censura reversa[36].

---

[27] SHADMY, T. "The new social contract: Facebook's community and our rights", *Boston University International Law Journal*, 37, 2019, p. 307-354, p. 311.
[28] SHADMY, T. "The new social contract: Facebook's community and our rights", *Boston University International Law Journal*, 37, 2019, p. 307-354, p. 312.
[29] HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade - Vol II*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 92.
[30] SARTORI, G. *The theory of democracy revisited. Part one: the contemporary debate,* Chatham House Publishers, New Jersey, 1987, p. 87/88.
[31] SARTORI, G. *The theory of democracy revisited. Part one: the contemporary debate,* Chatham House Publishers, New Jersey, 1987, p. 98.
[32] SARTORI, G. *The theory of democracy revisited. Part one: the contemporary debate,* Chatham House Publishers, New Jersey, 1987, p. 87.
[33] SARTORI, G. *The theory of democracy revisited. Part one: the contemporary debate,* Chatham House Publishers, New Jersey, 1987, p. 110.
[34] GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 107-110.
[35] *Fake news* é uma publicação sabidamente falsa e deliberadamente enganosa ou conteúdo propositalmente manipulado com a intenção de influenciar o destinatário da informação. GELTEZER, J. "Fake news & film: how alternative facts influence the national discourse", *Southwest Law Review*, 47, 2018, p. 297-334, p. 298.
[36] WU, T. "Is the First Amendment Obsolete?" *Michigan Law Review*, 117 [3], 2018, p. 547-581.

A velocidade da disseminação de informações falsas, incompletas ou distorcidas na internet maximiza os danos e dificulta o *fact checking* (verificação dos fatos) em tempo hábil, o que impossibilita que os cidadãos notem que foram induzidos ao erro. Essa eficiência negativa para a democracia é operacionalizada por algoritmos que selecionam continuamente as informações e, portanto, influenciam os comportamentos e as opiniões dos cidadãos sem que eles identifiquem a manipulação. A realidade da sociedade e do Estado passa então a ser moldada pelos algoritmos que furtivamente incentivam ou desencorajam as ações dos cidadãos. Consequentemente, a esfera pública passa a ser regida por algoritmos que falseiam a opinião pública e comprometem o processo deliberativo democrático. Nesse sentido, a esfera pública digital comporta um paradoxo no qual as liberdades públicas e privadas elementares à democracia se convertem em instrumentos de erosão do projeto democrático constitucional.

Uma análise da evolução das campanhas eleitorais evidencia o poder da tecnologia. Na metade do século XIX voluntários dos partidos impulsionavam a opinião dos membros por meio de reuniões e esforços locais havendo pouco controle central da logística de campanha[37]. A propaganda partidária ocorria por meio da imprensa, do rádio e "panfleteiros", demandando um baixo orçamento[38]. Entre os anos de 1960 e 1980 as campanhas eram longas e coordenadas nacionalmente por consultores profissionais e conselheiros especializados a partir da sede do partido[39]. Pesquisas eleitorais ocasionais auxiliavam a manutenção da opinião pública favorável e o principal meio para dar publicidade aos eventos de campanha eram os jornais televisivos noturnos, o que aumentou as despesas[40]. A partir da década de 90 as campanhas permaneceram nacionalmente coordenadas, mas as operações foram descentralizadas[41].

No caso das eleições presidenciais, há um controle permanente de qualidade e diversas estratégias para administrar as impressões populares são aplicadas desde as convenções partidárias até o término do mandato, incluindo campanhas de manutenção do "legado" do presidente ou de preparação para a reeleição[42]. Ampliou-se a utilização de consultores profissionais e de pesquisas eleitorais e as campanhas televisivas e eventos passaram a ser direcionadas para grupos específicos tais como eleitores em processo de afastamento do partido, o que aumentou ainda mais os gastos[43]. Entretanto, a partir dessa mesma década de 90 as campanhas gradativamente migraram para a internet abandonando a televisão e, portanto, se tornaram mais baratas e passaram a operar em uma esfera pública com um quantitativo reduzido de barreiras midiáticas[44]. Nesse cenário, a cultura política passou a ser consumida por seus próprios produtores, ou seja, as mesmas pessoas que produzem o conteúdo das campanhas eleitorais na internet também são

[37] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 213/214.
[38] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 214.
[39] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 214.
[40] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 214.
[41] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 214.
[42] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 214.
[43] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 214.
[44] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 214.

consumidoras dessas campanhas[45]. Assim sendo, a distribuição do poder político atualmente é profundamente afetada por atores não-tradicionais da política porque são eles os possuidores do aparato tecnológico[46].

As campanhas digitais são "[...] especialmente adaptadas para atender a usuários micro direcionados com o propósito de influenciar os eleitores, criar convulsões políticas, provocar desconfiança e incitar ataques físicos e digitais"[47]. Os algoritmos promovem uma "curadoria de conteúdo" para a personalização digital conforme o perfil do usuário bloqueando outras iniciativas individuais ou coletivas e, assim sendo, eles reduzem a interação virtual especialmente entre usuários de diferentes "bolhas" de convivência[48].

Ao filtrar imagens, ações e expressões que possam causar descontentamento, os algoritmos evitam o contato entre usuários com diferentes opiniões, o que permite relações sociais sem a necessidade de respeito e tolerância mútua[49]. O resultado é a radicalização do discurso dentro das "bolhas" e a hostilidade entre usuários de "bolhas" diferentes caso seus caminhos virtuais ou reais eventualmente se cruzem. A limitação da exposição a diferentes perspectivas e o favorecimento da formação de grupos de usuários com as mesmas ideologias promovendo a constante reafirmação da narrativa compartilhada entre eles é conhecido como *echo chamber effect* (efeito "câmara de eco" em tradução livre)[50]. O referido efeito possibilita que a internet seja dominada pelo princípio da paixão no terreno da política, uma vez que a interatividade imediata pode ser um perigoso multiplicador do "cybercretinismo" convertendo um "progresso cívico" em "regressão política"[51]. A democracia exige reflexão, diálogo, debate e, para tanto, é necessário haver distância entre os fatos e as decisões para[52]. Sem essa distância, a paixão triunfa sobre a razão[53].

Os algoritmos são elaborados e controlados por atores privados e nesse ponto reside a principal dificuldade de enfrentamento do tema. A "plataformização" interferiu no mercado e na infraestrutura organizacional das sociedades, pois as empresas de tecnologia passaram a controlar atividades que envolvem o bem comum tais como educação e saúde, mas as operações são pautadas por interesses comerciais[54]. Há uma ausência quase total de transparência sobre como o fluxo dos dados é direcionado dentro e entre os setores, como os algoritmos influenciam o comportamento dos usuários, como os mecanismos de seleção impactam a visibilidade de conteúdo e como modelos de negócios favorecem transações econômicas em detrimento do interesse público[55].

O desafio da legitimidade democrática é objeto de pesquisas e estudos que encontram na maximização da participação popular a solução mais sólida.

---

[45] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 214.
[46] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 215.
[47] MEYER, E. P. N.; POLIDO, F. B. P. "Usando o constitucionalismo digital para conter o populismo digital", *IberICONnect*, 29 jul. 2021.
[48] MEYER, E. P. N.; POLIDO, F. B. P. "Usando o constitucionalismo digital para conter o populismo digital", *IberICONnect*, 29 jul. 2021.
[49] SHADMY, T. "The new social contract: Facebook's community and our rights", *Boston University International Law Journal*, 37, 2019, p. 307-354, p. 314.
[50] CINELLI, M. *et al*. "The echo chamber effect on social media", *Proceeding of the National Academy of Sciences of the United States of America - PNAS*, 118 [9], 2021, p. 1-8.
[51] RAMONET, I. "¡Nos han robado una esperanza!", *El País*, 25 de julho de 1996, p. 13.
[52] RAMONET, I. "¡Nos han robado una esperanza!", *El País*, 25 de julho de 1996, p. 13.
[53] RAMONET, I. "¡Nos han robado una esperanza!", *El País*, 25 de julho de 1996, p. 13.
[54] VAN DIJCK, J. "Governing digital societies: Private platforms, public values", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 36, 2020, p. 01-04.
[55] VAN DIJCK, J. "Governing digital societies: Private platforms, public values", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 36, 2020, p. 01-04, p. 02.

Entretanto, na esfera pública digital os processos de participação são manipulados por algoritmos e, portanto, exigem abordagens que incluam a tecnologia. As tradicionais ameaças à democracia se reinventaram na esfera pública virtual para produzir efeitos concretos, conjugando novos e velhos problemas do Direito Constitucional que agora precisa dialogar com as ferramentas tecnológicas. De um lado, a tecnologia ampliou a possibilidade de que os indivíduos exerçam seus direitos fundamentais; de outro, ela aumentou o risco de ameaças a esses direitos e alterou o equilíbrio entre os poderes no sistema constitucional[56]. Uma Constituição democrática não apenas em seu conteúdo, mas também em sua fonte de legitimidade, é um projeto de construção da tradição com um marco temporal inicial bem definido cabendo às gerações seguintes atualizar a substância normativa do sistema de direitos desenhados pelo documento constitucional original[57]. As pesquisas do Direito Constitucional, portanto, precisam enfrentar a contribuição tecnológica.

A política preocupa-se com a construção de uma comunidade política, sendo esta a superfície sobre a qual se inscrevem uma multiplicidade de demandas requerendo a formação da ideia do bem comum[58]. Referido bem comum não é um elemento posto, mas um "horizonte de sentido" ou ainda uma "perspectiva da política"[59]. O que identifica os participantes como integrantes de uma comunidade política democrática e pluralista não é uma concepção substancial de bem comum, mas um consenso sobre os princípios éticos-políticos próprios do regime democrático[60]. Atores privados como as *big techs* não possuem o mesmo compromisso com o bem comum como ocorre com os atores públicos e a cobrança da população sobre transparência e proteção de direitos fundamentais também é diferente em relação a eles. A dissociação entre a atividade *online* e o mundo real favorece o comportamento diferido e impede que a discussão ganhe relevância constitucional aos olhos da população. Entretanto, os reflexos reais dos comportamentos virtuais são conhecidos pelas empresas de tecnologia que decidem ajustar ou não suas plataformas conforme seus interesses particulares.

A interferência da empresa de tecnologia Cambridge Analytica[61] na eleição presidencial dos Estados Unidos em 2016 por meio do direcionamento de anúncios e notícias (*microtargeting*) para eleitores conforme dados coletados em redes sociais ascendeu um alerta mundial[62]. Embora referida prática do direcionamento não seja inédita na manipulação dos eleitores, sua execução por algoritmos em redes sociais garantiu-lhe uma eficiência até então desconhecida[63]. A técnica utilizada nas propagandas digitais aproveita o anonimato e a ausência de verificação das mensagens enviadas pelas redes sociais para manipular os eleitores na escolha de

---

[56] CELESTE, E. "Digital constitutionalism: a new systematic theorization", *International Review of Law, Computers & Technology*, 33 [1], 2019, p. 1-24, 2019.
[57] HABERMAS, J. "Constitutional democracy: a paradoxical union of contraditory principles?", *Political theory*, 29 [6], 2001, p. 766-781, p . 774.
[58] MOUFFE, C. *Liberalismo, pluralismo y ciudadanía democrática*, Instituto Federal Electoral, México, 1997, p. 40.
[59] MOUFFE, C. *Liberalismo, pluralismo y ciudadanía democrática*, Instituto Federal Electoral, México, 1997, p. 40.
[60] MOUFFE, C. *Liberalismo, pluralismo y ciudadanía democrática*, Instituto Federal Electoral, México, 1997, p. 40/41.
[61] Em dezembro de 2022, a Meta, empresa proprietária do Facebook, aceitou um acordo de 725 milhões de dólares para encerrar a ação coletiva que respondia por ter permitido que terceiros, dentre eles a Cambridge Analytica, acessassem os dados dos usuários da rede social sem consentimento. Segundo advogados, trata-se do maior valor pago em uma ação coletiva sobre privacidade de dados nos Estados Unidos. McCALLUM, S. "Meta settles Cambridge Analytica scandal case for $725m", *BBC News: tech*, 24 dez. 2022.
[62] GONZÁLEZ, R. J. "Hacking the citizenry? Personality profiling, 'big data' and the election of Donald Trump", *Anthropology Today*, 33 [3], 2017, p. 9-17.
[63] BERGHEL, H. "Malice Domestic: The Cambridge Analytica Dystopia", *Computer*, 51, 2018, p. 84-89, p. 85.

determinado candidato, ou seja, esses eleitores votarão conforme a escolha de quem elaborou os algoritmos do *microtargeting* desequilibrando a igualdade do voto[64].

No Brasil, o ranking de fornecedores do sistema "Divulgacand - Divulgação de Candidaturas e Contas Eleitorais" do Tribunal Superior Eleitoral, aponta que o fornecedor que mais recebeu por serviços prestados nas eleições gerais de 2022 foi o Google Brasil Internet LTDA. seguido do Facebook Serviços Online do Brasil LTDA.[65]. Nas eleições gerais de 2018, o Facebook ficou em 2º lugar no ranking, enquanto o Google ficou em 16º lugar[66]. Comparando-se os valores recebidos pelas empresas nas duas eleições gerais, verifica-se que em 2018 o Google recebeu mais de R$ 6 milhões e em 2022 recebeu mais de R$ 125 milhões; já o Facebook recebeu em 2018 mais de R$ 23 milhões e em 2022 recebeu mais de R$ 125 milhões. Os números vultuosos e em crescimento evidenciam a importância política das duas *big techs* nas eleições brasileiras.

O WhatsApp, um aplicativo pertencente ao grupo Meta (antigo Facebook), foi um importante instrumento tecnológico utilizado pelas milícias digitais nas eleições presidenciais brasileiras de 2018[67]. As milícias digitais são uma associação de pessoas que agem de forma coordenada na internet para atacar adversários políticos[68]. Suas ações são marcadas pela opacidade e ilegalidade, mas sua estrutura interna é desconhecida dificultando sua identificação e também a apuração dos ilícios praticados[69].

No ano de 2021 os *Facebook Papers* revelaram que a rede social Facebook acompanhou meticulosamente diversos danos ocorridos no mundo real causados pela sua plataforma digital ignorando alertas de seus funcionários sobre os riscos das decisões relacionadas à estrutura da rede e expondo comunidades vulneráveis em todo o mundo a conteúdos perigosos[70]. As revelações partiram de funcionários da empresa que foram auxiliados por um consórcio de imprensa na elaboração de um documento entregue ao Congresso dos Estados Unidos[71]. Os documentos demonstraram que os executivos do Facebook tomaram decisões a partir do cálculo do custo-benefício entre a segurança pública e os interesses da empresa, notadamente o tempo de engajamento dos usuários na plataforma[72]. Dias após a divulgação dos *Facebook Papers*, a rede social anunciou a alteração de seu nome

---

[64] BERGHEL, H. "Malice Domestic: The Cambridge Analytica Dystopia", *Computer*, 51, 2018, p. 84-89, p. 86.

[65] Em 2022 o valor total recebido pelo Google foi de R$125.163.663,39, enquanto o valor total recebido pelo Facebook foi de R$124.918.889,93. DIVULGACAND. *Ranking de Doadores e Fornecedores – 2022*. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 2022.

[66] Em 2018 o Google recebeu o valor total de R$6.953.212,66, enquanto o Facebook recebeu o valor total de R$23.110.240,32. DIVULGACAND. *Ranking de Doadores e Fornecedores – 2018*. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 2018.

[67] LÔBO, E.; MORAIS, J. L. B. de; NEMER, D. "Democracia Algoritmica: o futuro da democracia e o combate às milicias digitais no Brasil", *Revista Culturas Jurídicas*, 7 [17], 2020, p. 255-276.

[68] LÔBO, E.; MORAIS, J. L. B. de; NEMER, D. "Democracia Algoritmica: o futuro da democracia e o combate às milicias digitais no Brasil", *Revista Culturas Jurídicas*, 7 [17], 2020, p. 255-276, p. 260.

[69] LÔBO, E.; MORAIS, J. L. B. de; NEMER, D. "Democracia Algoritmica: o futuro da democracia e o combate às milicias digitais no Brasil", *Revista Culturas Jurídicas*, 7 [17], 2020, p. 255-276, p. 261.

[70] LIMA, C. "A whistleblower's power: Key takeaways from the Facebook Papers", *The Washington Post*, October 26, 2001, 07:00 a.m. EDT.

[71] LIMA, C. "A whistleblower's power: Key takeaways from the Facebook Papers", *The Washington Post*, October 26, 2001, 07:00 a.m. EDT.

[72] LIMA, C. "A whistleblower's power: Key takeaways from the Facebook Papers", *The Washington Post*, October 26, 2001, 07:00 a.m. EDT.

corporativo para Meta, o que foi visto como uma tentativa de distanciamento da crise de reputação enfrentada pela rede social[73].

Em 08 de janeiro de 2023 no Brasil, apoiadores do candidato vencido nas eleições presidenciais de 2022 invadiram a Praça dos Três Poderes, em Brasília-DF, destruindo o patrimônio público dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Investigações apontam que houve no País uma tentativa de golpe de Estado por meio da decretação do Estado de Defesa, para que o candidato perdedor fosse inconstitucionalmente proclamado vencedor das eleições[74]. Os atos foram organizados por meio de aplicativos de mensagens e redes sociais, notadamente pelo WhatsApp. Ciente de sua capacidade de alimentar narrativas ainda que fraudulentas, a Meta decidiu remover e bloquear de suas redes sociais conteúdos apoiadores dos atos do dia 08 de janeiro no Brasil[75].

Abandonar os esforços para construir uma comunidade política significa renunciar à luta democrática, então a comunidade precisa estar em constante movimento para preservar a promessa inerente ao ideal democrático[76]. Assim sendo, o ceticismo e o receio em relação à tecnologia não podem minar o debate sobre a complexa relação entre democracia e internet. As empresas de tecnologia são parte do compromisso coletivo com a democracia e, portanto, devem auxiliar a preservá-la. As soluções de compatibilização de interesses públicos e privados podem não ser perfeitas, mas precisam ser pesquisadas como parte do projeto constitucional democrático.

3. A constitucionalização da esfera pública digital

O processo de constitucionalização da esfera pública digital visa manter a integridade democrática considerando o ambiente virtual controlado pelos algoritmos. Trata-se, na realidade, de um requisito da democracia, pois há uma simbiose político-jurídica entre democracia e constitucionalismo que se garantem mutuamente[77]. Essa situação se explica pelo fato de que a democracia constitui e é constituída pelos direitos fundamentais, pois é um processo histórico permanente de aprendizado social do projeto constitucional do Estado Democrático de Direito, sendo possível afirmar que "democracia hoje é, portanto, democracia constitucional"[78]. A Constituição possui uma função integradora que implica a consciência de que a dialética política não pode exceder os limites do Estado Democrático de Direito e, assim sendo, o exercício dos direitos e liberdades constitucionais pelos atores públicos e privados deve ocorrer dentro dessas fronteiras[79]. A Constituição é um "símbolo político superior" que ordena os fundamentos da convivência política juntamente com a justiça e o Direito que são imprescindíveis para a vida em

[73] DWOSKIN, E. "Facebook is changing its name to Meta as it focuses on the virtual world", *The Washington Post*, October 28, 2021, 7:07 p.m. EDT.
[74] ALBERTI, J.; GUIMARÃES, A.; VIANNA, J. "Leia a íntegra do decreto sobre 'estado de defesa' encontrado na casa de Anderson Torres". *G1 - Política*, 13 de janeiro de 2023, 09h28.
[75] MURPHY, M. "Meta vai bloquear conteúdo pró-invasão em Brasília das redes sociais", *BBC News Brasil*, 09 de janeiro de 2023.
[76] MOUFFE, C. *Liberalismo, pluralismo y ciudadanía democrática*, Instituto Federal Electoral, México, 1997, p. 41/42.
[77] OLIVEIRA, M. L. de. *A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*, Arraes, Belo Horizonte, 2013, p. 124.
[78] OLIVEIRA, M. A. C. de. "A democracia constitucional no Estado Democrático de Direito", *Empório do Direito*, 16 de maio de 2016.
[79] VERDÚ, P. L. *Curso de Derecho Politico. Vol II: la crisis de la Teoria del Estado en la actualidad. Federalismo y estado federal. La teoria de la Constitución y estado federal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 457.

sociedade[80], seja no mundo real ou virtual. Assim sendo, a esfera pública digital precisa incorporar os valores constitucionais que também regem a esfera pública "analógica".

Em uma democracia representativa na era da internet os partidos políticos devem acompanhar o "eleitor digital" sem fechar os canais de comunicação com "eleitor analógico" afetado pela exclusão digital. Os sites e demais meios de comunicação digital dos partidos comumente são depositórios estáticos de propaganda[81]. Esses meios devem ser convertidos em um espaço dinâmico de discussão hábil a captar as demandas dos eleitores para promover ajustes nos estatutos partidários, programas de governo, pautas e reivindicações, dentre outros[82]. Os partidos políticos podem e devem ser "redes vivas de pessoas e ideias" com canais permanentes de consulta, comunicação e participação, e não apenas máquinas eleitorais[83]. Tentar conquistar o eleitor com um "panfleto virtual" – uma versão digital dos panfletos de propaganda eleitoral tradicionalmente distribuídos – dificilmente produzirá resultados positivos para o partido e para a democracia. Os partidos políticos devem repensar sua atuação a partir da esfera pública digital considerando as características e as exigências do eleitor online.

As fontes oficiais de informação precisam ser livres de constrições e corrupção, sob pena de comprometer a base epistemológica da democracia[84]. Entretanto, atores privados também devem assumir uma postura responsável, especialmente em face dos novos contornos digitais da esfera pública. Quando atores privados influentes e figuras públicas corrompem o valor da precisão fática e das fontes tradicionais de informação para direcionar o público para fontes falsas, a qualidade da competição democrática é, necessariamente, prejudicada[85].

Diante da facilidade de disseminação de *fake news* no ambiente virtual, propostas surgiram na tentativa de combater a desinformação *on-line.* O "julgamento humano" foi consubstanciando em ferramentas criadas pelas redes sociais para permitir que os próprios usuários denunciem notícias falsas. Esse tipo de abordagem vem sendo utilizada pelo Facebook e, após a marcação realizada pelo usuário, a publicação é submetida a agências de checagem de fatos (*third-party fact-checking*) para análise de sua veracidade[86]. Caso a informação seja considerada falsa, a publicação passará a conter um aviso sobre a presença de informações falsas, e sua visibilidade para os usuários será reduzida, mas ela ainda poderá ser vista[87]. Por depender do "julgamento humano", não há garantia da eficácia dessa abordagem. Os usuários são os alvos das *fake news*, ou seja, essas notícias são elaboradas justamente para enganá-los, burlando sua percepção sobre a veracidade dos fatos. Se a habilidade humana para distinguir notícias verdadeiras e falsas fosse suficiente, as *fake news* não prosperariam, independentemente da ferramenta de denúncia.

---

[80] VERDÚ, P. L. *Curso de Derecho Politico. Vol II: la crisis de la Teoria del Estado en la actualidad. Federalismo y estado federal. La teoria de la Constitución y estado federal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 458.

[81] DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 63.

[82] DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 63.

[83] DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 63.

[84] GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 197.

[85] GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 197.

[86] ANDORFER, A. "Spreading Like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation", *Hastings Law Journal*, 69 [5], 2018, p. 1409-1431, p. 1413/1414.

[87] ANDORFER, A. "Spreading Like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation", *Hastings Law Journal*, 69 [5], 2018, p. 1409-1431, p. 1415.

Uma segunda abordagem confia na inteligência artificial e propõe a utilização de algoritmos para alertar os usuários sobre conteúdos possivelmente falsos, funcionando como os filtros automáticos de *spam* utilizados em caixas de *e-mails*[88]. Entretanto, o algoritmo refletirá as atitudes e as preferências de seu criador e poderá culminar em uma censura por parte das empresas de tecnologia, especialmente em relação às perspectivas políticas mais afastadas das opiniões do criador da ferramenta[89]. Não há garantia de transparência nos critérios utilizados para elaborar os filtros que o algoritmo aplicará, o que pode transformá-lo em uma ferramenta de manipulação dos usuários que advoga em favor da empresa tecnológica – ou de quem contrate seus serviços para se promover *online.*

Outra abordagem seria pela via legislativa, estabelecendo-se uma regulamentação. Entretanto, não se sabe quem estaria apto a elaborar tais normas, considerando-se a possibilidade de censura prévia e o ambiente político democraticamente debilitado. Regimes híbridos[90] certamente buscariam uma legislação que lhes fosse favorável, e as empresas de tecnologia adotariam o mesmo comportamento. Além disso, a partir da capacidade e da velocidade de reinvenção da tecnologia, regular com leis um mecanismo tão dinâmico pode revelar-se inócuo. Resta ao mundo calcular se a adoção de uma ou mais abordagens para as *fake news* compensam os riscos democráticos.

Uma visão utópica entende que a regulação do cyberespaço teria o condão de reprimir a liberdade, reforçando o poder estatal[91]. Entretanto, as maiores beneficiárias da ausência dessa regulação são as *big techs* que encontram um caminho livre de controles sociais e governamentais para desempenharem suas atividades[92]. A utilização abusiva da internet[93] é a "tempestade perfeita" para as *big techs*: elas se apresentam como um espaço livre e democrático e se comercializam como defensoras da resistência em face do Estado e da liberdade de expressão, mas violam diariamente direitos de seus usuários e lucram com isso.

É preciso considerar ainda que a legislação adota uma linguagem diferente da internet. O poder é usualmente derivado de mecanismos da comunicação escrita e essa comunicação não é apenas um instrumento do pensamento, pois também cria o pensamento[94]. A comunicação alfabética deu origem ao tipo de pensamento que remodela o fluxo dinâmico de experiência diária em suas declarações[95]. Isso permite uma análise conceitual do que acontece no ambiente e em cada indivíduo criando o poder de raciocinar sobre o que acontece, e também controlar e modificar o que

---

[88] ANDORFER, A. "Spreading Like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation", *Hastings Law Journal*, 69 [5], 2018, p. 1409-1431, p. 1418/1419.

[89] ANDORFER, A. "Spreading Like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation", *Hastings Law Journal*, 69 [5], 2018, p. 1409-1431, p. 1420.

[90] Regimes híbridos são regimes políticos que misturam características democráticas e autoritárias. Tais regimes atacam a democracia enquanto mantêm um "teatro democrático" para escapar dos mecanismos de controle. ASSIS, C. C. *Direitos políticos à deriva autoritária*, Dialética, São Paulo, 2022.

[91] PÉREZ LUÑO, A. E. "Las libertades en la era de internet**"**, en (Francisco Javier Roig *et al* eds.) *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 365-400, p. 379.

[92] PÉREZ LUÑO, A. E. "Las libertades en la era de internet**"**, en (Francisco Javier Roig *et al* eds.) *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 365-400, p. 379.

[93] PÉREZ LUÑO, A. E. "Las libertades en la era de internet**"**, en (Francisco Javier Roig *et al* eds.) *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 365-400, p. 379.

[94] HAVELOCK, E. A. "The Alphabetic Mind: A Gift of Greece to the Modern World", *Oral Tradition*, 1 [1], 1986, p. 134-150, p. 138.

[95] HAVELOCK, E. A. "The Alphabetic Mind: A Gift of Greece to the Modern World", *Oral Tradition*, 1 [1], 1986, p. 134-150, p. 138.

acontece[96]. Esse poder não está disponível em culturas orais, mas apenas em culturas alfabéticas que utilizam a forma original grega, sua adaptação romana ou ainda outras versões como a russa[97].

A mente alfabética é a mente grega e a filosofia moral que é ensinada sob a rubrica da ética é uma criação da alfabetização que se originou em Atenas[98]. A sintaxe conceitual (a sintaxe alfabética) suporta as estruturas sociais que sustentam a civilização ocidental em sua forma atual e, sem ela, o estilo de vida moderno não poderia existir[99]. Sendo a mente alfabética o ponto de partida para os processos mentais que originam e são originados no mundo, a linguagem da internet se releva um desafio à regulamentação, uma vez que as linguagens de programação são dissociadas da sintaxe. Entretanto, não se descarta a necessidade de legislações que, embora limitadas, podem contribuir para o processo de constitucionalização da esfera pública digital.

Um exemplo de legislação na direção da constitucionalização do espaço digital seria a "Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital", assinada em dezembro de 2022 pela União Europeia. A referida Declaração expõe as intenções e os compromissos políticos comuns, recorda os direitos mais pertinentes no contexto da transformação digital, e orienta os atores políticos na reflexão sobre a sua visão da transformação digital[100]:

> Centrar a transformação digital nas pessoas; apoiar a solidariedade e a inclusão através da conectividade, da educação, da formação e das competências digitais, de condições de trabalho justas e equitativas, bem como do acesso a serviços públicos digitais em linha; reiterar a importância da liberdade de escolha nas interações com algoritmos e sistemas de inteligência artificial e num ambiente digital justo; promover a participação no espaço público digital; aumentar a segurança, a proteção e a capacitação no ambiente digital, em especial para as crianças e os jovens, assegurando simultaneamente a privacidade e o controlo (*sic*) individual dos dados; promover a sustentabilidade[101].

A declaração se destina ainda a "[...] servir de ponto de referência para as empresas e outros intervenientes pertinentes na fase de desenvolvimento e implantação de novas tecnologias"[102]. Os seis capítulos que compõem a declaração apontam os seus princípios: Capítulo I: Dar prioridade às pessoas no processo de transformação digital; Capítulo II: Solidariedade e inclusão; Capítulo III: Liberdade de escolha; Capítulo IV: Participação no espaço público digital; Capítulo V: Segurança, proteção e capacitação; e Capítulo VI: Sustentabilidade.

A questão não deve ser resolvida pela via exclusiva da regulamentação, mas com a construção de um constitucionalismo digital que estabeleça um conjunto de

---

[96] HAVELOCK, E. A. "The Alphabetic Mind: A Gift of Greece to the Modern World", *Oral Tradition*, 1 [1], 1986, p. 134-150, p. 138.
[97] HAVELOCK, E. A. "The Alphabetic Mind: A Gift of Greece to the Modern World", *Oral Tradition*, 1 [1], 1986, p. 134-150, p. 138.
[98] HAVELOCK, E. A. "The Alphabetic Mind: A Gift of Greece to the Modern World", *Oral Tradition*, 1 [1], 1986, p. 134-150, p. 139.
[99] HAVELOCK, E. A. "The Alphabetic Mind: A Gift of Greece to the Modern World", *Oral Tradition*, 1 [1], 1986, p. 134-150, p. 147.
[100] EUROPEAN COMMISSION. *European Declaration on Digital Rights and Principles*. 15 dez. 2022.
[101] EUROPEAN COMMISSION. *European Declaration on Digital Rights and Principles*. 15 dez. 2022, p. 02.
[102] EUROPEAN COMMISSION. *European Declaration on Digital Rights and Principles*. 15 dez. 2022, p. 02.

princípios e valores para informar, guiar e determinar as respostas aos problemas virtuais[103]. Por sua vez, os algoritmos devem incorporar valores que sigam as diretrizes éticas humanas, o que, às vezes, significará privilegiar a equidade em detrimento do lucro para que eles não se convertam em "armas matemáticas de destruição", que agravam os problemas sociais[104].

O acolhimento de uma função na qualidade de interesse público exige uma regulamentação que signifique a convergência entre equidade, transparência e *accountability*[105]. Entretanto, eventuais normativas regulamentadoras da esfera pública digital não podem ser estabelecidas de forma unilateral e devem envolver diferentes instrumentos e atores[106].

Considerando que mais da metade da população mundial atualmente se encontra *online* e que bilhões de pessoas utilizam as redes sociais, para alguns há uma reforma societária em curso cuja característica definidora seriam os dados[107]. Nesse cenário, seria necessário um "novo contrato social digital" entre cidadãos, consumidores, empresas e Estado, para promover uma nova compreensão sobre direitos, deveres e responsabilidades, configurando uma releitura das teorias políticas contratualistas aplicada ao ambiente virtual. Seria o equivalente ao surgimento das instituições jurídicas e políticas a partir da exigência do abandono do estado de natureza de liberdade ilimitada – considerando que a internet é um espaço mal, pouco ou nada regulado – para uma liberdade limitada, protegida e garantida pela autoridade e pelas leis[108].

O contrato social é renovado sempre que os cidadãos votam ou se engajam em atividades políticas, mas a informação imperfeita não permite que os cidadãos entendam seus papéis, suas escolhas para a liderança ou as escolhas de seus líderes, além de impedir que os líderes entendam as preferências políticas desses cidadãos[109]. O novo contrato desafiaria as relações tradicionais entre Estado e cidadãos e os contornos das esferas públicas e privadas[110]. Entretanto, as bases para esse contrato parecem não se afastar das premissas democráticas analógicas, pois ressaltam a necessidade de inclusão, de autodeterminação, de equidade do poder de barganha, de definição explícita da autoridade, de procedimentos justos, de transparência, *accountability* e de responsividade[111]. Consequentemente, a proposta não é necessariamente nova, mas digitalizada.

O movimento de assimilação dos valores constitucionais no ambiente virtual pode ser concebido também como um desdobramento característico da democracia. Nesse cenário, haveria transposição dos pilares democráticos e dos direitos fundamentais para a esfera pública digital de forma orgânica, a partir da reivindicação

---

[103] CELESTE, E. "Digital constitutionalism: a new systematic theorization", *International Review of Law, Computers & Technology*, 33 [1], 2019, p. 1-24, 2019.

[104] O'NEIL, C. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, Crown Publishing Group, New York, 2016, p. 10; 169.

[105] VERKUIL, P. R. *Outsourcing Sovereignty: why privatization of government functions threatens democracy and what we can do about it*, Cambridge University Press, New York, 2007, p. 85.

[106] CELESTE, E. "Digital constitutionalism: a new systematic theorization", *International Review of Law, Computers & Technology*, 33 [1], 2019, p. 1-24, 2019.

[107] LIAROPOULOS, A. N. "A Social Contract for Cyberspace", *Journal of Information Warfare*, 19 [2], 2020, p. 1-11, p. 02.

[108] PÉREZ LUÑO, A. E. "Las libertades en la era de internet**"**, en (Francisco Javier Roig *et al* eds.) *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 365-400, p. 380.

[109] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 236.

[110] LIAROPOULOS, A. N. "A Social Contract for Cyberspace", *Journal of Information Warfare*, 19 [2], 2020, p. 1-11, p. 02.

[111] WEBER, R. H.; WEBER, R. "Social Contract for the Internet Community? Historical and Philosophical Theories as Basis for the Inclusion of Civil Society in Internet Governance?", *ScripTed*, 6 [1], 2009, p. 90-105, p. 94 e ss.

popular, das decisões judiciais e também pela via legislativa. Uma vez que o tema se torne uma reivindicação coletiva, a agenda política incorporará a demanda por soluções que serão construídas com ampla participação da sociedade e das instituições democráticas. O reconhecimento da incidência dos direitos constitucionais na esfera pública digital se daria, portanto, de forma semelhante à eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

No tocante aos "gatilhos" acionados por algoritmos no inconsciente humano, experiências como a do *marketing* subliminar – estímulos que aguçam inconscientemente os sentidos humanos, provocando o consumo e a valorização de marcas[112] – apontam que o tema exige uma abordagem multidisciplinar. A associação entre *marketing* e ciência deu origem ao campo de estudo do *neuromarketing,* que consiste no uso da neurociência e de técnicas de pesquisas fisiológicas para melhor compreender o comportamento do consumidor, suas preferências e decisões, além de outros aspectos cognitivos e comportamentais relacionados à propaganda[113]. Estudos e testes laboratoriais sobre o *neuromarketing* desvendaram os processos cerebrais humanos relacionados ao consumo e provocaram discussões sobre princípios éticos para sua utilização[114]. Alguns tópicos da discussão ética do *neuromarketing* são similares aos da tecnologia, especialmente pelas diferenças de interesse entre a academia e as empresas: adoção de uma política de dados e de protocolos de transparência; certificação da qualidade da postura ética para tomadas de decisões informadas; e privacidade, entre outros[115]. A aversão pública acompanhada de protestos culminou em reações legislativas pelo mundo, dando origem a propostas de códigos éticos para a aplicação do *neuromarketing*[116]. Assim sendo, a discussão sobre os "gatilhos cerebrais" viabilizados pela internet deverá percorrer o mesmo caminho multidisciplinar, além de atravessar um processo de conscientização coletiva sobre seus aspectos positivos e negativos e adentrar a agenda política, abrindo um debate público na temática.

O processo de engajamento popular democrático na esfera virtual apresenta particularidades que precisam ser consideradas. O conjunto de ferramentas *online* aplicadas à política foi elaborado para permitir e promover a "cidadania diluída" dos membros do contrato social, o que pode não exigir uma memória política particular ativa – eles podem, por exemplo, responder a consultas que apresentem opções políticas simplificadas[117]. A cidadania diluída responde rapidamente às urgências políticas, mas não demanda um tempo significativo de reflexão política pessoal por parte dos cidadãos[118]. Além disso, ela dificulta o atendimento amplo das reivindicações populares pelos meios institucionalizados, pois foi elaborada para

---

[112] ANDREASI, D. L. P. "Marketing subliminar: uma análise do uso de estímulos subliminares em diversas estratégias de marketing", *Anais do Encontro de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo*, 8 [8], 2012, p. 02.

[113] STANTON, S. J.; SINNOTT-ARMSTRONG, W.; HUETTEL, S. A. "Neuromarketing: Ethical Implications of its Use and Potential Misuse", *Journal of Business Ethics*, 144, 2017, p. 799–811, p. 200.

[114] MURPHY, E. R.; ILLES, J.; REINER, P. B. "Neuroethics of neuromarketing", *Journal of Consumer Behaviour*, 7, 2008, p. 293-302; DUCU, C.. "*Topoi* in Neuromarketing Ethics", en (Andrew R. Thomas*et al.* eds) *Ethics and Neuromarketing: implications for market research and business practice*. Springer, 2017, p. 31-64.

[115] STANTON, S. J.; SINNOTT-ARMSTRONG, W.; HUETTEL, S. A. "Neuromarketing: Ethical Implications of its Use and Potential Misuse", *Journal of Business Ethics*, 144, 2017, p. 799–811.

[116] ULMAN, Y. I.; CAKAR, T.; YILDIZ, G. "Ethical Issues in Neuromarketing: 'I Consume, Therefore I am!'", *Science and Engineering Ethics*, 21, 2015, p. 1271–1284.

[117] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 236.

[118] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 236.

negar as necessidades coletivas e aceitar as demandas individuais[119]. Referida cidadania contribui para o discurso político de forma irregular, abreviada e para um tema específico apenas, aproximando-se dos problemas diagnosticados nos mecanismos da democracia direta[120].

Há ainda elementos virtuais utilizados pelas autoridades políticas que são desconhecidos pelos cidadãos. Os *data shadows* são resultado das "pegadas digitais" dos usuários, pois a interação *on-line* deixa registros sobre como eles pensam e agem em suas vidas privadas[121]. Essa sombra digital é consultada por elites ativas na política que desejam interferir nas eleições sem o conhecimento dos cidadãos e livres de ferramentas de supervisão sobre sua utilização[122]. Embora os cidadãos nem sempre tenham consciência sobre sua sombra digital, a silhueta digital consiste em uma das partes do novo contrato social digital, e poucos atores conseguem se libertar dela[123]. Uma solução possível seria embutir nas ferramentas *online* um programa intermediário, que possibilite o controle, pelo usuário, dos dados que são registrados sobre suas atividades *online*[124], porém o desenvolvimento desse tipo de *software* pode converter-se em mais uma forma de poder das empresas de tecnologia, encoberto na retórica de empoderamento dos usuários.

No espaço virtual, os limites das esferas pública e privada são ainda mais fluidos. Os cidadãos, muitas vezes, se manifestam em uma esfera privada sobre uma questão política, mas esse ato é ativado por meio da esfera pública[125]. Citem-se como exemplos postagem com conteúdo político em blogs, redes sociais, grupos de discussão *on-line* ou mesmo no YouTube – todas essas manifestações ocorrem na esfera individual, mas o cidadão não está sozinho ou isolado[126]. Essa esfera privada é influente, líquida e reflexiva e, diferentemente do mundo *offline*, é responsiva às múltiplas outras esferas privadas, provocando uma releitura da tensão entre "público" e "privado"[127].

Uma campanha política efetiva deve definir o público-alvo, adequar os argumentos e criar ícones, o que se torna mais fácil usando-se as ferramentas tecnológicas[128]. Assim sendo, é inevitável que a tecnologia se torne uma aliada da política, mas não há garantias de que o resultado será benéfico para a democracia. Os mecanismos contemporâneos de salvaguarda da democracia resultam da combinação entre tentativas de reforço da participação verdadeiramente democrática e tecnológica. Alguns deles significam uma continuidade evolutiva do processo democrático da sociedade; outros propõem rupturas e renovações. Entretanto, não

---

[119] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 236/237.
[120] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 237.
[121] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 237.
[122] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 238.
[123] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 238.
[124] FUKUYAMA, F.; RICHMAN, B.; GOEL, A. "How to Save Democracy From Technology: Ending Big Tech's Information Monopoly", *Foreign Affairs*, 100, [1], 2021.
[125] PAPACHARISSI, Z. "The virtual sphere 2.0: The internet, the public sphere, and beyond", en (Andrew Chadwick; Philip N. Howard eds) *Routledge Handbook of Internet Politics*, Routledge, New York, 2009, p. 230-245, p. 244.
[126] PAPACHARISSI, Z. "The virtual sphere 2.0: The internet, the public sphere, and beyond", en (Andrew Chadwick; Philip N. Howard eds) *Routledge Handbook of Internet Politics*, Routledge, New York, 2009, p. 230-245, p. 244.
[127] PAPACHARISSI, Z. "The virtual sphere 2.0: The internet, the public sphere, and beyond", en (Andrew Chadwick; Philip N. Howard eds) *Routledge Handbook of Internet Politics*, Routledge, New York, 2009, p. 230-245, p. 244.
[128] HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245, p. 238.

se sabe como os filtros individuais dos cidadãos ou mesmo as medidas coletivas conseguirão administrar ferramentas tecnológicas que diariamente se reinventam.

4. Resguardando a opinião pública nos espaços digitais

A melhor forma política[129] é aquela que resolve o maior número de questões político-sociais por meio de articulações, instituições e relações constitucionais orientadas pelo bem-estar geral[130]. Dentre essas relações, destaca-se a interrelação entre opinião pública e oposição política, uma vez que a mudança da primeira provoca ajustes na segunda. A oposição política pode ser conceituada como o direito dos cidadãos e dos grupos nos quais se integram de opinar, criticar e divergir livremente das decisões adotadas pelos governantes, e dos grupos que os apoiam, através dos meios de comunicação, das instituições parlamentares e eleitorais relativas a determinação da orientação política[131]. Assim sendo, proteger a opinião pública é proteger a oposição política que consiste em elemento essencial da democracia[132].

Os desafios da formação da opinião pública enfrentados pela democracia "analógica" são transportados ou mesmo agravados pela democracia digital. Considerando que a esfera pública é uma arena de relações políticas e sociais na qual identidades individuais e coletivas se expressam e se integram, a forma moderna de exclusão política é o silêncio de não ser ouvido ou representado[133]. Não estar *online* significa estar à margem da esfera pública digital e, nesse cenário, é preciso se ter em consideração a acessibilidade da internet.

A desigualdade de acesso à internet pode ocorrer entre países e intra países[134]. A primeira se relaciona com a criação de tecnologias no mundo que se concentra em dois países: 66% das licenças e royalties tecnológicos do mundo pertencem aos Estados Unidos e ao Japão[135]. Há, portanto, uma verdadeira colonização do cyberespaço viabilizada pela tecnologia[136].

Uma comparação dos dados sobre o acesso à internet em casa[137] de diferentes países revela o abismo da desigualdade digital. Os percentuais de famílias com esse acesso variam de 100% (Arábia Saudita; Bahrein; Coreia do Sul; Emirados Árabes)

---

[129] Explica Verdú: "Las formas políticas son configuraciones de la organización, ejercício y distribución del poder, según una interpretación ideológica en una estructura social. Las formas políticas enlazan con las relaciones constitucionales en la medida que estas últimas se posicionan respecto a la organización, ejercício y objetivos del poder político de la que se deducen determinados resultados. Tales formas serán democráticas en la medida que se ajustan al espíritu, contenido y finalidade de una Constitución. Esta delimita el poder estatal y reconoce y protege la dignidad humana y sus correspondientes derechos y libertades". VERDÚ, P. L. *Teoría general de las relaciones constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 98.

[130] VERDÚ, P. L. *Teoría general de las relaciones constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 104.

[131] VERDÚ, P. L. *Teoría general de las relaciones constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 130.

[132] ASSIS, C. C. *Direitos políticos à deriva autoritária*, Dialética, São Paulo, 2022.

[133] GIMMLER, A. "Deliberative democracy, the public sphere and the internet", *Philosophy & Social Criticism*, 27 [4], 2001, p. 21-39, p. 22; URBINATI, N. "Representation as Advocacy: A Study of Democratic Deliberation", *Political Theory*, 28 [6], 2000, p. 758-786, p. 773.

[134] DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 58.

[135] DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 58.

[136] RAMONET, I. "¡Nos han robado una esperanza!", *El País*, 25 de julho de 1996, p. 13.

[137] "Refers to the proportion of households with Internet access at home. Access can be via a fixed or mobile network. If one member of the household has a mobile phone with connection to the Internet and makes it available for all members, then it should be considered that the household has access to the Internet". INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION - ITU. *DataHub: Households with Internet access at home*. 2022.

a 1,3% (República Democrática do Congo)[138]. Os menores percentuais são registrados em países da África.

A mesma situação ocorre com o número de indivíduos que utilizam a internet[139][140]: embora 63% dos indivíduos do planeta estejam *online*, os percentuais internos dos países variam de 100% (Bahrein; Arábia Saudita; Catar; Emirados Árabes; Islândia; Kuwait; Liechtenstein) a 1,3% (Eritreia)[141]. Mais uma vez os menores percentuais são registrados em países da África.

Mais da metade do planeta está online, mas a viabilidade de acesso à internet enquanto meio de comunicação não garante o progresso social, especialmente em um contexto no qual ela é controlada por grandes empresas e agrava a desigualdade interna e externa a cada país[142].

A exclusão digital possui raízes socioeconômicas, pois o acesso à internet depende tanto de investimentos governamentais e de setores privados quanto das situações pessoais dos indivíduos. O resultado é uma sociedade com duas velocidades: uma para os ricos e outra para os pobres[143]. Há um efeito acumulativo na exclusão cotidiana que é acrescida pela tecnologia, originando o direito de não ser excluído da sociedade da informação[144].

Dentro da internet a desigualdade também persiste e é agravada por novos fatores. A diferença entre o tipo de conectividade à disposição dos usuários não é uma distinção estritamente tecnológica, pois possui consequências sociais[145]. As velocidades da internet e do desempenho do dispositivo que a acessa afetam a quantidade de tarefas simultâneas, a velocidade de informação e o tempo despendido pelo usuário na execução de suas atividades. A lentidão da internet ou do dispositivo de acesso permite que o indivíduo tenha voz mínima no ambiente digital, mas retira-lhe os outros atributos necessários à efetiva participação democrática[146]. Os cidadãos nessa situação são simples consumidores de conteúdo que não recebem a oportunidade de desenvolver as capacidades e competências para se tornarem produtores de conteúdo[147]. Em outras palavras, "é possível ver os portais, mas não se pode fazer muito com eles"[148].

Há uma relação de proximidade entre democracia e desenvolvimento tecnológico e econômico. A democratização é uma força impulsionadora do avanço tecnológico que, por sua vez, torna os produtos e serviços mais baratos e contribui

---

138 INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION - ITU. *DataHub: Households with Internet access at home*. 2022.

139 "Refers to the proportion of individuals who used the Internet from any location in the last three months. Access can be via a fixed or mobile network". INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION - ITU. *DataHub: Individuals using the Internet*. 2021.

140 No DataHub consta o percentual de 0% para a Coreia do Norte em função da ausência de dados sobre o país. INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION - ITU. *DataHub: Individuals using the Internet*. 2021.

141 INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION - ITU. *DataHub: Individuals using the Internet*. 2021.

142 RAMONET, I. "¡Nos han robado una esperanza!", *El País*, 25 de julho de 1996, p. 13.

143 DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 58.

144 DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 58/59.

145 DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 59.

146 DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 59.

147 DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 71.

148 DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71, p. 59, tradução nossa.

positivamente para a economia[149]. Os processos evolutivos da democracia e da inovação tecnológica possuem um denominador comum: o aumento dos níveis de alfabetização, escolaridade e educação, ou seja, o investimento em capital humano[150]. Esses fatores auxiliam no acesso à informação e geram conhecimento tecnológico novo criando uma democratização sustentável[151]. Em contrapartida, o controle da democracia pelas elites cria um ambiente de crise incapaz de controlar os grandes grupos de interesse que competem entre si, desacelerando o desenvolvimento tecnológico, econômico e social dos países[152]. A exclusão digital se soma, portanto, às já conhecidas exclusões "analógicas". Entretanto, a solução para o problema não é abandonar a internet como ferramenta para o engajamento e participação democráticos, mas criar oportunidades de acesso para aqueles que estão excluídos[153].

O processo de mercantilização da mídia, impulsionado notadamente pelo aporte tecnológico, afeta a formação da opinião pública democrática, provocando a corrupção do *status* público da comunicação, mas existem avanços tais como a participação de grupos minoritários anteriormente invisíveis[154]. A inclusão é incompleta e marcada por contradições que interferem na ampliação efetiva da participação, mas essa sub-representação não pode obstaculizar a promoção da cidadania ativa[155]. O resgate da dimensão discursiva da política é essencial, pois, "sem direito à voz pública – isto é, sem o direito democrático de falar e ser ouvido – , o cidadão não se constitui, ainda que possa votar"[156] uma vez que voto e voz pública não se confundem. Sem voto, não existem direitos do cidadão, e sem voz pública, esses direitos são dissipados[157]. A eleição não é uma transferência da soberania popular, mas apenas um dos momentos da relação entre representante e representado[158].

A opinião pública verdadeiramente democrática precisa ser marcada pela formulação pública dos valores da vida política e social, pela universalidade decorrente dos valores civilizatórios compartilhados, pela pluralidade ao incorporar diversas opiniões particulares na elaboração dos valores comuns e pela natureza reflexiva, uma vez que os juízos são orientados pela informação e pela discussão de políticas públicas, e não por imposições externas[159]. A dimensão reflexiva da opinião pública democrática exige ainda "a interdição de qualquer censura prévia, o direito

[149] COCCIA, M. "Democratization is the driving force for technological and economic change", *Technological Forecasting & Social Change*, 77 [2], 2010, p. 248–264.
[150] COCCIA, M. "Democratization is the driving force for technological and economic change", *Technological Forecasting & Social Change*, 77 [2], 2010, p. 248–264, p. 258.
[151] COCCIA, M. "Democratization is the driving force for technological and economic change", *Technological Forecasting & Social Change*, 77 [2], 2010, p. 248–264, p. 258.
[152] COCCIA, M. "Democratization is the driving force for technological and economic change", *Technological Forecasting & Social Change*, 77 [2], 2010, p. 248–264, p. 258.
[153] COLEMAN, S.; GØTZE, J. *Bowling Together: Online Public Engagement in Policy Deliberation*, Hansard Society, London, 2001, p. 16.
[154] GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 133.
[155] GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 133/134.
[156] GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 134/135.
[157] GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 137.
[158] ALMEIDA, D. "Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil", *Opinião Pública*, 20 [1], 2014, p. 96-117, p. 101; VERDÚ, P. L. *Curso de Derecho Politico. Vol II: la crisis de la Teoria del Estado en la actualidad. Federalismo y estado federal. La teoria de la Constitución y estado federal*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 196.
[159] GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013, p .127.

de resposta, a condenação da calúnia [e] a proibição dos discursos de ódio ou do preconceito"[160]. Tais características dependem de mecanismos que protejam a integridade da opinião pública, evitando sua corrupção pela prevalência ou imposição de determinadas opiniões, uma vez que sua força política depende da pluralidade institucional na formação[161]. Referida opinião deve, portanto, ser formada "[...] politicamente no espaço público livre, por meio da manifestação de vozes múltiplas e capaz de acolher as particularidades dos variados grupos que o compõem", uma vez que seu reconhecimento como "[...] base da legitimidade, sem questionar as condições de sua formação, não é suficiente"[162]. Mesmo o sistema representativo precisa, materialmente, incorporar as características clássicas da cidadania democrática: *isopsephia*, ou seja, a igualdade de voto que concede aos cidadãos o direito de participação igualitária; e *isegoria*, isto é, a igualdade de oportunidades de fala que concede aos cidadãos a chance de expressarem publicamente suas opiniões e serem ouvidos ou representados de forma igualitária[163].

> Nenhum direito se conquista na democracia sem formar suas razões públicas. É um viés intelectualista supor que a política se resolve no puro confronto entre razões, despidas do conflito de interesses e das correlações de força. Mas é também um viés anti-intelectualista pretender que a política carece de estabelecer suas razões que legitimam ou deslegitimam poderes e direitos[164].

A legitimação democrática é alcançada pelo "[...] esforço estatal estratégico de estabilização de práticas que vulneram a igualdade institucional entre Estado e Cidadania", enquanto a legitimidade exige o balizamento constitucional do exercício das funções estatais, "especialmente pela intangibilidade da prerrogativa de autoinclusão da população total"[165]. O voto pode conferir legitimação, mas somente a opinião pública democraticamente formada é capaz de conferir legitimidade.

Para aumentar a legitimidade é preciso um "movimento constante de informação, poder e representação" dos representantes destinado aos representados[166]. O consentimento informado que fundamenta a legitimidade é formado a partir do desenvolvimento e da execução da *accountability* democrática[167]. A prestação de contas discursiva ao público consiste em uma forma de *accountability* complementar ao processo eleitoral[168]. A legitimidade democrática não é um atributo de determinado procedimento ou ação e precisa ser construída no processo criativo da representação política, respeitando as tendências do tecido social, sendo,

---

[160] GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 138.
[161] GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 127.
[162] GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 132.
[163] URBINATI, N. "Representation as Advocacy: A Study of Democratic Deliberation", *Political Theory*, 28 [6], 2000, p. 758-786, p. 778.
[164] GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 138.
[165] GRESTA, R. M. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014, p. 81.
[166] ALMEIDA, D. "Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil", *Opinião Pública*, 20 [1], 2014, p. 96-117, p. 112.
[167] OLSEN, J. P. "The Institutional Basis of Democratic Accountability", *West European Politics*, 26 [3], 2013, p. 447-473, p. 447.
[168] ALMEIDA, D. "Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil", *Opinião Pública*, 20 [1], 2014, p. 96-117, p. 112.

portanto, responsiva[169]. Iniciativas *online* nas quais os representantes se proponham a ouvir os cidadãos devem apresentar resultados significativamente responsivos, caso contrário o processo de participação perderá sua credibilidade e legitimidade democrática[170]. A preocupação dos cidadãos sobre suas opiniões serem efetivamente consideradas se relaciona mais com a falta de confiança no governo do que com a falta de confiança na internet[171]. A maior relutância sobre a participação *online* resulta de experiências ruins de partição política, seja ela *online* ou offline[172].

Um governo pode ser considerado *accountable* se os cidadãos conseguirem distinguir decisões legítimas e ilegítimas e puderem sancionar os agentes apropriadamente[173]. Um mecanismo de *accountability* é, portanto, um mapa que tem como ponto de partida os resultados das ações do governo e suas respectivas mensagens justificadoras, e como destino as sanções dos cidadãos[174]. A *accountability* pode ser desenvolvida por meio dos controles interno e mútuo das instituições e atores políticos, justificações e testes públicos dos representantes, inclusão de todos os grupos e segmentos da sociedade, indicadores de *performance* e também pelos meios de comunicação[175]. Por sua vez, a responsividade pode ser alcançada por meio da punição dos representantes quando necessário, da sensibilização por meio do compartilhamento de diferentes perspectivas sociais, de oportunidades de defesa de ideias e discursos, da reavaliação contínua dos relacionamentos representativos e da consideração dos argumentos e julgamentos advindos de fontes informais da sociedade civil[176].

A democracia depende da produção, avaliação e disseminação de informações livres de vícios por instituições neutras, pois sem o acesso aos fatos verdadeiros dificilmente haverá governança ou progresso[177]. A competição epistêmica dificulta a consolidação política e, por isso, regimes híbridos sempre buscam formas de poluição da esfera pública[178]. Porém é preciso antecipar os desafios específicos relacionados ao exercício dos direitos democráticos nesses regimes, pois, no contexto de erosão, mesmo uma legislação protetiva pode ser utilizada contra a democracia[179]. A liberdade de expressão constitucionalmente protegida e democraticamente defendida não pode se prestar a atacar e fraudar a própria democracia. É preciso, portanto, encontrar um equilíbrio entre a formalidade e a informalidade na construção dessas liberdades, embora a proteção da esfera pública não se esgote com a criação de

[169] ALMEIDA, D. "Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil", *Opinião Pública*, 20 [1], 2014, p. 96-117, p. 105;113.
[170] COLEMAN, S.; GØTZE, J. *Bowling Together: Online Public Engagement in Policy Deliberation*, Hansard Society, London, 2001, p. 19.
[171] COLEMAN, S.; GØTZE, J. *Bowling Together: Online Public Engagement in Policy Deliberation*, Hansard Society, London, 2001, p. 20.
[172] COLEMAN, S.; GØTZE, J. *Bowling Together: Online Public Engagement in Policy Deliberation*, Hansard Society, London, 2001, p. 20.
[173] MANIN, B.; PRZEWORSKI; A.; STOKES, S. C. "Introduction", en (Adam Przeworski; Susan C. Stokes; Bernard Manin eds.) *Democracy, Accountability, and Representation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 01-26, p. 10.
[174] MANIN, B.; PRZEWORSKI; A.; STOKES, S. C. "Introduction", en (Adam Przeworski; Susan C. Stokes; Bernard Manin eds.) *Democracy, Accountability, and Representation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 01-26, p. 10.
[175] ALMEIDA, D. "Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil", *Opinião Pública*, 20 [1], 2014, p. 96-117, p. 114.
[176] ALMEIDA, D. "Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil", *Opinião Pública*, 20 [1], 2014, p. 96-117, p. 114.
[177] GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 197.
[178] GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 197.
[179] GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 197.

direitos[180]. Aqui se insere o uso adequado da imprensa, que significa ajustar a competição entre as fontes de informação para que não exista monopólio, aumentando a probabilidade de dissenso democrático[181].

Democracia e educação estão intrinsecamente relacionadas. A educação define não apenas a cidadania, mas a própria democracia, entendida esta como um diálogo permanente de confrontação pacífica de ideias e interesses[182]. A maior difusão possível de conhecimento e informação para a população consiste no melhor antídoto contra qualquer forma de tirania[183]. A deficiência ou a ausência de acesso ao ensino e à informação está diretamente relacionada à exclusão da sociedade[184].

Embora o nível educativo geral da população não seja o único fator de impulso da participação popular, ele determina a intensidade e o grau de preparação necessários ao processo eleitoral[185]. Do ponto de vista interno dos países, ao aferir as variações na educação e na cultura política é necessário respeitar as diferenças regionais, inclusive de etnias[186]. Entretanto, para além das disciplinas que compõem a base comum da educação, é preciso contribuir para a consolidação da cultura democrática na sociedade. Não se trata da transformação de todos os cidadãos em candidatos ou de privilegiar a esfera pública em detrimento da esfera privada; o que se busca é valorizar a política entendida como um projeto coletivo que precisa funcionar para que todos busquem seu projeto de vida individual.

Deve-se ainda promover programas educativos sobre boas práticas democráticas *online*, capacitar os usuários para que eles possam testar os contornos das suas "bolhas" e estabelecer normas que desencorajem o retrocesso a formas de debate sem diversidade ou sem informações adequadas[187]. A intenção é criar uma consciência cívica, política e tecnológica[188]. Não se espera que os cidadãos se engajem constantemente em todos os temas, mas que eles mantenham seus poderes sobre os representantes e voltem a utilizar os "músculos democráticos" que estão atrofiados devido aos longos anos de exclusão do processo deliberativo[189].

Nos espaços digitais é possível que políticas que promovam uma visão proativa da democracia sejam mais eficientes do que tentativas para solucionar os

---

[180] GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 198/199.
[181] GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018, p. 199.
[182] ZAMORA, V. R. "La comunicación en la formación de la cultura política**"** en (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - IIDH ed.) *Capacitación cívica y electoral,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos/CAPEL, San José, 1999, p. 37-50, p. 48/49.
[183] ZAMORA, V. R. "La comunicación en la formación de la cultura política**"** en (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - IIDH ed.) *Capacitación cívica y electoral,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos/CAPEL, San José, 1999, p. 37-50, p. 49.
[184] BENEVIDES, M. V. de M. "Educação para a democracia", *Lua Nova*, 38, 1996, p. 223-237, p. 226.
[185] OYANGUREN, M. F. "Democracia, participación ciudadana y educación", en (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - IIDH ed.) *Capacitación cívica y electoral*, Instituto Interamericano de Derecehos Humanos/CAPEL, San José, 1999, p. 15-35, p. 27/28.
[186] OYANGUREN, M. F. "Democracia, participación ciudadana y educación", en (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - IIDH ed.) *Capacitación cívica y electoral*, Instituto Interamericano de Derecehos Humanos/CAPEL, San José, 1999, p. 15-35, p. 28.
[187] DOMMETT, K.; VEROVŠEK, P. J. "Promoting Democracy in the Digital Public Sphere: Applying Theoretical Ideals to Online Political Communication". *Javnost - The Public*, 28 [4], 2021, p. 20.
[188] PÉREZ LUÑO, A. E. "Las libertades en la era de internet**"**, en (Francisco Javier Roig *et al* eds.) *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 365-400.
[189] COLEMAN, S.; GØTZE, J. *Bowling Together: Online Public Engagement in Policy Deliberation*, Hansard Society, London, 2001, p. 23.

problemas já existentes[190]. Entre uma visão pessimista sobre os efeitos antidemocráticos da internet e uma visão otimista sobre seu efeito integrador, é preciso buscar uma fórmula jurídica que valorize suas virtudes e reduza, na medida do possível, suas vicissitudes[191]. Nesse sentido, o debate regulatório sobre os espaços deliberativos digitais se desloca da dimensão reativa para a dimensão proativa para moldar adequadamente a arquitetura e as práticas na internet[192].

As políticas para os espaços digitais devem ser elaboradas a partir de duas diretrizes para a esfera pública digital: (i) a necessária presença de comunidades diversificadas capazes de reunir indivíduos de diferentes seguimentos da sociedade e (ii) a disponibilidade de fontes de informação pública comum como uma base para o discurso compartilhado[193]. Ambas podem ser alcançadas por meio do design digital e pelo comportamento dos usuários ao promover esses ideais[194].

A diversidade dos arranjos digitais e a ausência de uniformidade das plataformas torna difícil identificar os problemas e encontrar soluções, mas sabe-se que a arquitetura delas afeta a dinâmica do debate público *online* e pode guiar os ideais deliberativos para diferentes níveis[195]. Tal arquitetura deve permitir que os usuários vislumbrem com mais facilidade seus pontos em comum e encorajar encontros entre indivíduos de diferentes ideologias unidos por interesses compartilhados[196]. Nesse cenário, os atores políticos devem determinar princípios básicos para o design – um *design for all* – das plataformas orientados pela democracia e não pelos ideais comerciais, reforçando o compromisso coletivo com a democracia [197]. O ambiente deve ser "amigável" para todos os participantes com diferentes experiências e níveis de conhecimento. A linguagem utilizada deve ser acessível e não se deve exigir dos cidadãos a utilização de jargões governamentais, humanizando e tornando compreensível o discurso político[198].

Os problemas causados pelo autoisolamento e a personalização na internet exigem uma "arquitetura da serendipidade" que preserve tanto a individualidade, quanto o comportamento em grupo, a inovação e a democracia[199]. Nessa arquitetura, os indivíduos devem ser expostos a materiais que eles não teriam escolhido conhecer,

---

[190] DOMMETT, K.; VEROVŠEK, P. J. "Promoting Democracy in the Digital Public Sphere: Applying Theoretical Ideals to Online Political Communication". *Javnost - The Public*, 28 [4], 2021, p. 02.

[191] PÉREZ LUÑO, A. E. "Las libertades en la era de internet**"**, en (Francisco Javier Roig *et al* eds.) *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 365-400, p. 394.

[192] DOMMETT, K.; VEROVŠEK, P. J. "Promoting Democracy in the Digital Public Sphere: Applying Theoretical Ideals to Online Political Communication". *Javnost - The Public*, 28 [4], 2021, p. 22.

[193] DOMMETT, K.; VEROVŠEK, P. J. "Promoting Democracy in the Digital Public Sphere: Applying Theoretical Ideals to Online Political Communication". *Javnost - The Public*, 28 [4], 2021, p. 03.

[194] DOMMETT, K.; VEROVŠEK, P. J. "Promoting Democracy in the Digital Public Sphere: Applying Theoretical Ideals to Online Political Communication". *Javnost - The Public*, 28 [4], 2021, p. 03.

[195] DOMMETT, K.; VEROVŠEK, P. J. "Promoting Democracy in the Digital Public Sphere: Applying Theoretical Ideals to Online Political Communication". *Javnost - The Public*, 28 [4], 2021, p. 14/15; 17.

[196] DOMMETT, K.; VEROVŠEK, P. J. "Promoting Democracy in the Digital Public Sphere: Applying Theoretical Ideals to Online Political Communication". *Javnost - The Public*, 28 [4], 2021, p. 19.

[197] DOMMETT, K.; VEROVŠEK, P. J. "Promoting Democracy in the Digital Public Sphere: Applying Theoretical Ideals to Online Political Communication". *Javnost - The Public*, 28 [4], 2021, p. 19; COLEMAN, S.; GØTZE, J. *Bowling Together: Online Public Engagement in Policy Deliberation*, Hansard Society, London, 2001, p. 26.

[198] COLEMAN, S.; GØTZE, J. *Bowling Together: Online Public Engagement in Policy Deliberation*, Hansard Society, London, 2001, p. 23.

[199] SUNSTEIN, C. R. *#Republic: divided democracy in the age of social media*, Princeton University Press, Princeton, 2017, p. 04.

criando encontros não planejados, não previstos e, às vezes, até irritantes, com diferentes opiniões[200]. Não se trata de forçar ou impor esses encontros, mas de evitar uma arquitetura que produza a *echo chamber effect.* Exige-se ainda um amplo espectro de experiências compartilhadas (datas comemorativas, eventos esportivos, etc.), pois elas funcionam como uma "cola social" que evita a fragmentação e une indivíduos de diferentes opiniões ainda que momentaneamente [201].

A internet consiste em um importante instrumento da democracia contemporânea que possui virtudes e vicissitudes, sendo necessário estabelecer mecanismos garantidores da formação da opinião pública democrática no ambiente virtual. Os impactos presentes e futuros da internet para a democracia não dependem de sorte ou azar, mas do compromisso coletivo com a democracia.

5. Conclusão

A democracia contemporaneamente marcada pelo aporte tecnológico da internet revela um paradoxo da esfera pública digital: a internet, inicialmente "comercializada" como uma promessa democrática, começa a trabalhar contra a democracia, promovendo a desinformação, a intolerância e a manipulação dos eleitores, muitas vezes com a condescendência de empresas de tecnologia internamente descompromissadas com os valores democráticos. Afirma-se a liberdade de expressão democrática, mas ela é utilizada contra a democracia.

Os problemas analógicos da democracia foram transportados e, em alguns casos agravados no ambiente virtual, criando novas formas de colonização, exclusão, dentre outros problemas. As habituais soluções legislativas não funcionam adequadamente para um ambiente controlado no qual a linguagem é diferente da alfabética. A opinião pública democraticamente formada vem sendo substituída pela opinião ocultamente conduzida por algoritmos nas redes sociais. A deficiência regulamentadora favorece as *big techs*, que cada vez mais lucram com as eleições e se fortalecem diante de um Estado incapaz de atuar contra ou sem elas. Embora seja possível registrar avanços democráticos viabilizados pela internet, é preciso atenuar seus efeitos negativos para a democracia.

A barreira contra a erosão democrática, tanto analógica quanto digital, envolve uma consciência coletiva sobre a importância da democracia e também sobre suas dificuldades e vulnerabilidades. É preciso um compromisso coletivo entre Estado, sociedade, setor privado e todas as instituições e entidades, em um cenário de pluralidade de interesses. A difusão dos valores democráticos e a defesa da democracia precisam ser uma responsabilidade compartilhada e contínua. As empresas de tecnologia devem ser cobradas e responsabilizadas por esse compromisso, sendo necessário que elas auxiliem na formação dos filtros dos cidadãos, conscientizando-os sobre as adversidades e efeitos (anti)democráticos da esfera pública digital.

O processo de assimilação e aprendizado exigirá tempo, pois a cidadania não é instantânea nem está "a um *click* de distância". Se o desejo coletivo é um Estado Democrático de Direito, é preciso assumir "os encargos" da cidadania ativa, mas o "trabalho" será recompensador. Uma cultura democrática sedimentada não significa uma progressão linear de avanços em direção à democracia, mas reduz os retrocessos e abrevia seus períodos.

[200] SUNSTEIN, C. R. *#Republic: divided democracy in the age of social media*, Princeton University Press, Princeton, 2017, p. 06.
[201] SUNSTEIN, C. R. *#Republic: divided democracy in the age of social media*, Princeton University Press, Princeton, 2017, p. 06.

Referências

ALBERTI, J.; GUIMARÃES, A.; VIANNA, J. "Leia a íntegra do decreto sobre 'estado de defesa' encontrado na casa de Anderson Torres". *G1 - Política*, 13 de janeiro de 2023, 09h28.

ALMEIDA, A. "Amnésia eleitoral: em quem você votou para deputado em 2002? E em 1998?", en (Gláucio Ary Dillon Soares; Lucio R. Rennó coords.), *Reforma política: lições da história recente*, Editora FGV, Rio de Janeiro, 2006, p. 34-46.

ALMEIDA, D. "Pluralização da representação política e legitimidade democrática: lições das instituições participativas no Brasil", *Opinião Pública*, 20 [1], 2014, p. 96-117.

ANDORFER, A. "Spreading Like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation", *Hastings Law Journal*, 69 [5], 2018, p. 1409-1431.

ANDREASI, D. L. P. "Marketing subliminar: uma análise do uso de estímulos subliminares em diversas estratégias de marketing", *Anais do Encontro de Iniciação Científica das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo*, 8 [8], 2012.

ASSIS, C. C. *Direitos políticos à deriva autoritária*, Dialética, São Paulo, 2022.

BENEVIDES, M. V. de M. "Educação para a democracia", *Lua Nova*, 38, 1996, p. 223-237.

BERGHEL, H. "Malice Domestic: The Cambridge Analytica Dystopia", *Computer*, 51, 2018, p. 84-89.

BOBBIO, N. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Econômica, Cidade do México, 1986.

CELESTE, E. "Digital constitutionalism: a new systematic theorization", *International Review of Law, Computers & Technology*, 33 [1], 2019, p. 1-24, 2019.

CINELLI, M. *et al*. "The echo chamber effect on social media", *Proceeding of the National Academy of Sciences of the United States of America - PNAS*, 118 [9], 2021, p. 1-8.

COCCIA, M. "Democratization is the driving force for technological and economic change", *Technological Forecasting & Social Change*, 77 [2], 2010, p. 248–264.

COLEMAN, S.; GØTZE, J. *Bowling Together: Online Public Engagement in Policy Deliberation*, Hansard Society, London, 2001.

DIVULGACAND. *Ranking de Doadores e Fornecedores – 2022*. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 2022.

DIVULGACAND. *Ranking de Doadores e Fornecedores – 2018*. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 2018.

DOMMETT, K.; VEROVŠEK, P. J. "Promoting Democracy in the Digital Public Sphere: Applying Theoretical Ideals to Online Political Communication". *Javnost - The Public*, 28 [4], 2021.

DUCU, C.. "*Topoi* in Neuromarketing Ethics", en (Andrew R. Thomas*et al.* eds) *Ethics and Neuromarketing: implications for market research and business practice*. Springer, 2017, p. 31-64.

DUJISIN, R. A. "Internet, política y ciudadanía", *Nueva Sociedad*, 195, 2005, p. 56-71.

DWOSKIN, E. "Facebook is changing its name to Meta as it focuses on the virtual world", *The Washington Post*, October 28, 2021, 7:07 p.m. EDT.

EUROPEAN COMMISSION. *European Declaration on Digital Rights and Principles*. 15 dez. 2022.

FUKUYAMA, F.; RICHMAN, B.; GOEL, A. "How to Save Democracy From Technology: Ending Big Tech's Information Monopoly", *Foreign Affairs*, 100, [1], 2021.

GARGARELLA, R. *El derecho como una conversación entre iguales*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2021.

GELTEZER, J. "Fake news & film: how alternative facts influence the national discourse", *Southwest Law Review*, 47, 2018, p. 297-334.
GINSBURG, T.; HUQ, A. Z. *How to Save a Constitutional Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago, 2018.
GIMMLER, A. "Deliberative democracy, the public sphere and the internet", *Philosophy & Social Criticism*, 27 [4], 2001, p. 21-39.
GOMES, D. F. L. "La pérdida de centralidad de la comunicación escrita y los riesgos para la democracia: Un estudio exploratório", en (Carlos Diego Martínez Cinca; Gonzalo Scivoletto coords.) *Estado de derecho y legitimidad democrática: Perspectivas, problemas y propuestas*, Editores del Sur, Buenos Aires, 2021, p. 209-233.
GONZÁLEZ, R. J. "Hacking the citizenry? Personality profiling, 'big data' and the election of Donald Trump", *Anthropology Today*, 33 [3], 2017, p. 9-17.
GRESTA, R. M. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2014.
GUIMARÃES, J.; AMORIM, A. P. *A corrupção da opinião pública: uma defesa republicana da liberdade de expressão*, Boitempo, São Paulo, 2013.
HABERMAS, J. "Constitutional democracy: a paradoxical union of contraditory principles?", *Political theory*, 29 [6], 2001, p. 766-781.
HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade - Vol II*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
HAN, B. C. *No enxame: reflexões sobre o digital*, Relógio D'Água Editores, Lisboa, 2016.
HAVELOCK, E. A. "The Alphabetic Mind: A Gift of Greece to the Modern World", *Oral Tradition*, 1 [1], 1986, p. 134-150.
HOWARD, P. N. "Digitizing the Social Contract: Producing American Political Culture in the Age of New Media", *The Communication Review*, 6 [3], 2003, p. 213-245.
INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION - ITU. *DataHub: Households with Internet access at home*. 2022.
INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION UNION - ITU. *DataHub: Individuals using the Internet*. 2021.
LÉVY, P. *Cibercultura*, ed. 34, São Paulo, 1999.
LIAROPOULOS, A. N. "A Social Contract for Cyberspace", *Journal of Information Warfare*, 19 [2], 2020, p. 1-11.
LIMA, C. "A whistleblower's power: Key takeaways from the Facebook Papers", *The Washington Post*, October 26, 2001, 07:00 a.m. EDT.
LÔBO, E.; MORAIS, J. L. B. de; NEMER, D. "Democracia Algoritmica: o futuro da democracia e o combate às milicias digitais no Brasil", *Revista Culturas Jurídicas*, 7 [17], 2020, p. 255-276.
MANIN, B.; PRZEWORSKI; A.; STOKES, S. C. "Introduction", en (Adam Przeworski; Susan C. Stokes; Bernard Manin eds.) *Democracy, Accountability, and Representation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 01-26.
MARTINS, C. P. "Potência e Impotência na Ciberpolítica", *Revista Estudos Hum(e)anos*, 7, 2013, p. 15-25. 2013.
MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2021.
MEYER, E. P. N.; POLIDO, F. B. P. "Usando o constitucionalismo digital para conter o populismo digital", *IberICONnect*, 29 jul. 2021.
McCALLUM, S. "Meta settles Cambridge Analytica scandal case for $725m", *BBC News: tech*, 24 dez. 2022.
MORAIS, J. L. B. de. "O Estado de Direito 'confrontado' pela 'revolução da internet'!", *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 13 [3], 2018, p. 876-903.
MOUFFE, C. *Liberalismo, pluralismo y ciudadanía democrática*, Instituto Federal Electoral, México, 1997.

MURPHY, E. R.; ILLES, J.; REINER, P. B. "Neuroethics of neuromarketing", *Journal of Consumer Behaviour*, 7, 2008, p. 293-302.
MURPHY, M. "Meta vai bloquear conteúdo pró-invasão em Brasília das redes sociais", *BBC News Brasil*, 09 de janeiro de 2023.
OLIVEIRA, M. A. C. de. "A democracia constitucional no Estado Democrático de Direito", *Empório do Direito*, 16 de maio de 2016.
OLIVEIRA, M. L. de. *A Constituição juridicamente adequada: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais*, Arraes, Belo Horizonte, 2013.
OLSEN, J. P. "The Institutional Basis of Democratic Accountability", *West European Politics*, 26 [3], 2013, p. 447-473.
O'NEIL, C. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, Crown Publishing Group, New York, 2016.
OYANGUREN, M. F. "Democracia, participación ciudadana y educación", en (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - IIDH ed.) *Capacitación cívica y electoral*, Instituto Interamericano de Derecehos Humanos/CAPEL, San José, 1999, p. 15-35.
PANDIANI, G. M. *La ciberpolítica y los nuevos ciudadanos*, Asociación del Personal de los Organismos de Control, Buenos Aires, 2008.
PAPACHARISSI, Z. "The virtual sphere 2.0: The internet, the public sphere, and beyond", en (Andrew Chadwick; Philip N. Howard eds) *Routledge Handbook of Internet Politics*, Routledge, New York, 2009, p. 230-245.
PÉREZ LUÑO, A. E. "Las libertades en la era de internet**"**, en (Francisco Javier Roig *et al* eds.) *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 365-400.
RAMONET, I. "¡Nos han robado una esperanza!", *El País*, 25 de julho de 1996, p. 13.
ROMÊO, C. I. M. "Mecanismos institucionais de controle e limitação do poder", en (Lier Pires Ferreira; Ricardo Guanabara; Vladimyr Lombardo Jorge Orgs.) *Curso de Teoria Geral do Estado*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2009, p. 171-210.
SAMPAIO, J. A. L.; FURBINO, M.; MENDIETA, D. "A Declaração Universal dos Direitos Humanos nos espaços digitais: uma necessidade em tempos cibernéticos", *Revista Jurídica - Unicuritiba*, 4 [61], 2020, p. 30–69.
SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013.
SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2021.
SARTORI, G. *The theory of democracy revisited. Part one: the contemporary debate,* Chatham House Publishers, New Jersey, 1987.
SHADMY, T. "The new social contract: Facebook's community and our rights", *Boston University International Law Journal*, 37, 2019, p. 307-354.
STANTON, S. J.; SINNOTT-ARMSTRONG, W.; HUETTEL, S. A. "Neuromarketing: Ethical Implications of its Use and Potential Misuse", *Journal of Business Ethics*, 144, 2017, p. 799–811.
SUNSTEIN, C. R. *#Republic: divided democracy in the age of social media*, Princeton University Press, Princeton, 2017.
ULMAN, Y. I.; CAKAR, T.; YILDIZ, G. "Ethical Issues in Neuromarketing: 'I Consume, Therefore I am!'", *Science and Engineering Ethics*, 21, 2015, p. 1271–1284.
URBINATI, N. "Representation as Advocacy: A Study of Democratic Deliberation", *Political Theory*, 28 [6], 2000, p. 758-786.
VAN DIJCK, J. "Governing digital societies: Private platforms, public values", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 36, 2020, p. 01-04.
VERDÚ, P. L. *Curso de Derecho Politico. Vol II: la crisis de la Teoria del Estado en la actualidad. Federalismo y estado federal. La teoria de la Constitución y estado federal*, Tecnos, Madrid, 1986.

VERDÚ, P. L. *Teoría general de las relaciones constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2000.

VERKUIL, P. R. *Outsourcing Sovereignty: why privatization of government functions threatens democracy and what we can do about it*, Cambridge University Press, New York, 2007.

WEBER, R. H.; WEBER, R. "Social Contract for the Internet Community? Historical and Philosophical Theories as Basis for the Inclusion of Civil Society in Internet Governance?", *ScripTed*, 6 [1], 2009, p. 90-105.

WU, T. "Is the First Amendment Obsolete?" *Michigan Law Review*, 117 [3], 2018, p. 547-581.

ZAMORA, V. R. "La comunicación en la formación de la cultura política**"** en (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS - IIDH ed.) *Capacitación cívica y electoral,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos/CAPEL, San José, 1999, p. 37-50.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 130-143
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O surgimento do Chat GPT e a insegurança sobre o futuro dos trabalhos acadêmicos

The emergence of Chat GPT and insecurity about the future of academic papers

Rafael Clementino Veríssimo Ferreira[1]
Gustavo Henrique Maia Garcia[2]
Deilton Ribeiro Brasil[3]
Universidade de Itaúna

Sumário: 1. Introdução. 2. A evolução tecnológica e a humanidade. 3. Uma máquina de fabricar mentiras. 3.1. Automatização de trabalhos e direitos autorais. 4. Conclusão. 5. Referências.

Resumo: Este artigo examina a relação entre evolução tecnológica decorrente da disseminação da inteligência artificial nos campos acadêmicos e escolares. Para tal, utiliza-se do método indutivo, por meio de pesquisas teórico-bibliográficas e documentais, visando discutir o potencial de influência do ChatGPT na qualidade dos trabalhos acadêmicos, e ao final, na autonomia do pensamento humano. Os resultados encontrados apontam para a necessidade de adequação das instituições educacionais para a nova realidade imposta pela Inteligência Artificial, promovendo o desenvolvimento humano sobre a automação, garantindo que o contrário não ocorra.

Palavras-chave: IA; Liberdade acadêmica; Epistemologia.

Abstract: This article examines the relationship between technological evolution resulting from the spread of Artificial Intelligence in academic and school fields. For this, the inductive method is used, through theoretical-bibliographical and documental research, to discuss the potential influence of ChatGPT on the quality of academic works, and in the end, on the autonomy of human thought. The results point to the need to adapt educational institutions to the new reality imposed by Artificial Intelligence, promoting human development over automation, ensuring that the opposite does not occur.

Keywords: AI; Academic freedom; Epistemology.

1. Introdução

A relação entre a tecnologia e a humanidade é pauta de debates pela sociologia, pela sociedade civil e pelo Direito há alguns séculos. Se por um lado, as previsões pessimistas da Revolução Industrial apontavam para uma inevitável realidade em que a automação iria substituir a manufatura por completo, elevando gradativamente os índices de desemprego e pobreza. Por outro lado, os prognósticos otimistas enxergavam na automação o fim do trabalho árduo e das jornadas

[1] Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna - UIT (2020-2021). Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna - UIT (2019). Advogado.
[2] Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna - UIT (2020-2022). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2018). Advogado. Membro do Observatório do Mundo em Rede - Cyber Leviathan.
[3] Pós-Doutor em Direito pela UNIME, Itália. Doutor em Direito (UGF/RJ). Professor da Graduação e do PPGD em Direito da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE-AFYA).

Recibido: 21/03/2023
Aceptado: 06/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043807

exaustivas, permitindo ao ser humano exercer o ócio criativo, desenvolvendo as artes, a filosofia, e o aperfeiçoamento da sociedade. Entretanto, nenhuma dessas máximas se confirmou.

É inegável que as máquinas substituíram diversos postos de trabalho. Em contrapartida, novas funções foram criadas, possibilitando alguma compensação. Esse contrapeso pôde até dar uma impressão de simbiose, até o surgimento da internet. Fato é que o advento da rede promoveu grandes rupturas no trato da matéria, devido ao encurtamento das distâncias e o hasteamento das relações *online*.

A comunicação instantânea por e-mail e aplicações de mensagem que tiveram seu *boom* na primeira década do século XXI pareciam o apogeu da tecnologia. Ocorre que, foi só com a popularização dos *smartphones* alguns anos à frente que surgiu a grande reviravolta na relação entre homens e máquinas.

Ainda antes de ser percebida a forte influência social e política das novas tecnologias digitais, outros aplicativos - como os de *delivery*, redes sociais e *bankline* - já impactavam diretamente na vida cotidiana. Nesse entretempo em que se discute o impacto das plataformas na organização social e sua capacidade de transformação do mercado de trabalho e de toda a economia, uma outra inovação passou a ganhar protagonismo nos últimos meses - o ChatGPT.

A inovadora aplicação consegue elaborar textos e responder com precisão a maioria dos eventos ocorridos até 2021 - período final de sua principal base de dados. Embora ainda seja cedo para cravar os reais impactos dessa plataforma na vida cotidiana, já se faz necessário pensar abordagens futuras da matéria para, simultaneamente, otimizar sua utilização em casos pertinentes e, em contrapartida, limitar seu uso para fins de burla à legislação ou a regras de empresas, universidades, etc.

A par dessa nova realidade, a primeira parte do artigo aborda a relação entre a humanidade e as evoluções tecnológicas, notadamente aquelas que surgiram após a popularização dos *smartphones*. A segunda metade, por sua vez, discorre sobre os contornos jurídicos das novas tecnologias no Estado Democrático de Direito, na vida em sociedade e nas produções acadêmicas, para discutir de que forma o ChatGPT pode impactar na precarização da educação e do trabalho acadêmico, ou em seu benefício.

O trabalho parte do método indutivo, buscando construir reflexões sobre os desafios gerados pela rápida ascensão de modelos de Inteligência Artificial de linguagem natural em ambientes escolares e acadêmicos. A premissa central parte da necessidade de restrição ou mesmo de vedação dessas aplicações para certas finalidades, por iniciativa de autoridades educacionais e da sociedade.

Para isso, o estudo se divide entre pesquisa bibliográfica e documental. A primeira se dá a partir da análise de artigos e livros, de autores nacionais e estrangeiros, acerca do impacto das novas tecnologias na sociedade hiperconectada do século XXI. Ao passo que a segunda enfrenta o problema epistemológico e pedagógico que envolve a terceirização de processos cognitivos para a automação, com o fim de promover uma base para o enfrentamento da matéria.

Como resultado, o trabalho enquadra os novos modelos de IA generativa como um novo patamar do desenvolvimento tecnológico humano, não se comprometendo, *a priori*, com avanços ou retrocessos em qualquer aspecto, o que dependerá dos modos em que será utilizada e dos atores que possuirão domínio sobre ela. Em última análise, de forma semelhante a outras tecnologias da informação e da comunicação, a Inteligência Artificial também desafia a autonomia do pensamento humano, cabendo aos cientistas e professores o esforço de trabalhar juntos para aprimorar suas habilidades a fim de garantir que a IA seja utilizada de forma ética e benéfica para todos.

2. A evolução tecnológica e a humanidade

O desenvolvimento e o domínio de tecnologias é uma das molas propulsoras das sociedades humanas desde os seus primórdios. Foi assim com os caçadores-coletores, com as primeiras sociedades agrárias e com as tecnologias modernas. Em

diferentes estágios, a capacidade de se organizar e de trabalhar coletivamente possibilitou à humanidade elevar o patamar do seu apogeu.

O passar dos anos permitiu a elevação da complexidade das atividades e, consequentemente, da organização estrutural das sociedades. Os bandos, que eram de dezenas, passaram à casa das centenas e, posteriormente, dos milhares. O domínio da agricultura possibilitou uma melhor compreensão sobre as estações do ano, o que levou à seletividade na produção, e, a longo prazo, provocou um aumento ainda maior dos agrupamentos, na medida em que os indivíduos passaram a compartilhar elementos culturais, como a linguagem complexa e a religião.[4]

Os bandos se transformaram em comunidades, a organização possibilitou que os animais fossem domesticados e as relações se tornaram cada vez mais complexas. Toda essa evolução era indicativo de uma ciência viva, antes mesmo de existirem disciplinas hábeis a estudar tal evolução. Atualmente, já é possível compreender tais épocas como Período da Pedra Lascada, da Pedra Polida e a Idade dos Metais, que recebem tal nomenclatura devido aos instrumentos desenvolvidos e aos avanços que permitem melhor compreensão sobre esses momentos.

À medida que a tecnologia foi evoluindo, as Idades se tornaram mais curtas. Se antes cada era durava milhares de anos, com a evolução tecnológica, os períodos passaram a ser de séculos. A partir da Idade Média, os grandes saltos tecnológicos tornaram-se mais emblemáticos, de sorte que a evolução de tecnologias como a escrita e a pólvora levaram a comunicação e a beligerância a novos níveis.

Mais à frente, o domínio da energia elétrica, a descoberta do petróleo e a evolução dos motores colocaram a humanidade em outro patamar. Soma-se a isso, a popularização da escrita. Como resultado, tornou-se mais fácil registrar e acumular conhecimento, principalmente após a criação da imprensa, com a veiculação de jornais e livros.

Com as máquinas de tipografia, os escribas tornaram-se obsoletos, com menos pessoas realizando um nível muito maior de trabalho, o que, com o tempo, também significou maior pluralidade das fontes de publicação. Em contrapartida, as evoluções tecnológicas, que exigem cada vez menos esforço humano para obtenção de produtos e resultados, tornaram as guerras mais violentas e destrutivas.

Os exércitos de homens marchando passaram a dividir a zona de guerra com tanques, navios e aeronaves cada vez mais destrutivos. A sede pelo poder levou ao desenvolvimento de bombas nucleares e mísseis intercontinentais, representando ameaça constante de aniquilação. [5]

Também foi no contexto bélico que os primeiros passos da computação foram dados, como ferramenta importante para criptografar informações e quebrar a criptografia das transmissões do inimigo. Como um dos maiores frutos desse desenvolvimento bélico-tecnológico está o surgimento da internet. Essa tecnologia, que ficou por décadas exclusivamente sob o domínio das autoridades militares, teve maior abertura à sociedade civil a partir da década de 1990.

Gradativamente, essas tecnologias foram incorporadas a praticamente todos os processos produtivos da economia global e apropriadas por boa parcela da população humana. Até por isso, os esforços inéditos de desenvolvimento das TICs - tecnologias da informação e da comunicação no século XXI demonstram a relevância desse setor para a sociedade. [6]

A inovação em TICs se expande continuamente em diversas áreas, incluindo a internet móvel de 5ª geração, que traz diversas vantagens, incluindo a possibilidade de aplicação da Internet das Coisas (IoT), conectando eletrodomésticos e até mesmo veículos autônomos com maior confiabilidade. A cada novo avanço,

---

[4] HARARI, Y. N. *Sapiens: uma breve história da humanidade*, L&PM, Porto Alegre, 2019.

[5] FONSECA FILHO, C. *História da computação*: o caminho do pensamento e da tecnologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

[6] PEREIRA, D. M., & SILVA, G. S."As Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) como aliadas para o desenvolvimento", *Cadernos De Ciências Sociais Aplicadas*, *7*(8), 2020, Recuperado de https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/1935

diversas novas oportunidades se abrem para a indústria da tecnologia, que parece não ter limites de expansão e estar cada dia mais longe do verdadeiro apogeu.

Nessa esteira, os esforços de anos em torno da Inteligência Artificial - IA parecem avançar em um ritmo inédito. Desde Alan Turing, pioneiro no desenvolvimento dos primeiros computadores, questiona-se se é possível uma máquina processar informações de forma semelhante ao cérebro humano, ou até mesmo se passar por um, com capacidade de aprender e melhorar suas habilidades.

Desde então, plataformas de IA foram usadas para diversas funcionalidades simples e de média complexidade. Nesse período, as aplicações baseadas em IA evoluíram muito lentamente, enquanto inúmeras obras de ficção científica vislumbraram seu infinito potencial, principalmente em cenários distópicos.

Finalmente, com a ampliação da capacidade computacional, e com a disseminação do uso de aplicações de internet, grandes bancos de dados foram formados e usados para criar com sucesso modelos de inteligência artificial complexa. Este é o caso do ChatGPT, plataforma de linguagem natural da OpenIA, lançada em novembro de 2022, que tem se destacado pela grande capacidade de gerar textos de forma semelhante a um ser humano.[7]

Esse nível de evolução tecnológica tem surpreendido a todos, com sua grande capacidade de articulação, principalmente em língua inglesa, colecionando aprovações em exames de seleção de médicos, advogados e programas de pós-graduação.[8] Tanto que a própria IA foi capaz de externalizar sua habilidade:

> O ChatGPT é capaz de processar e gerar respostas de linguagem natural em uma ampla gama de idiomas e dialetos, incluindo o espanhol, e de se adaptar ao tom e estilo das consultas que recebe. Além disso, sua impressionante capacidade de processar grandes quantidades de dados o converte em uma ferramenta inestimável para aqueles que buscam extrair conhecimento de grandes conjuntos de dados (trad. livre).[9]

Em outro artigo, antecessor do ChatGPT, o programa GPT-3 já havia demonstrado um grande avanço ao conseguir se autodescrever com sucesso, com mínima interferência humana. Neste caso, ele é apontado como co-autor.[10]

Em todo esse histórico de evolução tecnológica, parece evidente que as novas ferramentas de IA não são apenas novos produtos de um mercado consolidado. Elas representam o início de uma revolução, capaz de mudar por completo a já consolidada comunidade humana interconectada, com impactos não só no modo de vida, mas também para alterar o eixo de poder.

O fato dessa plataforma especializada dominar somente a linguagem natural humana não pode, de forma alguma, ser menosprezado. Importante lembrar que a virada linguística deixou evidente que a linguagem, e principalmente o diálogo, mais do que ferramentas de ação, constituem a forma de ser e de compreender o mundo.[11] Assim, o fato de um computador conseguir estabelecer conversas de maneira tão

---

[7] OPENAI. *ChatGPT: Optimizing Language Models for Dialogue*, 30 nov. 2022. Disponível em: https://openai.com/blog/chatgpt/. Acesso em: 25 fev. 2023.

[8] LISBOA, A. "ChatGPT | IA é aprovada em provas para médico, advogado e pós-graduação nos EUA", *Canaltech*, 26 jan. 2023. Disponível em: https://canaltech.com.br/apps/chatgpt-ia-e-aprovada-em-provas-para-medico-advogado-e-pos-graduacao-nos-eua-237548/. Acesso em: 25 fev. 2023.

[9] CASTELLS, M. "ChatGPT". *La Vanguardia*, 25 fev. 2023. Disponível em: https://www.lavanguardia.com/opinion/20230225/8782438/chatgpt.html. Acesso em: 25 fev. 2023.

[10] TRANSFORMER, G. G. P., THUNSTRÖM, A. O., STEINGRIMSSON, S. "Can GPT-3 write an academic paper on itself, with minimal human input?. *HAL*, 2022. n. 03701250. Disponível em: https://hal.science/hal-03701250. Acesso em: 25 fev. 2023.

[11] HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo,* Vozes, Petrópolis, 2006.

semelhante a um ser humano pode ser o passo inicial de uma evolução muito maior da Inteligência Artificial.

A empresa OpenAI, responsável pelo ChatGPT, foi fundada como entidade sem fins lucrativos em 2015, com o objetivo declarado de promover a pesquisa e a implantação da Inteligência Artificial em benefício de toda a humanidade.[12] Desde então, ela vem recebendo investimentos bilionários de companhias tradicionais do ramo tecnológico, como a Microsoft.[13] Enquanto grandes interesses econômicos envolvem essas novas tecnologias de automação, direitos fundamentais e interesses legítimos precisam ser resguardados, principalmente daqueles em posição de vulnerabilidade.[14]

O ChatGPT é apenas um dos modelos de inteligência artificial em desenvolvimento na atualidade, mas, apesar de ainda estar em fase de testes, o impacto provocado não tem precedentes, sendo capaz de ameaçar até mesmo a hegemonia do buscador do Google.[15]

Nos primeiros meses de teste, a ferramenta demonstrou cumprir muito bem os objetivos propostos, principalmente quando se trata de grandes bancos de dados, superando de longe o que até então se tinha como modelos de inteligência artificial - assistentes pessoais, como SIRI, da Apple e Alexa, da Amazon, ou atendentes automatizados de serviços ao consumidor.

Ainda é difícil saber em que medida essas aplicações aproximam-se da forma de processamento de dados do cérebro humano, mesmo porque este ainda não é bem compreendido pela ciência. É de se destacar o caso das aplicações de IA para a produção de imagens, que têm sido alvo de debate sobre a originalidade de suas produções. Não se pode descurar que o trabalho realizado pela máquina mistura elementos de bilhões de imagens presentes em seus bancos de dados, várias delas protegidas por direitos autorais, o que pode ensejar violação da propriedade intelectual de milhões de artistas.[16]

Isso conduz a questionamentos filosóficos muito mais profundos: não é exatamente o que o ser humano faz? Assimilar, processar e reproduzir elementos visuais e linguísticos disponíveis no ambiente natural para criar algo 'novo'? E os direitos de propriedade intelectual não seriam criações artificiais para proteger e fomentar determinados mercados? A inteligência artificial, nesse caso, deveria ser considerada co-autora de uma produção acadêmica?

Este tem sido o posicionamento de alguns pesquisadores que utilizaram a plataforma para a escrita de artigos científicos, mas o assunto ainda é muito controverso, já que a posição de autor de uma publicação impõe responsabilidade legal, algo incompatível com a máquina.[17] Nesse caso, a questão gira em torno de

---

[12] OPENAI. "OpenAI is an AI research and deployment company. Our mission is to ensure that artificial general intelligence benefits all of humanity", *OpenAI*, 2023. Disponível em: https://openai.com/about/. Acesso em: 25 fev. 2023.

[13] BASS, D. "Microsoft Invests $10 Billion in ChatGPT Maker OpenAI". *Bloomberg,* 23 jan. 2023. Disponível em: https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-01-23/microsoft-makes-multibillion-dollar-investment-in-openai. Acesso em: 24 fev. 2023.

[14] BEZERRA SALES SARLET, G., & MOLINARO, C. A. (2020). "Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data", *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, *13*(41), 183–212. https://doi.org/10.30899/dfj.v13i41.811.

[15] PATI, R. "Google investe em inteligência artificial para bater de frente com o Chat GPT", *Correio Braziliense*, 21 fev. 2023. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2023/02/5075122-google-investe-em-inteligencia-artificial-para-bater-de-frente-com-o-chat-gpt.html. Acesso em: 25 fev. 2023.

[16] INCENT, J. "AI art tools Stable Diffusion and Midjourney targeted with copyright lawsuit", *The Verge*, 16 jan. 2023. Disponível em: https://www.theverge.com/2023/1/16/23557098/generative-ai-art-copyright-legal-lawsuit-stable-diffusion-midjourney-deviantart. Acesso em 25 fev. 2023.

[17] STOKEL-WALKER, C. "ChatGPT listed as author on research papers: many scientists disapprove", *Nature*, 18 jan. 2023. Disponível em: https://www.nature.com/articles/d41586-023-00107-z. Acesso em: 25 fev. 2023.

qual é o compromisso da aplicação, com qual objetivo ela foi desenhada, qual é o seu viés e qual a responsabilidade do ser humano por trás da máquina.

A resposta que o ChatGPT fornece quando lhe solicitam uma autodescrição busca exatamente satisfazer a requisição do usuário, com linguagem correspondente ao pedido, ao encontro dos seus anseios. Torna-se necessário, então, avaliar a compatibilidade da sua utilização com a lógica da pesquisa científica, aferindo os limites e os termos de utilização que não comprometam os resultados.

A partir disso, torna-se urgente questionar qual deve ser considerado o bom uso delas e qual é a natureza da sua capacidade criativa. Pouco tempo após o lançamento, enquanto já é atribuída à IA a autoria de livros infantis[18] e artigos científicos[19], autoridades educacionais logo restringiram o acesso de alunos à plataforma, temendo prejuízo para o ensino e os métodos de avaliação.[20] Daí, torna-se imprescindível aferir se, e em que circunstâncias, esses modelos de IA são benéficos para a produção acadêmica e como evitar a sua má utilização.

Tratando-se de uma autêntica tecnologia disruptiva, é preciso demarcar, o quanto antes, a posição do ser humano e da máquina nesse novo ambiente de produção de conhecimento, principalmente o científico. Caso contrário, como tem ocorrido em diversos setores, corre-se o risco dessas ferramentas assumirem o papel de protagonismo, colocando o ser humano em segundo plano, sacrificando ainda a busca pela verdade científica.

3. Uma máquina de fabricar mentiras

A discussão acerca da possibilidade ou não da utilização de modelos de Inteligência Artificial generativa na produção acadêmica deve regressar necessariamente à metodologia científica, e à razão pela qual se escrevem artigos científicos. Por sua vez, isso conduz novamente à história da evolução tecnológica e as formas de acúmulo do conhecimento pela humanidade.

Um dos traços principais com o qual a tradição ocidental se auto identifica - embora não lhe seja exclusivo - é a paixão pelo conhecimento, que remete à Grécia Antiga, e os filósofos que ainda hoje influenciam o pensamento humano. Os gregos, também influenciados por pensadores árabes, deixaram relevantes contribuições para a sistematização do conhecimento, preocupando-se com a experimentação e com a demonstração dos resultados - um salto em relação às explicações mitológicas da realidade, até então preponderantes.

Porém, mesmo a evolução das formas de construção do conhecimento não teve uma evolução linear, enquanto a ciência dividiu esse papel com outros campos, como o religioso, o jurídico e o político. Em avanços e retrocessos, a afirmação do pensamento autônomo foi freada inúmeras vezes por interesses de grupos majoritários e por vontades circunstanciais. Isso porque os sistemas de produção de *verdade* se vinculam às práticas sociais de onde provêm. Logo, estão sempre em disputa.[21]

O conhecimento, enquanto tecnologia, é empregado para alcançar determinados resultados por aqueles que o detêm. Por isso está naturalmente sujeito

---

[18] NOLAN, B. "This man used AI to write and illustrate a children's book in one weekend. He wasn't prepared for the backlash", *Insider*, 15 jan. 2023. Disponível em: https://www.businessinsider.com/chatgpt-midjourney-ai-write-illustrate-childrens-book-one-weekend-alice-2023-1. Acesso em: 23 mar. 2023.

[19] STOKEL-WALKER, C. "ChatGPT listed as author on research papers: many scientists disapprove", *Nature*, 18 jan. 2023. Disponível em: https://www.nature.com/articles/d41586-023-00107-z. Acesso em: 25 fev. 2023.

[20] TENENTE, L. "Tentar proibir ChatGPT nas escolas será perda de tempo, dizem especialistas; veja prós e contras do robô na sala de aula", *G1*, 29 jan. 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2023/01/29/tentar-proibir-chatgpt-nas-escolas-sera-perda-de-tempo-dizem-especialistas-veja-pros-e-contras-do-robo-na-sala-de-aula.ghtml. Acesso em: 25 fev. 2023.

[21] FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas.* Trad. Roberto Cabral de Melo Machado; Eduardo Jardim Morais, Nau Ed., Rio de Janeiro, 1999.

às limitações cognitivas do ser humano. Foi somente no século XIX que se reuniu condições para reflexões especificamente voltadas para aprimorar as formas de construção do conhecimento científico, a partir das contribuições de Karl Popper e do Círculo de Viena, expoentes da corrente do empirismo lógico.[22]

A ressignificação da razão desvelou que o cérebro humano, este enquanto animal, não se desenvolveu como uma ferramenta divina capaz de enxergar o mundo como ele é. Na verdade, é o produto da evolução que nos permitiu a melhor adaptação à vida em comunidade em condições adversas. É, portanto, uma ferramenta especializada para este fim, mas sujeita a diversas falhas.

O rigor que caracteriza a ciência moderna é, na verdade, um dos grandes responsáveis pelo rápido desenvolvimento tecnológico que culminou nos sofisticados modelos de inteligência artificial que já surpreendem o mundo. O método científico, como hoje é compreendido, foi desenvolvido para minimizar as armadilhas cognitivas do ser humano, permitindo a construção de um pensamento contra-intuitivo, racionalmente válido.

Um dos pontos centrais nesse processo envolve atacar a arrogância do cérebro e seu viés de confirmação, a partir da noção de falseabilidade. O conhecimento científico, portanto, não pode ser tido como verdade permanente, pelo contrário, deverá ser considerado provisório, permitindo sucessivos testes que o fortalecerão ou o refutarão, mas sempre acumulando experiências e resultados.[23]

O método científico importa, então, na necessária transparência dos processos que levaram a um resultado, comprovando, através de evidências, uma relação de causalidade. Para isso, é preciso demonstrar o processo de forma que ele possa ser repetido pelos pares, afastando a pessoalidade da pesquisa, tornando-a a mais objetiva possível. É por isso que cientistas escrevem artigos, para apresentar pormenorizadamente o processo percorrido por eles, expondo o estudo à análise de outros pesquisadores.

A ciência deve ser compreendida, portanto, como uma refinada arte de detectar mentiras[24], e não um instrumento para encontrar a verdade, o que foge mesmo da compreensão comum acerca da ciência. Isto é, a ciência não pode ser viciada pela lógica do convencimento, da crença ou da arbitrariedade. O que a rege é o pensamento cético, capaz de reconhecer um argumento falacioso ou fraudulento, independentemente de se gostar ou não da conclusão que emerge de uma cadeia de raciocínio, mas considerando se ela deriva da premissa ou ponto de partida, e se ele é verdadeiro.[25]

Aí reside o problema central da utilização da Inteligência Artificial para a construção de trabalhos acadêmicos e também uma oportunidade de os aplicar de forma positiva para a ciência. Os modelos de linguagem natural atualmente testados foram construídos para conversar e dissertar de forma coerente sobre determinados assuntos. É de se dizer que eles se mostraram extremamente capazes para essas tarefas. A narrativa convincente do ChatGPT e outras AI generativas é exatamente o oposto do que se espera da demonstração de resultados de uma pesquisa científica. A máquina, ao que se sabe, não tem senso crítico.

Uma das grandes preocupações com a ferramenta, inclusive, se volta para seu potencial de promover a desinformação, criando e repetindo de forma muito convincente teorias conspiratórias e narrativas enganosas.[26] Ao utilizar a plataforma

---

[22] BOMBASSARO, L. C. *As fronteiras da epistemologia: uma introdução ao problema da racionalidade e da historicidade do conhecimento*, Vozes, Petrópolis, 1992, p. 25.

[23] POPPER, K. R. *A lógica da pesquisa científica,* Trad. Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota, 2. ed., Cultrix, São Paulo, 2013.

[24] SAGAN, C. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*, Trad. Rosaura Eishemberg, Companhia de Bolso, São Paulo, 2006.

[25] SAGAN, C. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*, Trad. Rosaura Eishemberg, Companhia de Bolso, São Paulo, 2006.

[26] HSU, T.; THOMPSON, S. A. "ChatGPT será maior espalhador de desinformação que já existiu, diz pesquisador", Trad. Luiz Roberto M. Gonçalves, *Folha de S. Paulo*, 9 fev. 2023. Disponível

para a demonstração dos resultados de uma pesquisa, o autor poderá se deixar levar pelo viés de confirmação, ao ver um texto escrito por outrem, chancelando as conclusões obtidas por ele.

Ao fazê-lo, também sacrifica uma parte importante do processo de reflexão, de autorrevisão ao reconstruir o raciocínio. Ao ocultar contradições, a narrativa artificial e harmônica dificulta também o trabalho dos pares revisores e pode facilitar a desinformação científica. Não por acaso, alguns já constataram a capacidade do ChatGPT de inventar fatos e estudos para corroborar as conclusões por meio do argumento de autoridade.[27]

Também vale ressaltar que a produção científica não é algo linear. Ela precisa de testes e ser colocada à prova. Guardadas as devidas proporções, construir um trabalho é como montar um quebra-cabeças. Ou seja, é necessário analisar se as peças se encaixam ou não. Às vezes dar passos à frente, outrora regressar. É a partir dessa montagem que se consegue oferecer algo robusto. Daí, confiar exclusivamente em algo produzido rapidamente pela IA pode ser um caminho perigoso.

Caso o pesquisador tenha ciência desse risco, é possível tirar vantagem da transparência que processos automatizados podem oferecer. Sabendo exatamente o caminho percorrido pela Inteligência Artificial para oferecer um texto coerente, inclusive que pontos foram omitidos, e quais contradições foram ignoradas, a ferramenta pode acrescentar uma nova camada de testes para os resultados encontrados.

Valendo-se de uma outra perspectiva, novos modelos de IA também podem ser treinados para detectar falhas em pesquisas, reduzindo ainda mais a influência subjetiva dos cientistas em suas pesquisas. Para isso é necessário questionar desde a base de dados utilizada para treinamento do modelo até as medidas tomadas por seus criadores para mitigar vieses discriminatórios presentes na sociedade.

A eliminação desse tipo de preconceito é primordial para o futuro das pesquisas. O ambiente científico necessita de independência e afastamento de lideranças políticas e grupos de dominação. Uma ciência que não age em prol da sociedade se coloca, muitas vezes, em rota de colisão com garantias fundamentais e, consequentemente, catalisa o risco de rupturas na sociedade[28].

Um bom exemplo dos riscos trazidos pelo afastamento entre a ciência e a sociedade está na energia nuclear. [29] Se por um lado a quimioterapia e a radioterapia são técnicas extremamente avançadas para o enfrentamento do câncer atualmente, por outro as bombas atômicas e erros no manuseio desse tipo de avanço podem provocar - e já provocaram - desastres tais quais o de Chernobyl, que ainda traz preocupações que não poder ser colocadas em segundo plano.

Guardadas as devidas proporções, os aplicativos, como o ChatGPT, representam, no século XXI, o mesmo nível de ruptura trazido pela energia nuclear, em meados do século passado. Mais uma vez, o que se percebe é um amplo poderio que se concentra nas mãos de poucos. Enquanto a bomba atômica sempre foi algo possuído e manuseado por pouquíssimos Estados, o oligopólio da Inteligência Artificial também tem se apresentado como algo restrito às bilionárias organizações voltadas ao ramo da tecnologia da informação.

---

em:https://www1.folha.uol.com.br/tec/2023/02/chatgpt-sera-maior-espalhador-de-desinformacao-que-ja-existiu-diz-pesquisador.shtml. Acesso em: 25 fev. 2023.

[27] HSU, T.; THOMPSON, S. A. "ChatGPT será maior espalhador de desinformação que já existiu, diz pesquisador", Trad. Luiz Roberto M. Gonçalves, *Folha de S. Paulo*, 9 fev. 2023. Disponível em:https://www1.folha.uol.com.br/tec/2023/02/chatgpt-sera-maior-espalhador-de-desinformacao-que-ja-existiu-diz-pesquisador.shtml. Acesso em: 25 fev. 2023.

[28] MACHADO DOS SANTOS, A., Mendes, D., & Freiberger, R. L. (2022). Capitalismo, globalização e interações com a pesquisa científica. *Conjecturas*, *22*(2), 1089–1107. Recuperado de http://www.conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/791.

[29] BECK, U. *Sociedade de risco*: Rumo a uma Outra Modernidade. Editora 34; 2. Reimpressão. 2011, 384p. p. 275.

Abordando a energia nuclear no idos de 1986, Ulrich Beck alertava para o fato de que o excesso de conhecimento pode ser tão - ou mais - perigoso que a falta dele. Naquele então, abordava-se o antagonismo entre sociedade e natureza, juntamente com os perigos que esse tipo de situação poderia trazer à humanidade, devido ao potencial destrutivo e disruptivo causados pelas mudanças climáticas que, têm no homem, seu maior responsável:

> Isto significa, contudo: as fontes de perigos já não são mais o desconhecimento, e sim o conhecimento, não mais uma dominação deficiente, e sim uma dominação aperfeiçoada da natureza, não mais o que escapa ao controle humano, e sim justamente o sistema de decisões e coerções objetivas estabelecido com a era industrial. A modernidade acabou assumindo também o papel de sua antagonista — da tradição a ser superada, da força da natureza a ser controlada. Ela é ameaça e promessa de isenção da ameaça que ela mesma gera. [30]

A partir do momento em que o desconhecimento dá lugar ao excesso de conhecimento, que fica restrito a um pequeno grupo, riscos são produzidos. Pela primeira na história, máquinas estão ameaçando superar a exclusividade dos humanos na produção dos trabalhos exclusiva e efetivamente intelectuais.

Com isso, volta nascer a preocupação acerca dos vieses.

Atualmente, o oligopólio da tecnologia é dominado precipuamente por Apple, Meta, Amazon, OpenAI e Google, entre pouquíssimas outras. O Planeta, em contrapartida, possui cinco grandes continentes - África, América, Ásia, Europa e Oceania - povoado por cerca de 8 bilhões de pessoas. Cada uma dessas porções de terra possuem clima, cultura e modos de vida diferentes. Por outro lado, praticamente todas as grandes empresas do segmento estão sediadas no Vale do Silício - uma das regiões mais ricas do globo[31].

Nesse ponto, seria, no mínimo, ingenuidade pensar que os processos de tomada de decisão por trás desse tipo de ferramenta não reflita visões de mundo extremamente peculiares, típicas das novas elites econômicas mundiais. Os homens de negócios que agora ditam os rumos políticos e econômicos globais são, em sua maioria, engenheiros, inventores, pesquisadores, e sua lógica é a busca da eficiência. No entanto, a ultraespecialização em suas áreas pode - e vai - provocar a alienação em relação a questões importantes para a sociedade, incluindo segregação racial, econômica e de gênero. [32]

Por isso, se a inteligência implica em escolhas, é necessário saber exatamente como elas são tomadas, sob pena de comprometer a transparência do processo, ou pior, submetê-lo à visão hegemônica de determinada parcela da sociedade ou de um grupo econômico mantenedor do banco de dados.

Como uma nova tecnologia, os modelos de IA representam riscos e oportunidades para o desenvolvimento da sociedade humana, o que vai depender da destinação dada por seus usuários. Tomando por base uma analogia, ressalta-se que a pólvora serve tanto para a fabricação de explosivos quanto de fogos-de-artifício e a imprensa serve tanto para a publicação de romances quanto de discursos supremacistas e/ou de ódio.

---

[30] BECK, U. *Sociedade de risco*: Rumo a uma Outra Modernidade. Editora 34; 2. Reimpressão. 2011, 384p. p. 275.

[31] HOFFMANN-RIEM, W. (2020). BIG DATA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: desafios para o Direito. *REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, *6*(2), 431–506. https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.484

[32] MACHADO DOS SANTOS, A., Mendes, D., & Freiberger, R. L. (2022). Capitalismo, globalização e interações com a pesquisa científica. *Conjecturas*, *22*(2), 1089–1107. Recuperado de http://www.conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/791.

Para cada finalidade pretendida, será preciso estabelecer critérios que respeitem a ética e os respectivos objetivos, de forma a evitar a desvirtuação da ferramenta para finalidades escusas.

Se serão desenvolvidas eficientes ferramentas de metanálise científica baseadas em IA, ou se o uso indiscriminado desses modelos levará a uma redução da qualidade da ciência, privilegiando a quantidade em detrimento da qualidade, dependerá do uso adequado ou mesmo da regulamentação dessa nova tecnologia.

3.1 Automatização de trabalhos e direitos autorais

Enquanto a comunidade científica discute a seu próprio ritmo o papel e as possibilidades de aplicação desses modelos de linguagem natural na pesquisa, questões urgentes emergiram quase que instantaneamente nos ensinos médio e superior. A ameaça de utilização do ChatGPT como atalho na entrega de trabalhos escolares e acadêmicos, faz nascer relevantes preocupações numa contraposição que envolve: processo de aprendizado e resultados - ou seja, as notas.

Como demonstrado, o grande diferencial do ChatGPT e outros modelos semelhantes é a capacidade de concatenar ideias de forma coerente em formato de texto, em linguagem natural. Mas esse também é um dos objetivos principais do processo educacional, em que os alunos precisam desenvolver habilidades e competências intelectuais que lhes permitam articular suas próprias ideias. A produção de texto desempenha um papel fundamental nisso, assim como a avaliação da produção do aluno.[33]

Temendo o impacto devastador da utilização da Inteligência Artificial como subterfúgio pelos estudantes, escolas ao redor do mundo rapidamente restringiram o acesso à ferramenta em espaços escolares, bem como passaram a discutir métodos alternativos de avaliação para mitigar seus efeitos danosos, já que com a integração tecnológica a sala de aula torna-se mesmo improdutivo proibir a ferramenta.[34]

Ocorre que a burla nos sistemas de avaliação, principalmente em nível de graduação e pós-graduação, já é uma realidade anterior às IA de linguagem natural. Após a mídia australiana noticiar o aumento da prática de compra de trabalhos acadêmicos nas universidades do país, uma pesquisa revelou diversas vulnerabilidades do ecossistema universitário que permitem e até fomentam a fraude. Dentre esses pontos de irresignação está a insatisfação com o ambiente de ensino e aprendizagem; a percepção de que há "muitas oportunidades para trapacear" e até mesmo questões envolvendo o idioma.[35]

O estudo sugere que é necessária uma reformulação do ambiente de aprendizagem e do currículo, com a ressignificação das relações aluno-professor, reconhecendo as necessidades de todos os estudantes. Ou seja, esse problema estrutural tende a se agravar com o surgimento de novas ferramentas que facilitem a fraude. Para tratá-lo é preciso dar uma abordagem adequada às causas. Problemas complexos exigem soluções complexas.

Enquanto os trabalhos escolares e acadêmicos significarem apenas um fardo na vida de estudantes e pesquisadores, o processo de produção do conhecimento estará comprometido, formando um grande volume de profissionais desqualificados, sem senso crítico e sem autonomia. Ou seja, o modelo atual das universidades precisa ser repensado, voltando-se para a qualidade de formação de seus alunos, e

---

[33] GIL, A. C. *Didática do ensino superior,* 2. ed., Atlas, São Paulo, 2018.

[34] TENENTE, L. "Tentar proibir ChatGPT nas escolas será perda de tempo, dizem especialistas; veja prós e contras do robô na sala de aula", *G1*, 29 jan. 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2023/01/29/tentar-proibir-chatgpt-nas-escolas-sera-perda-de-tempo-dizem-especialistas-veja-pros-e-contras-do-robo-na-sala-de-aula.ghtml. Acesso em: 25 fev. 2023.

[35] BRETAG, T.; HARPER, R.; BURTON, M.; ELLIS, C.; NEWTON, P.; ROZENBERG, P.; SADDIQUI, S.; VAN HAERINGEN, K. "Contract cheating: a survey of Australian university students", *Studies in Higher Education,* 2018, pp. 1-20. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1080/03075079.2018.1462788. Acesso em 25 fev. 2023.

não da quantidade de egressos; enquanto os pesquisadores precisam de incentivos para aumentar a qualidade de seus trabalhos, não a quantidade deles.

Caso contrário, as próximas gerações serão formadas para servir às grandes empresas de tecnologia, tornando-se cada vez mais dependentes delas, enquanto entregam cada vez mais autonomia para a automação. É esse o processo que já se percebe em relação à tecnologia mundana, que se converte em ferramenta de dominação e exploração das classes mais desfavorecidas:

> Acadêmicos e desenvolvedores de tecnologias frequentemente percebem aqueles que são oprimidos como meros consumidores de tecnologia, em vez de agentes empoderados por elas.? Essa tensão entre opressão e empoderamento transforma as tecnologias digitais - como qualquer outro aspecto da vida dos oprimidos - em um campo de batalha. A experiência do oprimido com tecnologias digitais em suas vidas cotidianas revela a violência estrutural da Era da Informação.[36]

A educação de nível superior precisa deixar de ser um negócio submetido à regra da máxima eficiência de mercado. Caso não seja possível dar tal garantia, pode ser necessário limitar as vagas disponíveis para determinados cursos e, em contrapartida, disponibilizar mais para outros. Assim, será possível filtrar melhor as vagas disponíveis, possibilitando uma maior e melhor inclusão dos alunos nos trabalhos acadêmicos, o que limitaria a possibilidade de utilização desse tipo de ferramenta como mecanismo de burla.

A Inteligência Artificial representa um desafio sem precedentes para os docentes do ensino básico e superior. E ela já é realidade. Tanto os professores quanto os alunos precisam aprender a lidar, em conjunto, com as novas tecnologias, reafirmando as ideias de Paulo Freire[37] de que a educação autônoma só ocorre por uma via de mão dupla entre alunos e professores.

De igual modo, priorizar métodos alternativos de avaliação, como a defesa oral dos trabalhos, mediante questionamentos sobre premissas fulcrais neles presentes, também será necessário para diminuir o protagonismo da inteligência artificial em detrimento do esforço humano. Nesse sentido, as novas tecnologias devem ser compreendidas como motor de impulsão para o desenvolvimento da sociedade, pressionando o aperfeiçoamento das instituições, mesmo as mais antigas.

Considerando o direito à liberdade de cátedra como fundamental à manutenção das propostas das universidades, deve se ter em mente que compete somente às instituições educacionais, no exercício de sua liberdade acadêmica, promover a adequação de seu ambiente e de seus processos à nova realidade imposta pela tecnologia.

Respondendo à última questão, por mais que a aplicação de IA esteja submetida aos comandos do usuário, transferir para a máquina o trabalho cognitivo importa em terceirizar a atividade de inteligência, abrindo mão de um exercício importante para o discente. Com esse subterfúgio, não se pode mais dizer que ele é o autor daquele texto, mas também não o é a máquina.

Embora seja necessário, pelas exigências de transparência, que um pesquisador demonstre exatamente como e em que medida utilizou uma ferramenta de linguagem generativa, ela jamais poderá constar no rol de coautores. Atribuir personalidade à IA é um equívoco, porque seu pensamento - até o presente momento - não é autônomo. Por mais arbitrário que o nosso sistema de atribuição de autoria seja, não se pode perder de vista que o trabalho realizado pela máquina será da

---

[36] NEMER, D. *Tecnologia do Oprimido: desigualdade e o mundo digital nas favelas do Brasil,* Editora Milfontes, Vitória, 2021, pp. 20.

[37] FREIRE, P. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa,* 63. ed., Paz e Terra, Rio de Janeiro/São Paulo, 2020.

mesma natureza que aquele feito por um computador, mediante cálculos de uma equação, através de parâmetros pré-estabelecidos pelo usuário.

4. Conclusão

A história global tem mostrado que proibir a tecnologia não é o melhor caminho, eis que foi ela que moldou o modo de vida que conhecemos, com a criação de medicamentos que desenvolveram a medicina, o desenvolvimento processos de produção de alimentos que minimizaram a escassez e a criação de meios de transporte e de telecomunicação que uniram o mundo em uma única sociedade.

Logo, tentar frear uma nova tecnologia é um esforço infrutífero, pois independentemente do bom ou mal-uso, sua utilidade sempre será explorada por quem a detém. Com as mais recentes tecnologias da informação e da comunicação não haverá exceção. A maior parte delas já é desenvolvida por empresas tão poderosas quanto Estados, com operações em todo o mundo. Seu avanço é rápido e tem povoado as discussões sobretudo no âmbito escolar e acadêmico. Em especial, os novos modelos de linguagem natural, como o ChatGPT, chegaram como uma tempestade sobre a pesquisa e o ensino.

Enquanto os professores desde logo enxergaram uma grande ameaça ao processo de ensino-aprendizagem, pela capacidade da máquina de substituir o aluno na confecção de trabalhos, cientistas debatem o papel da nova tecnologia na produção acadêmica. Estes fenômenos já ocorriam desde muito antes da existência de modelos de IA tão sofisticados, mas a sua eficiência gerou um alerta para a comunidade educacional.

A abertura dessas ferramentas para o público em geral trouxe novas oportunidades, para o bem ou para o mau. Sua exploração dependerá da capacidade das instituições de compreender o funcionamento da máquina, e reformular seus próprios processos de avaliação, seguindo diretrizes de transparência, e aperfeiçoando o ambiente de aprendizagem e produção do conhecimento. Ainda que de forma repentina e desconcertante, as plataformas de linguagem natural deverão pressionar pelo aprimoramento dos processos educacionais, obrigando os professores a utilizar métodos não tradicionais de avaliação e de produção de conhecimento.

No campo científico, a aplicação da Inteligência Artificial deve conduzir a profundas reflexões epistemológicas sobre o papel do cientista frente a um mundo cada vez mais regulado pelas máquinas e por gigantes empresas do ramo da tecnologia. Ao final, o ponto comum que deve pautar a discussão sobre a aplicação de modelos de automação continua sendo a autonomia do pensamento humano, questão essencial que deve ser tratada no âmbito da liberdade acadêmica e científica.

Assim, ao que tudo indica, é atualmente, na primeira metade do século XXI, que o verdadeiro risco de as máquinas se mostrarem capazes de substituir, por completo, a mão de obra e inteligência humana começa a aparecer. Antes do surgimento da Inteligência Artificial, a relação entre homens e máquinas parecia sedimentada. Essa viragem trazida pela IA precisa ser amplamente debatida, não só no plano nacional, mas global, possibilitando que os Estado se debrucem sobre o tema e estejam preparados para dialogar com as plataformas, impedindo que interesses privados se sobreponham a garantias fundamentais.

Por fim, não se pode esquecer que as ações e/ou omissões de hoje terão impactos no futuro.

Referências

BASS, D. "Microsoft Invests $10 Billion in ChatGPT Maker OpenAI". *Bloomberg,* 23 jan. 2023. Disponível em: https://www.bloomberg.com/news/articles/2023-01-23/microsoft-makes-multibillion-dollar-investment-in-openai. Acesso em: 24 fev. 2023.

BECK, U. *Sociedade de risco*: Rumo a uma Outra Modernidade. Editora 34; 2. Reimpressão. 2011, 384p.

BEZERRA SALES SARLET, G., & MOLINARO, C. A. (2020). Questões tecnológicas, éticas e normativas da proteção de dados pessoais na área da saúde em um contexto de big data. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, *13*(41), 183–212. https://doi.org/10.30899/dfj.v13i41.811.

BOLZAN DE MORAIS, J. L. "O fim da geografia institucional do Estado. A 'crise' do Estado de Direito", in BOLZAN DE MORAIS, J. L. (Org.), *Estado & Constituição:* o "fim" do estado de direito, 1. ed., Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018, pp. 17-37.

BOMBASSARO, L. C. *As fronteiras da epistemologia: uma introdução ao problema da racionalidade e da historicidade do conhecimento*, Vozes, Petrópolis, 1992.

BRETAG, T.; HARPER, R.; BURTON, M.; ELLIS, C.; NEWTON, P.; ROZENBERG, P.; SADDIQUI, S.; VAN HAERINGEN, K. "Contract cheating: a survey of Australian university students", *Studies in Higher Education,* 2018, pp. 1-20. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1080/03075079.2018.1462788. Acesso em 25 fev. 2023.

CASTELLS, M. "ChatGPT". *La Vanguardia,* 25 fev. 2023. Disponível em: https://www.lavanguardia.com/opinion/20230225/8782438/chatgpt.html. Acesso em: 25 fev. 2023.

DARDOT, P.; LAVAL, C. *A nova razão do mundo:* ensaio sobre a sociedade neoliberal, Boi Tempo, São Paulo, 2016.

DIAS, T. "A bancada do like: Google e iFood se inspiram em ruralistas e montam tropa de choque no Congresso", *The Intercept Brasil*, 25 nov. 2021. Disponível em: https://theintercept.com/2021/11/25/google-e-ifood-montam-bancada-do-lie/. Acesso em: 25 fev. 2023.

FONSECA FILHO, C. História da computação: o caminho do pensamento e da tecnologia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas.* Trad. Roberto Cabral de Melo Machado; Eduardo Jardim Morais, Nau Ed., Rio de Janeiro, 1999.

FREIRE, P. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa,* 63. ed., Paz e Terra, Rio de Janeiro/São Paulo, 2020.

GIL, A. C. *Didática do ensino superior,* 2. ed., Atlas, São Paulo, 2018.

HARARI, Y. N. *Sapiens: uma breve história da humanidade*, L&PM, Porto Alegre, 2019.

HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo,* Vozes, Petrópolis, 2006.

HOFFMANN-RIEM, W. (2020). BIG DATA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: desafios para o Direito. *REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, *6*(2), 431–506. https://doi.org/10.21783/rei.v6i2.484

HSU, T.; THOMPSON, S. A. "ChatGPT será maior espalhador de desinformação que já existiu, diz pesquisador", Trad. Luiz Roberto M. Gonçalves, *Folha de S. Paulo*, 9 fev. 2023. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/tec/2023/02/chatgpt-sera-maior-espalhador-de-desinformacao-que-ja-existiu-diz-pesquisador.shtml. Acesso em: 25 fev. 2023.

LISBOA, A. "ChatGPT | IA é aprovada em provas para médico, advogado e pós-graduação nos EUA", *Canaltech,* 26 jan. 2023. Disponível em: https://canaltech.com.br/apps/chatgpt-ia-e-aprovada-em-provas-para-medico-advogado-e-pos-graduacao-nos-eua-237548/. Acesso em: 25 fev. 2023.

MACHADO DOS SANTOS, A., Mendes, D., & Freiberger, . R. L. (2022). Capitalismo, globalização e interações com a pesquisa científica. *Conjecturas*, *22*(2), 1089–1107. Recuperado de http://www.conjecturas.org/index.php/edicoes/article/view/791.

NEMER, D. *Tecnologia do Oprimido: desigualdade e o mundo digital nas favelas do Brasil,* Editora Milfontes, Vitória, 2021, 298p.

NOLAN, Beatrice. This man used AI to write and illustrate a children's book in one weekend. He wasn't prepared for the backlash. *Insider*, 15 jan. 2023. Disponível em: https://www.businessinsider.com/chatgpt-midjourney-ai-write-illustrate-childrens-book-one-weekend-alice-2023-1. Acesso em: 23 mar. 2023.

OPENAI. "OpenAI is an AI research and deployment company. Our mission is to ensure that artificial general intelligence benefits all of humanity", *OpenAI*, 2023. Disponível em: https://openai.com/about/. Acesso em: 25 fev. 2023.

OPENAI. *ChatGPT: Optimizing Language Models for Dialogue*, 30 nov. 2022. Disponível em: https://openai.com/blog/chatgpt/. Acesso em: 25 fev. 2023.

PATI, R. "Google investe em inteligência artificial para bater de frente com o Chat GPT", *Correio Braziliense*, 21 fev. 2023. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2023/02/5075122-google-investe-em-inteligencia-artificial-para-bater-de-frente-com-o-chat-gpt.html. Acesso em: 25 fev. 2023.

PEREIRA, D. M., & SILVA, G. S. (2020). As Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) como aliadas para o desenvolvimento. *Cadernos De Ciências Sociais Aplicadas*, *7*(8). Recuperado de https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/1935.

POPPER, K. R. *A lógica da pesquisa científica,* Trad. Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota, 2. ed., Cultrix, São Paulo, 2013.

SAGAN, C. *O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro*, Trad. Rosaura Eishemberg, Companhia de Bolso, São Paulo, 2006.

STOKEL-WALKER, C. "ChatGPT listed as author on research papers: many scientists disapprove", *Nature*, 18 jan. 2023. Disponível em: https://www.nature.com/articles/d41586-023-00107-z. Acesso em: 25 fev. 2023.

TENENTE, L. "Tentar proibir ChatGPT nas escolas será perda de tempo, dizem especialistas; veja prós e contras do robô na sala de aula", *G1*, 29 jan. 2023. Disponível em: https://g1.globo.com/educacao/noticia/2023/01/29/tentar-proibir-chatgpt-nas-escolas-sera-perda-de-tempo-dizem-especialistas-veja-pros-e-contras-do-robo-na-sala-de-aula.ghtml. Acesso em: 25 fev. 2023.

TRANSFORMER, G. G. P., THUNSTRÖM, A. O., STEINGRIMSSON, S. "Can GPT-3 write an academic paper on itself, with minimal human input?". *HAL*, 2022. n. 03701250. Disponível em: https://hal.science/hal-03701250. Acesso em: 25 fev. 2023.

VINCENT, J. "AI art tools Stable Diffusion and Midjourney targeted with copyright lawsuit", *The Verge*, 16 jan. 2023. Disponível em: https://www.theverge.com/2023/1/16/23557098/generative-ai-art-copyright-legal-lawsuit-stable-diffusion-midjourney-deviantart. Acesso em 25 fev. 2023.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 144-158
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Prison and inhumanity in Brazil. A critical based on the history of the present

Bruno Rotta Almeida[1]
Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Summary: 1. Introduction. 2. Inhuman images of the vulnerable. 3. The history of the present and the genealogy of punishment. 4. Veiled violence: the brazilian trajectory between sovereignty and past heritage. 5. For a critique beyond the rhetoric of punishment and humanity. 6. Considerations. References

Abstract: The paper presents, through hypothetical-deductive and historical methods, a contribution of the history of the present to the critical study about the violation of the fundamental rights of persons deprived of their liberty. It points out data and information of violation of fundamental rights in the prisons. It exposes the characters about the history of the present. It analyzes the Brazilian trajectory of violence, violations and inequalities. Finally, it indicates the need for criticism beyond the rhetoric of punishment and humanity. The article concludes that obedience to human dignity is a constant element in penitentiary constitutionality, in defense of democracy and respect for fundamental rights. The persistent violations of the prison reality indicate that the intervention must be directed to the spaces that produce and naturalize the violence of the violation, with the objective of reaching the base that sustains authoritarian, segregationist and exclusionary dynamics.

Keywords: Prison, Inhumanity, Fundamental rights, History of the presente, Brazil

1. Introduction

The present study aimed at understanding to what extent the history of the present may contribute to a critical and current view of the violations of fundamental rights of those individuals deprived of liberty. The approaches proposed were the hypothetical-deductive method and the historical research.

The prison environment has notorious and complex characteristics with recognized discrepancies between criminal enforcement law and prison reality. Yearly, the national prison records reveal an ineffective and abusive state that commits human and social rights violations. The prison space is a scenario of systematic and daily victimization where incarcerated people have become one of the most vulnerable populations in the country.

[1] Postdoctoral studies in Criminology and Legal-Criminal Sociology (University of Barcelona, Spain). Doctorate and Master in Criminal Sciences (Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul, Brazil). Professor at the Faculty of Law, the Graduate Program in Law and the Graduate Program in History (Federal University of Pelotas, Brasil). Collaborating professor of the Master's Degree in Penitentiary Law and Prison Issues: National and International Rights Protection Systems (University of Barcelona, Editorial Tirant lo Blanch, Spain). Member of the Southern Cone of Penitentiary Research Network and of the Americas Prisons Research Network. E-mail: bruno.ralm@yahoo.com.br ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6715-4299

Recibido: 12/04/2023
Aceptado: 06/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043818

Punishment by way of imprisonment often demonstrates the impact of authoritarian and repressive inheritances on today's prison dynamics. When punitive practices played a key role in modern states, punishment was veiled through inhuman dynamics. The positivation of fundamental rights in major constitutions led to the protection of rights of persons in vulnerable situations. However, it was not strong enough to break the cruel structure of the punitive power.

In Brazil, the systematic use of punishment and all the atrocities have been an essential part of a long term repression. Sentence enforcement in Brazil has been established by the structures that became the foundation of the prison practice. These structures embody authoritarianism, violence, repression, bureaucracy, clientelism, violation of fundamental rights, selectivity, and particularly social inequality. Thus, the history of the present seeks to question a past that may seem distant, but which constitutes the exact moment the conditions and contingencies first appeared. The critical perspective enables the criticism of the present itself.

Thus, the article analyzes violence and violations of rights in Brazil's prison system under the critical perspective of the history of the present, transcending the rhetoric of punishment and humanity. First, it uncovers the punitive sentencing, which led to higher incarceration rates, according to the data provided on the violation of fundamental rights in prisons. Second, it shows the importance of the history of the present for the investigation of a past that constitutes the moment when the conditions and contingencies first arose. Third, it examines the Brazilian trajectory of violations and segregations, with the prison being the core of the state punitive power and social exclusion, as well as the target of the public policies in the country. Finally, it shows the need for a critical perspective beyond the rhetoric of punishment and humanity, in order to optimize the discussion on the realities and the political and social impacts inherent to the historical process of the punitive system

2. Inhuman images of the vulnerable

The prison settings, with all the burden of the penal system, constitute a scenario of systematic and daily victimization[2]. The deliberative exercise of victimization of such degrading environment started with the organization of rules and discipline and the use of domination and order in the name of security. In turn, it is not difficult to observe the level of criminal selectivity in prisons, a place where the population fits into patterns with obvious markers: poverty, ethnicity, skin color, forms of exteriorization, family status, gender, crimes committed, among others[3].

The use of incisive and highly repressive criminal control draws attention to the negative effects of authoritarian and repressive inheritances on current prison dynamics. For Hugo Leonardo Rodrigues Santos, it is possible to identify a certain *cynical reason*, which is demonstrated by the persistent use of prison as a false solution to the violence of crime, even though it is known that this instrument is absolutely ineffective in the pursuing purposes officially established by the criminal system[4].

In the first half of 2016, the number of people deprived of liberty in Brazil exceeded 700,000, 8 times higher than in 1990. Between 2000 and 2016, the rate of imprisonment increased by 157%. In June 2016, there were 352, 6 inmates per 100,000 inhabitants. Regarding the number of vacancies, there is a total deficit of 358,663 vacancies and an average occupancy rate of 197.4% nationwide.

---

[2] NEUMAN, E. *Victomología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 64.

[3] NEUMAN, E. *Victomología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 249.

[4] RODRIGUES SANTOS, H. L. "Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 131 2017.

Approximately 40% of those arrested had not yet been tried and convicted. Crimes related to drug trafficking represent 28% of criminal offenses. Crimes of theft and robbery total 37% and homicides 11%[5].

In 2022, there are 661,915 people arrested. Between 2000 and 2022, the number of prisoners grew significantly, around 184.4%. The Brazilian incarceration rate is 310 people for every 100,000 inhabitants. In 2000, the rate was 137 people. Between 2000 and 2022, there was a 126.2% increase in the imprisonment rate. The mass incarceration demonstrates social consequences allied to several amplifiers: overcrowding, degradation of structural conditions, shortage of vacancies, etc. Regarding the number of vacancies in the year 2022, there is a total deficit of more than 190 thousand vacancies and an average occupancy rate of almost 140.8% in the country[6]. However, this does not remove the persistent incidence of overcrowding in several penal units, according to reports of visits by the National Mechanism for the Prevention and Combat of Torture.

At the end of 2016 and the first months of 2017, deaths and massacres occurred inside prisons in different Brazilian states. In 2014, the death rate from homicides in Brazilian prisons was 9.52 per 10,000 inmates. Another cruel image refers to the high incidence of diseases: for every 100 people arrested in December 2014, 1.3 were diagnosed with HIV, 0.5% had syphilis, 0.6% hepatitis, 0.9% tuberculosis, and 0.5% had other health conditions[7]. Between 2014 and 2019, there was a 94% increase in deaths in prisons in the country. In that same period, the annual average of deaths in Brazilian prisons was 1,647, without considering the second half of 2017. The prison population grew by just over 20% during this period. Diseases account for the vast majority of cases registered in the country: natural deaths accounted for 59% of deaths that occurred in the period from 2014 to 2019; criminal deaths, 22%; suicides, 8%; deaths from unknown causes, 7.5%; and accidental deaths, 2%. In 2020, there were a total of 2,137 deaths in physical cells, and 304 under house arrest. The report recorded the persistence of the increase in deaths from natural causes and the expressive growth in deaths from unknown causes. Data on deaths under house arrest are important for understanding the expansion of prison degradation even in situations where sentences are served at home. There is an outstanding number of deaths due to criminal causes and even due to unknown causes. In 2021, 2,005 deaths were recorded in Brazilian prisons, and 423 deaths under house arrest. Of all deaths in prisons, 70% correspond to natural causes, 13% to criminal causes, 8% to suicides, 7% to unknown causes, and 2% to accidental deaths[8].

Punishment against those who commit an act considered by the criminal law as an offense significantly reflects on the contemporary society. To have the illusion that making a certain vulnerable class suffers so that society can live is a myth that fosters the whole justifying and legitimizing idea of public punishment and which is strictly defended by the criminal system.[9] Thus, there is an inversion of roles in which those who were once defined as active subjects of any criminal act are now victims of the prison system. This comes at a time when an attempt to facilitate reintegration

[5] National Survey of Penitentiary Information Infopen - June 2016. Available in: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf

[6] System for monitoring the execution of sentences, provisional arrest and security measure, https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen

[7] National Survey of Penitentiary Information Infopen - December 2014. Available in: https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf

[8] System for monitoring the execution of sentences, provisional arrest and security measure. Available in: https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen

[9] ALAGIA, A. *Hacer sufrir*, Ediar, Buenos Aires, 2013, p. 304.

encounters substantial barriers in the objectification and suffering imposed by the state measures and sanctions on persons deprived of liberty[10].

Prison overcrowding provides information regarding the profile of the population deprived of liberty. The number of people deprived of liberty in June 2016 showed that 55% of the prison population aged 29 and represented 18% of the total Brazilian population in 2016. Schooling is extremely low: in 2016, approximately eight out of ten people in prison studied up to elementary school, while the national average of those who did not attend elementary school or had incomplete education is 61%[11].

The distribution of the population deprived of liberty by color or ethnicity shows the proportion of black people arrested: two out of three prisoners are black. While the percentage of black people in the prison system is 67.8%, in the general Brazilian population, the proportion is significantly lower (56.1%). A relevant part of the prison population (42.4%) is formed by young people (up to 29 years old), and the same population represents 18.9% of the total population in 2022[12].

In 2016, the female prison population reached the mark of 42,000 women deprived of liberty, which represented an increase of 656% compared to the total recorded in the early 2000s, when less than 6,000 women were in the prison system. In the same period, the male prison population grew by 293%. There are currently 28,699 women in prison. Between 2000 and 2022, the number of women detained in penal units grew by almost 380%, twice as much as the general prison population (Brasil, 2022)[13].

Evidence that reinforces the female overcrowding in prisons is the nature of the prison settings. Most prison grounds were designed for males: 74% of prisons are for men, 7% for female. The remaining 16% are characterized as mixed, which means that some specific wards or cells are being used for female inmates within an originally male setting[14]. In general, prisons are unable to observe the specificities of facilities and services for women, given the recognized influence of patriarchal culture and the dimensions expressed in incarceration[15].

Regarding the imprisonment of indigenous peoples, the Infopen census of June 2014 showed a percentage of 0.2% in the country's prison. In December of the same year, it reached 0.13%[16].

Indigenous peoples deprived of liberty are overrepresented in many Brazilian penitentiaries: Alagoas (0.37% in prisons; 0.23% in the general population); Ceará (0.68% in prisons; 0.21% in the general population); Mato Grosso do Sul (1.28% in prisons; 0.82% in the general population); Pernambuco (0.94% in prisons; 0.62% in the general population); Piauí (0.40% in prisons; 0.14% in the general population); Rondônia (0.40% in prisons; 0.29% in the general population); and Roraima (5.65% in prisons; 4.80% in the general population).

---

[10] NEUMAN, E. *El estado penal y la prisión-muerte*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001, p. 75.

[11] National Survey of Penitentiary Information Infopen - June 2016. Available in: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf

[12] System for monitoring the execution of sentences, provisional arrest and security measure. Available in: https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen

[13] System for monitoring the execution of sentences, provisional arrest and security measure. Available in: https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen

[14] National Survey of Penitentiary Information Infopen - June 2016. Available in: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf

[15] PIMENTEL, E. "As marcas do patriarcado nas prisões femininas brasileiras". *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel),* Dossiê Punição e Controle Social: degradações carcerárias em América Latina e Europa, v. 02, n. 2, Jul.-Dez., 2016.

[16] National Survey of Penitentiary Information Infopen - June 2016. Available in: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf.

Institutional violence regarding vulnerabilities in the prison system can be revealed by the availability of adequate places for social groups[17]. The distribution of units for lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) persons in detention facilities was as follows: 10 (1%) units with a specific ward; 73 (5%) units had a specific cell; 1.217 (86%) did not have a specific ward or cell; and 120 (8%) units did not provide information. These figures were not so different from those provided for the elderly: 22 (2%) detention facilities claimed to have a specific unit; 70 (5%) had a specific cell; in 1,208 (85%) detention facilities had no specific cell; and 120 (8%) did not provide information. For foreigners, the following was observed: 1 (0%) detention facility reported having a specific cell; 11 (1%) detention facilities had a specific cell; 1.289 (91%) reported not having a specific cell; and 119 (8%) did not provide information.

For persons with disabilities, there were only 87 (6%) correctional facilities with accessible cells that could accommodate them in accordance with the legislation in force. In 49 (4%) facilities there were some adapted cells but with total disregard for the technical and legal standards. More than 82% (1,164) of detention facilities did not have any adapted cells for disabled persons. A total of 120 (8%) detention facilities did not provide data to the census. For indigenous peoples, 1 (0%) detention facility claimed to have a specific cell; 7 (1%) reported having a specific cell; 1,293 (91%) detention facilities had no specific ward or cell; and 119 (9%) did not provide information.

Violations affect human dignity and also the fairly distribution of health, legal, social, educational, and labor policies. The contribution on such inhumanities requires an understanding of the conditions that made our present reality possible. The conditions of Brazilian prisons resulted, in 2015, in the declaration of unconstitutionality of the prison system by the Federal Supreme Court, within the scope of Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, due to acts violating fundamental rights perpetrated by the State and public agents.

3. The history of the present and the genealogy of punishment

The history of the present seeks to question a past that may seem merely remote, but constitutes the exact moment the conditions and contingencies first appeared[18].

The inhumanity of prisons in Brazil can be observed in the selection and exclusion of people who are part of some vulnerable social groups. It is materialized in constant violations of the fundamental rights of the population deprived of liberty. The state's omission to dignify the prison structure presents inhumanity as something normal. Violations of human dignity are common, even with the signatures of international treaties, agreements and conventions on human rights, in addition to constitutional and infra-constitutional legislative acts aiming at protecting and guaranteeing the rights and dignity of prisoners[19].

Maximo Sozzo verified the context around the psychiatric field, notably the security measure, and identified people declared irresponsible criminally and at the same time dangerous ("criminally insane"), imprisoned indefinitely in institutional spaces (psychiatric hospitals and penitentiary units), having investigated the birth of the intersection between madness and crime, between the psychiatric device and the penal device during the 19th century, in Buenos Aires. For the author, to evaluate

[17] National Survey of Penitentiary Information Infopen - June 2016. Available in: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf

[18] SOZZO, M. *Locura y crimen: nacimiento de la intersección entre los dispositivos penal y psiquiátrico*, Didot, Buenos Aires, 2015, p. 12.

[19] ROTTA ALMEIDA, B., CAMARGO MASSAÚ, G. "A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro". *Derecho y Cambio Social*, a. 12, n. 41, 2015.

contemporary practices means to consider their historical background; it also means to root the understanding of their current structure in a series of previous changes. The past does not repeat itself in the present, but the present plays and innovates while using the legacy of the past. The history of the present, in the work of Maximo Sozzo, is based on the investigation of two devices (criminal and psychiatric) with specific aspects derived from the problematization of the present, with its dynamics and contemporary effects. The identification of this problematization makes it possible to explore not only its origin in the past, but also its resurgence[20].

In the punishment context, the multidisciplinary scenarios contemplate a multitude of faces the problem of punishment and penalty brings out. However, some approaches (perhaps less known and more relevant) are those that intend to interpret them as forms or elements used to understand the social group of each moment. In fact, to study the forms, procedures, and languages, the grammar of punishment and the penal system may be a way to know and better understand the society that supports it. For Iñaki Rivera Beiras, it is initially described as a retrospective reflection, and then descriptive and analytical, which modestly aimed at realizing where we are after crossing a long distance in history. For the author, it is necessary to claim, more than ever, the need to make the history of the present in order to deeply contemplate the current relationship between discourse traditions, and procedures[21], as well as the history of authors, schools, and thoughts that may point out possible and interesting panorama of a mediate present-future in the reality of punishment[22]. According to David Garland, "today, more than ever, it is easy to live in the immediacy of th present and lose all sense of the historical processes out of which our current arrangements emerged"[23]. The author listed the relevance of historical processes for the challenges for a better understanding of current crime control and criminal justice, using historical research to discover how certain phenomena have acquired their present characteristics. Another purpose was to indicate the forces that generated the current practices and to identify the historical and social conditionings on which they still depend.

The perspective of the history of the present is related to the studies of Michel Foucault. The French author developed criteria for traditional questioning and critique. Based on the work of Georg Rusche and Otto Kirchheimer[24], Michel Foucault presented a history of the changes in criminal codes and punishments from the perspective of the political technologies that act upon bodies. At the beginning of the 19th century, the great spectacle of physical punishment had disappeared. Under the expanded gentleness of punishments, the author observed a shift in its application. Through this displacement, the criminal justice presented a whole field of recent objects, a new regime of truth, knowledge, techniques, discourses and a number of unprecedented roles. Michel Foucault's goal in Discipline and Punishment meant to be a history of the modern soul and a new power to judge; a genealogy of the current scientific-legal complex from which the punitive power derives its bases[25].

Today, prison can be explicitly conceived as a tool of exclusion and control. The walls are seen as the most important and valuable component of the penal institution[26]. Prison is used as a kind of reservoir for the segregated/isolated. Most incarcerated individuals come from vulnerable social classes, according to the

---

[20] SOZZO, M. *Locura y crimen: nacimiento de la intersección entre los dispositivos penal y psiquiátrico*, Didot, Buenos Aires, 2015, p. 11.
[21] RIVERA BEIRAS, I. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Rubí, Anthropos Editorial, OSPDH, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005, pp. 9-10.
[22] RIVERA BEIRAS, I. *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios*, Rubí, Anthropos Editorial, OSPDH, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2004.
[23] GARLAND, D*. A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*, Revan, Rio de Janeiro, 2008, pp. 42 ss
[24] RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*, Revan, Rio de Janeiro, 2004.
[25] FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Vozes, Petrópolis/RJ, 2009, pp. 19.
[26] GARLAND, D. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*, Revan, Rio de Janeiro, 2008, p. 380.

penitentiary data mentioned above. Crimes and offenders are determined and pointed out by society through the public safety management, which invades neighborhoods looking for young and unfortunate *game losers*[27].

Genealogy is to reveal what is behind things, and it may be done through critique. Michel Foucault and Friedrich Nietzsche showed what is (or was) veiled through a radical critique. According to Martin Saar[28], genealogy should be understood in terms of three aspects: (a) as history or historical method; (b) as a critique or evaluation; (c) and as a type of writing or a textual practice. Genealogy as history or historical method investigates methods; it demonstrates its relation with reflexivity. Some histories become critical when they expose the historical conditions of our own being, for example in Friedrich Nietzsche's radical criticism of morality in Genealogy of Morality[29]. It shows a specific way of writing about the history of certain objects, processes, mentalities, considering their discontinuity, functional transformations and contingencies. It is a distinct and radicalized historicism of its own. Genealogy as critique or evaluation deals with values. The conditions of contingency and denaturalization provide insight of a critical and evaluative dimension. Friedrich Nietzsche introduced the term genealogy into the philosophical discourse. The geology of morals is a historical heritage version of a radical criticism of the genealogical morality. Genealogical criticism, therefore, is always self-critical. Genealogy as a type of writing or a textual practice refers to questions of style or gender. All attempts made to explain how genealogy functions as a critical method should consider this formal dimension. Genealogy is an irreducible criticism of gender. However, it also means that genealogical criticism can only be exercised in a certain way. The narrative or rhetorical tone of genealogies is generally tragic or (stylistically) catastrophic, and in some cases, even nostalgic. The real Nietzsche's or Foucault's genealogy is a gain and loss calculation. Genealogies are the histories of the present for the inhabitants of our present, for "us".

The study of genealogy, which traces the curve of evolution, should be set aside; it should gather different scenes related to different roles that the events played as well as gaps and discontinuities[30]. Genealogy is not opposed to history. In contrast, it confronts the meta-historical unfolding of ideal meanings and indefinite telelogies. It opposes the search for the origin. For Foucault[31], the way to make genealogy involves meticulousness and the possibilities of beginnings and a scrupulous attention to its derisory evil, using history as a tool. To do so, it is necessary to know how to recognize the history events, its disturbances, its surprises, the faltering victories, the poorly digested defeats, which account for atavism and

---

[27] BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*, Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1999, p. 134.

[28] SAAR, M. "Genealogy and subjectivity". *European Journal of Philosophy*, v. 10, n. 2, 2002, pp. 231.

[29] In his book, Friedrich Nietzsche examines the origins and meanings of our different moral concepts. For him, it was more about the value of morals. In Friedrich Nietzsche, there was a distrust of these instincts. His goal was to go through morals with new questions, new vision, a history of morals. The author sought judgments of values which have established and defined hierarchies. He also referred to the noble in contrast with the poor, where the good and the bad originated, with the instinct of the herd as something that led to the adoption of these concepts (NIETZSCHE, F. *Genealogia da moral*. Companhia das Letras, São Paulo, 2008, p. 7)

[30] Most historians adopt the doctrine of historical continuity and deny the existence of a great divider, due to the vague concept of contemporary. Geoffrey Barraclough, in contrast, claims that continuity is not the most relevant feature of history. For him, the universe is made of discontinuous leaps, and decisive points and contemporary history should be considered as a distinct period of time, with characteristics of its own which mark it off from the preceding period (BARRACLOUGH, G. *Introdução à história contemporânea*, Zahar, Rio de Janeiro, 1983, pp. 13-14). However, this will not succumb to the persistence – and even continuities – through which certain discourses, rationalities, practices, mentalities, procedures and methods, particularly those involving punishment and penalty operate

[31] FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*, Graal, Rio de Janeiro, 2008, p. 19.

hereditary. History accompanied by its intensities, collapses, secret rages, great and febrile agitations, are the very body of *devir* (a concept that signifies the changes through which things pass).

For Michel Foucault[32], the *devir* of humanity is a series of interpretations, and genealogy should be its history: the history of morals, ideals, metaphysical concepts, and the history of the concept of freedom or the ascetic life, emerging from various interpretations that will make them appear as events in the theater of procedures. History must be the differential knowledge between energies and demises, heights and depths, poisons and antidotes. For the author, the historical meaning should only represent a sharp look that distinguishes, divides, and scatters. It looks from a certain angle, with the deliberate purpose of enjoying, saying 'yes' or 'no', following all traces of the poison to find the best antidote. This is a look that knows where it looks, as well as what it looks at. The historical meaning gives knowledge the possibility to make its own genealogy.

The principle that guides the four-volume study of Michel Foucault, The History of Sexuality, is the history of thought as a critical activity. A warning to criticism does not mark insurmountable limits or describe closed systems, but brings to light the transforming singularities, which are established through the work of thought on its own.

Here, it is not a question of studying the theory of criminal law itself, or the evolution of the institution of different punitive systems, but to analyze the formation of a certain punitive rationality, whose appearance may be much more revealing. Instead of trying to seek an explanation in the general conception of law, or in the evolution of industrial production, Michel Foucault observed the functioning of his own power[33].

According to Maximo Sozzo[34], the history of the present involves the assumption that there is no teleological background crossing time and there is no inevitability in the present. It is a gesture that destabilizes and questions the actual situation, highlights the current limits of what is necessary and ultimately states that things could have been – or still can be – otherwise. In this sense, the history of the present is introduced from a critical perspective, a historical analysis that allows a critique of the present. It is a critique of what we say, think and do within the framework of a historical ontology of ourselves to try to interfere between our reality and things we know from our own past history. The success of such interference lies in the creation of real effects on our present history. For Sozzo, the history of the present has to be compatible with a form of criticism.

Criticism raises judgment and also means recomposition, invention. Reconstruction and recomposition do not convey a return to an origin that must be re-produced, but rather, perhaps, a more appropriate one, and the result may be reinvention. Therefore, criticism is and should be understood as an interaction between the capacity to judge and the talent to create a series of (meanings) components. Criticism should also be seen as a search for alternative forms of life, away from the civil, administrative and patriarchal dominance, and as a struggle over language for the production of broader knowledge. The place of criticism is where social resistance machines merge into text machines[35].

The history of the world is the court of the world, according to Fernando Catroga[36]. This author discusses that the emergence of the new is like a flare derived from the tension between inheritance and expectation. It is an individual (and therefore collective) impulse that destabilizes the timeless present and denies the

---

[32] FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*, Graal, Rio de Janeiro, 2008, p. 26.
[33] RABINOW, P. *The Foucault reader*, Pantheon Books, New York, 1984, pp. 336-337.
[34] SOZZO, M. *Locura y crimen: nacimiento de la intersección entre los dispositivos penal y psiquiátrico*, Didot, Buenos Aires, 2015, pp. 17-18.
[35] RAUNIG, M. *What is critique? Suspension and recomposition in textual and social machines*, 2008.
[36] CATROGA, F. *Os passos do homem como restolho do tempo: memória e fim do fim da história*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 262.

prophecies. And it is this (and in this) scale that, summoning the memory and practice of the history of the world as the court of the world, judges its relevance, not only in the light of the winners, but also of the future that was given to the past, so that the defeated can also be heard. Therefore, history does not die as well as the need to question it. Its concrete and socially conditioned representations are the ones that begin to wither.

The approach to the prison system, in the light of social history, should consider the structure of the prison institution within the state punitive power, revealing the apparatus of social exclusion and the actual purposes of the public policies in Brazil[37]. These are trajectories that indicate a certain perpetuation of what goes through the entire history of the country's penitentiary system[38].We have observed that the continuity of methods and practices that, in view of the omission of the State in relation to its citizens, have not solved but rather legitimized suffering through punishment. The contribution requires an understanding of the conditions that made the reality of our present possible.

4. Veiled violence: the brazilian trajectory between sovereignty and past heritage

The sovereignty of the past is the thesis established by Jessé Souza[39] on the social disturbances of peripheral countries, such as Brazil (social inequality and naturalization of mass marginalization of important sectors of the population). The author intends to demonstrate how the naturalization of unevenness and the social construction of the so-called sub-citizenship may be more adequately perceived as the effective consequences of the modernization process (effectiveness of modern values and institutions) based on a successful "outside-in" import, and not a supposed pre-modern and personalist heritage. This interpretation allows us to understand the construction of an obscure context of the causes of inequality , whether for the privileged, or for the victims of this process, which is defined by the author as , "the key point in the discussion of the naturalization of unevenness , abyssal as it is, among us"[40].

Jessé Souza dismisses heritage as a comprehensive phenomenon of current reality and sociability. Slavery, however, is placed at the center of this element. For Jaime Ginzburg, we have inherited the submission to aggression, the lack of collective sense and the absolute lack of concern by the elite regarding most of the inhabitants. According to the author, the Brazilian society has experienced two fundamental traumas throughout its history. The first is associated with the historical impact of centuries of colonial exploitation, violently forged, from the early years to independence. The second is related to cruelity during slavery, which was part of the country's formation during the imperial era. The effects are still felt today, considering that the suffering caused has never been overcome. Violence has been institutionalized in the execution of sentences in Brazil[41].

The work of Gilberto Freyre[42] has revealed the Brazilian historical culture and social formation. The attenuation/substitution of slave labor by free labor had a

---

[37] PEDROSO, C. R. *Os signos da opressão: história e violência nas prisões brasileiras*, Arquivo do Estado, São Paulo, 2002, p. 44.
[38] BOGO CHIES, L. A. "Questão penitenciária: obstáculos epistemológicos e complexidade". *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, v. 35, n. 126, jan./jun. 2014, p. 35.
[39] SOUZA, J. "A gramática social da desigualdade brasileira". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 54, fevereiro 2004, p. 89.
[40] SOUZA, J. "A gramática social da desigualdade brasileira". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 54, fevereiro 2004, p. 94.
[41] GINZBURG, J. "Escritas da Tortura". *In* TELES, Edson Teles & Vladimir Safatle (Coord.). *O que resta da ditadura? – a exceção brasileira*, Boitempo, São Paulo, 2010, p. 133.
[42] FREYRE, G. *Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano*, Global, São Paulo, 2006, p. 623.

strong effect on the large property. For the author, the use of machinery, the abolition of slavery and servitude, as well as the utilization of cattle and horses brought great benefits particularly to the farm work. However, there is a certain sublimation in this approach. At the end of slavery, sublimation made us realize that thinking was more associated with images of the industrial and technological progress, improvement of financial institutions, markets, civil and political rights. However, such consideration suppresses the fact that the slave structure of social organizations has been remade and strengthened since the beginning of the 19th century, which made the century old experience of black people more dramatic, inhuman and violent[43].

The historical narrative mentioned above did not approach the violence of the slave system. To some extent, it conceals the racial segregation reproduced by colonial and imperial families and the State. According to Jessé Souza, "this interpretation is linked to the need to create and sustain a Brazilian identity. For a long time, the myth of the *Brazilian way* has obstructed the existence of racism among us"[44]. These descriptions are quite similar to those exercised by the police when they frequently approach black people: "if in the era of slavery, black individuals were wandering in the streets and arrested 'on suspicion of being slaves', today they are detained for other allegations, which make them go back to the same past and origin"[45].

The order of punishment has gone through the Brazilian history for centuries. It displays the subjections of the bodies, having slavery as the source of domination rules and strategies. Thus, the investigation of political practices of training and domination, which were developed during the Brazilian slave regime, between the 16th and 19th centuries, made it possible to "map their origin which, regardless of the political regime, underlie our authoritarian sociability"[46].

In addition, no one should forget the racial whitening ideology which was accepted as the solution to the so-called mixed race and developed a presupposition of white suppremacy[47] and theories that studied the degeneration and tendency of blacks and *mestizo* towards crime[48]. The mixing of races was understood as a key issue for understanding the destinies of the Brazilian nation and its citizens[49].

The division remains veiled, silent, and conditioned to a vocabulary that turns color into a social marker of difference. Such language is often used and ratified through the actions of the repressive system. This allows us to analyze the positive attitude of political justice and the historical formation of practices (maneuvers, training, experiences, experiments, routines, confrontations and resistance) of kidnapping, subjection and formation of social groups which were targeted by the repression of the economic, political and criminal systems, even if the legitimate discourse of punishment and control practices have undergone historical changes. Although these practices encompassed different techniques of domination, the effects, knowledge, techniques and strategies regarding the domestication of slavery that perpetuated while the population was being controlled, regardless of the political regime and the government administration, supporting the permanence and possible

---

[43] CHALHOUB, S. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*, Companhia das Letras, São Paulo, 2012, p. 34.
[44] SOUZA, J. *Ralé brasileira: quem é e como vive*, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2009, p. 381.
[45] MORITZ SCHWARCZ, L.; MURGEL STARLING, H. *Brasil: uma biografia*, Companhia das Letras, Brasil, 2015, p. 92.
[46] SOLAZZI, J. L. *A ordem do castigo no Brasil*, Imaginário/Editora da Universidade Federal do Amazonas, São Paulo, 2007, p. 23.
[47] SKIDMORE, T. E. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930)*, Companhia das Letras, São Paulo, 2012, p. 110.
[48] CORRÊA, M. "Raimundo Corrêa Nina Rodrigues e a 'garantia da ordem social". *Revista USP,* n. 68 2005-2006.
[49] MORITZ SCHWARCZ, L. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*, Companhia das Letras, São Paulo, 1993, p. 11.

diagnosis of a punishment, proper to slavery and to the selection of those subjected to criminal-political justice[50].

5. For a critique beyond the rhetoric of punishment and humanity

The debate on the humanization of prison took hold by the end of the 18th and early 19th centuries in Western Europe, particularly due to the precarious prison conditions. The so-called *reformers* wanted to establish a common punitive standard, which would ensure not only a fair treatment to those arrested, but also the benefits and the functional outcomes. The theorists have justified the structure of the punitive power using the same premises. Here, the intrinsic contradiction between punitive power and its limitation is revealed; to perpetuate the public persecution of offensive actions and punishment as the state obligation meant to maintain an intrinsic inequality and selectivity over which rests any punitive power[51].

The fight for prisoners' rights started in the 20th century with the establishment of international normative instruments for the guarantee and protection of human rights. However, violence against humanity and punishment has always been accepted as pedagogical and strategic practices of social restraint. When the punitive practices started to play a crucial role in modern states, punishment began to be veiled through inhuman dynamics. The constitutionalization of fundamental rights was not able to disrupt the cruel structure of the punitive power system. In Brazil, the systematic use of punishment and atrocity has been an essential part of repression for a long time. The current death rate in prisons and the constant recommendations of the Organization of the American States (OAS) received by the Brazilian state for torture, murder, abuse and other human rights violations represent the punitive practices of the past.

According to Luigi Ferrajoli[52], every conquest of rights, equality and guarantees by individuals has been determined by the manifestation of something evil. Discrimination or oppression of the weak or different individuals becomes unbearable. At a certain moment, the veil of normality that concealed the oppression of the weak individuals has been removed by their struggles and claims. Today, the great challenge of democracy is to deal with an increasing and unacceptable inequality, exarcebated by a racist disqualification of the excluded, who are considered insignificant, and therefore, destined to be rejected.

The legal discourse on the devaluation of the fundamental rights of prisoners and the making of a second-class citizen[53], discloses the outcome of a historical process so-called *no-right zones*[54]. The prison sentence falls then within the scope of *no-rights*, a suffering intentionally caused by the end of degradation[55]. Prison information demonstrates the need to persevere on resistance and fight against institutional violence.

---

[50] SOLAZZI, J. L. *A ordem do castigo no Brasil*, Imaginário/Editora da Universidade Federal do Amazonas, São Paulo, 2007, p. 24.
[51] ANITUA, G. I. *Castigo, cárceles y controles*, Didot, Buenos Aires, 2013, pp. 53-54.
[52] FERRAJOLI, L. "Filosofía del mal y garantismo". *In* Alejandro Forero Cuéllar; Iñaki Rivera Beiras & Hector C. Silveira Gorski. *Filosofía del mal y memoria*, Anthropos Editorial; Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans; Universitat de Barcelon, Barcelona, 2012, p. 107.
[53] RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona, 1997.
[54] COSTA, P. *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Vol I., Guffrè, Milano, 1974, p. 357.
[55] PAVARINI, M. "Estrategias de lucha. Los derechos de los detenidos y el abolicionismo". *Delito y Sociedad*, *Revista de Ciencias Sociales*. Año 17, n. 26, 2008.

In the context of punishment, which is defined as a social institution that involves a complex structure and a bulk of both historical and social meanings[56], violence that conceals exclusion and prison realities is nothing more than a naturalization of the violence itself. In other words, it is a process of prison victimization and intensified inequality and discrimination. Moreover, punishment and torture are established as structural elements of the criminal system[57].According to Maria Rita Kehl[58], when torture is forgotten, it produces the naturalization of violence as a serious social symptom in Brazil, which is manifested through practices and discourses that are automated, independent of the singular psychic structures of each of its agents.

The critical analysis of prisons should not forget the questioning of the past to optimize the discussion on the configuration of realities and the impact of political and social elements, which are part of the historical process of the punitive system, including selectivity, vulnerability, sociability, stigmatization and segregation[59]. Therefore, the heavy hand of punishment must turn against it. This is because, in societies characterized by strong inequality, there is the constant risk (use) of the state coercive apparatus in order to maintain an unjustified state of things, which systematically benefits some and harms others. The answers should be directed to a counter exclusion to reduce suffering and social exclusion[60].

6. Considerations

The truly critical analysis of prisons should not forget to question the past, which is understood as the exact moment the initial conditions and contingencies first appeared. It is only through the history of the present that we will be able to see the permanence/persistence visualized by the political-historical-social structures of inhumanities in the criminal-penitentiary system.

The execution of sentences in Brazil is established by structures that are the bases of the prison practice. Thus, from the Brazilian historical discontinuities arise the continuities of a society based on slavery embodied in the inhumanities of authoritarianism, violence, repression, bureaucracy, clientelism, violation of fundamental rights, selectivity and, above all, in social inequality.

The present study has demonstrated that people deprived of liberty within the prison system are vulnerable. The inhumanity of prisons consists of systematic and daily violations, in which vulnerability becomes more intensely when they reach the singularities of each social group. The violence experienced by the prison population offends human dignity and the distribution of policies regarding rights and assistance. Violence can be observed in the selectivity of the criminal and prison systems, as well as in the poor and degrading conditions of prisons, which do not meet the minimum requirements.

The penitentiary censuses cited in the present article have shown increased rates of incarceration, which cause high deficit of vacancies and overcrowding. According to the information collected, the punitive charge reaches a significant number of people arrested without definitive conviction. In addition, the crimes imputed may be abbreviated to crimes related to drug trafficking and offenses against

---

[56] GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Siglo XXI, Ciudad de México, 2006, pp. 326.

[57] ANITUA, G. I.; ZYSMAN QUIRÓS, D. "Presentación". *In* Gabriel Ignacio Anitua & Diego Zysman Quirós. *La tortura: una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, Didot, Buenos Aires, 2013, p. 9.

[58] KEHL, M. R. "Tortura e sintoma social". *In* TELES, Edson Teles & Vladimir Safatle (Coord.). *O que resta da ditadura? – a exceção brasileira*, Boitempo, São Paulo, 2010, p. 124.

[59] BOGO CHIES, L. A. "A questão penitenciária". *Tempo social, Revista de sociologia da USP*, v. 25, n. 1, 2013, p. 30; BOGO CHIES, L. A. "Questão penitenciária: obstáculos epistemológicos e complexidade". *Revista Paranaense de Desenvolvimento,* Curitiba, v. 35, n. 126, jan./jun. 2014, p. 38.

[60] GARGARELLA, R. *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2008.

property. The deaths, massacres and high rates of diseases demonstrate the mortifying character of inhumanity in prisons. From the analysis of the sample, selectivity – intrinsically racial – was conceived by the profile of the prison population (young black people with extremely low educational level). In addition, women's incarceration rates have grown dramatically, which reinforces the humiliating treatment suffered by women prisoners. The female prison overcrowding still comprises the patriarchal culture of the prisons settings (created especially for men). The unavailability of adequate space for different social groups (women, indigenous people, LGBT, the elderly, foreigners, and people with disabilities) is a degrading aspect in our prisons.

In sum, the penitentiary information cited in the article showed the grammar of inhumanity in prisons, which strongly affects vulnerable social groups. The contradictory genesis of prisons in Brazil and the continuity of methods and practices, often reinforced by authoritarian and discriminatory convergences, have legitimized suffering and attack the particularities of persons deprived of liberty.

Obedience to human dignity is a constant element in prison constitutionality. However, persistent violations hinder the advancement of democratic ideals and respect for rights in the prison system. The culture of resistance to inhumanity in prisons should seek strategies of struggle to confront the prison reality that may reevaluate and optimize the fundamental rights of people arrested and help them overcome imprisonment.

The human-dignifying discourse distances itself from the illusion as it approaches the true value of realities, and the (re)evaluation of the past based on the critical perspective of the history of the present. Moreover, the intervention has to be directed to the places that violate the fundamental rights, and reproduce the naturalization of the fundamental rights, challenging the foundation that sustains corporations and authoritarian, segregationist and exclusionary sociabilities. It is a matter of thinking about institutional ruptures that may tear down the solid foundations of the state sustained by social exclusion and inhumanities.

References

ALAGIA, A. *Hacer sufrir*, Ediar, Buenos Aires, 2013.

ANITUA, G. I. *Castigo, cárceles y controles*, Didot, Buenos Aires, 2013.

ANITUA, G. I.; ZYSMAN QUIRÓS, D. "Presentación". *In:* ANITUA, G. I. & ZYSMAN QUIRÓS, D.. *La tortura*: *una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*, Didot, Buenos Aires, 2013.

BARRACLOUGH, G. *Introdução à história contemporânea*, Zahar, Rio de Janeiro, 1983.

BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*, Jorge Zahar, Rio de Janeiro, 1999.

BOGO CHIES, L. A. "A questão penitenciária". *Tempo social, Revista de sociologia da USP*, v. 25, n. 1, 2013.

BOGO CHIES, L. A. "Questão penitenciária: obstáculos epistemológicos e complexidade". *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, v. 35, n. 126, jan./jun. 2014.

CATROGA, F. *Os passos do homem como restolho do tempo: memória e fim do fim da história*, Almedina, Coimbra, 2009.

CHALHOUB, S. *A força da escravidão: ilegalidade e costume no Brasil oitocentista*, Companhia das Letras, São Paulo, 2012.

CORRÊA, M. "Raimundo Corrêa Nina Rodrigues e a 'garantia da ordem social". *Revista USP,* n. 68, 2005-2006.

COSTA, P. *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Vol I., Guffrè, Milano, 1974.

FERRAJOLI, L. "Filosofía del mal y garantismo". *In:* FORERO CUÉLLAR, A.; RIVERA BEIRAS, I. & Silveira Gorski, H. C. *Filosofía del mal y memoria*, Anthropos

Editorial; Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans; Universitat de Barcelon, Barcelona, 2012.
FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*, Graal, Rio de Janeiro, 2008.
FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Vozes, Petrópolis/RJ, 2009.
FREYRE, G. *Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano*, Global, São Paulo, 2006.
GARGARELLA, R. *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2008.
GARLAND, D. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*, Revan, Rio de Janeiro, 2008.
GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Siglo XXI, Ciudad de México, 2006.
GINZBURG, J. "Escritas da Tortura". *In:* TELES, E. & SAFATLE, V. (Coord.). *O que resta da ditadura? – a exceção brasileira*, Boitempo, São Paulo, 2010.
KEHL, M. R. "Tortura e sintoma social". *In:* TELES, E. & SAFATLE, V. (Coord.). *O que resta da ditadura? – a exceção brasileira*, Boitempo, São Paulo, 2010.
MORITZ SCHWARCZ, L. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*, Companhia das Letras, São Paulo, 1993.
MORITZ SCHWARCZ, L.; MURGEL STARLING, H. *Brasil: uma biografia*, Companhia das Letras, Brasil, 2015.
National Survey of Penitentiary Information Infopen - December 2014. Available in: https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf
National Survey of Penitentiary Information Infopen - June 2016. Available in: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf
NEUMAN, E. *El estado penal y la prisión-muerte*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2001.
NEUMAN, E. *Victomología y control social. Las víctimas del sistema penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1994.
NIETZSCHE, F. *Genealogia da moral*. Companhia das Letras, São Paulo, 2008.
PAVARINI, M. "Estrategias de lucha. Los derechos de los detenidos y el abolicionismo". *Delito y Sociedad*, *Revista de Ciencias Sociales*. Año 17, n. 26, 2008.
PEDROSO, C. R. *Os signos da opressão: história e violência nas prisões brasileiras*, Arquivo do Estado, São Paulo, 2002.
PIMENTEL, E. "As marcas do patriarcado nas prisões femininas brasileiras". *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel),* Dossiê Punição e Controle Social: degradações carcerárias em América Latina e Europa, v. 02, n. 2, Jul.-Dez., 2016.
RABINOW, P. *The Foucault reader,* Pantheon Books, New York, 1984, p. 336-337.
RAUNIG, M. *What is critique? Suspension and recomposition in textual and social machines*, 2008. Available in: https://transversal.at/transversal/0808/raunig/en
RIVERA BEIRAS, I. *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. La construcción jurídica de un ciudadano de segunda categoría*, Bosch, Barcelona, 1997.
RIVERA BEIRAS, I. *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historias del presente y posibles escenarios*, Rubí, Anthropos Editorial, OSPDH, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2004.
RIVERA BEIRAS, I. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Rubí, Anthropos Editorial, OSPDH, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005.
RODRIGUES SANTOS, H. L. "Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 131, 2017.

ROTTA ALMEIDA, B., CAMARGO MASSAÚ, G. "A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro". *Derecho y Cambio Social*, a. 12, n. 41, 2015.
RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. *Punição e estrutura social*, Revan, Rio de Janeiro, 2004.
SAAR, M. "Genealogy and subjectivity". *European Journal of Philosophy*, v. 10, n. 2, 2002.
SKIDMORE, T. E. *Preto no branco: raça e nacionalidade no pensamento brasileiro (1870-1930)*, Companhia das Letras, São Paulo, 2012.
SOLAZZI, J. L. *A ordem do castigo no Brasil,* Imaginário/Editora da Universidade Federal do Amazonas, São Paulo, 2007.
SOUZA, J. "A gramática social da desigualdade brasileira". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 54, fevereiro 2004.
SOUZA, J. *Ralé brasileira: quem é e como vive*, Editora UFMG, Belo Horizonte, 2009.
SOZZO, M. *Locura y crimen: nacimiento de la intersección entre los dispositivos penal y psiquiátrico*, Didot, Buenos Aires, 2015.
System for monitoring the execution of sentences, provisional arrest and security measure. Available in: https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen

© ***Cadernos de Dereito Actual*** nº 21. Núm. Ordinário (2023), pp. 159-174
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La crisis de la verdad y de la ciencia en el derecho penal

The crisis of truth and science in criminal law

Paulo César Busato[1]
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Sumario: 1. Introducción; 2. El punto de partida; 3. La dogmática penal clásica: un sometimiento voluntario a la verdad científica; 4. Neokantismo: una nueva ciencia y una vieja verdad; 5. El retorno autoritario: el neo-ontologicismo *welzeliano*; 6. El disfraz del autoritarismo en la dogmática funcionalista; 7. Los dos problemas de la verdad científica en Derecho penal; 7.1. El problema lógico; 7.2. El problema político-criminal; 8. El cierre del círculo: la vuelta lógica a las proposiciones de Vives Antón; e, 9. Bibliografía.

Resumen: El artículo debate la insostenibilidad de un Derecho penal democrático vinculado a una pretensión de verdad científica. Apunta las conexiones de los sucesivos modelos de sistemas penales de imputación con la ciencia y la verdad, demostrando los sesgos autoritarios derivados de ello. Propone, por fin, el abandono de dichas perspectivas por razones lógicas y político-criminales, con el objetivo de acercarse a un perfil de sistema de imputación más democrático.

Palabras clave: Ciencia jurídica – pretensión de verdad – pretensión de justicia – democracia – sistema de imputación penal.

Abstract: The article discusses the unsuitability of a democratic criminal law be linked to a claim of scientific truth. It points out the connections of the successive models of criminal liability systems with scientific truth, demonstrating the authoritarian biases that it produces. Finally, it proposes the abandonment of these perspectives for logical and political-criminal reasons, with the aim of moving closer to a more democratic criminal liability system.

Keywords: The science of Law - truth claim - justice claim - democracy – criminal liability system**.**

1. INTRODUCCIÓN

La seminal obra *Fundamentos del Sistema Penal,* de Tomás Salvador Vives Antón es, a la vez, una fuente inagotable de reflexiones originales para los penalistas y un plan de estudios que se autodefine como sin pretensiones de ofrecer un nuevo sistema de imputación, sino tan sólo de "demostrar la dogmática penal no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él"[2]. Siguiendo el sendero de su inspirador, Ludwig Wittgenstein, propone rever críticamente cada uno de los fundamentos que han sido empleados

[1]El autor es doctor en Problemas actuales del Derecho penal por la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, con estancia post-doctoral en la Universidad de Valencia y en la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo). Es miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Georg-August- Universität, en Göttingen. Profesor de Derecho penal de la Universidad Federal de Paraná, Brasil y Fiscal del Ministério Público del Estado de Paraná, Brasil.
[2]VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal,* 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 495.

Recibido: 15/03/2023
Aceptado: 07/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043822

por los juristas para justificar el ejercicio del control social penal y, a la vez, deja entrever que importa menos cual es la red normativa empleada para debatir la validez de la pretensión general de justicia que existe en cada juicio y más el sentido que se otorga a la comprensión de la relación entre acciones y normas que debe de ser orientada por el principio de libertad[3].

De los infinitos temas de debate que se puede plantear, aquí he optado por debatir que conclusiones teóricas y prácticas se puede sacar de dos puntos básicos desarrollados en el libro: una reflexión sobre el carácter científico del Derecho penal y otra sobre la pretensión de verdad que ha orientado las estructuras dogmáticas en general.

En el texto – amparado por las reflexiones de Vives Antón – trataré de presentar el modo como el Derecho penal se ha involucrado con las concepciones de ciencia y de verdad; luego, propondré algunas reflexiones críticas derivadas de ello para, al final, concluir con un par de argumentos – uno lógico y otro político – por los cuales, bajo mi manera de ver, el Derecho penal debe abandonar, lo antes posible, su pretensión de representar cualquier forma de ciencia y, de consecuencia, dejar de emplear en sus argumentos el mismo término *verdad*.

2. EL PUNTO DE PARTIDA

Las dos reflexiones de Vives sobre las cuales invito el lector a acercarse son las siguientes.

La primera es la que dice:

> "la dogmática penal se ha equivocado, en mi opinión, sus pretensiones La pretensión de rectitud o corrección (de *justicia*) que naturalmente debía acompañar a sus formulaciones conceptuales ha sido sustituida más o menos perceptiblemente por una pretensión de *verdad*. Esta confusión de pretensiones es, sin duda, una fuente de error"[4].

En su visión la idea de una pretensión de verdad habría que ceder lugar a una pretensión de Justicia como base del sistema de imputación, porque

> "La justicia es el valor central de todo ordenamiento. Pero, su materialización ha de satisfacer otros requerimientos: seguridad jurídica, libertad, eficacia, utilidad, etc. que no son sino aspectos parciales de la idea central de justicia que el ordenamiento jurídico pretende encarnar"[5].

Aquí es donde Vives se posiciona en contra de la idea de que la dogmática jurídico penal sea capaz, de algún modo, de pretender producir alguna clase de verdad. En su opinión, eso es un error que se debería sanear a partir del cambio de una pretensión de verdad por una pretensión de justicia.

La segunda, es esa:

> "la dogmática no es ninguna clase de ciencia sino solo un modo de argumentar alrededor de unos tópicos que no son sino

[3] La libertad de acción constituye [...] el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma: pues sólo si los movimientos corporales no se hallan enteramente regidos por leyes causales, sólo si hay un margen de indeterminación que permita hablar de las acciones como distintas de los hechos naturales, puede pretenderse, a su vez, que estas se rijan por normas. El análisis de las normas como algo distinto de la investigación de las leyes de la naturaleza sólo tiene sentido desde la presuposición de la libertad de acción, que se convierte, así, en el presupuesto sobre el que – necesariamente—, ha de girar la sistemática. *In:* VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos (…), Ob. Cit.*, p. 345.

[4] *Fundamentos (…), Ob. Cit.*, pp. 488-489.

[5] *Fundamentos (…), Ob. Cit.*, p. 489.

> determinaciones de lo que entendemos por acción y de lo que entendemos por normas y el proceso en virtud del cual podemos enjuiciar las acciones desde normas jurídicas y desde los valores a los que las normas jurídicas sirven de vehículo"[6].

En este punto, Vives ajusta su pensamiento jurídico al modelo de la Filosofía del Lenguaje a partir de la idea de *praxis* en contraposición a la idea de ciencia. Con ello, acerca el modelo dogmático de los resultados concretos de su aplicación.

Se trata, pues, de dos contestaciones directas: una a verdad *en el* Derecho penal y otra a la ciencia *del* Derecho penal. En el fondo, las dos se entrecruzan en la expresión *verdad científica.*

Lo que me gustaría explorar en este texto es el hecho de que la opción que parte de Vives Antón ofrece al sistema jurídico una salida para librarse de los grilletes autoritarios de la ciencia y de la verdad, ofreciendo al sistema de imputación una posición ajustada a la preservación máxima de la libertad.

3. LA DOGMÁTICA PENAL CLÁSICA: UN SOMETIMIENTO VOLUNTARIO A LA VERDAD CIENTÍFICA

El inicio de lo que se considera un sistema dogmático estuvo vinculado a la base de las ciencias naturales.

Basta recordar que la más famosa – hasta hoy – revista especializada de Derecho Penal, fundada en el año 1881, por Franz von Liszt, y Adolf Dochow, lleva el título de "*Revista de la Ciencia global del Derecho penal*" (*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* o, simplemente, ZStW) se llama Revista de la ciencia global del Derecho penal[7].

El perfil científico era una referencia que se prestaba a tomarse en serio el objeto de tal calificación y no ha sido otro el objetivo que se tenía entonces. Una dogmática jurídico-penal recién aparecida pretendía utilizar la escalera de la verdad científica como fórmula para llegar a imponerse en sus pretensiones de universalidad y seguridad.

Hay que tener en cuenta que el método científico se ocupa de los hechos tal como realmente acontecen, es decir, se vale de la verificación empírica y pretende ofrecer leyes basadas en la universalidad y exactitud.

La idea de una estructura que obedeciera la lógica científica era necesaria para romper con un pasado de desmanes y de una política criminal esclava del poder. Se creía, en aquél entonces, que se podría encargar a la ciencia la realización de "la libertad de los modernos"[8].

El mejor ejemplo de ello es el Tratado de von Liszt, el más representativo del período en donde el mismo autor encarga la ciencia de dictar el futuro del Derecho penal, cuando da el título del § 9º de la primera parte, como *La ciencia del derecho penal del siglo XIX en Alemania (hasta 1890)*[9] y abre el epígrafe afirmando:

> "Alrededor del final del siglo pasado ha empezado para la ciencia alemana un nuevo periodo de florecimiento que se ha prolongado hasta más allá de la mitad del presente siglo. El periodo da agitación impetuosa y poco ilustrada, a pesar de todas las luces, había pasado. La actividad legislativa de Los Estados no sólo ofrecía material inagotable".

---

[6] *Fundamentos (…), Ob. Cit.*, p. 489.

[7] Los detalles sobre la creación de la revista, que ha sido una continuidad de la "Revista Mensual de Psicología Criminal" están en la biografía de von Liszt publicada por Carlos Elbert, como ELBERT, C. *In:* LISZT, F.V*. Teoria e Prática na política criminal,* Trad. de Ney Fayet Júnior, Elegantia Juris, Porto Alegre, 2019, pp. 109 y ss.

[8] Sobre el tema, véase: CONSTANT, B. *La libertad de los modernos,* Trad. de Ángel Rivero, Alianza, Madrid, 2019.

[9] LISZT, F.V. *Tratado de Direito penal, Vol. 1,* Trad. de José Hygino Duarte Pereira, F. Briguiet & Co., Rio de Janeiro, 1899.

Sino que también un nuevo y grandioso problema doble, para cuya solución la ciencia había adquirido las fuerzas necesarias: la unificación del derecho, que fue dividida según Estados, según su conexión histórica con el pasado.

Al comienzo de este nuevo período se encuentra P.J.A. Feuerbach (nacido en 1775, f 1833), retemplado en la filosofía kantiana […] este criminalista fue, por un lado, por su tratado de 1801 el restaurador de la ciencia penal"[10].

No es un acaso que el mismo Von Liszt empezaba y terminaba su sistema de imputación a partir de concepciones clavadas en las Ciencias Naturales.

Por un lado, su concepto de acción[11], causalidad[12] y resultado natural[13], todos herederos de la física newtoniana y por otro, la culpabilidad como el vínculo psicológico que vincula el autor a su hecho, un aporte proveniente de la emergente psicología clínica[14] [15] [16] [17].

---

[10]LISZT, F.V. *Tratado de (…), Ob. Cit.,* p. 72.

[11]"acto es el movimiento muscular que se presenta como manifestación de la voluntad. Para el derecho, el movimiento muscular sólo es importante, en la medida en que determina un cambio en el mundo exterior". *In:* LISZT, F.V. *Tratado de (…), Ob. Cit.,* p. 193.

[12]"[...] el resultado debe ser producido (o causado) por el movimiento corporal. Éste y los primeros deben estar juntos, como se dice ordinariamente, en una relación de causa y efecto, en conexión causal". *In*: LISZT, F.V. *Tratado de (…), Ob. Cit.,* p. 200.

[13]"Al cambio en el mundo exterior, causado o no impedido, denominamos resultado", *In*: LISZT, F.V. *Tratado de (…), Ob. Cit.,* p. 194.

[14]"No es suficiente que el resultado pueda ser referido objetivamente al acto de voluntad del agente; es también es necesario que el se encuentre en la culpa una conexión subjetiva". *In:* LISZT, F.V. *Tratado de (…), Ob. Cit.,* p. 249.

[15]Dicho vínculo subjetivo exigible era una conexión de carácter síquico, heredera de la psicología clínica que aparece más clara en la obra de Beling, quien refiere: "[...] el juicio de que alguien ha actuado "culpablemenle" expresa un juicio valorativo sobre la fase interna (espiritual, o "subjetiva") de la acción: en la subjetividad del autor no se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por eso, por esa deficiencia, le es "reprochable" su acción. Tal reproche no va implícito en el solo hecho de que el autor haya producido objetivamente algo ilícito, porque podría haberlo hecho exento de toda culpa. Lo que importa es el estado anímico del sujeto en el tiempo de la acción —lo precedente y lo subsiguiente carecen de importancia— y, en consecuencia, si su resolución, ya sea por su orientación, ya sea por su modo y manera de originarse, es criticable". *In:* BELING, E. *Esquema de Derecho penal - La teoría del delito tipo,* Trad. de Sebastián Soler, El Foro, Buenos Aires, 2002, p. 63.

[16]Y deja expresa la conexión con la psicología al tratar específicamente de la imputabilidad, refiriendo que: "Es en el estudio de la inimputabilidad donde esta dualidad se muestra con rasgos más nítidos, puesto que aquí se trata de un concepto jurídico, pero también de entidades nosológicas que escapan al ámbito dogmático para penetrar en el territorio de la Psiquiatría y la Psicología, en tanto que la imputabilidad puede excluirse por perturbaciones de base biológica o por las consecuencias de ellas, que determinan la exclusión de la libre determinación voluntaria. En esta indudable conexión, es donde puede afirmarse con Mezger que la imputabilidad es la puerta de entrada de la investigación moderna de la personalidad en el derecho penal (obra citada, pág. 202). En la noción de las causas que desplazan la imputabilidad, se muestra también el punto de arranque de la vinculación entre el Derecho Penal y la Criminología, es decir, allí donde el estudio de la personalidad y el carácter del autor cobran especial relevancia determinando su perfil psico-social, con notoria incidencia en el círculo de la responsabilidad y su correlato punible". *In:* BELING, E. *Esquema de Derecho (…), Ob. Cit.,* p. 68.

[17]La psicología clínica ha servido de prototipo a toda la ciencia desde la segunda mitad del siglo XIX, a partir de que Wilhelm Wundt funda el primer Laboratorio de Psicología en Leipzig, Alemania, en el año 1879. El término ha sido utilizado por primera vez en 1907, por Lightner Witmer, discípulo de Wundt y miembro del departamento de psicología de la Universidad de Pensilvania. Para detalles sobre o tema véase: DURÁN PALACIO, N; RESTREPO OCHOA, D.A.; SALAZAR TRUJILLO, C.J.; SIERRA RODRÍGUEZ, A.E. & SCHNITTER CASTELLANOS, M. "Historia paralela de la Psicología Clínica: un rastreo teórico-histórico", *in: Informes Psicológicos, nº. 9,* Medellín: Ene-Dic de 2007, pp. 135-148.

La idea era que el sometimiento del hecho a los filtros estructurales de una teoría general del delito podría ofrecer un resultado lógico que recomendara considerar a uno culpable o inocente.

Se creía que el filtro dogmático sería capaz de producir una afirmación sobre *qué es* o no, el delito. Una afirmación, por lo tanto, sobre el *ser* del evento delictivo, con lo cual, se trata de utilizar una supuesta estructura de ciencia jurídica como forma de afirmación de una verdad substantiva en el sentido *aristotélico*[18], es decir, la idea de que sería posible conocer la verdad intrínseca de las cosas.

No es otra la razón por la cual el mismo Von Liszt se apoya en concepciones de la criminología biologicista para proponer el famoso programa de Marburgo en su conocido opúsculo *La idea de fin en Derecho penal*[19].

4. NEOKANTISMO: UNA NUEVA CIENCIA Y UNA VIEJA VERDAD.

La superación del paradigma positivista naturalista vino de la mano de una filosofía de los valores, que tuvo origen en el sudoeste alemán a raíz del desarrollo de una idea de Dilthey[20], quien ha dividido las ciencias empíricas en ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. Dicho autor afirmaba que cada una de estas ciencias tiene un tipo diferente de racionalidad. Mientras que el fundamento de las ciencias de la naturaleza es la razón instrumental, empírica, el fundamento de las ciencias del espíritu es la razón histórica.

Tal distinción ha sido acogida más precisamente en la obra de Stammler[21], Rickert[22] [23] y Lask[24], los llamados filósofos *neokantianos*, para afirmar que el método de conocimiento y, por lo tanto, las vías para llegar a la verdad son distintos los distintos tipos de ciencias.

Se supuso un avance cuando se hizo una repartición de la idea de ciencia para añadir una posibilidad más de acceder a la verdad científica: las ciencias del espíritu, que han pasado a figurar al lado de las ciencias naturales. Las llamadas ciencias culturales o ciencias del espíritu, tenían su método propio, referido a finalidades y valores y no más simplemente a la relación de causa y efecto, un método más comprensivo y valorativo que simplemente explicativo y descriptivo.

Los neokantianos han establecido un dualismo metodológico aislando el mundo de los valores del mundo natural. Desde el punto de vista valorativo neokantiano se reconoce la relatividad de los valores, con lo que se intenta matizar los conceptos absolutos heredados del positivismo. Pero, si por una parte se apartaba del naturalismo, lo hacía no mediante un rechace a la perspectiva científica, sino mucho al revés, a partir de desarrollar un fundamento autónomo a las llamadas *ciencias del espíritu*.

Con ello, no sólo se ha preservado la perspectiva científica pretendida para el sistema de imputación, sino que igualmente se mantuvo una pretensión de alcanzar la verdad, ya no simplemente con base en los experimentos empíricos, sino

[18]Aristóteles, poniendo en duda el mito de la cueva do su maestro Platón, afirmaba que la verdad es algo en el mundo y no una imagen en el plan de las ideas, con lo cual, no sería la dialéctica, sino la lógica el instrumento adecuado para aprehender el mundo. *In:* ARISTÓTELES. *Metafísica, Livros I, II y III*, Cadernos de Tradução nº 15, Trad. de Lucas Angioni, Unicamp, Campinas, 2008, pp. 51 e ss.

[19]LISZT, F.V. *La idea de fin en Derecho penal,* Trad. de Domingo Miral, Universidad Autónoma de México, DF, 1994, pp. 115 y ss.

[20]DILTHEY, W. *Einführung in die Geisteswissenschaft,* Duncker & Humblot, Leipzig, 1883, pp. 446 y ss.

[21]STAMMLER, R. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1923.

[22]RICKERT, H. *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 7ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1926.

[23]RICKERT, H. *Die Grenzen der Naturwissenschaflichen Begriffsbildung*, 7ª ed., Mohr-Siebeck, Tübingen, 1921.

[24]LASK, E. *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1911.

ya vinculados a determinados valores en los cuales basan las sistematizaciones de las respectivas disciplinas, incluso el Derecho.

Se trataba, en aquél entonces, de darle autonomía a una parte del pensamiento humano, aunque sin desvincularse de las pautas de la ciencia.

En el ámbito del Derecho penal, los juristas neokantianos no han propuesto una alteración en la sistemática del delito, sino tan sólo una transformación del contenido de algunos de sus elementos, como, por ejemplo, el reconocimiento de elementos normativos en el tipo, como aparece en los trabajos de Mayer[25] o la introducción de nuevos elementos (subjetivos) en el injusto, como ha aparecido en los trabajos de Fischer[26], August Hegler[27] y principalmente Mezger[28].

Aunque se buscaba una autonomía para las llamadas *ciencias del espíritu*, el neokantismo no quiso nunca romper el vínculo entre el Derecho y la verdad científica.

Una explicación muy condensada y precisa del pensamiento de los penalistas neokantianos de la época, con relación a su forma de ver y avanzar en el pensamiento sin perder vínculo con la ciencia aparece en el prólogo de la edición del Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger, en su edición de 1931, en estos términos:

> "La ciencia jurídico-penal de las primeras décadas del siglo XX consagra de modo preponderante su atención a las cuestiones legislativas. Pero ya desde algún tiempo se muestra de modo inconfundible un renovado interés por los problemas dogmáticos. Como ninguna otra rama del Derecho, ha sido precisamente el Derecho Penal tocado hasta lo más profundo por el pensamiento naturalista del siglo XIX. Con el despertar de las corrientes filosófico-jurídicas surge el problema relativo a purificar, sobre una base crítica aquello que ha de considerarse valioso en esta evolución, incorporándolo como parte integrante, como patrimonio inalienable a nuestra disciplina. Tampoco un Tratado puede pasar por alto estos problemas del presente. Pues no hay nada más atractivo ni que más estimule al que en sus páginas estudia, que participar a su modo en la investigación de los especiales problemas de la época en que vive"[29].

Y el tema específico del pasaje de la ciencia natural para la ciencia de los valores, queda expreso en el prólogo a la segunda edición del mismo Tratado, del año 1933:

> "[…] la nueva captación valorativa científico-cultural debe ir unida a la más amplia comprensión frente a todo proceso evolutivo que surja y a un sentido de la realidad fundamentado en la comprensión psicológica.
> Así habrá de resolverse la especial, "secular" misión de nuestra época: incorporando de modo orgánico los resultados de la ciencia empírica de la época naturalista a una nueva ciencia jurídico-penal valorativa"[30].

[25]MAYER, M.E. *Der Allgemaine Teil des deutschen Straftrechts – Lehrbuch*, Carl Winterrs Universitätbuchhandlung, Heidelberg, 1923, pp. 182 y ss.
[26]FISCHER, H.A. *Die Rechtswidrigkeit: mit Berücksichtigung des Privatrechts,* C.H. Beck, München, 1911.
[27]HEGLER, A. "Subjektive Rechtwidrigkeitsmomente im Rehmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs", *in: Festgabe für Reinhard von Frank,* J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930, p. 256.
[28]El primero trabajo de Mezger respecto del tema es: MEZGER, E. Die subjektiven Unrechtselemente*,* tomo 89, *Der Gerichtssaal,* Ferdinand Enke, Stuttgart, 1924, p. 257.
[29]MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal - Tomo I*, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 7-8.
[30]MEZGER, E. *Tratado de Derecho (…), Ob. Cit*., pp. 15-16.

Pero, prueba más contundente de la vinculación con una perspectiva de verdad científica es que sus principales autores han seguido manteniendo conceptos vinculados a una verdad empírica de carácter ontológico, tales como la acción[31], la causalidad[32] y el resultado material[33].

Y en los puntos en dónde se acercaba más a una perspectiva valorativa – tales como la culpabilidad psicológico-normativa[34] o el concepto social de acción[35] – se trataba de añadir aspectos valorativos sin abandonar los elementos supuestamente naturales.

La mezcla no produjo buenos resultados porque ha transformado el punto de partida cultural-histórico en fuente de afirmaciones categóricas científicas, generando la distorsión que aparece, por ejemplo, en la *Lebensführungsschuld* de Mezger[36].

En resumidas cuentas, la preservación de la perspectiva de verdad científica no ha sido corregida por el simple hecho de añadir a ello una filosofía de los valores y el resultado no fue otro que la preservación del perfil autoritario.

5. EL RETORNO AUTORITARIO: EL NEO-ONTOLOGICISMO *WELZELIANO*

El paso que se pretendió dar en el sentido de superación de la perspectiva neokantiana de teoría del delito, vino de la mano del finalismo, especialmente con Welzel[37] cuya pretensión ha sido de orientar la dogmática jurídico penal filosóficamente a partir de teorías ontológico-fenomenológicas cuya proposición básica es la de reconocer que determinadas leyes naturales condicionan las posibilidades normativas del deber ser, es decir, reconoce la existencia de un orden ontológico objetivo y natural previo a las valoraciones promovidas por el hombre[38] [39].

Welzel ha pretendido darle al Derecho penal un perfil todavía más científico, por qué entendía que "Como ciencia sistemática da el fundamento para una ecuánime y justa administración de justicia, ya a u e solamente la comprensión de esa estructura interior del derecho eleva su aplicación por encima de la casualidad y la arbitrariedad" [40].

El finalismo aparece como crítica vehemente de la influencia del naturalismo en el sistema causal-naturalista y también en la propuesta del neokantismo, que para Welzel[41]es considerada mera profundización y complemento del mismo positivismo clásico. La crítica de Welzel, intenta superar justamente la separación entre el ser y el deber ser, proponiendo que el desarrollo de los conceptos jurídicos obedezca dos etapas distintas: la primera, de estudio de la lógica de los fenómenos naturales, cuya base servirá la segunda, que es la subsiguiente valoración jurídica, la cual debe

---

[31] MEZGER, E. *Tratado de Derecho (…), Ob. Cit*., pp. 170 y ss.
[32]MEZGER, E. *Tratado de Derecho (…), Ob. Cit*., 201 y ss.
[33]MEZGER, E. *Tratado de Derecho (…), Ob. Cit*., pp. 177 y ss.
[34]MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal - Tomo II*, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pp. 11 y ss.
[35] Sobre ello, véase, en detalle: JESCHECK, H.H. & WEIGAND, T. *Tratado de Derecho penal,* 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 238 y ss.
[36] Sobre el tema, véase, por todos: MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tempo,* 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 65 y ss.
[37]El primer trabajo de Welzel en que él propone el concepto finalista de acción em qué base su modelo final de teoria del delito fue el artículo "Kausalität und Handlung", publicado en la Z. Str. W., tomo 51, 1931, fasc. 5º, y reproducido después en: WELZEL, H. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975, pp. 7 y ss.
[38]WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán - Parte General*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yánez Pérez, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 53.
[39] WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (…), Ob. Cit.,* p. 01
[40] WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (…), Ob. Cit.,* p. 01
[41] WELZEL, H. "Derecho material y positivismo jurídico", *en: Estudios de filosofía del Derecho y Derechp penal,* Trad. de Ernesto Garzón Valdez, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 177.

mantener una coherencia con aquella, pues, de no ser así, sería una regulación contradictoria.

Así, el sistema de imputación debería organizarse a partir de estructuras lógico-objetivas[42] [43] que, por su turno, tenían que arrancar de un concepto básico de acción.

Por ello, considera la *acción* un concepto prejurídico, extraído de la naturaleza, que demanda, por lo tanto, un análisis y no una valoración. Esta última quedará a cargo de las posteriores categorías delictivas.

Para Welzel, "el concepto causal (de acción) no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser"[44] y a partir de ello ubica el punto de partida de sus consideraciones en las bases ontológicas, entendiendo que "El Derecho tiene que partir también de este concepto causal 'ontológico'"[45]. Se reconoce que "la acción humana es ejercicio de actividad final"[46]. El hombre, cuando actúa, lo hace orientando su actividad a un propósito pré-determinado y no simplemente produce un reflejo mecánico. Se aleja del propio concepto de acción aquel movimiento natural que no sea conducido por la voluntad. Esta diferencia constituye la espina dorsal de la teoría finalista[47].

Dicha perspectiva no abandona ni la perspectiva científica, ni la pretensión de verdad, como queda evidente en los conceptos de acción[48], dolo[49] y causalidad[50], que pretenden corresponder a verdades empíricas, aunque ahora, dicha perspectiva de verdad mejor se correspondía a un anclaje en la filosofía cartesiana de la mente.

Dicha filosofía trataba de ajustar le forma de pensar la verdad a los cambios de mundo propuestos por el avance de la ciencia del Siglo XVII, que parte de la duda escéptica, demandando una solución que restaure la sensación de seguridad del conocimiento[51].

Para contestar a dicha dificultad, Descartes[52] propone el uso de la misma duda escéptica como método, adoptando como paradigma para la obtención del conocimiento el sujeto cognoscente.

---

[42]WELZEL, H. "Naturrecht und Rechtsposilivismus", *en: Festschrift für H. Niedermeyer*, Schwartz, Göttingen, 1953, pp. 279 y ss.

[43] Hay versión castellana traducida por Ernesto Garzón Valdez, publicada como: WELZEL, H. "Derecho natural y positivismo jurídico", *in: Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962, pp. 45 y ss.

[44]WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (…), Ob. Cit.,* p. 51.

[45]WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (…),Idem.*

[46]WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán (…),* p. 39.

[47]En ese sentido: CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español - Parte General II, Teoría del Delito 1,* 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 31.

[48] "La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecer "finalista" y no solamente "causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista". *In:* WELZEL, H. *Derecho penal - Parte General,* Trad. de Carlos Fontán Balestra, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956, p. 39.

[49]"Toda acción conciente es llevada por la decisión de acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere -el elemento intelectual-, y la decisión de querer realizarlo – el elemento volitivo –. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real. constituyen el dolo". *In*: WELZEL, H. *Derecho penal - Parte General (…)*, p. 73.

[50] "[...] el derecho debe partir de este concepto causal 'ontológico'; no hay una causalidad jurídica especial, si bien no todos los acontecimientos causales son también jurídicamente relevantes". *In*: WELZEL, H. *Derecho penal - Parte General (…)*, p. 49.

[51]DESCARTES, R. *El discurso del método*, Trad. de Eduardo Bello Reguera, Tecnos, Madrid, 2008, p. 17.

[52]DESCARTES, R. *El discurso (…) Ob. Cit.,* p. 15 y ss.

La idea básica de la meditación segunda de Descartes[53], "*si pienso es porque soy*", es lo que condiciona a existencia de los mismos objetos al conocimiento que de ellos tenga el sujeto.

A parte de lo que son las críticas por su aparente circularidad[54] [55], otra consecuencia es que el concepto de *verdad* deja de ser algo en si mismo, sino que es algo conectado al s sujeto, lo que corresponde, en alguna medida, a cierto rescate platónico y en cierta medida, a Santo Tomás de Aquino[56].

De todos modos, es exactamente el paradigma de la filosofía de la mente que está en la base de todo el modelo finalista de sistema de imputación.

El buceo en la mente como fuente del actuar ha llevado incluso el mismísimo Welzel a hacer afirmaciones – más tarde abandonadas por él – respecto de una supuesta culpabilidad por el carácter (*Charakterschuld*)[57].

Ni que decir tiene que tales proposiciones han servido muy bien a preservar un modelo jurídico autoritario[58] [59].

6. EL DISFRAZ DEL AUTORITARISMO EN LA DOGMÁTICA FUNCIONALISTA

Si por un lado, no hay dudas sobre el vínculo entre la dogmática clásica de base ontológica y una pretensión de verdad científica, la supuesta superación de ellas por la perspectiva funcionalista no ha logrado alejar en definitiva el autoritarismo del binomio ciencia-verdad.

Aquí, en el estrecho espacio de un artículo, no sería posible ingresar en la polisemia que reclama la expresión funcionalismo en materia penal, para investigar, una a una, todas las vertientes de allí representadas. Pero, ni que decir tiene que, otras opciones que compiten con el funcionalismo teleológico propuesto por Roxin no se pueden alabar desde un punto de vista de su blindaje en contra del autoritarismo. Basta como ejemplo todo lo que se dijo sobre las proposiciones del funcionalismo dicho sistémico[60].

Así, la proposición finalista que aquí se investiga no será otra que no el modelo propuesto por Roxin.

Si, por una parte, es cierto que las pretensiones del funcionalismo teleológico han sido de cambiar la pregunta sobre el Derecho penal y permear el absolutismo dogmático por correcciones de ruta de carácter político-criminal, ello no ha sido suficiente para lograr mejores resultados frente al autoritarismo inmanente al método científico y a la idea de verdad.

---

[53] DESCARTES, R. *Meditaciones metafísicas, con objeciones y respuestas*, Trad. de Vidal Peña, Alfaguara, Madrid, 1977, pp. 12-17.

[54]Véase sobre ello: WILLIAMS, B. *Descartes: el proyecto de investigación pura,* Cátedra, Madrid, 1996, *pássim*.

[55]Y: WILLIAMS, B. *Verdad y Veracidad*, Tusquets, Madrid, 2006, p. 81.

[56]"el término del conocimiento, que es la verdad, está en el mismo intelecto". *In:* AQUINO, T.D. *Suma Teológica*, Trad. de Alexandre Correia, Nova Cultural, São Paulo, 1988, p. 16.

[57]Los estúdios sobre dicha "culpabilidad por el carácter" tienen inicio ya en la vertical investigación sobre el carácter que Welzel propuso en: WELZEL, H "Persönlichkeit und Schuld", *en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 60, nº. 1,* De Gruyter, Berlin, 1941, pp. 428-474.

[58]Basta, como indicador, la elogiosa reseña que hizo Schaffstein, a la proposición teórica de Welzel, como ajustada al perfil de un Derecho penal autoritario en: SCHAFFSTEIN, F. "Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", *en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, nº 56*, De Gruyter, Berlin. 1937, pp. 112-115.

[59]El hecho es ampliamente comentado en: LLOBET RODRÍGUEZ, J. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal* (1933-1945), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 254 e ss.

[60] Un excelente panorama sobre las críticas político-criminales que se ofrece al funcionalismo sistémico, en especial a las consecuencias del llamado *Feindstrafrecht* (Derecho penal del enemigo), está en: CANCIO MELIÁ, M. & GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Derecho penal del enemigo - El discurso penal de exclusión,* BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

El funcionalismo teleológico propuso que el sistema dogmático no sería más una superestructura capaz de reconocer la circunstancia empírica de la existencia de un crimen, sino que más bien representaría el medio adecuado de dar buenas razones políticas al castigo.

A partir del funcionalismo, no se trata más de afirmar *que es el delito,* sino que de explicar por qué se castiga, qué función social se cumple al utilizar el sistema jurídico para imponer pena.

Se propuso, además, que los eventuales resultados injustos derivados de la aplicación del sistema dogmático al hecho concreto merecerían correcciones político-criminales[61].

Pero, ello parece no haber representado mucho más do que la sencilla superación de la idea de injusto personal.

El funcionalismo no corresponde, además, a la función del Derecho Penal en una sociedad democrática[62], porque no se ha librado completamente de la pretensión metodológica científica y ni tampoco ha dejado de aspirar a una verdad a través del sistema de imputación, aunque ya no se trate de una verdad como sustancia sino una verdad como correspondencia, en el sentido *tarskiano*.

Aunque sean muchas las teorías de la verdad como correspondencia se destaca la fórmula de Alfred Tarski[63].

Tarski defiende que una definición satisfaciente de la *verdad* debe ser materialmente adecuada y formalmente correcta[64]. Será materialmente correcta se contiene suficiente precisión para que cualquier persona pueda verificar si ella cumple su tarea de definición[65] y será formalmente correcta cuando obedezca las condiciones propias de los lenguajes formales[66], ya que lo que puede ser *verdadero* en un lenguaje formal, podrá ser *falso* en otra[67].

Con ello, quiebra la regla de universalidad de la verdad y la cambia por un concepto de verdad que pertenece a un sistema semánticamente abierto, en el cual se habla sobre la verdad, asumiéndola como existente a partir de un metalenguaje no discutible.

La fórmula es obviamente inductiva[68], por ello entiende que "la verdad de una oración consiste en su acuerdo (o correspondencia) a la realidad"[69]. Dicho "estado de cosas" en lenguajes formales consiste en los axiomas, que dispensan prueba de su existencia[70].

Y es exactamente así que procede Roxin al debatir el tema, pues sigue manteniendo firme posición en favor de la cientificidad del Derecho penal a parte de pretender, para las categorías del delito, una *verdad* correspondencia a cosas en el mundo.

Es fácil encontrar en el mismo texto de Roxin inúmeras referencias al objeto de su Tratado como ciencia del Derecho penal.

A empezar por la misma definición del Derecho penal material como "parte de la ciencia global del Derecho penal"[71].

---

[61]Así refiere, por ejemplo en: ROXIN, C. *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 37.
[62]En ese sentido: VIVES ANTÓN, TS. *Fundamentos (…) Ob. Cit.*, p. 476.
[63]TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade,* Trad. de Cezar Augusto Mortari, Celso Reni Braida, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra, Unesp, São Paulo, 2007.
[64]TARSKI, A. *A concepção (…), Ob. Cit.*, p. 158.
[65]TARSKI, A. *A concepção (…), Ob. Cit.*, p. 159.
[66]TARSKI, A. *A concepção (…), Ob. Cit.*, pp. 159-160.
[67]TARSKI, A. *A concepção (…), Ob. Cit.*, p. 160.
[68]TARSKI, A. *A concepção (…), Ob. Cit.*, pp. 159-160.
[69]TARSKI, A. *A concepção (…), Ob. Cit.*, p. 160.
[70]TARSKI, A. *A concepção (…), Ob. Cit.*, p. 166.
[71]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I - Fundamentos. La estructura de la teoria del delito,* Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, p. 44.

Recomienda, además, para lograr una "comprensión científica de la Justicia penal"[72] ir más allá del Derecho penal material porque "el Derecho penal moderno no es imaginable sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de la 'ciencia global del Derecho penal' [aunque] ciertamente el Derecho penal material es en cierto modo la ciencia base de todo ese campo jurídico"[73].

Al abordar los conceptos básicos del sistema del Derecho penal, expresa entender que las categorías básicas de la teoría del delito tienen su contenido concreto y su relación recíproca discutidos, "según distintos puntos de vista científicos"[74].

Pero, sobrevive en la dogmática funcionalista no sólo explícitamente un acercamiento desde la perspectiva científica, sino que, además, aparece, aunque disfrazada bajo la forma de equivalencia, una ineludible pretensión de verdad.

Basta con algunos ejemplos extraídos del mismísimo Tratado de Derecho penal de Roxin.

Al tratar del problema de la acción pretende ofrecer un concepto personal de acción, que según sus palabras corresponde a un concepto "netamente normativo"[75], pero entiende como acción "todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción"[76]. Lo que, en principio, se puede entender como dato atributivo, pero, luego, al explicarse la delimitación negativa de dicho concepto afirma que tal 'manifestación de personalidad' "falta en caso de efectos que parten únicamente de la esfera corporal (somática) del hombre, o del ámbito material, vital y animal del ser, sin estar sometidos al control del 'yo', de la instancia conductora anímico-espiritual del ser humano" [77], y concluye por afirmar que "todas éstas son manifestaciones que no son dominadas o dominables por la voluntad y la conciencia y por tanto no pueden ser calificadas como manifestaciones de la personalidad, ni imputadas a la capa anímico-espiritual de la persona"[78].

Indudablemente, con ello, vuelve a datos empíricos, que supone presentes en una instancia interna "anímica" del hombre, correspondientes a una voluntad y una consciencia que no pueden menos que estar ubicadas en una existencia empírica, es decir, no pueden menos que ser inductivamente equivalentes a una supuesta verdad. En resumidas cuentas, propone un concepto de acción que se atribuye a uno siempre y cuando se corresponda a una manifestación interna de su consciencia e voluntad.

También al tratar del dolo, aunque busque alejarse de la idea welzeliana de dolo psicológico, apunta que la esencia de dicho concepto está en la "realización del plan", explicando que "un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva"[79].

Importa notar que, aunque se pretenda a primera vista un dolo atributivo ("ha que considerarse dolosamente producido"), se exige para su reconocimiento una "correspondencia con el plan del sujeto", según una valoración objetiva.

La contradicción es evidente: ¿Como se hará posible una valoración netamente objetiva, si ella tiene que corresponderse con el plan del sujeto, que obviamente está en su cabeza?

Obviamente no se trata de una valoración objetiva, tal y como se propone, como se puede percibir de los mismos ejemplos de que se vale Roxin para explicitarlo.

Refiere el autor: "si p.ej. alguien atropella a otro intencionadamente con el coche y se da cuenta de que posiblemente lesionará además a un tercero, entonces

[72]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…), Ob. Cit.*, p. 47.
[73]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…), Idem*.
[74]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…)*, pp. 193-194.
[75]"Por tanto, el concepto personal de acción aquí desarrollado – a diferencia del concepto natural y del final, pero concordando con el social y el negativo – es un concepto normativo". *In:* ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…),* p. 265.
[76]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…)*, p. 252.
[77]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…), Idem*.
[78]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…), Idem*.
[79]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…)*, pp. 417.

ha admitido también en su plan, al incluir lo anterior en su cálculo, la eventual lesión del tercero y, en caso de producirse, la ha realizado dolosamente, por mucho que la lesión en sí no le resulte agradable".

Las preguntas obvias son: ¿Cómo se puede saber que parte de la conduta ha sido intencional y de que parte del resultado el autor se ha dado cuenta, sin acudir a los procesos mentales que figuran en primera persona?[80].

Resulta claro que varios conceptos de Roxin se basan en la verdad como equivalencia *tarksiana*, según la cual una proposición es verdadera si se corresponde con la realidad y falsa en caso contrario. En otras palabras, la verdad es el resultado de la correspondencia entre el discurso y los hechos. Así, para llegar a la verdad, basta buscar la correspondencia entre lo que se dice y lo que realmente sucedió.

En fin, este sistema de Roxin sigue siendo un sistema científico, con base en una verdad, aunque sea verdad por correspondencia y no verdad sustancial y la razón que ofrece para preservar dicha clase de sistema no es otra que la vieja seguridad jurídica, conforme se ve de su defensa del "pensamiento sistemático":

> "[…] la tópica no puede sustituir al pensamiento sistemático. En efecto, aquélla no sólo vuelve a renunciar a las ventajas prácticas de éste, como la simplificación del examen del caso y la ordenación de la materia verificable y que facilita la aplicación del Derecho, sino que según su punto de partida también es opuesta a la calculabilidad y uniformidad de la decisión judicial, de la que por mor de la *seguridad jurídica* el Derecho penal depende aún más que otros campos del Derecho. En última instancia, como también ha destacado la crítica extrapenal, *es la vinculación a la ley de la ciencia del Derecho lo que hace que el procedimiento tópico sea inidóneo como método general de aplicación del Derecho* […]"[81].

Y cuando desarrolla las razones por las cuales defiende la superioridad de su sistema sobre los modelos clásicos, por considerarlo "abierto" – aunque dicha abertura siempre se condicione a "los hechos" – , termina por invocar a Hegel para afirmar que "Lo verdadero es el todo"[82].

Se nota que sigue existiendo una referencia a la verdad como equivalencia para los conceptos supuestamente atributivos de Roxin y que ello se justifica por razones de seguridad jurídica. En resumen: teniendo por objetivo la preservación de una supuesta seguridad jurídica, Roxin no abandona ni el método científico ni la pretensión de verdad.

7. LOS DOS PROBLEMAS DE LA VERDAD CIENTÍFICA EN DERECHO PENAL

Que la razón de búsqueda de una verdad científica en Derecho penal sea vinculada a la seguridad jurídica conlleva, como mínimo, dos problemas: uno de orden lógico y otro de orden político-criminal.

7.1. EL PROBLEMA LÓGICO

El problema de orden lógico resulta evidente, porque la afirmación de una verdad por en el plano teórico no es trasladable al ambiente práctico.

No hace falta demasiada experiencia en demandas forenses para percibir que la insurgencia en contra de un fallo de un juez no se da por desconformidad con la verdad, sino por una cuestión de justicia. El que presenta un recurso de casación no afirma que la sentencia del juez es falsa, demandando por una verdad, sino que sostiene, eso sí, que su solución para el caso – que pretende confirmada por el Tribunal de Casación – es más justa que la ofrecida al caso por el juez.

[80]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…)*, p. 417.
[81]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…)*, p. 216.
[82]ROXIN, C. *Derecho penal. Parte General Tomo I (…)*, pp. 227-*231*.

Cuando se discute en un proceso penal acusatorio, no se trata de hacer prevalecer cualquier clase de verdad sobre hechos, sino que de comparar razones para condenar o absolver el reo.

Es que el debate jurídico-penal no es una disputa por ninguna clase de verdad, ni como sustancia, ni como correspondencia, sino que se trata de una disputa sobre las mejores razones. Como se nota, no es algo absoluto, sino que relativo – en el sentido de establecer relaciones unas razones con otras –.

De hecho, si buscáramos la verdad con el proceso penal y de hecho existiera alguna verdad a buscarse, no se puede sino concluir que tal verdad sería previa al mismo proceso, con lo cual, su existencia sería completamente independiente de éste.

De ser así, algunas veces, ni siquiera sería necesario el procedimiento procesal para lograr la verdad científica, por ejemplo, si fuera del todo evidente por experiencias empíricas.

7.2. EL PROBLEMA POLÍTICO-CRIMINAL

Y es aquí que ingresa el problema político-criminal.

El problema político criminal con la verdad científica es que ella es intrínsecamente excluyente y, por ello, obedece a una lógica autoritaria.

Dicha lógica no se ubica simplemente en el hecho de existir al margen del Derecho, sino que es igualmente autoritaria en sentido lingüístico, sino veamos.

El uso cotidiano, del término verdad aspira a una autoridad excluyente, pues, si algo es verdadero, todo lo demás, es falso. No hay varias verdades sino sólo una.

Los intentos jurídicos de lograr una quiebra del sesgo autoritario de la verdad siempre han tratado de añadirle un adjetivo, para matizarla[83] [84]. La afirmación de *verdad* – especialmente en los casos difíciles – conduce sus defensores a recurrir a ficciones como es el caso del juez Hércules de Dworkin[85].

Además, la verdad no es sólo excluyente en el sentido intrínseco, sino que también vuelve inviable la pretensión de obtención de un resultado justo para el caso.

Ello se puede constatar cuando se compara el perfil excluyente de la verdad ya comentado con el sentido intrínseco de la palabra justicia.

Evidentemente – y de modo completamente opuesto a la verdad – la justicia no es universal y ni siquiera absoluta. No existe justicia absoluta, sino que simplemente se aspira a la práctica del justo.

Pero, este ejercicio – de lograr justicia – depende de comparaciones. No hay algo intrínsecamente justo, sino que algo es más o menos justo que otra cosa, por comparación.

Ello quiere decir que el hecho de pretender justicia, de aspirar por ella, depende de comparaciones entre opciones, con lo cual, se puede decir que el término justicia es intrínsecamente inclusivo, porque requiere la presencia del otro, de la alternativa, de la comparación.

8. EL CIERRE DEL CÍRCULO: LA VUELTA LÓGICA A LAS PROPOSICIONES DE VIVES ANTÓN

Se existiera algo como una verdad jurídica previa, no necesitaríamos del proceso, no necesitaríamos probarla, sino simplemente encontrarla, no con pruebas o argumentos, sino con experiencia empírica.

---

[83]Tales como *verdad formal* o *verdad procesal*. Sobre el tema véase: MARINONI, L.G. & ARENHART, S.C. *Prova,* 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 34.

[84]Y: LOPES JR., A. *Direito processual penal,* 9ª ed., GEN-Atlas, São Paulo, 2012, p. 565.

[85]Véase: DWORKIN, R. *"Los Derechos en Serio"*. 2ª. Ed., Trad. de Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, 1989, p. 13.

Si hablamos de proceso y necesitamos probar algo, el blanco no es la verdad, sino la necesidad de contraponer argumentos, en la búsqueda de la solución más justa para el caso.

Por ello, resulta absolutamente correcta la idea de Tomás Vives de que el sistema penal debe de sustituir la pretensión de verdad por la pretensión de Justicia, tal como referido al inicio de este texto.

Y volviendo al punto de vista lógico, este objetivo del Derecho penal – la pretensión general de justicia –, no depende, en absoluto, de cualquier clase de verdad, sino todo lo contrario.

A una, porque no expresa ninguna realidad en el mundo, ninguna clase de estructura objetiva, sino tan sólo un conjunto ordenado de tópicos para dar solución al caso concreto[86].

Y a dos porque, si lo hacemos depender la justicia de la obtención previa de la verdad, no llegaremos de ninguna manera a la primera. Ello, porque, si la verdad es excluyente – todo lo demás es falso – sólo queda una alternativa. Con ello, no es posible establecer comparaciones entre alternativas, ni buscar las mejores razones, ya que sólo existe una. Todas estas son esenciales a conformación del contenido de la justicia. Si partimos de un concepto excluyente no llegamos a uno inclusivo.

Así, parece obvio que la verdad no es – ni pudiera ser, en sentido lógico – un camino para aspirar a la justicia en el sistema jurídico.

Esta correcta pues, la proposición de *cambiar* la *pretensión de verdad científica* por una *pretensión de justicia.* No hay siquiera que subordinar la una a la otra, sino que simplemente cumple abandonar cualquier aspiración a la verdad científica en derecho y reconocer que él es tan sólo una *praxis*, una forma de argumentar alrededor de unos tópicos.

Esta es la única posibilidad de convertir el Derecho en un instrumento de realización de la libertad. No existe libertad en el yugo de la verdad.

Lo que quisiera proponer como reflexión final de estos argumentos es otra idea más del profesor Vives. Él dijo, en un pasaje esencial de su libro *Fundamentos del Sistema penal*[87] [88] que la superioridad de una teoría hacia otra se prueba en la práctica y no en el ámbito teórico.

Ello deriva de una razón muy sencilla es que si vamos a probar algo argumentativamente lo haremos con una red conceptual y lo que haremos es describir los resultados de dichas redes conceptuales y no algo en el mundo.

De ello deriva que las redes conceptuales argumentativas jurídicas no pueden lograr éxito comparativo frente a otras a partir de comparaciones sobre cuál de ellas mejor explica algo no mundo o más se acerca a la verdad, porqué, partiendo de las premisas conceptuales de cada una, esta será siempre la más exitosa.

La única posibilidad de comprobación de la superioridad de una teoría frente a otra es una comprobación de resultados prácticos y, sin lugar a dudas, una *praxis* cuyo objetivo es una pretensión inclusiva de justicia resulta ser naturalmente más democrática que cualquier clase de *praxis* volcada a un objetivo excluyente de alcanzar cualquier clase de verdad científica.

9. BIBLIOGRAFÍA

AQUINO, T.D. *Suma Teológica*, Trad. de Alexandre Correia, Nova Cultural, São Paulo, 1988.

ARISTÓTELES. *Metafísica, Livros I, II e III*, Cadernos de Tradução nº 15, Trad. de Lucas Angioni, Unicamp, Campinas, 2008.

[86] "[…] el sistema no representa —no puede, según lo expuesto, representar— ninguna clase de estructura objetiva: no es una imagen estilizada del delito, sino sólo un conjunto ordenado de tópicos, que permiten agrupar razonadamente los problemas que pueden presentarse a la hora de aplicar la ley al caso". *In*: VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos (…), Ob. Cit.*, p. 490.

[87] VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos (…), Ob. Cit*, p. 471. nota 27 y p. 496.

[88] VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos (…), Ob. Cit*, p. 471, nota 27.

BELING, E. *Esquema de Derecho penal - La teoría del delito tipo,* Trad. de Sebastián Soler, El Foro, Buenos Aires, 2002.
CANCIO MELIÁ, M. & GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Derecho penal del enemigo - El discurso penal de exclusión,* BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español - Parte General II, Teoría del Delito 1,* 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
CONSTANT, B. *La libertad de los modernos,* Trad. de Ángel Rivero, Alianza, Madrid, 2019.
DESCARTES, R. *El discurso del método*, Trad. de Eduardo Bello Reguera, Tecnos, Madrid, 2008.
DESCARTES, R. *Meditaciones metafísicas, con objeciones y respuestas*, Trad. de Vidal Peña, Alfaguara, Madrid, 1977.
DILTHEY, W. *Einführung in die Geisteswissenschaft,* Duncker & Humblot, Leipzig, 1883.
DURÁN PALACIO, N; RESTREPO OCHOA, D.A; SALAZAR TRUJILLO, C.J.; SIERRA RODRÍGUEZ, A. & E. SCHNITTER CASTELLANOS, M. "Historia paralela de la Psicología Clínica: un rastreo teórico-histórico", *in: Informes Psicológicos, nº. 9,* Ene-Dic, Medellín, 2007.
DWORKIN, R. *Los Derechos en Serio*, 2ª. Ed., Trad. de Marta Gustavino, Ariel, 1989.
ELBERT, C. *Franz von Liszt*. *Teoria e Prática na política criminal,* Trad. de Ney Fayet Júnior, Elegantia Juris, Porto Alegre, 2019.
FISCHER, H.A. *Die Rechtswidrigkeit: mit Berücksichtigung des Privatrechts,* C.H. Beck, München, 1911.
HEGLER, A. "Subjektive Rechtwidrigkeitsmomente im Rehmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs", *in: Festgabe für Reinhard von Frank,* J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930.
JESCHECK, H.H. & WEIGAND, T. *Tratado de Derecho penal,* 5ª ed., Comares, Granada, 2002.
LASK, E. *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1911.
LISZT, F.V. *La idea de fin en Derecho penal,* Trad. de Domingo Miral, Universidad Autónoma de México, Mexico-DF, 1994.
LISZT, F.V. *Tratado de Direito penal, vol. 1,* Trad. de José Hygino Duarte Pereira, F. Briguiet & Co., Rio de Janeiro, 1899.
LLOBET RODRÍGUEZ, J. *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal* (1933-1945), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
LOPES JR., A. *Direito processual penal,* 9ª ed., GEN-Atlas, São Paulo, 2012.
MARINONI, L.G. & ARENHART, S.C. *Prova,* 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
MAYER, M.E. *Der Allgemaine Teil des deutschen Straftrechts – Lehrbuch*, Carl Winterrs Universitätbuchhandlung, Heidelberg, 1923.
MEZGER, E. "Die subjektiven Unrechtselemente"*,* en: *Der Gerichtssaal,* tomo 89, Ferdinand Enke, Stuttgart, 1924.
MEZGER, E. *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2ª ed., Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1933.
MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal - Tomo I*, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, 1935.
MEZGER, E. *Tratado de Derecho penal - Tomo. II*, Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
MUÑOZ CONDE, F. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tempo,* 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
RICKERT, H. *Die Grenzen der Naturwissenschaflichen Begriffsbildung*, 7ª ed., Mohr-Siebeck, Tübingen, 1921.
RICKERT, H. *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, 7ª ed., Mohr Siebeck Tübingen, 1926.

ROXIN, C. *Derecho penal - Parte General Tomo I – Fundamentos - La estructura de la teoria del delito,* Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

ROXIN, C. *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

SCHAFFSTEIN, F. "Hans Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht", *en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, nº 56*, De Gruyter, Berlin, 1937.

STAMMLER, R. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1923.

TARSKI, A. *A concepção semântica da verdade,* Trad. de Cezar Augusto Mortari, Celso Reni Braida, Jesus de Paula Assis e Luiz Henrique de Araújo Dutra, Unesp, São Paulo, 2007.

VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal,* 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

WELZEL, H. "Persönlichkeit und Schuld", *en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, vol. 60, nº 1,* De Gruyter, Berlin, 1941.

WELZEL, H. "Derecho natural y positivismo jurídico", *in: Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1962.

WELZEL, H. "Derecho material y positivismo jurídico", *en: Estudios de filosofía del Derecho y Derechp penal,* Trad. de Ernesto Garzón Valdez, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

WELZEL, H. "Naturrecht und Rechtsposilivismus", *en: Festschrift für H. Niedermeyer*, Schwartz, Göttingen, 1953.

WELZEL, H. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlin, 1975.

WELZEL, H. *Derecho Penal Alemán - Parte General*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sérgio Yánez Pérez, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

WELZEL, H. *Derecho penal - Parte General,* Trad. de Carlos Fontán Balestra, Roque de Palma, Buenos Aires, 1956.

WILLIAMS, B. *Descartes: el proyecto de investigación pura,* Cátedra, Madrid, 1996.

WILLIAMS, B. *Verdad y Veracidad*, Tusquets, Madrid, 2006.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** nº 21. Núm. Ordinário (2023), pp. 175-196
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Leis penais em branco e competência legislativa da união em matéria penal: os contornos da norma de complementação para a afirmação da constitucionalidade da regra penal

Blank criminal laws and union's legislative competence in criminal matters: the contours of the complementation norm for the affirmation of the constitutionality of the criminal rule

Fábio André Guaragni[1]
Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba)

Sumário: 1. Introdução. 2. A competência para edição da norma incriminadora como consequência da dimensão formal do Princípio da Reserva Legal 3. Lei penal em branco, princípio da reserva legal e sua dimensão formal: a tensão produzida em relação à fonte de complementação do branco 3.1. Linhas gerais acerca das leis penais em branco 3.2. Há obediência ao princípio da reserva legal se uma parte do preceito primário do tipo é dada a conhecer através de fonte normativa diversa da lei ordinária? 4. Conclusão. 5. Referências.

Resumo: Por força do princípio da reserva legal, compete ao Poder Legislativo da União definir crimes. Porém, no caso de leis penais em branco de complementação heterogênea, parte da regra penal é constituída por complemento proveniente de fonte diversa da lei ordinária, hierarquicamente inferior. Discute-se, então, se leis penais em branco afrontam o princípio constitucional da reserva legal ou se, observados determinados limites, a filtragem constitucional da regra incriminadora é positiva. Dá-se especial ênfase à solução dada pelo C. Supremo Tribunal Federal ao assunto, a partir do Tema 1.246.

Palavras-chave: Princípio da reserva legal – leis penais em branco – constitucionalidade – competência legislativa da União.

Abstract: By virtue of the principle of legal reserve, it is up to the Legislative Power of the Union to define crimes. However, in the case of blank criminal laws of heterogeneous complementation, part of the criminal rule is constituted by a complement from a source other than the ordinary law, which is hierarchically inferior. It is discussed, then, if blank criminal laws defy the constitutional principle of legal reserve or if, observing certain limits, the constitutional filtering of the incriminating rule is positive. Special emphasis is given to the solution given by the Federal Supreme Court to the matter, starting from Theme 1.246.

Keywords: Principle of legal reserve – blank criminal laws – constitutionality – legislative competence of the Union.

[1] Doutor (2002) e Mestre (1998) em Direito das Relações Sociais pela UFPR, com estágio pós-doutoral na Università degli Studi di Milano (2012). Professor de Direito Penal Econômico do PPGD – Doutorado e Mestrado do Unicuritiba. Professor de Direito Penal e Presidente da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná – Fempar. Procurador de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná.

Recibido: 03/04/2023
Aceptado: 06/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043828

1. INTRODUÇÃO

Recentemente, o C. Superior Tribunal Federal brasileiro voltou a se debruçar sobre o tema dos limites a serem observados pelo legislador, quando da edição de leis penais em branco, para que resultem acordes com a Constituição da República (CR). Tratou-se da decisão plenária que solucionou o Tema 1246, em regime de repercussão geral.

A decisão dá oportunidade a que sejam revisitados os citados limites. De partida, importa frisar que leis penais em branco podem ou não ser inconstitucionais. Depende do modo como se dá o reenvio à norma complementadora do branco, "seu nível e forma de presença", sendo minoritária a posição de quem questiona "a necessidade da lei penal em branco e a evitabilidade da remissão a regulamentos"[2]. De fato, não partilhamos a) nem da posição que considera, de antemão, inconstitucionais todas as leis penais em branco, b) nem daquela que afirma a respectiva constitucionalidade, de modo alheio aos contornos do espaço normativo que foi deixado em branco e do modo como sucede complementá-lo.

As discussões sobre a constitucionalidade das leis penais em branco concentram-se no embate que a técnica legislativa produz com o princípio da reserva legal. São três os pontos de conflito: a) na dimensão formal, a edição de um pedaço do tipo penal por agência alheia ao Poder Legislativo da União, a quem materialmente compete legislar sobre direito penal (CR, art. 22, I); b) na dimensão da função de garantia da norma penal, as discussões relativas à taxatividade da lei penal, que periclita na exata medida em que parte do preceito primário fica incompleto, carecendo de uma complementação que, em geral, mostra-se estranha à redação do tipo; c) ainda na dimensão da função de garantia, os problemas alusivos ao tratamento da sucessão de leis penais e ao princípio da anterioridade da lei penal, quando da alteração da norma complementadora do branco, que se dá usualmente no campo do direito administrativo.

Aqui, detemo-nos só no primeiro problema. Trabalharemos, inicialmente, os contornos do princípio da reserva legal formal adotado na Constituição brasileira. Após, traçaremos considerações gerais sobre a categoria dogmática da lei penal em branco. Em seguida, discorremos exatamente acerca de quais limites devem ser observados quando do reenvio efetuado pela lei penal em branco para outras fontes normativas, para que seja adequada ao texto constitucional, do ponto de vista da não violação da competência privativa do Poder Legislativo da União para edição de leis penais. Aqui, inclusive, traremos alguns detalhes sobre a já citada decisão do STF, que motivou essas linhas. Ao final, seguem conclusões, ao modo de sumas.

2. A COMPETÊNCIA PARA EDIÇÃO DA NORMA INCRIMINADORA COMO CONSEQUÊNCIA DA DIMENSÃO FORMAL DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

O princípio da reserva legal tem, de início, uma dimensão formal: exige lei em sentido estrito para a produção das normas pelas quais o estado exerce controle social penal. Formalmente, o crime é um comportamento cuja forma discrepa daquela que o comportamento deveria ter, segundo a norma. Pois a forma que o comportamento deve ser (direito como dever-ser) é definida pela lei ordinária.

Ficam reservadas ao legislador não só as previsões dos comportamentos incriminados, nos preceitos primários dos tipos, como também as respectivas penas. Assim, as normas penais incriminadoras estão reservadas ao Poder Legislativo. E, de modo amplo, também normas que agravem de algum modo a posição do sujeito ativo de delito. Tudo é corolário da Filosofia da Ilustração. De modo consequente com a herança iluminista de limitação da "potestas puniendi" estatal, somente ao próprio povo é dado a) limitar a si mesmo em liberdades e outros direitos individuais e b) prever os limites com que o poder punitivo incidirá sobre si. Quando se autolimita,

[2]SANTANA VEGA, D.M. *El concepto de ley penal en blanco,* Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 41.

um povo é antes de tudo autônomo, no sentido de produzir sua própria norma, através da qual cada um sabe o que pode e o que não pode fazer, e o que acontece se fizer o que não pode[3]. Rechaça-se, na herança da Ilustração, a heteronomia, que consistiria em submeter-se a uma normativa produzida por agência ou fonte material diversa de si mesmo.

Nessa perspectiva, conectam-se jusnaturalismo e contrato social. Os direitos naturais, constituídos sob o Espírito das Luzes pela valorização do indivíduo frente ao Estado, significam que cada ser humano não precisa do Estado para possuir direitos. Afinal, tem um valor tão elevado que nasce com eles. O jusnaturalismo é um limite externo ao poder estatal[4]. Porém, a respectiva preservação apresenta-se difícil mediante ações pessoais, representativas de justiça pelas próprias mãos. A clássica pretensão hobbesiana de evitar uma guerra de todos contra todos, na proteção que cada um teria interesse de fazer em prol de seus direitos naturais, leva à criação de um Estado Civil por parte da coletividade humana. Uma vez criado, aprovisionará os indivíduos de segurança, quando ofendidos por outros indivíduos. O ofendido não faz justiça por meios próprios. Abre mão da liberdade de fazê-la, transferindo-a ao Estado nas situações previamente desenhadas em lei, com consequências para todos e sobre todos previamente conhecidas. Como contrapartida, o Estado é obrigado à prestação da segurança e justiça, na defesa daqueles que foram vitimados[5]. Por isso, uma ação penal pública, com impulso oficial por órgão de Estado (Ministério Público). E, quando o Estado atua mediante exercício de poder-dever, há de respeitar os limites legais estabelecidos para sua atuação. Nessa dinâmica, de modo sincrônico, o Iluminismo refundamentou o exercício do poder punitivo (aspecto menos propalado da herança Iluminista no direito e processo penal) e estabeleceu contenções para ele (aspecto mais conhecido da reportada herança).

Para reforço da autonomia popular, na crença de que os limites às liberdades públicas dos membros do povo são criados por eles mesmos, a produção legislativa nas democracias representativas dá-se mediante um rito que garante a participação popular, direta ou mediante representação. O modo mais usual é o segundo. É feito através de processo legislativo, levado a cabo no seio do Poder Legislativo, segundo competências previamente estabelecidas na carta constitucional. Como bem assinala Pulitanò, "o conceito de lei se refere à lei formal emanada do Parlamento e promulgada pelo Presidente da República em conformidade com o art. 70 ss. da Constituição. Até aqui, estamos no sulco da fundação iluminista do princípio da legalidade: a lei penal como expressão da vontade formada e expressa pelo órgão representativo"[6] [7].

No Brasil, o art. 22, I, CF, prevê a competência legiferante do Poder Legislativo da União para, mediante processo legislativo garantidor da autonomia popular na autolimitação de liberdades públicas, criar normas em direito penal. O *iter* do processo legislativo exige a atuação dos congressistas, enquanto representantes populares. Trata-se de competência privativa. Diversamente da exclusiva, a competência privativa é delegável: a mecânica está prevista no próprio art. 22, parágrafo único, CF, que prevê a possibilidade de o Congresso, através de Lei Complementar, autorizar os Estados-membros da Federação a legislarem "sobre

[3]VALLEJO, M.J. *Principios constitucionales y derecho penal moderno,* Ad-hoc, Buenos Aires, 1999, p. 24.
[4]BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant,* Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997, p. 15.
[5]LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos,* Vozes, Petrópolis, 1994, pp. 132-133.
[6]PULITANÒ, D. *Diritto Penale,* 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2011, p. 103.
[7]A referência aos arts. 70 e ss. dizem acerca da formação da lei no processo legislativo italiano, segundo a respectiva Carta Constitucional, de 1948. Correspondem aos arts. 59 e ss. da CF. *In*: BRASIL, *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

questões específicas" nos temas previstos no rol do art. 22 – inclusive de direito penal[8].

Raramente, fazem-se usos no Brasil de expedientes constitucionais de participação popular direta, estabelecidos no art. 14, CF[9]: a) referendos (art. 14 II CF) e plebiscitos (arts 14, I e 49, XV, CF), como o referendo realizado em 2005 acerca do art. 35 da Lei 10826/03[10], pelo qual cerca de 63% dos eleitores brasileiros votantes foram contrários à proibição do comércio de armas no país; b) a iniciativa de lei popular (art. 61, parágrafo 2º, CF, exigente de um mínimo de "no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles"[11]), de que foi exemplo, em matéria criminal, a proposição das dez medidas de combate à corrupção (PL 4850/16[12]), capitaneada pelo MPF, cujo teor foi desfigurado no transcurso das votações.

Vale acrescentar que o princípio da reserva legal, a partir do desenho legislativo brasileiro, não possui natureza substancial. Significa que, além da necessidade de *lex praevia,* a moldura do delito é dada pela forma escrita e estrita (*lex scripta et stricta)*, incumbindo ao legislador o dever de clareza semântica (princípio da taxatividade da norma – *lex certa*). A *lex stricta* implica na vedação de analogia em desfavor do imputado, sendo inviável o apelo a espécie de danosidade produzida pelo comportamento para puni-lo à míngua de previsão legal, em analogia a casos expressos em lei. Não se adota, portanto, um princípio de legalidade substancial no país.

Traçado o panorama através do qual, no Brasil, é possível construir crimes e penas – isto é, através da estreita observância ao Princípio da Reserva Legal formal, que enuncia, no art. 5º, XXXIX, CF, que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (regra igualmente estampada no CP, art. 1º[13]), conduzimo-nos ao tema da lei penal em branco. A questão é saber como a lei penal em branco tensiona a noção de que, formalmente, todo crime e toda pena só podem proceder de lei ordinária – aquela que passa pelo processo legislativo, acima mencionado.

3. LEI PENAL EM BRANCO, PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E SUA DIMENSÃO FORMAL: A TENSÃO PRODUZIDA EM RELAÇÃO À FONTE DE COMPLEMENTAÇÃO DO BRANCO

Na dimensão formal, o princípio da reserva legal expressa a ideia de que algo está reservado à lei ordinária: veicular crimes e penas. A lei ordinária figura como fonte formal, ou de conhecimento, do comportamento incriminado e da resposta punitiva. Já o Congresso Nacional, onde se dá o *iter* consistente no processo legislativo, mediante discussão bicameral, apresenta-se como fonte material, também denominada fonte de produção.

O tensionamento produzido pelas leis penais em branco em relação à dimensão formal do princípio da reserva legal é bastante conhecido. Afinal, trata-se de lei penal incriminadora na qual o preceito primário do tipo mostra-se incompleto – uma parte da descrição do comportamento encontra-se em branco. E o trecho em branco é completado por outra fonte normativa de conhecimento. Daí definir-se lei penal em branco como aquela cujo preceito primário é completado por outra norma, "no todo ou em parte"[14]. A tensão com o princípio da reserva legal, acima aludida,

---

[8]BRASIL. *Constituição, idem.*
[9]BRASIL. *Constituição, idem.*
[10]BRASIL. *Lei nº 10.826 de 2003*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
[11]BRASIL. *Constituição, idem.*
[12]MPF. *Projeto de Lei nº 4.850 de 2016*, disponível em: https://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2060-PL-4850.pdf, aceso em: 27 abr. 2023.
[13]BRASIL. *Constituição, idem.*
[14]MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. *Corso di Diritto Penale,* 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2001, p. 114.

deriva das situações nas quais a complementação do branco advém de fonte de conhecimento distinta da lei ordinária, ou lei em sentido estrito. Usualmente – mas não obrigatoriamente – são fontes de conhecimento do direito hierarquicamente inferiores à lei ordinária, observada a pirâmide normativa. E, também usualmente, a agência de produção (ou fonte material do direito) não corresponde ao Congresso Nacional.

No ponto, convém rememorar as linhas centrais da categoria dogmática da lei penal em branco.

3.1. *LINHAS GERAIS ACERCA DAS LEIS PENAIS EM BRANCO*

De fato, nem sempre o complemento da lei penal em branco é dado por fonte normativa de hierarquia inferior à lei ordinária. A complementação da lei penal em branco pode também se dar mediante fonte formal de hierarquia igual à lei penal ordinária que se apresenta lacunosa. Nesse caso, há lei ordinária penal em branco complementada por outra lei ordinária – ambas com mesmo nível hierárquico. É o que se denomina lei penal em branco de complementação homogênea, homóloga, lei penal em branco em sentido amplo ("lato sensu") ou imprópria. Por exemplo, o art. 178, CP[15], que incrimina a emissão de conhecimento de depósito ou *warrant* "em desacordo com disposição legal". As disposições legais estão em branco. Por isso, o art. 178 reenvia à Lei 11.076/2004[16], que disciplina os requisitos para emissão dos títulos citados[17] [18] [19].

Porém, são mais frequentes aquelas em que o branco é complementado por fonte formal distinta da lei ordinária e, repete-se, usualmente inferior em nível hierárquico. Neste caso, tem-se a norma penal em branco de complementação heterogênea, heteróloga, norma penal em branco em sentido estrito ("stricto sensu") ou própria. O exemplo mais corriqueiro é o art. 33 da Lei 11.343/06 (tráfico)[20], que criminaliza o tráfico de drogas "em desacordo com determinação legal ou regulamentar". A Portaria 344/98-Secretaria da Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde é a norma de complementação[21].

A remissão efetuada pelo preceito primário à norma diversa pode ser específica, com a respectiva e clara identificação, apontando-se por exemplo o

---

[15]BRASIL. *Código Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

[16]BRASIL. *Lei nº 11.076 de 2004*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11076.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

[17]Dá-se neste exemplo uma lei penal em branco de complementação homogênea heterovitelina (lei ordinária que encontra seu complemento em outra lei ordinária. *In*: BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro,* Revan, Rio de Janeiro, 1990, pp. 73-74.

[18]Também se alude ao fenômeno de um *reenvio externo*, porque uma lei penal em branco remete à norma contida em lei diversa daquela que a prevê. Se a outra norma estivesse contida *na mesma lei,* haveria lei penal em branco de complementação homogênea homovitelina, correspondendo a um *reenvio interno*. Assim, a norma penal em branco de complementação homogênea pode operar reenvio externo (a outra lei) ou interno (à outra norma da mesma lei).

[19]Enrique Cury alude, ainda, com apoio em Grispigni, à lei penal em branco *ao revés* Designa normas que estabelecem o preceito primário, enviando a outra norma o conteúdo da sanção. No Brasil, o uso de documento falso, art. 304, CP, serve de exemplo, remetendo a sanção aos tipos incriminadores dos próprios atos de falsificação. Note-se que a norma penal em branco está *ao revés,* porque em regra a categoria concerne à necessidade de complemento no preceito primário, não no preceito secundário. *In*: CURY, E. *La Ley Penal en Blanco,* Editorial Temis, Bogotá, 1988, p. 42.

[20]BRASIL. *Lei nº 11.343 de 2006*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

[21]BRASIL. *Portaria nº 344 de 1998*, disponível: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html, acesso em: 27 abr. 2023.

número da lei, o nome pelo qual é conhecida, até um artigo de lei. É o caso do art. 40, Lei 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais)[22], que incrimina a conduta de "causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990[23], independentemente de sua localização". Porém, na maior parte dos casos, há remissão genérica, com mera alusão à fonte normativa diversa, de maneira indefinida ou inespecífica. Na mesma lei de crimes ambientais, serve de exemplo o art. 38, prevendo como crime "destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção". Subsome-se a conduta ao art. 38 e, após, ele reenvia às normas que preveem proteção das florestas de preservação permanente, quando do respectivo uso.

Note-se que essa norma para a qual a lei penal em branco faz reenvio genérico pode ser preexistente ou futura. É intuitivo que, na hipótese de norma de complementação futura – ainda inexistente quando editada a lei penal -, o tipo não poderá ser empregado enquanto ela não sobrevém, pois ausente o complemento do branco.

Quanto à norma complementadora: é possível que a norma penal em branco remeta a uma norma e esta, a seu turno, faça remissão a uma terceira. Tem-se, então, lei penal em branco de remissão sucessiva ou em segundo grau. Reportada situação torna mais aguda a tensão entre leis penais em branco e reserva legal, não só por uma ou ambas as fontes de complementação não serem leis ordinárias, mas pela intensificação da incerteza concernente ao comportamento proibido. Por outro lado, a norma complementadora pode fazer alusão expressa ao fato de que integra o preceito primário de um tipo penal. Quando isto ocorre, tem-se uma cláusula de remissão inversa[24], reduzindo a incerteza inerente à lei penal em branco e minimizando o atrito entre esta e o princípio da taxatividade da norma penal, vertente do princípio da reserva legal no que exigente de *lex certa.*

Note-se, por fim, que quando fala de lei penal em branco, a literatura brasileira dominantemente toma em consideração a fonte formal ou de conhecimento

[22]BRASIL. *Lei nº 9.605 de 1998*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
[23]BRASIL. *Lei nº 99.274 de 1990*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
[24]VALLEJO, M.J. *Principios constitucionales (...), Ob. Cit.*, p. 36.

da norma penal, e não a fonte material ou de produção[25] [26] [27] [28] [29] [30] [31] [32] [33]. Como antedito, em regra, o órgão expedidor do complemento da lei em branco de complementação heterogênea acaba sendo diverso do Poder Legislativo da União, que detém competência privativa para editar normas penais (art. 22, I, CF[34]). Há, porém, quem atente para a *fonte de produção* já no conceito da categoria. Por exemplo, em seu *Tratado,* ZAFFARONI tomou-a em conta, ao definir lei penal em branco *lato sensu* como aquela que deveria socorrer-se em outra lei "emergida do mesmo órgão ou poder legiferante", enquanto a lei penal em branco *stricto sensu* geraria problemas concernentes à reserva de lei, porque a determinação do conteúdo proibido apelaria a "outro órgão legiferante"[35] [36].

---

[25]Dentre outros, tomam em consideração a fonte de conhecimento na definição de lei penal em branco, Luiz Regis Prado afirma; "A lei ou norma penal em branco pode ser conceituada como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra lacunosa ou incompleta, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação. Essa afirmação significa dizer que o preceito, hipótese legal (preceito ou prótase) é formulada de maneira genérica ou indeterminada, devendo ser preenchida, colmatada ou determinada por ato outro normativo (legislativo ou administrativo), em regra, de cunho extrapenal, que fica pertencendo, para todos os efeitos, à lei penal." *In:* PRADO, L.R. *Curso de Direito Penal Brasileiro* - Parte Geral, Vol.1, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, pp. 183-184.

[26]Sobre a mesma questão Rogério Greco diz; "embora haja uma descrição de conduta proibida, essa descrição requer, obrigatoriamente, um complemento extraído de um outro diploma – leis, decretos, regulamentos, etc. – para que possam, efetivamente, ser entendidos os limites da proibição ou imposição feitos pela lei penal". Não obstante, Rogério Greco alude à necessidade de que as fontes de *produção* sejam tomadas em conta quando se classifica a lei penal em branco (sentido estrito ou amplo). *In*: GRECO, R. *Curso de Direito Penal,* 12ª ed., Impetus, Rio de janeiro, 2010, p. 20.

[27]Ainda, Cezar Roberto Bittencourt afirma que; "Leis penais em branco são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal". *In*: BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal - Parte geral*, Vol. 1, 11ª. ed., Saraiva, São Paulo, 2007, p. 170.

[28]René Ariel Dotti afirmou: "Elas se caracterizam pelo sentido genérico do preceito que deve ser completado por outra disposição normativa (lei, decreto e regulamento)". *In*: DOTTI, R.A. *Curso de Direito Penal: parte geral*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2020, p. 348.

[29]Para Heleno Cláudio Fragoso; "A descrição da conduta incriminadora necessita ser integrada por outra norma já existente ou futura". *In*: FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal (Parte Geral)*, 16 ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004, p. 92.

[30]José Henrique Pierangeli opta por uma acepção material (fonte de produção) para definir o complemento do branco. *In*: PIERANGELI, J.H. *Escritos jurídicos penais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 176.

[31]Luis Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina definem as leis penais em branco como "aquelas que contêm só a ameaça da pena e no que respeita ao tipo remetem a outras normas", do que se entrevê alusão a leis penais em branco de remissão integral a outra norma, de um lado, e ênfase na fonte de conhecimento ou formal ao definir a categoria dogmática, de outro. *In*: GOMES, L.F. & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Direito Penal - Parte geral,* Revista do Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 71-74.

[32]Hans Welsel caminha neste sentido na literatura estrangeira, vez que o apelo mais usual é também à fonte de conhecimento. *In*: WELZEL, H. *El nuevo sistema del derecho penal,* (Trad. José Cerezo Mir), BdeF, Buenos Aires, 2004, p. 181.

[33]Enrique Cury ao conceituar lei penal em branco como "toda aquela que remete o complemento do seu preceito à disposição distinta, quaisquer que sejam a origem e localização desta última". *In*: CURY, E. *La Ley Penal (…), Ob. Cit.*, pp. 39-40.

[34]BRASIL. *Constituição, idem*.

[35]ZAFFARONI, E.R. *Tratado de Derecho Penal* - Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 190.

[36]Note-se que, em obra mais recente, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, utilizam um conceito que apela para fontes formais: "Existem casos em que a lei penal se limita a estabelecer uma cominação, deixando que a ação proibida seja determinada por outra lei, que pode ser também formal, mas que em geral não o é: se trata das chamadas leis penais em branco". Ou seja, os citados autores defendem a sistemática inconstitucionalidade da norma penal em branco em sentido estrito. *In:* ZAFFARONI, E.R; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Derecho Penal - Parte General,* Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 108.

O apelo à fonte formal para definição da norma penal em branco – acima tomado em conta – coordena-se melhor com o que revela a própria *leitura* dos preceitos primários que são veiculados por leis penais em branco. Eles não costumar citar outro órgão legiferante. O que fazem é remeter para outra fonte normativa formal (por ex., *em desacordo com a lei, sem autorização regulamentar, etc.*). Porém, é inegável que o critério acarreta certa *colisão* com um dos fundamentos político-criminais da categoria.

De fato, as leis penais em branco têm dupla utilidade político-criminal: a) a remissão a complementos cuja edição exige menos formalidades que a lei penal permite uma constante atualização do tipo incriminador, sem que tenha que ser revisado mediante sucessivos projetos de lei[37]; b) numa sociedade detentora de conhecimentos técnicos profundos, montada sobre o avanço tecnológico produzido pelo *cogito* e pela Revolução Industrial, na qual um homem "especialista" passa a vida estudando, v.g., um concreto fenômeno da física[38], o conhecimento técnico é absolutamente necessário para a edição de normas penais tangentes às áreas da vida mais sofisticadas.

O direito penal, ao assumir a função de redução de patamares de risco, regulamenta setores que envolvem medicina sanitária, fármacos, atividades nucleares, biogenética, trato com agrotóxicos e respectivas embalagens, dentre outros. Em todas as áreas, abre-se a necessidade de preservar a confiança nos "sistemas peritos", enquanto conhecimentos técnicos repetida e publicamente testados, viabilizadores de produtos e serviços como bens de consumo[39] [40]. Para tanto, carece de dados técnicos acerca dos quais um conhecimento profundo e necessário não é detido, em regra, pelos membros do Poder Legislativo. Usualmente, o Estado conta com técnicos detentores destes conhecimentos no âmbito do Poder Executivo. O Poder Executivo, mediante atividade administrativa munida de poder de polícia, realiza controles sobre tais áreas. Atualmente, mundo afora, fá-lo na perspectiva de um Estado que: a) recuou da posição de levar avante iniciativas estratégicas da vida econômica, concedendo-as aos particulares – tratou-se do processo de globalismo econômico, de traço neoliberal, dos anos 90 do século passado; b) coloca-se na retaguarda, como espécie de gerente ou gestor de riscos[41]; c) regulamenta e fiscaliza sobretudo as atividades arriscadas dos vários setores da vida econômica, após cominuí-las em fascículos bem identificados como alvos de controle; d) tenta acompanhar, assim, cada etapa dos processos destinados à produção e distribuição de bens e serviços ao consumo, estipulando para cada uma delas patamares aceitáveis de risco, de modo a neutralizar a dificuldade que adviria para, em caso de dano, identificar os processos causais correlatos e realizar as imputações objetivas de comportamentos; e) esse quadro desemboca no direito

---

[37]Enrique Cury destaca de forma favorável este fundamento. *In*: CURY, E. *La Ley Penal (…), Ob. Cit.*, pp. 51-52.

[38]José Ortega y Gasset afirmava: "a especialização começa precisamente num tempo que chama homem civilizado ao homem 'enciclopédico´. O século XIX inicia seu destino sob a direção de criaturas que vivem enciclopedicamente, embora sua produção já tenha um caráter de *especialismo.* Na geração subsequente, a equação se deslocou, e a especialidade começa a desalojar dentro de cada homem de ciência a cultura integral. Quando em 1890 uma terceira geração toma o comando intelectual da Europa, encontramo-nos com um tipo de cientista sem exemplo na história". *In*: ORTEGA Y GASSET, J. *La Rebelión de las Masas*, 2ª ed., Editorial Andres Bello, Santiago, 1996, p. 143.

[39]Para Anthony Giddens, os *sistemas peritos* são "sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje". *In*: GIDDENS, A. *As conseqüências da modernidade,* UNESP, São Paulo, p. 35.

[40] abordamos questões acerca da intercessão entre direito penal e sistemas peritos. *In*: 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*, Juruá, Curitiba, 2010, pp. 72-87.

[41]NIETO MARTÍN, A. "Introducción", *in*: *El derecho penal económico en la era compliance,* Valencia, 2013, p. 13.

penal mediante o apelo legislativo aos crimes de perigo abstrato, ofensivos a bens jurídicos de recorte supraindividual. Nesta moldura ampla é que os especialistas do corpo funcional dos poderes executivo dos estados nacionais produzem regulamentos que completam as leis penais em branco, nutrindo-as de dados técnicos sofisticados que o legislador não conhece.

Esta a essência da autêntica lei penal em branco. Aí vai sua verdadeira razão de ser: dar voz aos especialistas, cuja presença no corpo funcional estatal costuma se dar no ambiente do Poder Executivo. Não fosse a necessidade de conhecimentos incomuns – cada vez mais exigidos nas sociedades de corte pós-industrial do século XXI – atenuar-se-iam as razões do legislador para produzir a lei penal com o preceito primário incompleto. Conquanto cotidianas as críticas às leis penais em branco – principalmente em face do princípio da reserva legal -, é de ser reconhecida, aqui, uma virtude: é melhor que a lei penal possa contar com as impressões e conhecimentos dos técnicos e cientistas, seja para atingir as condutas que, verdadeiramente, são geradoras de riscos para os bens de proteção penal, seja para evitar sejam atingidos comportamentos inócuos. Diminui-se o risco do erro com a presença dos especialistas.

Num exemplo rápido, para a identificação de substâncias naturais ou sintéticas causadoras de dependência, cujo controle incumbe ao Estado, os conhecimentos técnicos farmacológicos, médicos e sanitários são necessários. Os técnicos aptos para, na estrutura estatal, definirem tais substâncias, estão nos órgãos sanitários, ligados ao Poder Executivo. Não vai o legislador definir quais são as substâncias, os princípios ativos, as combinações manuseadas, inclusive, com síntese laboratorial. Haveria uma norma penal editada por alguém desmuniciado de acervo de conhecimento adequado, criando um rol de substâncias eventualmente equivocado. Lado outro, a dependência de um processo legislativo moroso a cada necessidade de atualizar o rol de substâncias entorpecentes implicaria em constante descompasso entre a lei e aquelas efetivamente circulantes. Daí o próprio STF já ter confirmado a constitucionalidade do art. 33 da Lei 11.343/06[42] (tráfico de entorpecentes) e de sua complementação pela via administrativa – Portaria 344/98 SVS/MS. Trata-se do precedente Segundo Ag.Reg. no Rext 1.119.015/MG, Rel. Min. ROSA WEBER, 1ª Turma, Sessão Virtual de 16.10.2020 a 23.10.2020[43].

Numa sociedade de conhecimentos sofisticados, o Poder Legislativo não dá conta de atingir o conjunto de conhecimentos técnicos requeridos para intervir penalmente nos correspondentes setores da vida econômica que podem comprometer a segurança alimentar, sanitária, ambiental, dentre outras dimensões da segurança, tanto como direito individual (art. 5º, caput, CF[44]) como supraindividual social (art. 6º, CF[45]). Daí produzir-se uma necessidade da categoria dogmática da norma penal em branco, e a intensificação do respectivo uso na política criminal econômica e ambiental[46].

Por isso é que, de regra, cabe a nomenclatura lei penal em branco em *sentido estrito* para aquela que é completada por fontes normativas diversas da lei (formalmente inferiores). Afinal, os órgãos que as produzem são justamente aqueles que dão voz aos especialistas.

Já a lei penal em branco que o próprio legislador completa, mediante fonte de igual hierarquia, só pode ser reputada uma lei penal em branco no ponto em que contém uma incompletude, que reclama a presença de outra norma. É o único ponto em comum com a lei penal em branco em sentido estrito. Daí ser lei penal em branco apenas no *sentido amplo,* já que precisa complementar-se por outra norma. Não se trata uma lei penal em branco na verdadeira *acepção*, pois não exige remissão aos

[42]BRASIL. *Lei nº 11.343 de 2006*, idem.
[43]STF. *Ag.Reg. no Rext 1.119.015/MG*, disponível em: https://portal.stf.jus.br, acesso em: 27 abr. 2023.
[44]BRASIL. *Constituição, idem.*
[45]BRASIL. *Constituição, idem.*
[46]Também assim: GOMES, L.F. & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Direito Penal (...), Ob. Cit.,* pp. 44-45.

conhecimentos dos especialistas que possam integrá-la, mediante fonte legislativa diversa formal - decretos, resoluções, portarias, regulamentos, todas expressões usuais de atuação normatizadora do Poder Executivo, em caráter anômalo. As leis penais em branco em sentido amplo, a rigor, não ostentam as razões de existência da autêntica lei penal em branco.

3.2. HÁ OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL SE UMA PARTE DO PRECEITO PRIMÁRIO DO TIPO É DADA A CONHECER ATRAVÉS DE FONTE NORMATIVA DIVERSA DA LEI ORDINÁRIA?

Quanto à pergunta acima formulada, desde logo se afirma: a lei penal em branco em sentido amplo não se mostra problemática[47]. Afinal, conquanto incompleta, se o próprio legislador expede a norma de complementação, tem-se que tanto a lei em branco, como o complemento do branco, foram produzidos pela autoridade privativamente competente (Poder Legislativo da União), na forma do art. 22, I, CF[48].

Contrariamente, há tensão entre a dimensão formal do princípio da reserva legal e a categoria da lei penal em branco *em sentido estrito*. Isso deriva não só a) do fato de que há remissão à fonte normativa formal diversa da lei em sentido estrito, mas também porque b) isso implica, em regra, remissão a uma fonte normativa material diversa, como as agências estatais de gerenciamento de riscos e setores da vida econômica e social, como, no Brasil, a Anvisa[49], Anatel[50], Anac[51], ou diretamente aos órgãos do Poder Executivo com poderes regulamentares. Esse panorama gera atrito com a competência constitucional exclusiva para produção da norma penal reservada ao Poder Legislativo da União. Lado outro, c) mesmo o Poder Legislativo, atuando como fonte material ou de produção, eventualmente expede atos normativos que não ostentam a condição de lei ordinária. E tais atos podem ser usados para preencher brancos deixados nos preceitos primários de tipos penais. Sabe-se, por exemplo, que o Senado da República pode fixar resoluções em matéria tributária (art. 155, 2º, II, CF[52]). Acaso referida resolução complemente lei penal em branco em matéria penal tributária, aflora a questão dos limites formais reservados à lei ordinária em matéria criminal.

Como se resolve o problema?

Não se pode taxar a lei penal em branco de inconstitucional *tout court.* Tampouco afirmá-la constitucional sempre. Em verdade, a análise depende de cada situação concreta. A solução acerca da constitucionalidade ou não do tipo penal, nesses casos, passa inicialmente pela identificação do motivo central pelo qual se deixam brancos a serem preenchidos no preceito primário. Se para completar o tipo, há necessidade de evocar conhecimentos técnicos verticalizados, no marco de uma sociedade pós-industrial, dependente da confiança em sistemas peritos, sintéticos de tecnologias avançadas que inundam o mercado como bens e serviços destinados ao consumo, o uso da técnica de reenvio se anuncia legítimo. Já destacamos, neste sentido, que é *até prudente dar voz ao especialista,* ainda que integrando poder de

---

[47]Luís Greco assinala que "apenas nas hipóteses em que a dependência do direito penal diz respeito a direito administrativo legislado (federal) inexistem problemas no que se refere à compatibilidade com o nullum crimen". *In*: GRECO, L. "A Relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa", in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* Vol. 58, Revista dos Tribunais, São Paulo, jan/2006, p. 164.

[48]BRASIL. *Constituição, idem.*

[49]ANVISA. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br, acesso em: 27 abr. 2023.

[50]ANATEL. *Agência Nacional de Telecomunicações*, disponível em: https://www.gov.br/anatel/pt-br, acesso em: 27 abr. 2023.

[51]ANAC. *Agência Nacional de Aviação*, disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br, acesso em: 27 abr. 2023.

[52]BRASIL. *Constituição, idem.*

Estado diverso do Legislativo (como sói ocorrer, particularmente quando o Estado assume função gerencial de riscos). A norma penal se coordena com a atividade gerenciadora de riscos do Estado. A verificação da constitucionalidade da norma, de um lado, há de se orientar por este eixo. Como outro eixo, põe-se a questão de manter-se o cerne da lei penal em branco como expressão popular comum a todo o processo de criminalização primária de uma conduta: só ao povo, enquanto destinatário da norma penal, é dado limitar suas liberdades, mediante atuação de seus representantes. Isso há de ser preservado também nas leis penais em branco.

Estes eixos, combinados, viabilizam a constitucionalidade da lei penal em branco. Resulta da combinação de ambos determinados limites. Se obedecidos, resultam em leis penais em branco constitucionais. Caso contrário, levam ao conflito com a regra fundamental. Cabe à doutrina achá-los, sobretudo para orientação do legislador. Não é aceitável a afirmação pura e simples da inconstitucionalidade da categoria, cega aos fatos geradores do incremento da respectiva utilização político-criminal e desatenta aos contextos de vida de sociedades pós-industriais, de mercados globalizados, sistemas peritos e fichas simbólicas. É nesses contextos sociais, altamente cercados de conhecimentos técnicos, que se aplicam os tipos penais construídos sob a técnica da lei penal em branco.

A posição de considerar a lei penal em branco automaticamente constitucional, sem examinar as razões legislativas para tanto, numa postura principalmente alheia à necessidade de aporte de conhecimentos típicos de órgãos técnicos de gestão de riscos, situados usualmente no poder executivo do Estado, ou em agências públicas autônomas:

> a) não contribui para o debate orientado à construção de limites que possam fundamentalmente *auxiliar o legislador,* quando faz uso desta modalidade de remissões;
> b) despreza o fato de que, na Constituição brasileira, o tráfico de entorpecentes – classicamente tipificado mediante lei penal em branco - é indicação criminalizadora contida no art. 5º, XLIII[53], de modo que está longe de ser um tipo penal inconstitucional[54]. Esta posição, por extensão, acaba violando o próprio princípio de vedação de proteção deficiente à saúde pública, derivado do comando constitucional de criminalização[55] [56], no específico tema do tráfico de drogas;
> c) não atenta para o fato de que a adoção das teorias de imputação objetiva no sistema de análise do delito acaba impondo uma remissão a normas extrapenais legais e infralegais *em todo e cada caso penal julgado,* para fixação do caráter permitido ou proibido dos patamares de risco gerados pela conduta. Além delas, mesmo "normas técnicas de segurança, a lex artis, o chamado princípio da confiança e, por fim, a própria ideia de homem prudente"[57] dão suporte à imputação objetiva do evento ao agente. Neste sentido, diz Greco, uma remissão

[53]BRASIL. *Constituição, idem.*

[54]Não é preciso adentrar na discussão acerca da possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais, não só por vício de forma (aprovação de emenda com quórum inferior ao necessário, v.g.) como de conteúdo material. A indicação criminalizadora do tráfico feita na Constituição, equiparando-o aos crimes hediondos e restringindo a aplicação de institutos constitutivos de *favor rei,* como fiança, graça (indulto individual) e anistia, não tem vício material ou formal de inconstitucionalidade.

[55]Sobre o princípio de vedação de proteção deficiente coliga-se ao direito fundamental à segurança do cidadão enquanto sujeito passivo de delitos, contido no preâmbulo e no art. 5º, caput, CF, e orienta o direito penal, tanto quanto os princípios tradicionais de contenção ao poder punitivo que derivam da mesma Carta Magna e estão, em boa medida, contidos no próprio art. 5º. Da composição daquele com estes obtém-se uma equilibrada política criminal. *In*: PULIDO, C.B. *O direito dos direitos – escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais,* Marcial Pons, São Paulo, 2013, pp. 133-134.

[56]STRECK, M.L.S. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais,* Livraria dos Advogados, Porto Alegre: 2009, pp. 101 e ss.

[57]GRECO, L. "A Relação entre o direito penal *(...), Ob. Cit.,* pp. 169.

> a atos administrativos (inclusive de caráter normativo genérico), por parte do direito penal, é legítima ao menos quando "nada mais faça do que concretizar o que é exatamente o risco permitido em determinado dispositivo"[58].

Segundo essa importante posição doutrinária, a técnica de reenvio da lei penal em branco finda por servir para fixar, a partir da lei, qual será o critério para determinação da ultrapassagem do risco permitido conducente à imputação de lesão ao bem jurídico. Como regra, as normas penais abrem mão de definir o critério; excepcionalmente, isto não sucede quando há reenvio ao ato administrativo. Essa contribuição dogmática da lei penal em branco acaba por ser virtuosa: afinal, usualmente a construção do parâmetro de risco permitido é uma tarefa que, em cada tipo penal, o intérprete tem que realizar por conta. É obrigado a compilar mentalmente todo um horizonte normativo, para localizar regras capazes de fundar a conclusão de que a conduta ultrapassa o patamar de risco permitido, colocando o bem jurídico penalmente tutelado sob perigo intolerável. Porém, na lei penal em branco, – e nas técnicas de falso reenvio, que são as remissões a atos administrativos concretos e os elementos normativos-jurídicos do tipo, vale dizer – essa tarefa é facilitada. Bastará ao intérprete, afinal, buscar a norma complementadora. Lá, estará fixado o patamar de risco tolerado. A busca nas leis penais em branco de complementação dinâmica exigirá pesquisa sempre menor do que a busca da norma de definição de risco permitido em meio ao emaranhado de regras componentes de todo o ordenamento jurídico. E, quando a lei penal em branco é de complementação estática, com alusão expressa à regra complementadora na estrutura do tipo, o trabalho do intérprete recebe a maior carga de facilitação.

Enfim, importa é construir os limites para guiar o uso da lei penal em branco e a solução jurisprudencial dos respectivos casos de emprego, em relação à constitucionalidade. Na Itália, a Corte Constitucional, pelo precedente 26 de 1966, assentou que a lei deve "indicar com suficiente especificação os pressupostos, as características, o conteúdo e os limites dos provimentos da autoridade não legislativa, a cuja transgressão deve seguir-se a pena"[59].

À guisa de limites: o primeiro consiste no fato de que o legislador não pode renunciar à definição de um "núcleo duro" do preceito primário. A tarefa é definir o que é este núcleo. Sendo é concedido somente ao povo se autolimitar, criando leis penais para controle social, a que submete parte de suas condutas, confinando seu campo de liberdade, faz parte deste núcleo o verbo típico: a expressão linguística da conduta – verbo – só o legislador pode definir[60]. Jamais uma instância diversa do Poder Legislativo pode constituir o comportamento defeso. Portanto, seria inconstitucional deixar em branco os comportamentos incriminados, para que fossem definidos por fonte normativa diversa da lei ordinária.

Ainda: se o objeto material ou outro aspecto do preceito primário do tipo exige complementos técnicos, definir aquilo que precisa de tais complementos é problema do legislador. Uma vez definido o que depende de esclarecimentos técnicos, estes podem ser remetidos à autoridade detentora de conhecimento especializado sem qualquer inconstitucionalidade. Aquilo que depende de contornos técnicos pode ser, além do objeto material da conduta, outro aspecto, inclusive competências do sujeito ativo ou circunstâncias definitórias do sujeito passivo. De toda forma: quando

---

[58]Sintetiza Greco ao final que "o princípio da legalidade seguramente não está violado nas normas penais cujas remissões ao direito administrativo se limitem a concretizar o que é o risco juridicamente desaprovado, vez que tal recurso ao direito administrativo teria de se fazer até mesmo no caso de normas sem remissão expressa. Ocorre que se a remissão é feita pela lei penal, está o próprio princípio da legalidade a impor que apenas o ato que viole a disposição de direito administrativo será considerado penalmente proibido". *In:* GRECO, L. "A Relação entre o direito penal *(...), Ob. Cit.,* p. 170 e p. 193.

[59]MANTOVANI, F. *Diritto Penale,* CEDAM, Padova, 2009, pp. 46-47, disponível em: http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0026s-66.html, acesso em: 24 abr. 2023.

[60]Igualmente: ALFLEN DA SILVA, P.R. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais,* Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 140.

houver necessidade de dados técnicos por instância diversa do Poder Legislativo, será preciso que a lei defina o objeto sobre o qual recaem tais dados técnicos. Então, definir o verbo e o que exige complemento técnico é tarefa do Poder Legislativo, indelegável.

Quando forem requeridos da fonte complementadora critérios técnicos de definição dos sujeitos destinatários da norma – sobretudo, sujeitos ativos – estes devem previamente ser circunscritos pelo legislador. Pode fazê-lo, por exemplo, mediante a menção de que possuem deveres de ofício, de quais são tais deveres, através da indicação do nome da categoria profissional a que pertencem, etc.

Já a definição, pura e simples, do destinatário da lei penal em branco pela fonte sublegislativa complementadora, mostra-se vedada. É que a definição do destinatário da regra incriminadora integra a própria escolha político criminal acerca de quem punir, tarefa do legislador. Logo, é inconstitucional, como proclamou a Corte Constitucional italiana (precedente Corte Const. 282, 1990) em relação a uma lei que, regulamentando acerca da prevenção de incêndios, "reenviava a um decreto ministerial a individualização dos destinatários do preceito penalmente sancionado"[61]. A inconstitucionalidade derivou do fato de que os sujeitos obrigados pertencem ao "núcleo essencial" do tipo, não podendo ficar a mercê da "persistência do poder da administração de modificar o próprio ato [i.é, o decreto][62]", mudando a escolha política dos sujeitos ativos destinatários da norma penal.

Outro limite resulta das restrições acima expostas. Justamente porque o reenvio à fonte extralegal é restrito, já se vê que a delegação integral do preceito primário do tipo à instância material diversa do Poder Legislativo da União, para complemento da norma penal mediante fonte normativa que não constitui lei em sentido estrito, mostra-se necessariamente inconstitucional. É a denominada lei penal em branco de remissão integral. Admite-se somente a remissão parcial. É vedado transferir ao poder regulamentar "apreciações ou valorações de caráter político (...) na escolha autêntica da conduta punível, mas não se o privará totalmente de qualquer aporte, que se revela precioso, por exemplo, no aspecto técnico"[63], evidenciou Mario Romano.

Mediante a definição do verbo, do objeto que exige complemento técnico, da seleção de destinatários da norma, a lei penal em branco cumpre a orientação de MARINUCCI e DOLCINI, de que as escolhas político-criminais não podem ser objeto de remessa à instância diversa da legislativa, detentora da posição de fonte material da lei a que se reserva a matéria penal. Afirmam que uma "reserva de lei tendencialmente absoluta" é:

> "(...) a única em posição de garantir o respeito do monopólio das escolhas político-criminais atribuídas pela Constituição ao legislador. A natureza puramente técnica da especificação confiada pela lei a outra fonte, e a presença na lei dos critérios técnicos aos quais deve ater-se a fonte subordinada, excluem de fato que a fonte sublegislativa concorra com a lei no cumprimento das escolhas político-criminais"[64] [65].

Com o que, anunciam o segundo limite: a matéria remetida para instância complementadora deve ser eminentemente técnica. Assim, a necessidade de um complemento técnico autoriza o uso da lei penal em branco. E esta necessidade também pode ser estruturada a partir de critérios. Quando é preciso um complemento técnico para uma norma penal? Quando a verticalização de conhecimento é sofisticada; quando a área do conhecimento é pouco testada; quando

---

[61]PULITANÒ, D. *Diritto Penale (…) Ob. Cit.*, p. 108.
[62]PULITANÒ, D. *Diritto Penale* (...), *Idem*.
[63]ROMANO, M. *Repressione della Condotta Antisindacale - Profili Penali,* Giuffrè, Milano, 1974, p. 171.
[64]MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. *Corso di Diritto Penale (...) Ob. Cit.*, p. 104.
[65]Aceitando a constitucionalidade das remissões de caráter técnico, *in*: FIANDACA, G. & MUSCO, E. *Diritto Penale - Parte Generale,* 3ª ed*.,* Zanichelli, Bologna, 1995, p. 57.

o conhecimento é recente; quando, sobretudo, interessa uma atualização do conhecimento para adequada proteção do bem jurídico. Nesses casos, regras de direito administrativo socorrem a lei penal em branco.

Há de se tomar cuidado com o duplo reenvio, em que a regra administrativa, complementadora do branco, a seu turno, remete para outra. É que o distanciamento entre o tipo penal e o complemento mediante duplo reenvio não só reforça o tensionamento explorado nesse trabalho, como a cognição da matéria de proibição pelos cidadãos, produzindo dificuldade quanto à certeza necessária para que saibam o que podem ou não fazer, e o que ocorre se fizerem o que não podem. Mais: há normas administrativas que deixam em aberto a definição de aspectos técnicos, meramente aludindo ao estado da arte de determinado campo da vida. O estado da arte, nesses casos, sequer é definido por agências públicas, mas pela comunidade científica, prevalecentemente integrada por pesquisadores vinculados a empresas que exploram economicamente o sistema de conhecimentos peritos. Silva assinala que, em tais situações, "o máximo que pode fazer o direito administrativo é regular a autorregulação, isto é, fixar os procedimentos através dos quais se estabelece o "estado da técnica" e o modo pelo qual deve se expressar"[66]. Esse esforço é notadamente necessário quando se trata de regra administrativa que será empregada para fechamento de lei penal em branco.

Um terceiro limite: a instância que recebe a missão de completar a lei penal em branco deve ter atribuição *in genere* de expedir regulação extrapenal sobre a mesma matéria, ou controlá-la (gerenciá-la) administrativamente. Enfim, deve estar conectada de antemão com a área da vida sobre a qual irá, em parte, emitir preceitos normativos integradores de tipos penais. Aqui, é interessante a lição de Carlo Ruga Riva, no sentido de que o complemento da lei penal em branco por poderes legislativos estaduais ou municipais também representa vontade popular, já que atuam em seus âmbitos de competência, a partir de mandatos eletivos. Comentando lei penal em branco que pune inobservância de regulamentos de edificação e instrumentos urbanísticos (como plano diretor), isto é, completadas por direito administrativo municipal, afirma tratarem-se:

> "(...)de integrações operadas por um órgão democrático e representativo também das minorias (a Câmara Municipal), o qual, entre pilares fixados pela lei urbanística (...) e por vínculos paisagísticos ambientais (...), e em parte por fontes estaduais, emana regras (...) como resultado de procedimentos públicos, abertos ao diálogo com os cidadãos (...) transparente e mais facilmente acessível ao público em comparação à grande parte das normas federais. Definitivamente o reenvio operado pela norma penal estatal às fontes municipais em exame não só é o único realisticamente praticável, mas é também totalmente em linha com o sentido garantista do princípio da legalidade, voltado a contrastar os possíveis abusos do poder executivo através da participação popular aos processos decisórios por meio (também) dos representantes das minorias. Mais, o penalista, por cultura particularmente sensível ao princípio da legalidade, parece subestimar o risco oposto ínsito na intransigente oposição à integração dos preceitos penais por obra de fontes locais (regionais e municipais): que o legislador federal, através do emprego do direito penal, atraia para si matérias ou perfis de matérias de competência legislativa (ou administrativa) dos entes locais, invadindo os espaços reconhecidos a eles(...)"[67].

---

[66]SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho penal de la empresa,* BDF, Buenos Aires, 2013, p. 22.

[67]Carlo Ruga Riva optou traduzir as referências a "norme statali" como normas federais, "regionale" por estaduais (embora não o sejam no direito administrativo italiano) e "comunali" por municipais. Também traduz-se o "Consiglio Comunale" como Câmaras municipais. A ideia é ajustar o comentário ao modelo federativo brasileiro. *In*: RIVA, C.R. *Diritto Penale dell´Ambiente,* Giappichelli Editore, 2011, pp. 39-40.

Tais comentários conduzem a outro raciocínio: matérias atribuídas a leis estaduais ou municipais, quando completam leis em branco, não possuem conteúdo técnico-científico. Isso acontece pelas mesmas razões que não permitem ao legislador federal normatizar a respeito: a ausência do próprio domínio sobre o conhecimento técnico-instrumental, exigente de especialistas e peritos. Porém, a necessidade da remessa à fonte diversa da lei federal não deixa de ser técnica, num sentido distinto daquele associado ao avanço das ciências duras e do estágio de evolução tecnológico de objetos. São aspectos associados à economia, geografia, geopolítica, etc. Constituem, também, campos de excelência técnica: atendem a peculiaridades geográficas, econômicas,; demográficas, desenvolvimentistas, sociais, culturais, etc., que demandam ajustes correlatos, principalmente em um país de dimensões continentais como o Brasil. Daí a pertinência do complemento de determinadas leis penais em branco ambientais, por exemplo, por normativa estadual ou municipal, como o art. 54, parágrafo 2º, inciso V, Lei 9.605/98 ou o art. 60[68], no ponto em que remete a regulamentos extrapenais (em tal tipo, há tanto remissão a normas extrapenais, dando-se lei penal em branco – 2ª parte -, como remissão a ato administrativo concreto – 1ª parte).

Por fim: é usual argumentar-se, contra o complemento da lei penal em branco por regras estaduais ou municipais, numa outra dimensão, também ligada ao controle da constitucionalidade. Trata-se da ideia de que os complementos efetuados por entes diversos do Poder Legislativo da União produz desigualdade na aplicação do direito penal, ferindo o princípio constitucional da isonomia de tratamento[69]. Todavia, as situações desiguais são justamente a razão de distribuir-se, em dados campos da vida, a competência para entes descentralizados. Através dessa distribuição, a isonomia se cumpre, em vez de ser violada. É clássico compreender o princípio da igualdade, afinal, como tratamento desigual aos desiguais, na medida das suas desigualdades (retórica usual no direito tributário, mas com eco em qualquer situação de manejo do princípio em questão). Se um bioma sofre perigos numa região do país, inexistentes em outra, reclamando proteção penal na primeira, através de complementação por normativas locais, e demarcando até mesmo ausência de lesão ao bem jurídico – já em abstrato – na segunda, inclusive pela ausência de normativas locais, temos uma moldura em que o princípio da isonomia se realiza. Seria desigual punir-se dois sujeitos ativos quando um produz evento lesivo e outro não! Corretas as linhas de Tarcício Maciel Chaves de Mendonça a respeito:

> "A consideração das leis estaduais e municipais como normas de complementação de leis penais em branco (…) propicia a implementação do princípio da isonomia. Não seria isonômico estabelecer, no art. 42 do decreto-lei 3.688/41 um limite de ruído a ser observado em todo o território nacional. Isso desprezaria por completo diversidades regionais e locais importantes, comprometendo o princípio constitucional da isonomia"[70].

Destaque-se que a possibilidade de utilização das leis penais em branco para dar conta de situações que reclamam diversos complementos, por força de desigualdades regionais, já foi objeto de discussão na Itália. A já invocada decisão 26/66 da Corte Constitucional italiana sinalizou positivamente quanto à constitucionalidade de lei penal em branco contida na Lei Florestal R.D. 3267 de 1923, que previa complemento legislativo expedido por Comitês Florestais Regionais (normas de polícia tangentes a sua competência), cuja transgressão poderia ser penalmente punida. A Corte considerou que:

---

[68]BRASIL. *Lei nº 9.605 de 1998*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
[69]SANTANA VEGA, D.M. *El concepto de ley penal (...) Ob. Cit.*, pp. 78-79 e 82.
[70]MENDONÇA, T.M.C.D. *Leis penais em branco,* Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 56.

> "(...) a função do vínculo [entre norma complementada e complementadora] para fins hidrogeológicos" foi "indicada no art. 1º da Lei Florestal, na prevenção do perigo de que os terrenos" pudessem 'com dano público, sofrer desmatamentos, perder a estabilidade ou turbar o regime das águas (...) voltado a tal resultado, o art. 8º dispõe que a 'prescrição de máximas' – as quais – ao evidente escopo de assegurar a aderência às diferentes situações climáticas, geológicas, culturais, ambientais, sociais – devem ser emanadas pelas Câmaras de Comércio [a que pertenciam os Comitês Florestais] província por província (...)"[71].

No Brasil, em recente decisão fixada em sede de repercussão geral – Tema 1246 - o C. Supremo Tribunal Federal[72] também validou o complemento de lei penal em branco derivado de normas administrativas editadas fora da esfera do Poder Legislativo da União. A situação concreta disse respeito à regra do art. 268, Código Penal[73], cujo preceito primário ora se transcreve: "Art. 268. Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa". O título do Tema 1246 foi definido assim pelo C. STF: "Constitucionalidade de complementação de norma penal em branco por ato normativo estadual ou municipal, para aplicação do tipo de infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal)." A descrição da questão constitucional, posta sob regime de repercussão geral, a que se pretendia responder através da prestação jurisdicional do Plenário da Corte, era a seguinte:

> "Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 22, I, da Constituição Federal, se o descumprimento de determinação dos poderes públicos Estaduais, Municipais e Distrital, no contexto de combate à propagação do vírus SARS-CoV-2, causador da Covid-19, se mostra apto a enquadrar-se, abstratamente, na violação da norma penal de infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do Código Penal), ante a competência privativa da União para legislar sobre direito penal".

Desde logo, uma observação: o tipo penal do art. 268, CP, constitui lei penal em branco? Depende da determinação do poder público. Se ela consiste em norma administrativo-sanitária, com efeitos oponíveis *erga omnes,* com pretensão regulamentar ou legislativa voltada a operar em abstrato, o art. 268 reenvia a ela. Assim, a conduta humana se encaixa no art. 268 e este, a seu turno, reenvia aos regulamentos e leis constituintes da determinação do poder público, violentados no caso concreto. Nesse caso, a técnica de reenvio é efetivamente típica de leis penais em branco. Então, o art. 268 CP funciona como exemplo da espécie.

Diversamente, se a "determinação do poder público", de que fala o tipo penal, dá-se através de uma ordem diretamente direcionada a pessoa concreta, ou grupo de pessoas concretas, a partir de normativa pretérita, a exemplo da determinação de fechamento de um estabelecimento comercial que, durante a pandemia, v.g., a) não atendia à ordem de restringir o número de frequentadores, b) de afastar mesas a uma distância mínima (caso de restaurantes), c) de manter ventilação externa, d) de controlar entrada e saída de consumidores para que estivessem com máscaras e higienizassem mãos antes do ingresso, dentre outras, o

---

[71]Disponível em: http://www.giurcost.org/decisioni/1966/0026s-66.html. Acessado em 24.04.2023, note-se que o art. 1º da Lei definiu os contornos da matéria remetida à fonte sublegislativa regional, "fechando" a norma o quanto possível. A mesma lei concedia às Câmaras de Comércio definir através de "normas de polícia" sanções penais. Pontualmente, tratava-se de lei penal em branco *ao revés* prevista na Lei Florestal, que foi considerada inconstitucional pelo antedito precedente. E – de fato – remeter a *fixação da sanção* à fonte normativa diversa de lei afronta claramente o conteúdo formal do princípio da reserva legal, sendo "inadmissível", segundo: CURY, E. *La Ley Penal (...) Ob. Cit.*, p. 43.

[72]STF. *Tema 1246*, idem.

[73]BRASIL. Código Penal, *idem*.

reenvio não se dá para outras normas. Trata-se, sim, de reenvio a atos concretos da administração pública. Nesses casos, o preceito primário do tipo está fechado. O crime é desatender o ato administrativo de efeitos concretos emanado da autoridade pública, em espécie de desobediência voltada à tutela da saúde pública. Isso não é lei penal em branco.

Na suma, o art. 268 pode ser exemplo de lei penal em branco ou de reenvio a ato concreto da administração pública, a depender de qual é a "determinação do poder público" para a qual o dispositivo reenvia.

Feita essa nota, retorna-se ao tratamento da matéria pelo STF. Na hipótese, a discussão se travava nos seguintes termos: normas penais incriminadoras exigem definição em lei ordinária, emanada do Poder Legislativo da União, na forma dos arts. 5º, XXXIX (princípio da reserva legal) e 22, I, combinados, ambos da CF[74]. Então, como uma parte do preceito primário do tipo, consistente na especificação de uma concreta "determinação do poder público", de caráter normativo e dirigida ao público em geral, poderia ser estabelecida por atos legislativos das Assembleias Legislativas dos Estados ou Câmaras Municipais, que não detêm poder para legislar em matéria criminal?

Na origem, a Turma Recursal Criminal do Estado do Rio Grande do Sul manteve decisão em processo no qual o Juizado Especial Criminal arquivara os autos, não obstante a denúncia do Ministério Público pela infração de medida sanitária contida no Decreto Estadual 20534/2020. Negando provimento à apelação, a Turma Recursal assentou o seguinte:

> "APELAÇÃO. ARTIGO 268 DO CÓDIGO PENAL. INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA. NORMA PENAL EM BRANCO. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO OU COMPLEMENTAÇÃO. ATIPICIDADE. DECISÃO DE ARQUIVAMENTO MANTIDA. Descumprimento de medidas sanitárias e distanciamento social durante a pandemia de COVID-19. Assente perante esta Turma Recursal Criminal o entendimento acerca da inexistência de norma reguladora ao art. 268 do CP, considerado norma penal em branco. Precedente: INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA. ART. 268 DO CP. NORMA PENAL EM BRANCO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENAL (ART. 22, I, CF). COMPLEMENTAÇÃO PELOS DEMAIS ENTES FEDERATIVOS COM REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. O art. 268 do CP é norma penal em branco, que necessita de complementação para sua exata delimitação e produção de efeitos jurídicos. Na esfera criminal essa complementação é de competência exclusiva da União, não competindo a Estados e Municípios complementar ato normativo próprio do poder federal que implique em reflexos na legislação penal. Ademais, o Decreto Estadual nº 20.534/2020 RS, no qual se embasa o órgão acusador para oferecer a denúncia, já contém as penalidades administrativas passíveis de imposição no caso em exame, quais sejam, multa, interdição da atividade e cassação do alvará de funcionamento, mais adequadas, proporcionais e ágeis, inclusive, que a rigidez de uma resposta penal que deve ser sempre tida como ultima ratio. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal, Nº 71010280196, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, Julgado em: 21-02-2022). RECURSO DESPROVIDO".

Com base no art. 102, III, a, CF[75], bem como Súmula 640, STF, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário para a discussão – pela via do controle difuso - da constitucionalidade do art. 268, CP, quando complementado por normativa do Poder Executivo Estadual. Não sendo admitido na origem, subiu ao C. STF mediante agravo em recurso extraordinário.

[74]BRASIL. *Constituição, idem.*
[75]BRASIL. *Constituição, idem.*

Obteve êxito, após ser admitida sua repercussão geral. A decisão foi ementada nos seguintes termos:

> "DIREITO PENAL. CRIME DE INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA (CP, ART. 268). NORMA PENAL EM BRANCO. COMPLEMENTAÇÃO POR ATO NORMATIVO ESTADUAL OU MUNICIPAL. ARTIGO 22, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. POTENCIAL MULTIPLICADOR DA CONTROVÉRSIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA COM REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.
> 1. Nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte a competência para proteção da saúde, seja no plano administrativo, seja no plano legislativo, é compartilhada entre a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, inclusive para impor medidas restritivas destinadas a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa.
> 2. A infração a determinações sanitárias do Estado, ainda que emanada de atos normativos estaduais, distrital ou municipais, permite seja realizada a subsunção do fato ao crime tipificado no artigo 268 do Código Penal, afastadas as alegações genéricas de inconstitucionalidade de referidas normas por violação da competência privativa da União.
> 3. Agravo em recurso extraordinário conhecido. Apelo extremo provido.
> 4. Fixada a seguinte tese: O art. 268 do Código Penal veicula norma penal em branco que pode ser complementada por atos normativos infralegais editados pelos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), respeitadas as respectivas esferas de atuação, sem que isso implique ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I).
> (ARE 1418846, Tribunal Pleno, Relatora Min. Presidente Rosa Weber, julg. 24/03/23, publ. 03/04/23)".

Como se vê, o C. STF fez eco à ideia de que, antes de violar a competência privativa da União para legislar em matéria criminal, a complementação de leis penais em branco por atos normativos das outras pessoas de direito público da administração direta (Estados, Distrito Federal e Municípios) realiza o programa constitucional que define competências normativas e atribuições executivas no âmbito da Saúde Pública. Nesse sentido, a seguinte passagem dos fundamentos do voto condutor:

> "(...) atenta às competências comuns e concorrentes dos demais entes federados para adoção de medidas na contenção à disseminação do coronavírus, esta Suprema Corte, na sessão plenária de 13.10.2020, ao julgamento da ADPF 672-MC-Ref/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, decidiu, por unanimidade: "confirmar a medida cautelar e, no mérito, julgar parcialmente procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental, para assegurar a efetiva observância dos arts. 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/2020 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário (...)".

De fato, o art. 23, II, CF[76], disciplina ser de competência comum dos entes da federação cuidar da saúde e assistência pública. De modo consequente, cabe concorrentemente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios legislar sobre "previdência social, proteção e defesa da saúde". Afinal, sem atribuições normativas, na forma do art. 24, seria difícil para os demais entes da federação, afora União, cuidar da saúde. Trata-se de um programa constitucional de competências legiferantes e executivas bem amarrado, voltado à tutela da saúde pública. E a saúde pública constitui, exatamente, o bem jurídico-penal tutelado pelo art. 268, CP.

Durante a pandemia de Covid-19, o art. 268 CP foi largamente utilizado como mecanismo penal destinado a dar efetividade às políticas públicas de combate à circulação do vírus, mediante restrições de liberdade de locomoção e livre-iniciativa, com o fechamento ou limitação de funcionamento de atividades privadas, obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção, etc. Evidentemente, as realidades distintas dos entes federados implicaram em regramentos locais, atentos ao modo como a circulação do vírus impactava o cotidiano da população local. A incidência do tipo penal, complementado por regras estaduais e locais, serviu como mecanismo importante de tutela penal da saúde pública. Perderia a consistência, acaso os complementos fossem exclusivamente federais, por muitos fatores: lentidão nas situações locais de emergência, tratamento uniforme para realidades sanitárias distintas e hábitos culturais diversos, ausência de harmonização com o estado das estruturas de pessoal e equipamentos dos serviços de saúde em cada local, a título de exemplo. Descumprir-se-ia a moldura dada à saúde pública, enquanto bem jurídico, pela própria Constituição Federal.

Como última consideração, assinale-se que o reconhecimento da repercussão geral e a decisão plenária correlata adotada pelo C. STF determinaram, nos processos penais, pela via do art. 3º, CPP[77], as consequências previstas no art. 1.030, I, a, CPC[78]. Significa que se tornou inviável a rediscussão do tema em recursos extraordinários, porquanto a respectiva admissão passa a ser obstada em juízo de prelibação, na Corte de origem, Estadual (Tribunais de Justiça) ou Federal (Tribunais Regionais Federais). A constitucionalidade da complementação do branco por regras expedidas por entes diversos do Poder Legislativo da União, na hipótese, cristalizou-se, dentro do sistema de precedentes adotado no Brasil para harmonizar, uniformizar e dar integridade ao quadro geral de decisões jurisdicionais. O C. STF já havia assinalado nesse sentido em decisões anteriores, como A hipótese está restrita ao art. 268, CP. Porém, o perfil decisório se estende para muitos casos similares, como nos universos do direito penal ambiental e econômico.

4. CONCLUSÃO

Em resumo, três requisitos cumulativos validam constitucionalmente a criação, pelo Poder Legislativo, de uma lei penal em branco, com complementação por fonte normativa diversa da lei ordinária, em regra derivada de fonte material com poderes regulamentares, pertencente ao Poder Executivo ou a agências públicas autônomas, dotadas de poderes gerenciais atinentes a determinados campos da vida social e/ou econômica. É preciso que o texto da lei penal em branco, no preceito primário do tipo:

a) estabeleça o "núcleo duro" da lei, fixando o(s) verbo(s) que designam a conduta humana incriminada, definindo o objeto material, os destinatários da lei, e esclarecendo exatamente aquilo que necessita de complemento. Com esse procedimento, o Poder Legislativo realiza a incumbência de definir, privativamente,

[76]BRASIL. *Constituição, idem.*
[77]BRASIL. *Código de Processo Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
[78]BRASIL. *Código de Processo Civil*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

a escolha político-criminal daquilo que é penalmente punível, na forma do art. 22, I, CF. É vedado o reenvio integral do preceito primário ou o reenvio da pena, no preceito secundário, através da lei penal em branco ao revés, pois esses procedimentos transfeririam a incumbência, constitucionalmente conferida ao poder legislativo, de dispor sobre a matéria de proibição, no campo do direito penal.

b) deixe em branco, remetendo à complementação, apenas aspectos técnicos, de caráter científico, que reclamam conhecimentos peritos de alta especialização. Estes conhecimentos devem se mostrar imprescindíveis para ajuste do tipo penal, de modo a produzir, em perspectiva, uma eficaz proteção do bem jurídico. O órgão encarregado de expedir a norma complementadora há de ser composto exatamente dos técnicos e peritos que, através de regulamentos, terão voz na constituição da estrutura do tipo.

c) Alternativamente à possibilidade acima referida, necessidades de ajustes do preceito primário do tipo ligadas a aspectos de traço regional ou local, derivados de especificidades geográficas, sócio-culturais, econômicas, ambientais, sanitárias, etc., também permitem o reenvio a atos regulamentares e legislativos expedidos pelas pessoas jurídicas de direito público com atribuição legiferante nessas áreas temáticas. Assim, pessoas jurídicas de direito público da administração direta, estaduais e municipais, podem complementar leis penais em branco, desde que:

c.1) possuam atribuição constitucional para reger normativamente os campos temáticos de que trata o tipo penal (competência legislativa);

c.2) seja necessário conceder voz a estes entes por força de diversidades regionais e locais que impliquem em sensíveis alterações no tratamento da matéria. Exemplo disso é o modo distinto de como uma doença contagiosa impacta as várias regiões de um país. O art. 268, CP, que pune a infração de determinação sanitária do poder público, pode ser complementado, justificadamente, por regras estaduais e municipais, em vez de exclusivas regras federais. Constituem iniciativas regionais e locais para controle sanitário de propagação de doença contagiosa, diversas entre si pelo estágio distinto do comprometimento da saúde pública, conforme decidiu o C. STF, a partir da experiência brasileira durante a pandemia de Covid-19.

O precedente lançado no STF/ARE 1.418.846, já detalhado, corretamente valida esse entendimento, mediante síntese colhida do voto condutor: "(...) a complementação de que necessita a norma penal em branco não se reveste (...) de natureza criminal, mas sim, via de regra, de caráter administrativo e técnico-científico, a justificar seja o ato normativo suplementador editado por ente federado que possua competência administrativa para tanto".

Com tais limites, a reserva constitucional à lei como fonte formal da norma incriminadora não sofre menoscabo.

5. REFERÊNCIAS

ALFLEN DA SILVA, P.R. *Leis penais em branco e o direito penal do risco: aspectos críticos e fundamentais,* Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

ANVISA. *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*, disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br, acesso em: 27 abr. 2023.

ANATEL. *Agência Nacional de Telecomunicações*, disponível em: https://www.gov.br/anatel/pt-br, acesso em: 27 abr. 2023.

ANAC. *Agência Nacional de Aviação*, disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br, acesso em: 27 abr. 2023.

BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro,* Revan, Rio de Janeiro, 1990.

BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal - Parte geral*, Vol. 1, 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007.

BRASIL, *Constituição*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 27 abr. 2023.

_____. *Lei nº 10.826 de 2003*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
_____. *Código Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
_____. *Lei nº 9.605 de 1998*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
_____. *Lei nº 11.076 de 2004*, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11076.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
_____. *Lei nº 11.343 de 2006*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
_____. *Portaria nº 344 de 1998*, disponível: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html, acesso em: 27 abr. 2023.
_____. *Lei nº 99.274 de 1990*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
_____. *Lei nº 9.605 de 1998*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
_____. *Código de Processo Penal*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
_____. *Código de Processo Civil*, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm, acesso em: 27 abr. 2023.
BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant,* Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1997.
CURY, E. *La ley penal en blanco,* Editorial Temis, Bogotá, 1988.
DOTTI, R.A*. Curso de Direito Penal - parte geral*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2020.
FIANDACA, G. & MUSCO, E. *Diritto Penale - Parte Generale,* 3ª ed, Zanichelli, Bologna, 1995.
FRAGOSO, H.C. *Lições de Direito Penal (Parte Geral)*, 16º ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2004.
GIDDENS, A. *As consequências da modernidade,* UNESP, São Paulo, 1991.
GOMES, L.F. & GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Direito Penal* - Parte geral, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.
GRECO, L. "A Relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa", in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* Vol. 58, Revista dos Tribunais, São Paulo, jan/2006.
GRECO, R. *Curso de Direito Penal,* 12ª ed., Impetus, Rio de Janeiro, 2010.
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*, Juruá, Curitiba, 2010.
LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos,* Vozes, Petrópolis, 1994.
MANTOVANI, F. *Diritto Penale,* CEDAM, Padova, 2009.
MARINUCCI, G. & DOLCINI, E. *Corso di Diritto Penale,* 3ª ed., Giuffrè, Milano, 2001.
MPF. *Projeto de Lei nº 4.850 de 2016*, disponível em: https://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/docs/not2060-PL-4850.pdf, aceso em: 27 abr. 2023.

ORTEGA Y GASSET, J. *La Rebelión de las Masas*, 2ª ed., Andres Bello, Santiago, 1996.
MENDONÇA, T.M.C.D. *Leis penais em branco*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.
PRADO, L.R. *Curso de Direito Penal Brasileiro* - Parte Geral, Vol.1, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.
PIERANGELI, J.H. *Escritos jurídicos penais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.
PULIDO, C.B. *O direito dos direitos – escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais,* Marcial Pons, São Paulo, 2013.
NIETO MARTÍN, A. "Introducción", *in: El derecho penal económico en la era compliance,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
PULITANÒ, D. *Diritto Penale,* 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2011.
ROMANO, M. *Repressione della Condotta Antisindacale - Profili Penali,* Giuffrè, Milano, 1974.
RIVA, C.R. *Diritto Penale dell´Ambiente,* Giappichelli Editore, Torino, 2011.
SANTANA VEGA, D.M. *El concepto de ley penal en blanco,* Ad Hoc, Buenos Aires, 2000.
SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos del derecho penal de la empresa,* BDF, Buenos Aires, 2013.
STRECK, M.L.S. *Direito penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*, Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 2009.
STF. *Ag.Reg. nº Rext 1.119.015/MG*, disponível em: https://portal.stf.jus.br, acesso em: 27 abr. 2023.
VALLEJO, M.J. *Principios constitucionales y derecho penal moderno,* Ad-hoc, Buenos Aires, 1999.
WELZEL, H. *El nuevo sistema del derecho penal,* (Trad. José Cerezo Mir), BdeF, Buenos Aires, 2004.
ZAFFARONI, E.R. *Tratado de Derecho Penal,* Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981.
_____; ALAGIA, A. & SLOKAR, A. *Derecho Penal - Parte General,* Ediar, Buenos Aires, 2000.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 197-213
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Homo Sacer, obsolescência programada, e sua incompatibilidade com o objetivo de desenvolvimento sustentável 12

Homo Sacer, planned obsolescence, and its incompatibility with the sustainable development objective 12

Mariana Ribeiro Santiago[1]
Universidade de Marília – UNIMAR
Lívia Gaigher Bósio Campello[2]
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS
João Henrique Souza Dos Reis[3]
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS

Sumário: 1. Introdução. 2. *Homo Sacer*: o mito da liberdade do consumidor. 3. A obsolescência programada e seus reflexos no objetivo de desenvolvimento sustentável 12. 4. Sugestões de *lege ferenda* contra a obsolescência programada, baseadas na solidariedade social. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: O consumismo, potencializado pela obsolescência programada prejudica o desenvolvimento sustentável em seus aspectos ambiental, social e econômico, gerando prejuízos às presentes e futuras gerações, trazendo a necessidade de um esforço internacional para a solução do problema, justificando este artigo. Busca-se trazer o conceito de *homo sacer* paralelamente ao mito da liberdade do consumidor e demonstrar como a obsolescência programada afronta o ODS 12, verificando-se a inexistência de tratamento efetivo contra a obsolescência programada no Brasil, repercutindo nas relações consumeristas, negligenciando patologias ligadas ao consumismo, afetando o cumprimento do ODS 12, e como isso ocorre. Para alcançar os objetivos almejados, utiliza-se pesquisa exploratória, descritiva e crítica, e os procedimentos bibliográfico e documental, por meio de obras, artigos e normas internacionais. O método de abordagem será o dialético jurídico, analisando-se a relação entre a liberdade de consumo e a solidariedade necessária para o combate ao consumismo, e a natureza complementar desses pilares.

---

[1] Pós-doutorado em Direito pela Justus-Liebig-Universität Giessen. Doutorado e Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Especialização em Contratos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília - UNIMAR. Editora-Chefe da Revista Argumentum. Membro do projeto Harmony with Nature, de iniciativa das Nações Unidas. Advogada. E-mail: marianasantiago@bs-advogados.com.

[2] Pós-Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP, Doutorado em Direito das Relações Econômicas e Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP e Mestrado em Políticas Públicas e Processo pelo Centro Universitário Fluminense - UNIFLU. Professora adjunta da Faculdade de Direito na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da UFMS. Líder do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável Global" (CNPq). Editora-chefe da Revista Direito UFMS. E-mail: livia.campello@ufms.br.

[3] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS. Membro do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável Global" (CNPq). Analista Judiciário no Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. E-mail: joaohenrique.reis@hotmail.com.

Recibido: 03/04/2023
Aceptado: 05/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043832

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável; Direito Ambiental; *Homo Sacer*; Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 12; Obsolescência Programada.

Abstract: Consumerism, enhanced by planned obsolescence, jeopardizes sustainable development in its environmental, social and economic aspects, generating losses for present and future generations, with the need for an international effort to solve the problem, justifying this article. It seeks to bring the concept of *homo sacer* in parallel to the myth of consumer freedom and to demonstrate how planned obsolescence confronts SDG 12, in order to verify the lack of an effective treatment against planned obsolescence in Brazil, which disturbs consumer relations, neglecting pathologies linked to consumerism, affecting compliance with SDG 12, and how this eventually occurs. To reach these objectives, this paper uses exploratory, descriptive, and critical research methods, using bibliographic and documentary procedures, with analysis through works, articles and international standards. The approach method is the legal dialectical, analyzing the connection between freedom of consumption and the solidarity necessary to combat consumerism, and the complementary nature of such pillars.

Keywords: Sustainable Development; Environmental Law; *Homo Sacer*; Sustainable Development Objective 12; Planned Obsolescence.

1. Introdução

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 12, ao tratar do consumo e produção responsáveis, demanda uma mudança de visão acerca do consumismo, fenômeno típico da sociedade de consumo, exigindo posturas mais conscientes e solidárias por parte de consumidores e fornecedores, nas relações de consumo.

Por sua vez, uma das bases que sustentam a chamada sociedade de consumo é a prática danosa denominada "obsolescência programada", a qual não é tratada diretamente pela legislação brasileira, nem mesmo na legislação projetada até o presente momento, na contramão do que se observa em países como França e Bélgica.

A escolha do tema se justifica, uma vez que o consumismo vai diretamente de encontro ao desenvolvimento sustentável, em seus aspectos ambiental, social e econômico, gerando prejuízos para as presentes e futuras gerações, sendo um fenômeno potencializado pela prática da obsolescência programada, trazendo a necessidade de um esforço internacional para a solução do problema.

A presente pesquisa tem como objetivo verificar se a inexistência de tratamento efetivo contra a obsolescência programada no Brasil, que repercute nas relações de consumo, negligenciando as patologias ligadas ao consumismo, afetando o cumprimento do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 12, e como isso eventualmente ocorre.

Com o intuito de desenvolver o mencionado problema desta pesquisa, objetiva-se trazer o conceito de *homo sacer* em um paralelo ao mito da liberdade do consumidor*,* no capítulo 1*;* demonstrar como a obsolescência programada afronta o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 12, no capítulo 2; e propor sugestões de *lege ferenda* para o enfrentamento do tema, com base na experiência internacional, baseadas na solidariedade social, no capítulo 3.

Para tanto, será utilizada a pesquisa exploratória, descritiva e crítica, com utilização dos procedimentos bibliográfico e documental, por meio de obras, artigos e normas internacionais. O método de abordagem será o dialético jurídico, analisando-se a relação entre a liberdade de consumo e a solidariedade necessária para o combate ao consumismo, bem como a natureza complementar de tais pilares.

2. *Homo Sacer*: o mito da liberdade do consumidor

Homo sacer. Assim eram chamadas as pessoas condenadas por delitos, mas que não podiam ser sacrificadas aos deuses, apesar de poderem ser mortas por

qualquer um, que não responderia por homicídio. Ou seja, é aquele não poderia ser sacrificado, mas poderia ser morto. O *homo sacer* ficava entre o *ius divinum* e o *ius humanum*, sendo uma vida sacra, mas sujeita a ser morta: "A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra."[4]

Segundo Agamben[5], o *homo sacer* seria a representação da vida presa no "bando soberano", conservando a memória da exclusão que deu origem à dimensão política. No sentido de que a soberania é onde se pode matar sem considerar-se homicídio e sem sacrifício celebrar; e sacra (matável e insacrificável), é a vida que está presa nesse contexto.

O *homo sacer* nada mais é do que uma vida humana, sacra, capturada no bando soberano, tida como matável, porém, insacrificável. A vida sacra, ou nua, é a que constitui o conteúdo primeiro do poder soberano, ou seja, existente para servir ao bando soberano, o que representa a sujeição de sua vida ao poder de morte, em uma posição de abandono.[6]

O conceito de vida nua, de Agamben, é uma vida biológica desqualificada, descartável e supérflua, de fácil manipulação e hierarquização, sendo facilmente instrumentalizada como coisa, com o estabelecimento de unidades de valor em dinheiro, de forma objetiva, como se fossem produtos na prateleira de um mercado.[7]

Sacer, então, refere-se à uma vida matável, transcendendo tanto o direito quanto o sacrifício, sendo objeto de uma violência. O soberano decide qual vida merece ser vivida, quais pessoas possuem ou não direito de viver.

Isso significa que em uma hipótese na qual o *homo sacer* seja morto, por decisão do soberano, isso não seria caracterizado como um homicídio ou sacrifício; e em um contexto moderno, a vida, sendo insacrificável, porém matável, em certos casos é meramente indenizável, sendo valorada monetariamente após morta por riscos banais e previsíveis, mas tidos e definidos como normais pelo soberano e aqueles que o representam.[8]

Conforme explica Oliveira[9], Agamben entende que o capitalismo é como se fosse uma religião que cultua o consumo e a sacralização das mercadorias, e a sacralização, nesse contexto, nada mais é do que não permitir o uso livre disso a todos os seres humanos. É proposto por Agamben uma dessacralização do consumo por meio da profanação, que é o uso que ignora a destinação das coisas dada pela sacralização. Relacionando ao presente tema, profanar seria buscar que os produtos tivessem uma maior durabilidade, indo de encontro a religião/sacralização das mercadorias, que determina o descarte rápido, desnecessário e programado dos bens de consumo.

Dessa forma ocorre a "complementaridade jurídico-institucional junto do modelo biopolítico do poder soberano" quando, na política, o poder soberano passa a decidir sobre o valor e desvalor da vida nua, decidindo qual é a única forma possível

---

[4] AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, tradução de Henrique Burigo, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2002, p. 90.

[5] AGAMBEN, G. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I, tradução de Henrique Burigo, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2002, p. 91.

[6] AGAMBEN, G. Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I, tradução de Henrique Burigo, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2002, p. 91.

[7] SOUZA, H. "A perspectiva biopolítica de Agamben: alguns conceitos para se (re)pensar o direito atual", *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 1, em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5761/3138, acesso em: junho 2021, p. 417.

[8] SOUZA, H. "A perspectiva biopolítica de Agamben: alguns conceitos para se (re)pensar o direito atual", *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 1, em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5761/3138, acesso em: junho 2021, pp. 422-425.

[9] OLIVEIRA, C. "O sujeito contemporâneo e o culto ao consumo: algumas considerações à luz de Marx, Benjamin e Agamben", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, dez. 2011, em: http://www.eumed.net/rev/cccss/16/cjo.html, acesso em: maio 2021, n. p.

de existência; e o que ocorre é uma simbiose do soberano com o jurista, o médico, o cientista, o perito, entre outros, passando todos a discursar no mesmo sentido de eleger uma única forma de vida como normal para que eles possam tratar, manipular e regulá-la diretamente.[10]

Interpretando o estudo de Agamben, Souza da Silva[11] explica que o biopoder possui como objetivo a transformação da sociedade por intermédio de tecnologias disciplinares que determinam diversos padrões a serem seguidos pela população.

O Objetivo de Desenvolvimento 12, por sua vez, trata de assegurar padrões de produção e consumos sustentáveis para redução da pegada ecológica sobre o meio ambiente, possuindo metas[12] como a gestão sustentável e eficiente dos recursos naturais; manejo ambientalmente correto dos produtos químicos e seus resíduos, reduzindo significativamente a liberação deles para o ar, solo e água; diminuir substancialmente a geração de resíduos por intermédio da prevenção, redução, reciclagem e reuso; incentivar as empresas a adotar práticas sustentáveis; promover políticas de compras públicas sustentáveis; garantir que as pessoas tenham informação sobre o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza; apoiar os países em desenvolvimento para que tenham padrões mais sustentáveis de produção e consumo; e racionalizar subsídios ineficientes aos combustíveis fósseis, que encorajam o consumo exagerado, com o intuito de eliminar as distorções de mercado.

A obsolescência programada é claramente aplicada a diversos produtos do mercado, sendo um "retrato daquilo que não é feito para durar – já que, se o fosse, um dos pilares do mercado estaria em risco".[13]

E a submissão social ao consumismo é vinculada estreitamente às formas de controle de poder, denominadas como biopoder, tratando-se de técnica que busca limitar a capacidade de grande parte da população pensar de forma crítica. Percebe-se então que a obsolescência programada é uma forma contemporânea de biopoder, exercido pelos fabricantes de produtos e serviços, que atuam paulatinamente, de modo que suas ações, com o intuito de aumentar o consumo e o lucro, beiram a inconsciência coletiva, procedendo o controle até mesmo do desejo dos consumidores.[14]

Por vezes as relações comerciais, consumeristas e sociais se entrelaçam com tratamentos imorais, sendo possível a utilização do conceito do *homo sacer*, de Agamben, conceito que se relaciona com uma vida sem valor e que é deixada de

[10] SOUZA, H. F. P. "A perspectiva biopolítica de Agamben: alguns conceitos para se (re)pensar o direito atual", *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 9, n. 1, em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5761/3138, acesso em: junho 2021, p. 415.

[11] SOUZA DA SILVA, B. A. "O capitalismo como religião e uma reflexão ética a partir de Agamben", *Peri – Revista de Filosofia*, v. 10, n. 1, 2018, em: http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/2836/2317, acesso em: maio 2021, pp. 234-235.

[12] ONU. Organização das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável,* 2015, em: www.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf, acesso em: abril 2021, pp. 26-27.

[13] BALDUÍNO JÚNIOR, G. C. – SANTIAGO, M. R. "Consumo e mercado: alternativas à tutela do consumidor e à defesa da concorrência na sociedade líquida", *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, São Paulo, v. 9. n. 1, 2021, em: https://unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/983, acesso em: abril 2021, p. 235.

[14] SANTIAGO, M. R. – ANDRADE, S. L. "A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder: perspectivas jurídicas do consumismo", *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, n. 4, 2016, em: https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252, acesso em: maio 2021, pp. 1783-1784.

lado, sendo uma vida humana sem a tutela de seus direitos, em estado total de abandono.[15]

Santiago e Andrade[16], explicam que o biopoder, termo criado pelo filósofo Michel Foucault, que se refere aos estados modernos e seus mecanismos de controle às populações sob seu controle, é exercido de maneira inconsciente, oculta e sutil, para que não seja percebido. Estando presente em todos os lugares atualmente, como na internet, sistema de educação e câmeras de vigilância, e não sendo mais centralizado, de modo que grandes empresas também exercem o controle social, sendo o biopoder proporcionalmente mais eficiente conforme é mais discreto.

A cultura difundida de consumo em massa, ou consumocentrismo, deixa por vezes de lado questões relativas a própria essência humana, com a desvalorização da pessoa humana, ignorando normas sociais fundamentais[17], o que vai de encontro ao conceito de Desenvolvimento Sustentável, pois três são seus pilares, o social, o ambiental e o econômico; deve-se primar pelo equilíbrio de seus pilares, sob pena de desabamento de sua estrutura. A obsolescência programada acaba por golpear duramente o pilar social e o pilar ambiental, o que traz, ou ao menos deveria trazer à sociedade, a preocupação acerca da possibilidade de desabamento de sua estrutura, a qual provavelmente não é capaz de sustentar-se sobre apenas um pilar.

Conforme explicam Joaquim e Vieira[18], a obsolescência programada se relaciona ao conceito de *homo sacer*, quando se entende que a lógica massificada do consumo viola a dignidade humana, ao impedir indivíduos de participar do mercado de consumo, por prender consumidores em ciclos viciosos de compras trocas desnecessárias de produtos, devido a obsolescência programada em seus três subtipos; pois dessa forma o indivíduo consumidor se torna mero agente na exploração para a produção e descarte excessivos.

Levando em consideração o conceito de *homo sacer* e o ODS 12, evidente é a relação deles com a obsolescência programada, uma vez que o consumidor tem sua dignidade violada ao encontrar-se sem alternativas em ciclos de trocas de produtos, pela prática da obsolescência programada de qualidade, técnica e psicológica.

O consumidor é o *sacer*, ou seja, "insacrificável, porém matável", e o soberano é representado pelas grandes empresas, que praticam a obsolescência programada. É a dignidade do consumidor que é sacrificável ao bel prazer das empresas, que decidem o quanto cada produto irá durar, seja por produzir um produto de baixa qualidade (obsolescência programada de qualidade), ou por liberar as tecnologias paulatinamente, com sucessivos lançamentos (obsolescência programada técnica ou adiada), ou por simplesmente por conseguirem convencer o consumidor de que precisa de um novo produto, pois o antigo estaria "defasado" (obsolescência programada psicológica).

Nesse sentindo, em uma análise contemporânea do biopoder, percebe-se que a estratégia é fortalecer a ideia de que o consumidor sempre pode adquirir um produto a mais, incentivando o excesso e a abundância, com um entendimento de

[15] JOAQUIM, J. M. S. – VIEIRA, P. R. S. "A obsolescência programada no contexto das relações de consume", *Caderno de direito e políticas públicas (UNIRIO)*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2021, em: http://seer.unirio.br/index.php/cdpp/article/view/10181, acesso em: abril 2021, p. 65.
[16] SANTIAGO, M. R. – ANDRADE, S. L. "A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder: perspectivas jurídicas do consumismo", *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, n. 4, 2016, em: https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252, acesso em: maio 2021, pp. 1773-1775.
[17] JOAQUIM, J. M. S. – VIEIRA, P. R. S. "A obsolescência programada no contexto das relações de consume", *Caderno de direito e políticas públicas (UNIRIO)*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2021, em: http://seer.unirio.br/index.php/cdpp/article/view/10181, acesso em: abril 2021, p. 66.
[18] JOAQUIM, J. M. S. – VIEIRA, P. R. S. "A obsolescência programada no contexto das relações de consume", *Caderno de direito e políticas públicas (UNIRIO)*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2021, em: http://seer.unirio.br/index.php/cdpp/article/view/10181, acesso em: abril 2021, p. 66.

que o progresso só seria possível com o incentivo da cultura do desperdício e o descarte regular de certos bens.[19]

Ou seja, o crescimento econômico imposto por mecanismos de biopoder trazem uma inversão de valores, que traz inclusive uma crise humanitária internacional, pois deixa de lado a preocupação com o bem-estar social das presentes e futuras gerações, com o aspecto econômico sobrepondo os aspectos ambiental e social.[20]

Essa prática vai diretamente de encontro ao ODS 12 e suas metas, pois, a título exemplificativo, dificulta a gestão sustentável e o uso eficiente dos recursos naturais, aumentando a geração de resíduos e atrapalham que os consumidores tenham informação relevante e conscientização sobre o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza.

Tendo todos os Estados-Membros da ONU adotado formalmente a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, composta pelos ODS, é dever do Brasil combater os mecanismos de biopoder que deixam de lado a preocupação com o bem-estar social das presentes e futuras gerações, além de adotar medidas para combater a obsolescência programada, impedindo que o soberano mate o *sacer* ao seu bel-prazer, punindo-o por seus "homicídios".

3. A obsolescência programada e seus reflexos no objetivo de desenvolvimento sustentável 12

O documentário de Cosima Dannoritzer, "*COMPRAR, tirar comprar: La história secreta de la obsolescência planejada*" aborda aspectos interessantes a respeito da história da obsolescência programada no mundo.

Conforme o documentário, a obsolescência programada começou com as lâmpadas, tendo origem na década de 1920, quando, em 1924, foi criado o cartel de Phoebus, que incluía as principais fabricantes de lâmpadas do mundo.[21]

Seu objetivo era controlar as patentes e a produção de lâmpadas para que durassem menos e os consumidores comprassem lâmpadas com regularidade, o que iria favorecer a economia. Empresas famosas como a Philips e a Osram estavam envolvidas no cartel, que decidiu que a duração das lâmpadas não deveria passar de 1000 horas e que quem descumprisse teria que pagar multa ao cartel.[22]

Isso foi possível porque na época não havia a atual preocupação com o desenvolvimento sustentável, mas sim uma cultura da abundância. Inclusive, cita-se no documentário, como exemplo da durabilidade real das lâmpadas, o caso da lâmpada de Livermore, que funciona sem parar desde 1901, tendo sido fabricada em Ohio em 1895. Posteriormente, mostra-se que a crise de 1929 também incentivou a obsolescência programada.[23]

Pode-se dizer, então, que a obsolescência programada surgiu com a produção em massa e a sociedade do consumo, por volta da década de 1920, e tomou força a

[19] SANTIAGO, M. R. – ANDRADE, S. L. "A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder: perspectivas jurídicas do consumismo", *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, n. 4, 2016, em: https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252, acesso em: maio 2021, p. 1777.

[20] SANTIAGO, M. R. – ANDRADE, S. L. "A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder: perspectivas jurídicas do consumismo", *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, n. 4, 2016, em: https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252, acesso em: maio 2021, p. 1779.

[21] DANNORITZER, C. *COMPRAR, tirar comprar: La história secreta de la obsolescência planejada*, produção de Cosima Dannoritzer, 2011, documentário, 52'18', em: https://www.youtube.com/watch?v=24CM4g8V6w8, acesso em: junho 2016, n. p.

[22] DANNORITZER, C. *COMPRAR, tirar comprar: La história secreta de la obsolescência planejada*, produção de Cosima Dannoritzer, 2011, documentário, 52'18', em: https://www.youtube.com/watch?v=24CM4g8V6w8, acesso em: junho 2016, n. p.

[23] DANNORITZER, C. *COMPRAR, tirar comprar: La história secreta de la obsolescência planejada*, produção de Cosima Dannoritzer, 2011, documentário, 52'18', em: https://www.youtube.com/watch?v=24CM4g8V6w8, acesso em: junho 2016, n. p.

partir da Era da Informação, ou Era Digital, decorrente do advento da internet. Ao discorrer sobre a sociedade de consumo, o economista Serge Latouche aponta como os seus principais sustentáculos o tripé: crédito, publicidade e obsolescência programada.[24]

A seguir, serão utilizados conceitos de obsolescência de Packard, para, por intermédio da interpretação e da crítica, definir a obsolescência programada como um fenômeno que possuí três espécies, para fins de facilidade na compreensão do conceito abordado, que trata da interrupção do ciclo de vida normal de um produto, optando-se por dividir a obsolescência programada em técnica, psicológica e de qualidade.

Segundo Packard[25], quando o fabricante planeja uma vida útil menor do produto, ou seja, quando intencionalmente adota técnicas e/ou materiais com qualidade inferior, para que ele quebre/desgaste mais rapidamente, durando menos e aumentando as vendes e os lucros, temos a obsolescência de qualidade.

Dessa forma, temos a obsolescência programada de qualidade, como a relacionada à baixa qualidade do produto, que já é produzido para não durar muito tempo, tendo um curto ciclo de vida, com o objetivo de fazer com que o consumidor busque um novo produto antes do que seria necessário caso tivesse boa qualidade, podendo inclusive ter um defeito inserido de maneira proposital no produto.

Quando um produto ainda funcional se torna antiquado, pela introdução de um produto que execute melhor a função do anterior, estamos diante de uma obsolescência relacionada à funcionalidade, mas não por mera evolução natural, e sim uma espécie de evolução manipulada, sendo a obsolescência de função.[26]

Então, sugere-se o conceito de obsolescência programada técnica (ou adiada, ou de função), que envolve a função dos produtos, pois faz com que um produto seja considerado obsoleto ao lançar produto diverso ou igual ao antigo, mas que tenha alguns melhoramentos que cumpram a função do antigo de maneira mais eficaz, tornando produtos obsoletos ao realizar sucessivos lançamentos, liberando as tecnologias paulatinamente.

A tênue linha entre a evolução artificial ou natural reside no fato de o produto ter se tornado obsoleto de forma planejada, com a fabricação de produtos com tecnologia já obsoleta[27]. Sendo atualmente uma estratégia muito utilizada pela indústria, violando o direito do consumidor de ter acesso a produtos de melhor qualidade e melhor tecnologia disponível, além de violar o princípio da sustentabilidade socioambiental.[28]

Há bons exemplos[29] disto no mercado automotivo brasileiro, como no caso Honda Civic, que teve o lançamento de seu modelo 2014 no início de 2013, com seu

---

[24] LATOUCHE, S. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*, tradução de Claudia Berliner, Ed. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2009, p. 17.
[25] PACKARD, V. *Estratégia do desperdício*, Ed. Ibrasa, São Paulo, 1965, p. 51.
[26] PACKARD, V. *Estratégia do desperdício*, Ed. Ibrasa, São Paulo, 1965, p. 51.
[27] VETORE NETO, H. *Obsolescência Planejada: O lançamento de tecnologias obsoletas e a lesão ao consumidor*, dissertação de mestrado, Marília: Universidade de Marília, 2016, p. 96.
[28] ANDRADE, S. L. – LIMA, G. E. *A Sociedade de Consumo Pós-moderna e a Influência das Novas Tecnologias: Obsolescência Programada e Obsolescência Psicológica*, XXIV Congresso Nacional Do Conpedi, UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, Direito e Sustentabilidade II, Belo Horizonte, 2015, em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/t9513697, acesso em: junho 2021, p. 25.
[29] "Foi o que aconteceu em 2010 com o Fiat Doblò, que trocou o motor GM pelo Fiat E-Torq nove meses depois de uma atualização estética; em 2009 com o Chevrolet Vectra hatch, alterado em motor e aparência um ano e meio após ser lançado; em 2005 com a Ford Ranger, que ganhou novo motor a diesel seis meses depois da renovação visual; em 2004 com o Palio, que recebeu motor 1,8 flexível seis meses após uma reestilização; e em 2001 com o Marea, reestilizado na traseira 10 meses depois da adoção do motor de 2,45 litros. Mas nenhum caso supera a GM com a Meriva 2004, cujo motor se tornou flexível três semanas após a mudança de ano-modelo" - SAMAHÁ, F. *Obsolescência programada: seu carro novo, já velho*, reportagem, editorial Best Cars, 2014, em: https://bestcars.com.br/bc/informe-

motor de 1,8 litro sendo substituído pelo novo motor 2,0 litros apenas após 12 meses do lançamento do respectivo veículo.[30]

Por vezes um produto ainda está completamente funcional e não há produtos que efetuem sua função de maneira melhor, mas na mente das pessoas ele está "gasto", devido ao surgimento de aprimoramentos de estilo, que os tornam menos desejáveis, sendo isso a obsolescência de desejabilidade.[31]

Diante desse conceito, temos a obsolescência programada psicológica (ou perceptível, ou de estilo, ou de desejabilidade), que se relaciona à desejabilidade dos produtos, pois estes ainda atendem à sua função e às necessidades do consumidor, não possuindo defeito algum, sendo uma tentativa de convencer o consumidor de que precisa de um novo produto, pois o antigo estaria defasado, mesmo que o novo produto tenha apenas o seu design alterado, traduzindo-se na exploração do desejo do consumidor de possuir algo um pouco mais novo, um pouco melhor, um pouco antes do necessário.

Bauman[32] explica que mesmo quando os produtos ainda são satisfatórios, se deve por vezes as publicidades e renovação de design de produtos planejadas com o intuito único de crescimento constante das vendas, com a apoteose de novas ofertas e difamação das ofertas antigas.

Percebe-se que isso acarreta o consumo exagerado, que é chamado de consumismo. É evidente que isso traz reflexos ao meio ambiente, e, por conseguinte, no direito ambiental, quais sejam, o acúmulo de lixo e a escassez dos recursos naturais. E, para Silva[33], a obsolescência programada tem, inclusive, origem no consumismo, sendo filha da sociedade de consumo.

Para Baudrillard[34], consumismo é o desperdício produtivo, quando o supérfluo vem antes do necessário e a despesa precede em valor a acumulação e a apropriação.

Já para Bustamante[35], o consumismo é originado por necessidades geradas artificialmente devido ao sistema de produção, que as transformam em necessidades culturais, através de práticas como a obsolescência programada.

Segundo Vetore Neto[36], consumismo é quando, o consumidor faz uso de produtos ou serviços sem consciência, por vezes adquirindo coisas que não trazem nenhuma utilidade, sendo desnecessárias, compradas pelo mero impulso de comprar por comprar.

Os principais responsáveis pelo consumismo atualmente são as novas tecnologias, aliadas as fontes de informação e comunicação em geral, que muitas vezes buscam que o consumidor tenha uma visão de que tudo está evoluindo o tempo todos em termos de tecnologia, apesar de muitas vezes serem apenas produtos sedutores e pouco duráveis.[37]

---

se/colunas/editorial/397-obsolescencia-programada-seu-carro-novo-ja-velho, acesso em: junho 2021, n. p.

[30] SAMAHÁ, F. *Obsolescência programada: seu carro novo, já velho*, reportagem, editorial Best Cars, 2014, em: https://bestcars.com.br/bc/informe-se/colunas/editorial/397-obsolescencia-programada-seu-carro-novo-ja-velho, acesso em: junho 2021, n. p.

[31] PACKARD, V. *Estratégia do desperdício*, Ed. Ibrasa, São Paulo, 1965, p. 51.

[32] BAUMAN, Z. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2008, p. 31.

[33] SILVA, M. B. O. "Prêt à jeter: obsolescência programada e teoria do decrescimento frente ao direito ao desenvolvimento e ao consumo", *Veredas do Direito*, v. 9, n. 17, Belo Horizonte, 2012, em https://docplayer.com.br/19942637-Pret-a-jeter-obsolescencia-programada-e-teoria-do-decrescimento-frente-ao-direito-ao-desenvolvimento-e-ao-consumo.html, acesso em: abril 2021, p. 187.

[34] BAUDRILLARD, J. *A sociedade de consume*, Ed. Edições 70, Lisboa, 2007, pp. 38-39.

[35] BUSTAMANTE, L. P. *Los derechos de la sustentabilidad: desarrolo, consumo y ambiente*, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2007, p. 39.

[36] VETORE NETO, H. *Obsolescência Planejada: O lançamento de tecnologias obsoletas e a lesão ao consumidor*, dissertação de mestrado, Marília: Universidade de Marília, 2016, p. 85.

[37] ANDRADE, S. L. – LIMA, G. E. *A Sociedade de Consumo Pós-moderna e a Influência das Novas Tecnologias: Obsolescência Programada e Obsolescência Psicológica*, XXIV Congresso

Além disso, acaba sendo criada a ideia da cabeça dos consumidores de que o ser humano só é alguém na sociedade conforme possuí e consome bens, e, por conseguinte, isso torna-se uma busca interminável pela realização de desejos de consumo; dessa forma, o consumismo relaciona-se a ideia de que a felicidade é diretamente proporcional aos bens que são adquiridos.[38]

E um motivo que certamente aumenta ainda mais o consumo exagerado é a diferença entre a expectativa de durabilidade de um objeto e a sua real durabilidade, uma vez que a desproporção entre o que se espera que um produto dure e sua durabilidade de fato acabam fazendo com que o consumidor adquira produtos os quais nem pensava em consumir no momento, caso os que já tem não apresentassem falhas antes do esperado.[39]

Ou seja, com o produto durando menos, o consumidor descarta antes do previsto o item e consome um novo também antes do previsto e do que seria necessário, caso o bem durasse o tempo que era esperado, gerando desperdício e consumo exagerado. Isso se deve ao fato de que muitos indivíduos, como uma maneira de se validar perante a sociedade e buscar a felicidade e realização pessoal, acabam vítimas do consumismo, muito incentivado pelos meios de comunicação, de forma que o consumo acaba se tornando um verdadeiro cárcere.

Para Baudrillard[40], o valor de utilização dos objetos é prejudicado pela publicidade, que busca a diminuição de seu valor/tempo e o aumento da rápida renovação, muitas vezes incentivada por convencer o público-alvo de que este que é o produto da moda no momento.

É claro que a obsolescência é intrínseca a toda tecnologia criada pelo ser humano, é natural que bens hoje modernos se tornem obsoletos devido a novas tecnologias que melhorem e substituam as anteriores. Porém, o que é prejudicial é a obsolescência programada, por ser artificialmente induzida pelos fornecedores, ao tornar algum produto inútil, reduzindo de diversas formas sua vida útil.[41]

Segundo Santiago e Machado[42] estão essencialmente relacionadas as três dimensões de sustentabilidade, de modo que ao deixar de lado quaisquer delas, haverá repercussões danosas à atividade econômica e a própria estrutura do mercado capitalista, o qual cada vez mais reproduz um formato de consumo em uma frequência extremamente predatória aos recursos naturais, sem precaução em relação a manter a qualidade de vida do planeta, de maneira a caminhar em direção a distribuição de renda, igualdade e justiça social.

O que foi explanado acima relaciona-se com a obsolescência programada na medida que o consumo exagerado e o consequente aumento na quantidade de recursos naturais e de resíduos gerados prejudica a manutenção da qualidade de vida no planeta e à busca da distribuição de renda, igualdade e justiça social, conforme prejudica as três dimensões da sustentabilidade.

Portanto, é possível perceber que o consumismo está enraizado na sociedade atual, o que, por óbvio, aumenta a geração de resíduos e a extração de recursos naturais. Além disso, a prática abusiva da obsolescência programada, em todas as

---

Nacional Do Conpedi, UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, Direito e Sustentabilidade II, Belo Horizonte, 2015, p. 15.

[38] ANDRADE, S. L. – LIMA, G. E. *A Sociedade de Consumo Pós-moderna e a Influência das Novas Tecnologias: Obsolescência Programada e Obsolescência Psicológica*, XXIV Congresso Nacional Do Conpedi, UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, Direito e Sustentabilidade II, Belo Horizonte, 2015, p. 15.

[39] VETORE NETO, H. *Obsolescência Planejada: O lançamento de tecnologias obsoletas e a lesão ao consumidor*, dissertação de mestrado, Marília: Universidade de Marília, 2016, p. 87.

[40] BAUDRILLARD, J. *A sociedade de consume*, Ed. Edições 70, Lisboa, 2007, p. 45.

[41] VETORE NETO, H. *Obsolescência Planejada: O lançamento de tecnologias obsoletas e a lesão ao consumidor*, dissertação de mestrado, Marília: Universidade de Marília, 2016, p. 89.

[42] SANTIAGO, M. R. – MACHADO, P. A. O. "Empresa, sustentabilidade e responsabilidade social: Origens, motivações, críticas e aspectos práticos", *Revista de Direito e Sustentabilidade*, v. 1, n. 2, 2015, em: indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/789/784, acesso em: maio 2021, p. 100.

suas formas, estimulada inclusive por publicidades nos meios de informação, só aumenta esse quadro, trazendo prejuízos ao meio ambiente, e indo de encontro ao ODS 12.

4. Sugestões de *lege ferenda* contra a obsolescência programada, baseadas na solidariedade social

Pela prática da obsolescência programada é trazido à tona o já explicado princípio de proteção da vulnerabilidade do consumidor, previsto no artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor[43], que visa proteger o consumidor, parte mais fraca da relação de consumo, além do princípio da boa-fé objetiva, que almeja o equilíbrio e a transparência das relações consumeristas.

Em relação à boa-fé objetiva, explicam Cabral e Rodrigues[44] que a obsolescência programada a fere, na medida em que a expectativa do consumidor em relação aos produtos é frustrada, quando, por exemplo, ele espera que o produto irá durar um tempo razoável, mas na verdade acaba com um produto inutilizado por defeito impossível de reparar ou até mesmo pela inexistência de peças de reposição, logo após o término da garantia legal ou contratual.

Ou seja, fica evidente que a obsolescência programada viola a boa-fé objetiva e isso, por si só, basta para condenar tal prática com respaldo no Código de Defesa do Consumidor brasileiro.[45]

Segundo Vetore Neto[46], é possível, inclusive, devido à violação do princípio da boa-fé, que, em casos de obsolescência programada, o consumidor requeira o desfazimento do contrato, o retorno ao "status quo ante" e indenização por danos morais e materiais, aplicando o artigo 6º, inciso VII e o artigo 35, ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Segundo Moraes[47], como forma de estímulo ao consumo sustentável, devem ser criadas políticas públicas de conscientização, para que os consumidores busquem cada vez mais consumir produtos socioambientalmente responsáveis.

Além disso, deve-se observar o princípio da transparência, que busca uma relação transparente entre consumidores e fornecedores, o que significa que os produtos comercializados devem possuir informações claras e precisas acerca de sua qualidade. Trata-se, além de direito do consumidor, de dever do fornecedor, para que o consumidor possa ser protegido de práticas abusivas por parte do fornecedor, além de ajudar na educação para o consumo.[48]

Moraes[49] explica que se deve coadunar o direito à informação com o direito à proteção contra publicidade enganosa e abusiva, combatendo condutas como as práticas que se aproveitam da falta de informação ou até mesmo de informações

---

[43] BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1.990*, dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, Portal da Legislação, Brasília, set. 1990, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em: abril 2021, n. p.

[44] CABRAL, H. L. T. B. – RODRIGUES, M. M. O. "A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e a tutela do consumidor", *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Ed. Magister, Porto Alegre, v. 7, n. 42, 2012, em: https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/9725, acesso em: abril, p. 41.

[45] BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1.990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, Portal da Legislação, Brasília, set. 1990, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em: abril 2021, n. p.

[46] VETORE NETO, H. *Obsolescência Planejada: O lançamento de tecnologias obsoletas e a lesão ao consumidor*, dissertação de mestrado, Marília: Universidade de Marília, 2016, p. 97.

[47] MORAES, K. G. *Obsolescência Planejada de Qualidade: Fundamentos e Perspectivas Jurídico-ambientais de Enfrentamento*, dissertação de mestrado, UFSC, Florianópolis, 2013, em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107281, acesso em: maio 2021, p. 143.

[48] VETORE NETO, H. *Obsolescência Planejada: O lançamento de tecnologias obsoletas e a lesão ao consumidor*, dissertação de mestrado, Marília: Universidade de Marília, 2016, p. 92.

[49] MORAES, K. G. *Obsolescência Planejada de Qualidade: Fundamentos e Perspectivas Jurídico-ambientais de Enfrentamento*, dissertação de mestrado, UFSC, Florianópolis, 2013, em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107281, acesso em: maio 2021, p. 174.

incorretas de seu público-alvo, utilizando-se de métodos comerciais coercitivos ou desleais.

É direito dos consumidores ter todas as informações relacionadas ao produto que querem comprar, sejam essas informações de caráter individual ou coletivo. A informação a respeito da previsão de durabilidade de um produto, por exemplo, poderia ser uma maneira de os consumidores escolherem os produtos que tenham uma maior durabilidade.[50]

Além disso, alertas sobre as consequências ambientais do produto nas etapas de seu ciclo de vida, e do consumismo, em propagandas de bens de consumo, poderia ser uma forma de conscientizar os consumidores a manter bens que já possuem, ao invés de substituí-los rapidamente e desperdiçá-los.[51]

No combate à prática em comento, também pode ser utilizado o princípio da confiança, que possui como objetivo: "garantir ao consumidor a adequação do produto ou serviço, evitando riscos e prejuízos em relação aos bens adquiridos".[52]

É necessário, ainda, suscitar a função social dos contratos de consumo e o princípio da solidariedade social, o que significa dizer que os fornecedores, buscando seu interesse individual, qual seja, o lucro, não podem reduzir os interesses coletivos, devendo respeitar a função social do contrato, não podendo, portanto, utilizar de práticas abusivas como a obsolescência programada, que fere os interesses coletivos da sociedade e, por conseguinte, a dignidade da pessoa humana.

Segundo Campello e Santiago[53], a função social do contrato requer que os contratantes tenham uma postura negativa, isto é, a de não desrespeitar a sociedade. Já o princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal[54], de acordo com Campello e Santiago[55], traz a ideia de que por meio das empresas, também deve ser efetuada uma colaboração visando o desenvolvimento da sociedade, em uma visão de auxílio às pessoas, o que inclui as das gerações futuras, sendo a função solidária do contrato efetivada quando contribui de forma valorosa para o desenvolvimento social.

O princípio da solidariedade intergeracional também pode ser utilizado no presente contexto, devendo ser preservado um mínimo existencial, além de se pautar nos princípios ambientais da prevenção e precaução; e esse mínimo nada mais é do que preservar o meio ambiente global o máximo possível para as futuras gerações, sem deixar de lado as questões sociais e econômicas, com o combate a exploração ambiental por si só, com fins puramente econômicos, porém permitindo-a quando há ganho social, para a humanidade e para a concretização da dignidade da pessoa humana.[56] E, claramente, a diminuição proposital da vida útil dos produtos vai de

---

[50] MORAES, K. G. *Obsolescência Planejada de Qualidade: Fundamentos e Perspectivas Jurídico-ambientais de Enfrentamento*, dissertação de mestrado, UFSC, Florianópolis, 2013, em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107281, acesso em: maio 2021, p. 174.

[51] MORAES, K. G. *Obsolescência Planejada de Qualidade: Fundamentos e Perspectivas Jurídico-ambientais de Enfrentamento*, dissertação de mestrado, UFSC, Florianópolis, 2013, em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107281, acesso em: maio 2021, p. 174.

[52] VETORE NETO, H. *Obsolescência Planejada: O lançamento de tecnologias obsoletas e a lesão ao consumidor*, dissertação de mestrado, Marília: Universidade de Marília, 2016, p. 92.

[53] CAMPELLO, L. G. B. – SANTIAGO, M. R. "Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo", *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 32, 2017, em: https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/18248/22621, acesso em: abril 2021, p. 178.

[54] BRASIL. *Constituição (1988)*, Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, n. p.

[55] CAMPELLO, L. G. B. – SANTIAGO, M. R. "Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo", *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 32, 2017, em: https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/18248/22621, acesso em: abril 2021, p. 178.

[56] REIS, J. H. S. – CAMPELLO, L. G. B. "Direitos humanos e os desafios à solidariedade intergeracional no cenário de crise ambiental global", *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 4, n. 2, 2018, em: indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/4989, acesso em: maio 2021, p. 142.

encontro a concretização desse princípio, previsto em normas internacionais, como a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992.

Percebe-se que a moderna legislação consumerista brasileira impede, em teoria, através de seus princípios, a prática da obsolescência programada. Porém, aparentemente, ela não tem sido eficaz quanto à prática da obsolescência psicológica, o que talvez se traduza na necessidade da criação de uma legislação específica para tal fim.

O que percebe-se é que o status legislativo atual no que concerne à obsolescência programada tem sido suficiente (as vezes, o que gera insegurança jurídica) apenas para o combate privado do *sacer* contra o soberano na justiça brasileira, ou seja, o consumidor, diante de uma situação de obsolescência programada, ingressa no judiciário, e por vezes consegue uma decisão favorável. No julgamento do REsp 984.106/SC[57], o voto proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, mencionou o termo obsolescência programada e explicou que o ambiente atual é imperfeito, no que diz respeito a eficiência mercadológica, por vezes rodeada pelo abuso do poder econômico, com a utilização de estratégias como a parada antecipada da produção de insumos ou peças de reposição de produtos, forçando a aquisição de novos bens.

Inclusive, o ministro propõe que o Código de Defesa do Consumidor deve ser alterado para que a responsabilidade do fornecedor de bens duráveis siga o parâmetro da vida útil aguardada do produto e não o da garantia contratual, além disso, a obsolescência programada também seria declarada abusiva nessa alteração. Ainda, Salomão argumentou que o Código de Defesa do Consumidor deve obrigar os fornecedores a informarem nos produtos sua vida útil e prever punições para os que desrespeitarem, contudo, sem limitar a evolução tecnológica.[58]

Ao redor do mundo, poucas legislações combatem diretamente a obsolescência programada, mas que podem ser utilizadas como inspiração para a criação de uma norma brasileira, como será exposto a seguir.

Surgiu, em 7 de outubro de 2011, a Resolução Belga de número 5-1251/1, que em sua exposição de motivos trouxe:

> "A obsolescência programada pode ser definida como o fato de desenvolver e depois comercializar um produto determinando antecipadamente o momento de sua expiração, sendo o objetivo desse método limitar a vida útil do objeto e favorecer assim, a compra de um novo produto substituto. [...] não devemos perder de vista o custo financeiro da obsolescência programada para as famílias. Uma redução significativa na vida dos produtos inevitavelmente provoca um custo adicional no orçamento do consumidor. O impacto social é, portanto, muito importante para essas famílias."[59]

Já em âmbito francês, em 17 de agosto de 2015, o projeto de lei de número 429 alterou a legislação consumerista francesa (*Le Code de La Consommation*), tornando-se o primeiro país a considerar a obsolescência programada um crime:

> "Artigo L. 441-2: A prática da obsolescência programada é proibida pelo uso de técnicas pelas quais a pessoa responsável pela colocação de um

[57] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp: 984106/SC*, relator: Ministro Luis Felipe Salomão, em: https://conjur.com.br/dl/cdc-proteger-consumidor-obsolescencia.pdf, acesso em: maio 2021, p. 17.

[58] RODAS, S. "Substituição Forçada: CDC deve proteger consumidor da obsolescência programada, diz ministro", reportagem, *Revista Consultor Jurídico*, 2015, em: http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/cdc-combater-obsolescencia-programada-ministro-salomao, acesso em: junho 2021, n. p.

[59] BÉLGICA. Senat de Belgique. *Document législatif nº 5-1251/1*, session de 2010-2011, 7 octobre 2011, Proposition de résolution em vue de lutter contre l'obsolescence programmée des produits liés à l'énergie, em: https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPub&COLL=S&LEG=5&NR=1251&PUID=83887779&LANG=fr, acesso em: maio 2021, n. p.

> produto no mercado visa reduzir deliberadamente sua expectativa de vida, a fim de aumentar a taxa de reposição.
> Artigo L. 454-6: A infração prevista no artigo L441-2 é punível com dois anos de prisão e multa de 300.000 euros. O montante da multa pode ser aumentado, na proporção dos benefícios derivados da infração, para 5% do volume de negócios médio anual, calculado sobre os três últimos volumes de negócios anuais conhecidos à data dos fatos."[60]

Em âmbito alemão ainda não há legislação, mas apenas sugestões legislativas do Partido Verde da Alemanha (The German Green Party), que sugeriu a introdução de rótulos nos bens de consumo que indiquem a qualidade dos produtos, como sua expectativa de vida útil e um aviso de que determinado produto não pode ser reparado ou a informação de que nenhuma peça sobressalente estará disponível, caso venha a estragar; a introdução no mercado de uma quantidade mínima de componentes para reparo; a definição da obrigação dos fornecedores em providenciar instruções de reparo e manter a produção de peças originais do produto; a criação de normas que assegurem a qualidade de produtos sustentáveis com a ideia de uma economia baseada na reciclagem, além de responsabilizar o seu descumprimento; a criação de uma plataforma nacional ou internacional para melhor administrar a entrada e saída de produtos; e, por fim, a positivação do conceito de "vício oculto" como parte da lei civil.[61]

Os trechos de legislação internacional acima expostos auxiliam na preservação ambiental e na concretização da solidariedade social, por combaterem a obsolescência programada, além de se mostrem adequados para serem utilizados como inspiração para a criação de uma lei brasileira que deve se pautar pela construção de uma nova sociedade calcada na solidariedade social e no desincentivo ao desperdício.

Voltando ao princípio da solidariedade social, o qual é previsto na Carta Magna brasileira, e é um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito, é possível que ele seja utilizado para trazer um nível de proteção às relações de consumo pautada na sustentabilidade, o que não se alcança por intermédio apenas do Código de Defesa do Consumidor.[62]

A busca deve ser no sentido de buscar colaborar para o avanço da sociedade, pensando, inclusive, nas gerações futuras, além de impedir o desrespeito aos interesses sociais.[63]

Na aclamada obra "A Via para o futuro da humanidade", Edgar Morin destaca:

> "A solidariedade anônima do Estado-Providência, com seus dispositivos de segurança e assistências de todas as ordens, é insuficiente. Há necessidade de uma solidariedade concreta e vivenciada, de pessoa para pessoa, de grupos para pessoas, de pessoa para grupos. [...] Não se trata, contudo, de promulgar a solidariedade, mas de liberar a força não empregada das boas vontades e de favorecer as ações de solidariedade. Segundo nossa concepção do indivíduo-sujeito, todo sujeito humano trás consigo dois quase-*softwares*: um é o da autoafirmação egocêntrica que o Ego-Eu expressa, vital para se alimentar, se defender, se desenvolver;

---

[60] FRANÇA. *Le Code de La Consommation*. Version en vigueur au 18 mai 2021, em: https://legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069565, acesso em: maio 2021, n. p.

[61] ELLINGHAUS, U. *German study on "Planned obsolescence" calls to improve product lifetime by imposing mandatory standards*, 2013, em: https://blog.complianceandrisks.com/commentary-analysis/commentary-analysis-new/german-study-on-planned-obsolescence-calls-to-improve-product-life-time-by-imposing-mandatory-standards, acesso em: maio 2021, n. p.

[62] CAMPELLO, L. G. B. – SANTIAGO, M. R. "Relações de consumo na perspectiva do princípio da solidariedade social: a função solidária dos contratos de consumo", *Revista de Direito do Consumidor*, Ed. RT, v. 99, n. 24, São Paulo, 2015, p. 95.

[63] CAMPELLO, L. G. B. – SANTIAGO, M. R. "Relações de consumo na perspectiva do princípio da solidariedade social: a função solidária dos contratos de consumo", *Revista de Direito do Consumidor*, Ed. RT, v. 99, n. 24, São Paulo, 2015, p. 95.

> o outro é os *software* do Nós, que inscreve o Eu em uma relação de amor ou de comunidade no seio de sua família, de sua pátria, de seu pertencimento religioso, de seu partido. Nossa civilização superdesenvolveu o primeiro *software* e subdesenvolveu o segundo. Mas este encontra-se apenas adormecido; trata-se de incitá-lo a despertar."[64]

Para Habermas[65], deve-se preservar primeiramente a solidariedade social, que está degradando, além das fontes de equilíbrio ambiental, que estão esgotando, e para isso é necessário que se utilize de práticas de autodeterminação comunicativa, para que se possa influenciar todos os atingidos.

Em obra diversa, Habermas[66] relaciona solidariedade e justiça, afirmando:

> "A justiça concebida deontologicamente exige, como sua outra face, a solidariedade. Não se trata, neste caso, de dois momentos que se complementam, mas de aspectos da mesma coisa. Toda moral autônoma tem que resolver, ao mesmo tempo, duas tarefas: ao reivindicar trato igual, e com ele um respeito equivalente pela dignidade de cada um, faz valer a inviolabilidade dos indivíduos na sociedade; e ao mesmo tempo em que exige a solidariedade por parte dos indivíduos, como membros de uma comunidade na qual são socializados, protege as relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco. A justiça refere-se à igualdade da liberdade dos indivíduos que se determinam a si mesmos e que são insubstituíveis, enquanto a solidariedade refere-se ao bem, ou à felicidade dos companheiros irmanados em uma forma de vida intersubjetivamente compartilhada, e deste modo também à preservação da integridade dessa forma de vida. As normas não podem proteger um sem o outro, isto é, não podem proteger a igualdade de direitos e as liberdades dos indivíduos sem o bem do próximo e da comunidade a que eles pertencem."

Morin[67] explica que as políticas criadas acabam por atingir todo o planeta, se tratando de "política de desenvolvimento da espécie humana na unidade planetária". Disso pode-se concluir que o Brasil precisa fazer sua parte, pois o descarte desnecessário de bens de consumo, além de prejudicar os brasileiros, prejudica toda a humanidade, o que traz a necessidade de agir localmente, mas pensar globalmente. Sendo importante mencionar a reflexão a seguir, de Morin e Kern:

> "Dominar a natureza? O homem é ainda incapaz de controlar sua própria natureza, cuja loucura o impele a dominar a natureza perdendo o domínio de si mesmo. Dominar o mundo? Mas ele é apenas um micróbio no gigantesco e enigmático cosmos. Dominar a vida? Mas mesmo se pudesse um dia fabricar uma bactéria, seria como copista que reproduz uma organização que jamais foi capaz de imaginar. E acaso ele saberia criar uma andorinha, um búfalo, uma otária, uma orquídea? O homem pode massacrar bactérias aos milhares, mas isso não impede que bactérias se multipliquem. Pode aniquilar vírus, mas está desarmado diante de vírus novos que zombam dele, que se transformam, se renovam [...]."[68]

A mencionada prática abordada no presente artigo é contumaz no Brasil, devendo ser debatida e combatida, para que sejam preservados os interesses coletivos da atual sociedade e a dignidade da pessoa humana, de maneira a respeitar os princípios da proteção da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé objetiva, da solidariedade social e da confiança, além de respeitar a função social dos contratos.

---

[64] MORIN, E. *A via para o futuro da humanidade*, tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco, Ed. Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2013, pp. 76-77.
[65] HABERMAS, J. *Direito e democracia entre facticidade e validade*, tradução de Flávio Bento Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2. ed., v. II, 2003, p. 190.
[66] HABERMAS, J. *Aclaraciones a la ética del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, pp. 75-76.
[67] MORIN, E. *Introdução à Política do homem e argumentos políticos,* tradução de Celso de Sylos, Ed. Forense, São Paulo, 1980, p. 62.
[68] MORIN, E. – KERN, A. B. *Terra – pátria,* tradução de Paulo Neves, Ed. Sulina, Porto Alegre, 2005, p. 167.

A concretização disso pode caminhar para o sucesso com a elaboração de lei brasileira que combata a obsolescência programada, com punições nos âmbitos cível e criminal.

5. Conclusão

Ficou evidente neste artigo que ao se falar de desenvolvimento sustentável, a obsolescência programada acaba por golpear duramente o pilar social e o pilar ambiental, o que traz, ou ao menos deveria trazer à sociedade, a preocupação acerca da possibilidade de desabamento de sua estrutura, a qual provavelmente não é capaz de sustentar-se sobre apenas um pilar (o econômico).

Afinal, como foi exposto no item 1, todos os Estados-Membros da ONU adotaram formalmente a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, composta pelos ODS, sendo dever do Brasil adotar medidas para combater a obsolescência programada, impedindo que o soberano mate o *sacer* ao seu bel-prazer, punindo-o por seus "homicídios", combatendo também os mecanismos de biopoder que deixam de lado a preocupação com o bem-estar social das presentes e futuras gerações.

Em seguida, no item 2, demonstrou-se que o consumismo está enraizado na sociedade atual, e a prática abusiva da obsolescência programada (que surgiu no início do século passado), em todas as suas formas, inclusive estimulada inclusive por publicidades nos meios de informação, só aumenta esse quadro, trazendo prejuízos ao meio ambiente, e indo de encontro ao ODS 12, na medida em que força o descarte de bens, aumentando a geração de resíduos e a extração de recursos naturais.

Após, no item 3, expôs-se que a prática de obsolescência programada fere diversos princípios de direito, e que a legislação atual brasileira tem se demonstrado insuficiente para o combate da nociva prática abordada no presente artigo, podendo as legislações estrangeiras servirem como inspiração para a criação de uma lei brasileira.

Por fim, conclui-se pela necessidade da elaboração de uma legislação brasileira que determine o que se entende por obsolescência programada, punindo tal prática civilmente e criminalmente, pautando-a no princípio da solidariedade social e nos princípios ambientais, para que se atenda ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 12, da Agenda 2030, documento adotado formalmente pelo Brasil em âmbito internacional, de modo a caminhar na busca pelo Desenvolvimento Sustentável em seus aspectos ambiental, social e econômico.

6. Referências

ANDRADE, S. L. – LIMA, G. E. *A Sociedade de Consumo Pós-moderna e a Influência das Novas Tecnologias: Obsolescência Programada e Obsolescência Psicológica*, XXIV Congresso Nacional do Conpedi, UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, Direito e Sustentabilidade II, Belo Horizonte, 2015, em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/t9513697, acesso em: junho 2021.

AGAMBEN, G. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, tradução de Henrique Burigo, Ed. UFMG, Belo Horizonte, 2002.

BALDUÍNO JÚNIOR, G. C. – SANTIAGO, M. R. "Consumo e mercado: alternativas à tutela do consumidor e à defesa da concorrência na sociedade líquida", *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)*, Bebedouro, São Paulo, v. 9. n. 1, 2021, em: https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/983, acesso em: abril 2021.

BAUDRILLARD, J. *A sociedade de consume*, Ed. Edições 70, Lisboa, 2007.

BUSTAMANTE, L. P. *Los derechos de la sustentabilidad: desarrolo, consumo y ambiente*, Ed. Colihue, Buenos Aires, 2007.

BAUMAN, Z. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*, Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 2008.

BÉLGICA. Senat de Belgique. *Document législatif nº 5-1251/1*, session de 2010-2011, 7 octobre 2011, proposition de résolution em vue de lutter contre l'obsolescence programmée des produits liés à l'énergie, em: https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPub&COLL=S&LEG=5&NR=1251&PUID=83887779&LANG=fr, acesso em: maio 2021.

BRASIL. Constituição (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei 8.078, de 11 de setembro de 1.990*, dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, Portal da Legislação, Brasília, set. 1990, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso em: abril 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). *REsp: 984106/SC*, relator: Ministro Luis Felipe Salomão, data de julgamento: 04/10/2012, data de publicação: 20/11/2012, em: https://www.conjur.com.br/dl/cdc-proteger-consumidor-obsolescencia.pdf, acesso em: maio 2021.

CABRAL, H. L. T. B. – RODRIGUES, M. M. O. "A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e a tutela do consumidor", *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre: Magister, v. 7, n. 42, 2012, em: https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/9725, acesso em: abril 2021.

CAMPELLO, L. G. B. – SANTIAGO, M. R. "Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo", *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 32, 2017, em: https://e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/18248/22621, acesso em: abril 2021.

CAMPELLO, L. G. B. – SANTIAGO, M. R. "Relações de consumo na perspectiva do princípio da solidariedade social: a função solidária dos contratos de consumo", *Revista de Direito do Consumidor*, Ed. RT, v. 99, n. 24, São Paulo, 2015.

DANNORITZER, C. *COMPRAR, tirar comprar: La história secreta de la obsolescência planejada*, produção de Cosima Dannoritzer, 2011, documentário, 52'18'', em: https://www.youtube.com/watch?v=24CM4g8V6w8, acesso em: junho 2016.

ELLINGHAUS, U. *German study on "Planned obsolescence" calls to improve product life-time by imposing mandatory standards*, 2013, em: https://blog.complianceandrisks.com/commentary-analysis/commentary-analysis-new/german-study-on-planned-obsolescence-calls-to-improve-product-life-time-by-imposing-mandatory-standards, acesso em: maio 2021.

FRANÇA. *Le Code de La Consommation*, version en vigueur au 18 mai 2021, em: https://legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069565, acesso em: maio 2021.

HABERMAS, J. *Aclaraciones a la ética del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 2000.

HABERMAS, J. *Direito e democracia entre facticidade e validade*, tradução de Flávio Bento Siebeneichler, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2. Ed., v. II, 2003.

JOAQUIM, J. M. S. – VIEIRA, P. R. S. "A obsolescência programada no contexto das relações de consume", *Caderno de direito e políticas públicas (UNIRIO)*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2021, em: http://seer.unirio.br/index.php/cdpp/article/view/10181, acesso em: abril 2021.

LATOUCHE, S. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*, tradução Claudia Berliner, Ed. WMF Martins Fontes, São Pualo, 2009.

MORAES, K. G. *Obsolescência Planejada de Qualidade: Fundamentos e Perspectivas Jurídico-ambientais de Enfrentamento*, dissertação de mestrado, UFSC, Florianópolis, 2013, em: repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107281, acesso em: maio 2021.

MORIN, E. *A via para o futuro da humanidade*, tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco, Ed. Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2013.

MORIN, E. *Introdução à Política do homem e argumentos políticos*, tradução de Celso de Sylos, Ed. Forense, São Paulo, 1980.

MORIN, E. – KERN, A. B. *Terra – pátria*, tradução de Paulo Neves, Ed. Sulina, Porto Alegre, 2005.

OLIVEIRA, C. J. "O sujeito contemporâneo e o culto ao consumo: algumas considerações à luz de Marx, Benjamin e Agamben", *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, 2011, em: http://www.eumed.net/rev/cccss/16/cjo.html, acesso em: maio 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*, 2015, em: undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf, acesso em: abril 2021.

PACKARD, V. *Estratégia do desperdício*, Ed. Ibrasa, São Paulo, 1965.

REIS, J. H. S. – CAMPELLO, L. G. B. "Direitos humanos e os desafios à solidariedade intergeracional no cenário de crise ambiental global", *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, v. 4, n. 2, 2018, em: indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/4989, acesso em: maio 2021.

RODAS, S. "Substituição Forçada: CDC deve proteger consumidor da obsolescência programada, diz ministro", reportagem, *Revista Consultor Jurídico*, 2015, em: http://conjur.com.br/2015-jun-25/cdc-combater-obsolescencia-programada-ministro-salomao, acesso em: junho 2021.

SAMAHÁ, F. "Obsolescência programada: seu carro novo, já velho", reportagem, *Editorial Best Cars*, 2014, em: https://bestcars.com.br/bc/informe-se/colunas/editorial/397-obsolescencia-programada-seu-carro-novo-ja-velho, acesso em: junho 2021.

SANTIAGO, M. R. – ANDRADE, S. L. "A obsolescência programada e psicológica como forma de biopoder: perspectivas jurídicas do consumismo", *Revista Quaestio Iuris*, v. 9, n. 4, 2016, em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/21252, acesso em: maio 2021.

SANTIAGO, M. R. – MACHADO, P. A. O. "Empresa, sustentabilidade e responsabilidade social: Origens, motivações, críticas e aspectos práticos", *Revista de Direito e Sustentabilidade*, v. 1, n. 2, em: indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/789/784, acesso em: maio 2021.

SILVA, M. B. O. "Prêt à jeter: obsolescência programada e teoria do decrescimento frente ao direito ao desenvolvimento e ao consumo", *Veredas do Direito*, v.9, n. 17, Belo Horizonte, 2012, em: https://docplayer.com.br/19942637-Pret-a-jeter-obsolescencia-programada-e-teoria-do-decrescimento-frente-ao-direito-ao-desenvolvimento-e-ao-consumo.html, acesso em: abril 2021.

SOUZA, H. F. P. "A perspectiva biopolítica de Agamben: alguns conceitos para se (re)pensar o direito atual", *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 9, n. 1, em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5761/3138, acesso em: junho 2021.

SOUZA DA SILVA, B. A. "O capitalismo como religião e uma reflexão ética a partir de Agamben", *Peri – Revista de Filosofia*, v. 10, n. 1, 2018, em: http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/2836/2317, acesso em: maio 2021.

VETORE NETO, H. *Obsolescência Planejada: O lançamento de tecnologias obsoletas e a lesão ao consumidor*, dissertação de mestrado, Marília: Universidade de Marília, 2016.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 214-227
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O Estado e o Direito na obra de João Calvino

The State and the Law in the work of John Calvin

Gabriel Vinícius Carmona Gonçalves [1]
Lourenço de Miranda Freire Neto [2]
Universidade Presbiteriana Mackenzie
Priscila Luciene Santos de Lima [3]
Centro Universitário Social da Bahia

Sumário: 1. Introdução; 2. A vida de João Calvino e a inserção da sua obra na reforma protestante; 3. As institutas de Calvino e a sua visão do Estado e do Direito; 4. O Direito e o Estado nas demais obras de Calvino; 5. O calvinismo pós-Calvino e a sua relação com o Direito e o Estado; 6. Considerações Finais; Referências.

Resumo: A influência da reforma protestante na criação do Estado Moderno é inegável, e os seus reflexos podem ser sentidos até os dias de hoje. A maior parte dos reformadores, contudo, se limitou ao aspecto teológico, não expandindo os seus estudos e ensinamentos além da seara puramente religiosa. Nesse contexto, a obra de João Calvino se destaca, porque o autor foi além da pura teorização teológica, desenvolvendo uma profícua obra que tratou de diversos outros temas, e, destacadamente, do Estado e do Direito. Conforme demonstrado no presente artigo, Calvino desenvolveu toda uma teoria do Estado e do Direito nas suas "Institutas da Religião Cristã", e tratou dos temas relacionados ao papel do cristão frente ao Estado, ao papel do Estado como sustentador da coesão social e ao papel dos representantes do Estado (representados na figura do magistrado). Nas suas demais obras, João Calvino, tratou de explicar os conceitos desenvolvidos na sua obra principal, e desenvolveu outros aspectos da sua teoria jurídica e política.

---

[1] Doutorando e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Autou como professor convidado da pós-graduação em Direito Administrativo e Administração Pública do Mackenzie (2021 - 2022) e do MBA em gestão de Parcerias Público-Privadas do IBMEC (2020 - 2022) e como professor da graduação em Direito da Faculdade Embu das Artes (2021). Atualmente, é Gerente de Risco e Compliance do Instituto Presbiteriano Mackenzie e advogado em São Paulo.

[2] Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, em regime de co-tutela e dupla titulação com a Universidade de Salamanca - Espanha, com o reconhecimento de tese "sobresaliente cum laude". Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Conselho Editorial da Juruá Editora. Parecerista da Revista Direito Mackenzie e da Revista Internacional de Direito do Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação. Professor Associado na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

[3] Pós-doutora em Novas Tecnologias e Direito pela Università Mediterranea di Reggio Calabria - ITÁLIA. Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pró-Reitora de Ensino, Pesquisa e Extensão no Centro Universitário Social da Bahia (UNISBA). Integrante do Banco de Avaliadores (BASis) do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (Sinaes), pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira INEP / MEC.

Recibido: 13/04/2023
Aceptado: 10/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043838

Palavras-chave: João Calvino, Direito, Estado, calvinismo, Reforma Protestante.

Abstract: The influence of the Protestant Reformation on the creation of the Modern State is undeniable, and its reflexes can be felt to this day. Most reformers, however, were limited to the theological aspect, not expanding their studies and teachings beyond the purely religious field. In this context, the work of João Calvino stands out, because the author went beyond pure theological theorizing, developing a fruitful work that dealt with several other themes, and especially the State and Law. As demonstrated in this article, Calvin developed a whole theory of State and Law in his "Institutes of the Christian Religion," and dealt with a lot of issues related to: (a) the role of the Christian in relation to the state; (b) the role of the state in sustaining social cohesion; and (c) the role of the state. Representatives of the State (especially the figure of the "magistrate"). In his other works, João Calvin tried to explain the concepts developed in his main work and developed other aspects of his legal and political theory.

Keywords: John Calvin, Law, State, Calvinism, Reformation.

1. Introdução

O contexto histórico no qual se situou a reforma protestante abriu o caminho para o surgimento do Estado Moderno - e, com ele, das instituições jurídicas tais como as temos na contemporaneidade.

Iniciada pela célebre fixação das noventa e cinco teses por Martinho Lutero na cidade de Lutherstadt Wittenberg em 1517, a reforma protestante rapidamente se espalhou por toda a Europa, alterando não só o cenário religioso, mas também o político e o social.

Após a publicação das teses luteranas, outras linhas reformadas surgiram, com maior ou menor relevância. Dentre elas, destaca-se aquela desenvolvida por João Calvino, reformador francês que se radicou e desenvolveu grande parte de seu trabalho na atual Suíça, especialmente na cidade de Genebra.

A obra de Calvino constituiu um marco que revolucionou o contexto político da sua época por se apropriar de uma interpretação própria das escrituras que destaca a necessidade de se visualizar toda a existência terrena pela perspectiva cristã - i.e., viver a vida "Coram Deo" ("diante da face de Deus", na expressão latina) , ou então, viver a vida de forma não compartimentada entre o sagrado e o profano, entre os temas "terrenos" e "celestiais", o que também impacta a perspectiva que deve ser dada ao Estado e ao Direito.

Esse fato foi reconhecido, dentre outros, por WEBER, que, na sua conhecida obra "A ética protestante e o espírito do capitalismo", assevera que "o calvinismo foi a fé em torno da qual se moveram as grandes lutas políticas e culturais dos séculos XVI e XVII nos países capitalistas mais desenvolvidos — os Países Baixos, a Inglaterra, a França"[4].

Como se analisará no presente artigo, a obra de João Calvino foi de extrema importância para a reforma protestante - e para a construção da sociedade que surgiu a partir desse momento histórico -, sendo a sua influência notória e notável até o presente momento.

2. A Vida de João Calvino e o Contexto no qual sua Obra se Insere

[4] WEBER, M. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo, Companhia das Letras, 2004, p. 90.

Nascido em Noyon, nordeste da França, em 1509, João Calvino é um dos grandes nomes da reforma protestante, que se sobressai a muito de seus predecessores e sucessores, seja pela importância de sua obra no contexto religioso, ou mesmo pela influência obtida por seus estudos além das fronteiras da cristandade.[5]

Em que pese essa perspectiva ter sido melhor desenvolvida posteriormente (especialmente quando do estudo do conceito de cosmovisão), CALVINO resumiu essa perspectiva em duas breves passagens de seus escritos: "Todo crente deve ter desejo fervoroso de contar com Deus em cada momento de sua vida" [6]; e: "Nós somos do Senhor; vivamos e morramos por ele e para ele. Somos do Senhor; que a sua vontade e a sua sabedoria presidam a todas as nossas ações. Somos do Senhor; relacionemos todos os aspectos da nossa vida com ele como o nosso fim único. Ah, quão proveitoso será para o homem que, reconhecendo que não é dono de si, negue à sua razão o senhorio e o governo de si mesmo e o confie a Deus!" [7].

Advogado de formação, tamanha era a influência do pensamento jurídico sobre a sua obra que um biógrafo francês chegou a afirmar que "Calvino o teólogo é no fim, também, Calvino, o jurista"[8], e uma pesquisadora da sua vida e obra a assim pontuar a influência de seus escritos sobre a vida política europeia: "[a obra de João Calvino levou] os conselhos a passarem leis de saúde e de segurança, algumas das primeiras desse tipo. Não jogar lixo ou excrementos nas ruas. Não fazer fogo em quartos sem chaminés. Colocar grades nas sacadas das janelas para as crianças não caírem delas. Enfermeiras não levam para a cama consigo bebés questão sob os seus cuidados. Proprietários não aluguem nenhum quarto sem a permissão policial Sentinelas, atendem às suas rendas nocturnas com fidelidade. Negociantes negociem com honestidade, não cobrando demais pela sua mercadoria. (...) [Calvino] não deixava de pregar um sermão sobre o dever que os cidadãos tinham de eleger homens piedosos, e o dever dos eleitos de governar pela direcção de Deus e para Ele"[9].

Também aponta assim FERREIRA: "Poucas formulações do pensamento ocidental tiveram tanto impacto sobre a nossa cultura quanto os escritos de Calvino, preparados em virtual luta para submeter toda existência ao comando do Deus que se revela nas Escrituras. Por exemplo, a idéia de um governo republicano e representativo, onde se tem a alternância do poder, e onde o povo está ligado por um pacto, foi introduzida na cultura ocidental por meio de Calvino. Todos os escritores que trataram do pacto social escreveram baseados em suas percepções políticas. Theodore Beza, George Buchanan, Johannes Althusius, Samuel Rutherford – todos eles dependiam dos escritos do reformador francês. E deve-se notar que esses escritores cristãos estavam na vanguarda dos debates políticos nos séculos XVI e XVII. Por exemplo, a idéia do cruzamento fiscalizador entre os poderes (checks and balances) já estavam sendo debatidas nos Estados Unidos em meados do século XVIII por John Witherspoon, exercendo profunda influência sobre James Madison, autor da constituição daquele país. A idéia do voto distrital (um dos pilares dos países mais desenvolvidos do mundo ocidental) também depende em parte dos insights de Calvino. A primeira defesa da liberdade de imprensa e a primeira deposição de um rei tirano, e mesmo sua execução por alta-traição, ocorreram na Inglaterra no século XVII, em círculos fortemente influenciados pelo pensador francês. A revolução americana, que atingiu seu auge em 1776, de onde surgiu a mais antiga e duradoura democracia do ocidente, também foi fruto da influência do pensamento de Calvino.

---

[5] FONSECA, S. D. C. "João Calvino (1509-1564): Entre a erudição e o zelo, a excelência para a Glória de Deus", *Revista Lusófona de Ciência das Religiões*, série monográfica volume VIII, Lisboa, 2012, p. 147-166.

[6] CALVINO, J. *A Verdadeira Vida Cristã*, São Paulo, Editora Novo Século, 2000, p. 31.

[7] CALVINO, J. *Institutas da Religião Cristã (edição de 1536)*, São José dos Campos, Editora Fiel, 2018, p. 177.

[8] COTTRET, Be. *Calvino: la fuerza y la fragilidade*, Madrid, Editorial Complutense, 2002.

[9] VAN HALSEMA, T. *João Calvino Era Assim*, São Paulo, Editora Vida Evangélica, 1959, p. 91; 192.

Todos os capelães do Exército Continental eram presbiterianos, sendo que 2/3 dos soldados eram presbiterianos. Conta-se que o rei George III, da Inglaterra, no auge da rebelião nas treze colônias, chamou-a de "aquela pequena rebelião presbiteriana" e depois afirmou que "aqueles malditos presbiterianos estão por trás disso, eles sempre desafiam a monarquia, não importa de onde eles venham". A ditadura comunista na Romênia caiu em 1989, em grande medida por conta das pregações do pastor reformado László Tőkés para sua comunidade, em Timişoara. Em outras palavras, em países influenciados pelo pensamento calvinista não surgirão ditadores, nem nas esferas política muito menos nas eclesiásticas. Isto é história. Também podemos mencionar que, em alguma medida, a ética protestante do trabalho, com as ênfases na vocação, frugalidade, disciplina, santidade do trabalho e a ênfase nos estudos seculares, também são legado do grande reformador"[10].

A sua obra se insere em um período histórico turbulento, no qual começa a se manifestar a forma de organização social que originaria o Estado tal como o conhecemos hoje, tendo a reforma protestante - iniciada por Martinho Lutero e consolidada por João Calvino - papel fundamental na subversão da ordem vigente.

Como afirma BEEKE, "a teologia protestante não pode ser entendida plenamente sem a sua reação aos problemas na igreja" por ele também listados como sendo: (i) o abuso papal, tanto no viés teológico quanto na vida prática da religião - bem representada pelo sistema de penitência da igreja católica apostólica romana; (ii) a pretensão papal de ser considerado (e praticamente venerado) como o sucessor de Pedro - o que lhe colocaria em condição superior aos demais cristãos; (iii) o "cativeiro da palavra", isto é, a retenção da ampla exposição da escritura sagrada aos fiéis; (iv) a exaltação do monasticismo; (v) a usurpação da mediação de Jesus Cristo (especialmente pela figura de Maria e pela intercessão dos santos); e (vi) o papel das boas obras, que colocava a ação humana em uma posição de igualdade à ação divina. Nesse contexto, segue o autor, as ideias da reforma protestante - representada pelos chamados "cinco solas" (somente a Escritura, somente a fé, somente a graça, somente Cristo e glória somente a Deus) ecoam como verdadeiros "gritos de guerra", que transformaram sobremaneira a organização social da Europa a partir do Século XVI" [11].

MCGRATH tem uma visão um pouco diferente. Para ele, não foi o pensamento reformado (ou a visão de Calvino propriamente dita) que deu origem ao modelo de organização social que se surgiu à reforma protestante, mas sim uma adaptação de conceitos formulados pelos reformadores pela burguesia europeia.

Assim pontua o autor: "Desde o início do século 19 tem havido uma tendência, por parte de alguns historiadores, de sugerir que a Reforma Protestante e, especificamente, a calvinista, pode ser considerada como a base do pensamento político progressista moderno. Em parte, essa tendência se baseia em uma visão romântica liberal sobre a Reforma, segundo a qual esta teria sido um movimento que lutava pela liberdade pessoal em uma época de opressão eclesial. O que quer que a Genebra de Calvino possa ter sido, ela certamente jamais alcançou uma reputação internacional, em sua época, por seu liberalismo religioso ou de qualquer outro tipo que fosse, sendo vista, antes, como um símbolo de disciplina civil e eclesiástica. O próprio pensamento político de Calvino é geralmente considerado sem originalidade e desinteressante. Contudo, à medida que o Calvinismo se expandiu a partir de Genebra, em busca de novas pastagens, ele provou-se capaz de desenvolver e de adaptar sua constituição original, adotando e modificando idéias que não estavam nele incluídas ou que não haviam sido, necessariamente, sugeridas por seu fundador. Uma dessas idéias refere-se à 'produção' das estruturas sociais existentes. Tem-se argumentado que o Calvinismo foi instrumental para a efetivação da mudança de

[10] FERREIRA, F. "Entrevista sobre João Calvino", *In:* VV.AA. CALVINO, João, *Comentários de João Calvino sobre o livro do profeta Amós*, Brasília, Editora Monergismo, 2009, p. 189-190.
[11] BEEKE, J. R. *Vivendo para a glória de Deus*, São José dos Campos, Editora Fiel, 2018, p. 21-22.

uma noção medieval da organização do mundo, baseada em 'uma ordem imaginada como natural e eterna', para uma organização moderna 'baseada na mudança'. Em outras palavras, a visão de mundo medieval era estática: atribuía-se a uma pessoa uma posição social com base no nascimento e na tradição e não era possível modificar essa situação. O Calvinismo, por outro lado, proporcionava uma 'ideologia de transição', segundo a qual se declarava que a posição de um indivíduo no mundo baseava-se, ao menos em parte, em seus próprios esforços. A atração desse tipo de sugestão para a terceira classe francesa – ou, na verdade, para a burguesia, por toda a Europa – se tornará evidente. Para uma classe social frustrada devido à sua incapacidade em alcançar um progresso significativo dentro de uma sociedade dominada pela tradição e pelos laços familiares, a doutrina da mutabilidade fundamental das organizações sociais existentes teria, obviamente, exercido um apelo considerável" [12].

Ao discorrer sobre o momento histórico no qual se inseriu a obra de João Calvino, TOLEDO E VIEIRA apontam que: "Os séculos XV e XVI foram marcados por inovações no campo das idéias, que modificaram os fundamentos teóricos estabelecidos até então nos campos da política, da economia, da geografia, da cultura e da religião. A invenção de Guttenberg, as grandes navegações, o aumento do comércio e as idéias da Renascença e do Humanismo agitaram os espíritos mais lúcidos, obrigando-os a repensarem seu mundo e suas "verdades", inclusive religiosas. Foi nesse ambiente de instabilidade dos modelos da sociedade feudal, artesanal e Escolástica que a Igreja Católica sofreu suas mais intensas modificações e ataques. Quando Lutero propôs suas teses para o debate público em 1517, Calvino contava com apenas oito anos. Ele surgiu no cenário religioso em um momento posterior aos primeiros confrontos entre a Igreja e os "hereges" liderados pelo monge alemão. O pensamento Reformado precisava ser organizado em um conjunto racional de teses e argumentos. Em 1536, na sua Instituição da Religião Cristã (Christianae Religionis Institutio), essa necessária racionalidade foi efetivada e nela Calvino deu mostras de seu profundo conhecimento a respeito dos textos bíblicos e dos antigos Pais da Igreja. O Protestantismo conheceu, por meio dessa obra, seu grande organizador, pois foi Calvino quem, ao sistematizar a teologia Protestante, garantiu-lhe solidez." [13]

Nesse contexto, a sua obra abordou diretamente as questões relacionadas ao Direito e ao Estado, tanto no que diz respeito à própria forma de organização social quanto à posição dos cristãos nessa nova configuração da sociedade.

Corroborando esse entendimento, MATOS aponta que "o modelo de liderança participativa e representativa das igrejas calvinistas contribuiu para o surgimento das instituições democráticas do mundo ocidental"[14].

O contexto econômico e social no qual a obra de Calvino se inseriu permitiu ao autor desenvolver novos conceitos, que foram bem retratados na sua principal obra, que se passa a analisar.

3. As institutas de Calvino e a sua visão do Estado e do Direito

Editadas pela primeira vez em 1536, as "Institutas da religião cristã" representam o ápice da obra de João Calvino, sendo a sua primeira edição editada em latim e dispondo "de seis capítulos em apenas 520 páginas, com formato aproximado de 15 x 10 - um livro de bolso que facilitava seu transporte discreto"[15].

---

[12] MCGRATH, A. E. *A vida de João Calvino*. São Paulo, Editora Cultura Cristã, 2003, p. 213.

[13] TOLEDO, C. A. A. & VIEIRA, P. H. "Calvino (1509-1564) e a educação no século XVI", *Acta Scientiarum. Human and Social Sciences*, vol. 28, núm. 2, 2006, p. 191.

[14] MATOS, A. S. "500 anos de João Calvino: pensamentos sobre sua vida e contribuições", *Revista Caminhando*, v. 14, n. 2, jul./dez. 2009, p. 177.

[15] COSTA, H. M.P. "João Calvino: o humanista subordinado ao Deus da Palavra - a propósito dos 490 anos de seu nascimento", *Fides Reformata*, São Paulo, Centro Presbiteriano de Pós-Graduação Andrew-Jumper, v. 4, n. 2, jul. - dez. 1999, p. 135.

A magnum opus de João Calvino constitui um compêndio de teologia sistemática, que aborda, nos seus seis capítulos, o entendimento do autor a respeito da lei divina (capítulo I, que contém a explanação do decálogo e da doutrina da justificação), da fé cristã (capítulo II, que contém a explanação do Credo Apostólico), da oração (capítulo III, que contém a explanação da oração do "Pai Nosso"), dos dois sacramentos (batismo e santa ceia) e dos demais atos que a igreja católica apostólica romana entendia como sacramentos (capítulos IV e V), e, por fim, da liberdade cristã, do poder eclesiástico e da administração política (capítulo VI), que mais interessa ao presente artigo.

O capítulo VI, por sua vez, é dividido em três itens, sendo o primeiro deles a liberdade cristã, o segundo o poder eclesiástico e a forma de organização da igreja cristã e, por fim, o governo civil.

Nesse último item, Calvino analisa de forma ampla o papel do Estado, por ele conceituado como o "governo civil" (em contraposição ao governo divino, conceito que constitui a grande essência da doutrina cristã reformada). Nesse sentido, BEEKE (2016, p. 56) anota que: "o calvinista crê que Deus é o Senhor da vida e Soberano do universo, cuja vontade é a chave da história. O calvinista crê que Deus é livre e independente de qualquer força, além dele mesmo, para realizar seus propósitos; crê que Deus sabe o fim desde o princípio; que ele cria, sustenta, governa e dirige todas as coisas e que seu desígnio maravilhoso será total e perfeitamente manifestado no fim das eras", e que "a soberania de Deus é o âmago do calvinismo doutrinário - contanto que entendamos que essa soberania não é arbitrária, e sim que é a soberania de Deus e pai de nosso Senhor Jesus Cristo" [16].

Por sua vez, MENDES aponta que: "Para Calvino há 2 governos: Um de jurisdição espiritual e a outro de jurisdição temporal, ao que um ele chama de reino espiritual e ao outro reino político. [...] consideremos que duplo regime há no homem: um, o espiritual, pelo qual a consciência é instruída à piedade e ao culto de Deus, o outro, o político, pelo qual o homem é educado aos deveres de humanidade e civilidade que se tem que observar entre os homens. Costumam estes dois regimes chamar-se, geralmente, jurisdição espiritual e jurisdição temporal [...] permita-se-nos chamar um reino espiritual, o outro reino político. O Governo Espiritual: Este rege a alma e o interior do homem e diz respeito à vida eterna. Nós mostramos que existem dois governos aos quais a humanidade está submetida e já dissemos o suficiente sobre o primeiro deles, que rege a alma ou o interior do homem e diz respeito à vida eterna. O Governo Civil: Rege o mundo, cujo âmbito é o estabelecimento da justiça. '[...] sobre o segundo, cujo âmbito é o estabelecimento de uma justiça meramente civil e externa, uma justiça de conduta'" [17].

Antes de entrar em detalhe em cada um dos aspectos do Estado que foram analisados nas Institutas da Religião Cristã, vale destacar o contexto específico no qual a sua primeira edição se insere, a saber "a defesa da causa reformada na França, um documento que testemunhava as diferenças desse movimento da Reforma para o radicalismo anabatista, ao mesmo tempo que deixava claro que essa fé não era uma novidade, uma invenção"[18].

Estabelecido o contexto que levou à edição dessa obra, passemos a analisar de forma específica cada um dos aspectos relacionados ao Direito e ao Estado nas Institutas.

O primeiro tema tratado por Calvino é a finalidade do governo civil, que, no seu entender, se presta a "adaptar nossa vida à sociedade dos homens, formar nosso

[16] BEEKE, J. R. *Vivendo para a glória de Deus*, São José dos Campos, Editora Fiel, 2018, p. 56.
[17] MENDES, E. C. "A teologia política de João Calvino (1509-1564) na Institutas da Religião Cristã (1536)". *Dissertação (Mestrado em História)* - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, Vitória, 2009, p. 96.
[18] FERREIRA, F. "Entrevista sobre João Calvino", *In:* VV.AA, CALVINO, João. *Comentários de João Calvino sobre o livro do profeta Amós*, Brasília, Editora Monergismo, 2009, p. 189.

comportamento social à retidão civil, reconciliar-nos uns com os outros e promover e fomentar a tranquilidade geral"[19].

Para BIÉLER, "o que de mais especial há na doutrina política de Calvino é a revalorização do ensino bíblico segundo o qual é o Estado uma instituição criada e sancionada por Deus"[20], fato que é retratado ao longo de toda a obra do autor.

Dissecando essa finalidade ampla do governo civil trazida nessa passagem das Institutas da Religião Cristã, MENDES[21] identifica que o autor estabelece as seguintes finalidades específicas do Estado: 1- Garantir o direito de Culto. 2- Defender a pura doutrina, a religião e a Igreja. 3- Moldar a conduta à justiça civil - "conduta íntegra, decência". 4- Defender a paz e ordem social - "impede perturbações da tranqüilidade pública". 5- Defender o direito individual - "permaneça seguro e ileso no gozo do que é seu".

Em seguida, João Calvino trata de forma detida sobre os três elementos fundamentais do governo civil, a saber, (i) o magistrado "que é o protetor e guardião das leis"; (ii) as leis, "de acordo com as quais ele governa"; e (iii) o povo, "que é governado pelas leis e obedece ao magistrado"[22].

Ao discorrer sobre os magistrados, o autor lhe atribui uma condição de dignidade especial no exercício da função pública que lhe foi cometida, destacando a ideia de outorga de mandato diretamente por Deus para os governantes, que agiriam como "legítimos representantes de Deus, de certa maneira agindo como seus vice-regentes"[23]. Citando uma passagem bíblica da Carta aos Romanos (12:8), Calvino destaca que o governo é, em si mesmo, um dom, conferido diretamente por meio da vontade divina - o que seria suficiente para conferir legitimidade ao governante no contexto cristão.

BIÉLER destaca essa perspectiva de Calvino, afirmando que "já que sua função é divina, têm as autoridades políticas direito à obediência e à submissão de todos os homens, dos cristãos em particular"[24].

Diferentemente de outros teóricos que trataram dos aspectos relacionados à legitimidade dos governantes, o autor não encontrou fundamento bíblico que sustentasse uma ou outra forma de governo, apontando que "a providência divina tem disposto que diversos países sejam administrados por diversos tipos de governo"[25].

Quanto ao ofício dos magistrados propriamente dito, Calvino ressalta uma passagem bíblica (Jeremias 22:3) que estabelece o dever o governante de velar pela proteção do povo a ele submetido. De fato, ao instruir o povo "o que são os magistrados e com que finalidade Deus os designou"[26], o Autor assim sustenta: "Vemos, pois, que são ordenados protetores e vindicadores da inocência, modéstia, decência e tranquilidade públicas, e que seu único empenho deve ser fazer provisão para a segurança e a paz comuns de todos. Visto, porém, que não podem realizar isso, a menos que defendam os homens bons das injustiças dos perversos, e deem auxílio e proteção ao oprimido, eles têm sido armados com poder com o qual exerçam

---

[19] CALVINO, J. *Institutas da Religião Cristã (edição de 1536)*, São José dos Campos, Editora Fiel, 2018, p. 469.
[20] BIÉLER, A. *O pensamento econômico e social de Calvino*, São Paulo, Casa Editora Presbiteriana, 1990, p. 368.
[21] MENDES, E. C. "A teologia política de João Calvino (1509-1564) na Institutas da Religião Cristã (1536)". *Dissertação (Mestrado em História)* - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, Vitória, 2009, p. 97.
[22] CALVINO, J. *Institutas da Religião Cristã (edição de 1536),* São José dos Campos, Editora Fiel, 2018, p. 471.
[23] Idem, p. 471-472.
[24] BIÉLER, A. *O pensamento econômico e social de Calvino*, São Paulo, Casa Editora Presbiteriana, 1990, p. 370.
[25] CALVINO, J. *Institutas da Religião Cristã (edição de 1536),* São José dos Campos, Editora Fiel, 2018, p. 476.
[26] Idem, p. 477.

severa coerção aos malfeitores e criminosos públicos (por cuja perversidade a paz pública é conturbada e perturbada)"[27].

Aqui se sustenta a grande concepção da tradição calvinista que influenciou o surgimento do Estado Liberal tal como desenvolvido a partir da reforma protestante: de que a função básica do governo é a de promover a paz e a segurança públicas, protegendo os integrantes da comunidade local contra ameaças internas e externas àquele grupo social.

Calvino aborda, aqui, na "dupla função" dos governantes: a promoção da justiça e do juízo. Para ele, a promoção da justiça "equivale a receber em segurança, abraçar, proteger, vindicar e livrar o inocente" e a do juízo "equivale a refrear a insolência dos ímpios, repondo sua violência, punir seus malfeitos"[28].

O governante age, assim, como um "ministro de Deus para o castigo", tendo autoridade e legitimidade para exercer uma vingança legítima, em nome da coletividade, para aqueles que transgredirem a lei - o que também autorizaria a existência de guerras legítimas, em que pese ressaltar o dever de se "tentar tudo antes de recorrer às armas"[29]. Essa conclusão, como se nota em geral dos escritos de tradição reformada, parte diretamente da interpretação de um texto bíblico (nesse caso, da passagem da Carta aos Romanos 13:4). VAN TIL (2004, p. 03) aponta que "o primeiro princípio do Calvinismo é o reconhecimento da Escritura como a Palavra de Deus. Este foi o princípio formal da Reforma Protestante estabelecida em todos os credos calvinistas e o fim de toda contradição em todos os escritos próprios de Calvino" [30].

Ao tratar das leis, Calvino diferencia uma primeira categoria, de caráter "equitativo", por ele traduzido como o alcance dessas normas a todas as pessoas, em todos os contextos sociais, de uma segunda, que pode ser chamada de circunstancial. A grande inovação de Calvino foi retirar as normas do campo puramente moral, preceituando que as leis são claramente estabelecidas (ainda que de forma universal), e se separam das regras eminentemente morais. Nesse sentido, VILLEY anota que a "sua obra possibilita compreendermos mais claramente o contraste do pensamento jurídico moderno com a filosofia clássica do direito natural. Um dos seus principais méritos é ter conseguido distinguir perfeitamente o direito do resto da moral. Com sua obra começa a se desenhar a separação radical entre direito e a moral, e esse é um fator decisivo para a compreensão do novo pensamento jurídico" [31].

Há na primeira modalidade normativa um forte viés jusnaturalista, uma vez que o autor entende que as grandes leis morais derivam diretamente da vontade divina, e que cada uma dessas leis "nada mais é do que o testemunho da lei natural e daquela consciência que Deus gravou no coração dos homens"[32]. MCGRATH identifica nos debates sobre essa ideia de Calvino pelos reformados que chegaram às treze colônias da Nova Inglaterra "o surgimento de um entendimento sobre os direitos humanos que era baseado na idéia da aliança, o qual, quando associado ao apelo de Calvino ao Direito Natural, gerou a noção de que todos os seres humanos haviam sido criados como iguais, com certos direitos humanos inalienáveis à vida, à liberdade e à busca da felicidade" [33].

---

[27] Idem, p. 477-478.
[28] Idem, p. 482.
[29] Idem, p. 482.
[30] VAN TIL, H. R. *El concepto calvinista de la cultura*, San José da Costa Rica, Editorial CLIR, 2016, p. 3.
[31] VILLEY, M. *A formação do pensamento jurídico moderno*, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 337.
[32] CALVINO, J. *Institutas da Religião Cristã (edição de 1536),* São José dos Campos, Editora Fiel, 2018, p. 487.
[33] MCGRATH, A. E. *A vida de João Calvino*, São Paulo, Editora Cultura Cristã, 2003, p. 293.

Já a segunda modalidade normativa depende das "circunstâncias que as cercam, das quais, em parte, dependem"[34]. Veja-se que mesmo essa circunstancialidade não permite que as leis sejam produzidas de forma aleatória, sem uma relação com os fundamentos para a legitimidade do governo civil, mencionados acima.

Um exemplo dado pelo autor permite entender melhor a questão: para Calvino, a vedação ao homicídio é um retrato do que seria uma lei de caráter equitativo, proibida (via de regra) em todos os contextos sociais. A punição para o homicídio, ao contrário, é um exemplo de norma circunstancial, que varia de acordo com a forma de organização social.

Por fim, o povo é tratado apenas de forma lateral ao longo da exposição, sendo analisado em relação ao governo ao qual devem obediência e lealdade, ainda que os governantes sejam maus. A única exceção admitida pelo autor é que "tal obediência nunca significa nos desviarmos da obediência a Deus, a quem os desejos de todos os reis devem estar sujeitos a cujos decretos suas ordens devem render-se, a cuja majestade seus cetros devem submeter-se" [35], tema que será detalhado abaixo, por ter sido melhor tratado em outras obras do autor.

Conforme interpreta COSTA, "o calvinismo consiste numa busca constante de fidelidade a Deus; a transformação cultural é apenas um resultado daqueles que têm os olhos firmados na Palavra, um coração prazerosamente submisso a Deus e um comprometimento existencial no mundo, no qual vive e atua para a glória de Deus. Com estes princípios o Calvinismo influenciou as artes, a política, a economia, a literatura e outros diversos setores da cultura" [36].

Em outra perspectiva, BIÉLER (2000, p. 370) enxerga na obra de Calvino uma relação de dependência (e até mesmo de submissão do magistrado para com o povo, chegando a afirmar que "os magistrados estão, a um só tempo, ao serviço de Deus e do povo" [37].

Como se nota, a obra máxima de João Calvino tratou de forma abrangente os temas relacionados ao Direito e ao Estado, sendo de fundamental importância e referência para o desenvolvimento do Estado Moderno, e tendo ressonância e influência até a contemporaneidade.

4. O Direito e o Estado nas demais obras de Calvino

Depois das Institutas da Religião Cristã, a obra de João Calvino que mais trata sobre a relação entre o cristianismo, o Direito e o Estado é o seu Comentário à Epístola de Romanos, na qual Calvino amplia a visão por ele explicitada na sua obra anterior.

Ao comentar o capítulo treze desse livro bíblico, o autor expõe a sua visão sobre a origem e o fundamento do Estado, anotando que "a razão por que devemos estar sujeitos aos magistrados é que eles foram designados pela ordenação divina"[38], e que "desprezar a providência daquele que é o Autor do governo civil [iuris politici] é declarar guerra contra ele mesmo"[39]. Nesse mesmo texto, o autor é assertivo ao afirmar que a função das autoridades públicas é "[governar] o mundo de forma justa e legítima"[40], e que fim do Estado é "o bem-estar da humanidade" (idem, ibidem), papéis assim sintetizados: "A utilidade dos magistrados consiste em que o Senhor

---

[34] CALVINO, J. *Institutas da Religião Cristã (edição de 1536),* São José dos Campos, Editora Fiel, 2018, p. 487.
[35] Idem, p. 507.
[36] COSTA, H. M. P. "João Calvino: o humanista subordinado ao Deus da Palavra - a propósito dos 490 anos de seu nascimento", *Fides Reformata*, São Paulo, Centro Presbiteriano de Pós-Graduação Andrew-Jumper, v. 4, n. 2, jul. - dez. 1999, p. 15.
[37] BIÉLER, A. *O pensamento econômico e social de Calvino*, São Paulo, Casa Editora Presbiteriana, 1990, p. 370.
[38] CALVINO, J. *Romanos*, 2. Ed, São Paulo, Edições Parakletos, 2001, p. 460.
[39] Idem, p. 461.
[40] Idem, p. 461.

designou este meio para prover a paz dos bons e sofrear o ímpeto rebelde dos ímpios. E destes dois recursos depende o bem-estar da humanidade. A não ser que a fúria dos ímpios seja contida, e os inocentes sejam protegidos da perversidade daqueles, a destruição universal será inevitável. Se este, pois, é o único antídoto pelo qual a humanidade poderá se proteger da destruição, então devemos preservá-la com solicitude, a menos que queiramos admitir que somos inimigos públicos e gratuitos da raça humana" [41]. Também é possível encontrar referências ao governo civil e ao papel dos governantes nos seus comentários às Cartas Pastorais e em outras obras, como o que interpreta o livro do profeta Amós.

Ao tratar dos comentários de Calvino ao livro de Atos dos Apóstolos, SKINNER indica que o autor defendeu até mesmo uma forma de resistência ao Estado, sempre que esse se encontrasse em contraposição aos preceitos religiosos: "O primeiro exemplo decisivo nessa direção se encontra no Comentário sobre os Atos dos apóstolos, obra publicada pela primeira vez entre 1552 e 1554. A passagem crucial aparece na leitura calvinista da injunção segundo a qual "é melhor obedecer a Deus do que ao homem" [42](p. 108). Calvino argumenta que todo governante tem uma função pia a exercer, acres centando que, "se um rei, príncipe ou magistrado se conduz de modo a diminuir a honra e o direito de Deus, converte-se em nada mais do que um homem comum" [43] (non nisi homo est) (p. 109). Esse ponto é então deixado de lado, mas quando Calvino retoma o tema da obediência política no comentário do capítulo 17, faz um significativo acréscimo a seu argumento anterior. Agora diz que "de fato é possível afirmar que não estamos violando a autoridade do rei" sempre que "nossa religião nos compele a resistir (resistere) a editos tirânicos que nos proíbem de prestar a Cristo e a Deus a honra e reverência que Lhes são devidas" [44].

O mesmo autor identifica que Calvino tratou o tema de forma análoga nos seus comentários ao livro do profeta Daniel (e, ainda, que de forma lateral, nas próprias Institutas da Religião Cristã): "Um desenvolvimento análogo do argumento do direito privado ocorre em outra obra de Calvino, as Preleções sobre o profeta Daniel, publicada pela primeira vez em 1561. Como dois anos antes, nas lnstitutas da religião cristã, ele novamente cita a recusa de Daniel a obedecer ao comando de Dario, argumentando que Daniel "não cometeu pecado", pois, "em todos os casos em que nossos governantes se insurgem contra Deus", eles automaticamente "abdicam de seu poder terreno". Esse comentário já foi desconsiderado, algumas vezes, como não passando de "uma frase casual", mas na verdade Calvino discute a mesma passagem mais uma vez, com uma nítida disposição para aceitar suas implicações mais radicais, nos Sermões sobre os últimos oito capítulos do Livro de Daniel, obra póstuma publicada em francês no ano de 1565. Aqui torna a ressaltar que Daniel "não cometeu pecado quando desobedeceu ao rei", voltando a justificar essa afirmação com a alegação de que, "quando os príncipes ordenam que Deus não seja servido e honrado", então "não são mais dignos de ser considerados príncipes". Isso, segundo Calvino, não significa apenas que "não mais precisamos atribuir-lhes autoridade alguma", mas também, acrescenta agora com clareza, "quando eles se insurgem contra Deus", "é necessário que sejam derrubados" (mis en bas)" [45].

BIÉLER sintetiza o entendimento do autor, apontando que Calvino se voltou contra o "conformismo oportunista, que adula os detentores do poder, abandonando todo senso crítico e todo discernimento reclamado pela fé cristã" [46].

---

[41] Idem, p. 462.
[42] SKINNER, Q. *As fundações do pensamento político moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 1996, p. 108.
[43] Idem, p. 109.
[44] Idem, p. 398.
[45] Idem, p. 495.
[46] BIÉLER, André. *O pensamento econômico e social de Calvino*. São Paulo, Casa Editora Presbiteriana, 1990, p. 371.

Nota-se, assim, que Calvino tratou de forma específica dos temas em grande parte das suas obras, não se limitando a comentar brevemente o seu entendimento sobre as questões, mas formulando uma verdadeira linha de pensamento teórica sobre o Direito, o Estado, seus papéis e funções na sociedade na qual se inseriu, contribuindo para o surgimento da ciência jurídica tal como a conhecemos na contemporaneidade.

5. O calvinismo pós-Calvino e a sua relação com o Direito e o Estado

Após a morte de João Calvino, suas ideias seguiram sendo adotadas e aperfeiçoadas por diversas correntes cristãs, que adotam, em geral, a qualificação de "reformadas", expressão que as distancia de outras linhas teológicas, incluindo outras que surgiram diretamente da reforma protestante do século XVI (como o luteranismo).

Em um primeiro momento, merecem destaque especial as diversas "confissões de fé" que surgiram nos mais diferentes contextos sociais (e políticos) nos quais a tradição reformada se enraizou. Dentre as diferentes declarações de fé que tratam do governo civil, destacam-se a Confissão de Fé Belga (de 1561) , o Catecismo de Heidelberg (de 1563) , a Segunda Confissão Helvética (de 1566) e as Confissões de Fé de Londres (de 1644 e 1669) .

A mais importante das confissões de fé reformadas, contudo, foi editada em 1647, seguida de dois catecismos (breve e maior), ambos de 1648. A Confissão de Fé de Westminster, como é conhecida, trata diretamente da relação entre os cristãos e o Estado, dedicando um de seus capítulos unicamente para abordar o tema - de forma muito similar à exposição das Institutas de Calvino.

Como se nota, a linha adotada nas mais diversas confissões de fé reformadas pressupõe a separação entre o Estado e a igreja (sem excluir a participação dos cristãos na esfera estatal), reconhecem a autoridade dos magistrados e pressupõe uma conduta ética de vida, independentemente da sua vocação. WEBER assim destaca essa perspectiva de mundo adotada: "Uma cristianização que penetrava a existência inteira foi a conseqüência dessa metódica da conduta de vida ética exigida pelo calvinismo, em contraste com o luteranismo. [Para compreender direito como foi o efeito do calvinismo, cumpre manter sempre diante dos olhos que essa metódica da conduta de vida ética, exigida pelo calvinismo mas não pelo luteranismo, foi decisiva para influenciara vida. Disso resulta, de um lado, que somente essa característica podia exercer semelhante influência, mas de outro lado resulta também que, quando seus estímulos éticos eram análogos aos de outras confissões no que tange a este ponto decisivo — a saber: a idéia da comprovação — , elas não podiam deixar de operar na mesma direção.]" [47].

Além das confissões de fé, diversos autores reformados se dedicaram a abordar a relação entre o cristianismo e a política. Dentre eles, o mais destacado foi o político, jornalista e escritor holandês Abraham Kuyper.

Na sua obra clássica sobre o calvinismo (não por coincidência, com esse exato título), o autor - que foi Primeiro-Ministro dos Países Baixos entre 1901 e 1905 - dedica um capítulo inteiro para tratar da relação entre o calvinismo e o Estado. É importante destacar, como bem aponta Irving Hexham, que "Kuyper não define o que quer dizer por Estado, mas assume que seus leitores estão de acordo com ele quanto a como o Estado deve ser entendido", e "o que ele parecer querer dizer por 'o Estado' é o governo civil como reconhecido tanto pelos cidadãos de um país como por potências estrangeiras"[48]. De fato, Kuyper sustenta que o calvinismo abrange o próprio conceito contemporâneo de Estado, relacionando-o à construção do sistema de liberdades civis nos Estados Unidos da América, na Inglaterra e na Holanda.

---

[47] WEBER, M. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2004, p. 113-114.

[48] HEXHAM, I. "Christian politics according to Abraham Kuyper". Trad.: Felipe Sabino de Araújo Neto. CRUX, Vol. XIX, No. 1, March, 1983:2-7, p. 4.

A abordagem do autor é ampla, e vai desde aspectos relacionados à soberania e à fonte do poder político, seguindo até uma análise prática da concepção cristã da política. Vale destacar, aqui, a relação feita por KUYPER entre a liberdade e a autoridade como polos opostos e em constante contradição na relação entre os indivíduos e o Estado: "Toda estrutura do Estado, toda afirmação do poder do magistrado, todo meio mecânico de obter pela força a ordem e garantir um curso seguro de vida é, portanto, sempre algo artificial; algo contra o que as aspirações mais profundas de nossa natureza se rebelam; e que, exatamente por causa disto, pode tornar-se a fonte tanto de um terrível abuso de poder por parte daqueles que o exercem, quanto de uma revolta contínua por parte da multidão. Assim, originou-se a batalha dos séculos entre Autoridade e Liberdade, e nesta batalha estava a própria sede inata pela liberdade, a qual revelou-se o meio ordenado por Deus para refrear a autoridade onde quer que ela tenha se degenerado em despotismo. E deste modo toda verdadeira concepção sobre a natureza do Estado e sobre a adoção da autoridade pelo magistrado, e por outro lado, toda verdadeira concepção sobre o direito e o dever do povo de defender a liberdade, depende do que o Calvinismo tem colocado aqui no primeiro plano como a verdade primordial – que Deus tem instituído os magistrados por causa do pecado" [49].

Os fundamentos adotados por Calvino para sustentar a necessidade de um governo civil são ampliados pelo autor, que apontou o pecado original e a necessidade de ordem como grandes sustentadores da legitimidade do Estado - que, por sua vez, só existe porque instituído diretamente por ordem divina: "a primeira tese calvinista de que somente o pecado tornou indispensável a instituição de governos, esta segunda e não menos momentosa tese é adicionada que: toda autoridade de governo sobre a terra origina-se somente da Soberania de Deus"[50].

Essa relação feita pelo autor explora, tornando-a inovadora, o conceito de "graça comum", muito caro aos cristãos reformados, e coloca a instituição do governo civil sob essa órbita.: "O magistrado é um instrumento da 'graça comum', para frustrar toda desordem e violência e para proteger o bem contra o mal"[51].

Outro avanço na análise empreendida por KUYPER na sua obra clássica foi a sua enfática defesa da democracia - e a rejeição de qualquer forma de governo despótica (inclusive teocrática). As "teses calvinistas sobre a política", apresentadas pelo autor, bem sintetizam o seu entendimento: "Tudo isso, contudo, não é teocracia. Uma teocracia somente foi encontrada em Israel, porque em Israel Deus intervia imediatamente. Ele mantinha em suas próprias mãos a jurisdição e a liderança de seu povo tanto pelo Urim e Tumim quanto pela Profecia; tanto por seus milagres salvadores quanto por seus julgamentos punitivos. Mas a confissão calvinista da soberania de Deus vale para todo o mundo, é verdade para todas as nações, e está forçosamente em toda autoridade que o homem exerce sobre o homem; até mesmo na autoridade que os pais possuem sobre seus filhos. É, portanto, uma fé política que pode ser expressa resumidamente nestas três teses: 1. Somente Deus – e nunca qualquer criatura – possui direitos soberanos sobre o destino das nações, porque somente Deus as criou, as sustenta por seu poderoso poder, e as governa por suas ordenanças. 2. O pecado tem, no campo da política, demolido o governo direto de Deus, e por isso o exercício da autoridade com o propósito de governo tem sido subseqüentemente conferido aos homens como um remédio mecânico. 3. E, em qualquer forma que esta autoridade possa revelar-se, o homem nunca possui poder sobre seu semelhante em qualquer outro modo senão por uma autoridade que desce sobre ele da majestade de Deus" [52].

Além de Kuyper, muitos autores seguiram tratando do tema (de forma mais genérica ou com obras específicas), destacando-se as obras Herman Dooyeweerd ,

[49] KUYPER, A. *Calvinismo*, São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2008, p. 65.
[50] Idem, p. 67.
[51] Idem, p. 67.
[52] Idem, p. 69.

Cornelius Van Til e Herman Bavinck e Francis Schaeffer, sendo este último um destacado autor sobre o tema, cujas obras serviram de referência para o ativismo político dos cristãos no final do século XX.

A obra de Schaeffer se sobressai sobre os demais escritores, especialmente pelo seu caráter pragmático, que permite uma transposição dos conceitos teológicos para a vida dos cristãos em sociedade. Além dos livros "Manifesto Cristão", publicado em português pela Editora Refúgio, e "O que aconteceu com a raça humana?", escrito em conjunto com o médico C. Everett Koop e publicado em português pela Editora Monergismo, o autor trata do tema em outra das suas mais conhecidas obras, o livro "Como viveremos?", explorando as consequências da perda dos conceitos e ideias construídas pela reforma protestante na contemporaneidade, e indicando os riscos da pós-modernidade.

Importa destacar sobre o tema que: "Sem uma base para julgar o certo e errado e baseando-se exclusivamente nos conceitos de síntese, pragmatismo e utilitarismo, do que ainda não seremos capazes de abrir mão, tanto em nossos países quanto no que diz respeito a assuntos internacionais, em nome da paz e da fortuna imediatas? Os ideais humanistas enfraquecidos não são e não serão suficientes nem nesta nossa própria geração, nem no futuro. O leitor lembra-se do que dizíamos, já no primeiro tópico, acerca da pequena ponte romana que certamente não cai quando pessoas passam por ela, mas que cairia sob o peso de um caminhão? Se ocorrer uma nova recessão econômica, se o medo da perda da paz pessoal e prosperidade aumentar, se as guerras a ameaças de guerra se intensificarem, se a violência e o terrorismo se espalharem, se a comida e outros recursos no mundo se tornarem cada vez mais escassos para todo o sempre - e tudo isso é mais do que provável - então esta tendência vai se acelerar. Como estas coisas só acontecem com pessoas a quem não resta mais nada além dos valores da paz pessoal e prosperidade, estas coisas as esmagarão como um caminhão de seis eixos esmagaria a pequena ponte. Em circunstâncias como essa, ao que tudo indica, só nos restarão duas alternativas no fluxo natural dos eventos: seguir a ordem imposta ou então a sociedade voltar a reconhecer a base primeira que viabilizou uma liberdade sem caos - a revelação de Deus na Bíblia e a revelação dele por meio de Cristo. Nos capítulos anteriores, analisamos algumas implicações de uma ordem imposta. Mas, em vez de jogar a toalha e desistir, é preciso que levemos a segunda alternativa mais a sério"[53].

Como se nota, a obra de João Calvino encontra ressonância até os dias de hoje, tendo muitos autores de linha reformada que interpretam (e reinterpretam) os ensinamentos do autor, desenvolvendo uma teoria política e do Estado cristã, fundamentada na teologia protestante - e, em última análise, na Bíblia Sagrada.

6. Considerações Finais

Como se apontou ao longo do presente artigo, a influência do pensamento de João Calvino para a concepção do Estado e do Direito desenvolvida a partir do século XVI tem impacto duradouro e significativo, que se estende até o presente momento.

A obra magna de Calvino - as Institutas da Religião Cristã - contém conceitos de fundamental importância para se compreender a constituição das instituições do Estado Moderno, que até hoje servem de fundamento para os Estados ocidentais.

Além disso, é notório o desenvolvimento dos temas trabalhados na primeira obra do autor em seus demais escritos, que tratam com mais profundidade sobre temas centrais e relevantes para a concepção estatal por ele fundamentada.

Por fim, é de se destacar a continuidade no desenvolvimento das ideias trazidas pelo autor nos diversos documentos produzidos por linhas cristãs reformadas, que continuaram a aprimorar as concepções de Estado e de Direito por ele difundidas.

---

[53] SCHAEFFER, F. *Como viveremos?,* 2. Ed, São Paulo, Editora Cultura Cristã, 2013, p. 166.

Referências

BEEKE, J.R. *Vivendo para a glória de Deus,* São José dos Campos, Editora Fiel, 2018.
CALVINO, J. *A Verdadeira Vida Cristã*, São Paulo, Editora Novo Século, 2000.
CALVINO, J. *Institutas da Religião Cristã (edição de 1536),* São José dos Campos, Editora Fiel, 2018.
CALVINO, J. *Romanos,* 2. ed, São Paulo, Edições Parakletos, 2001.
COSTA, H. M. P. "João Calvino: o humanista subordinado ao Deus da Palavra - a propósito dos 490 anos de seu nascimento". *Fides Reformata*, São Paulo, Centro Presbiteriano de Pós-Graduação Andrew-Jumper, v. 4, n. 2, jul. - dez. 1999.
COTTRET, B. *Calvino: la fuerza y la fragilidad,* Madrid, Editorial Complutense, 2002.
BIÉLER, A. *O pensamento econômico e social de Calvino,* São Paulo, Casa Editora Presbiteriana, 1990.
FERREIRA, F. "Entrevista sobre João Calvino", *In:* VV.AA. CALVINO, João. *Comentários de João Calvino sobre o livro do profeta Amós*, Brasília, Editora Monergismo, 2009, p. 189.
FONSECA, S. D. C. "João Calvino (1509-1564): Entre a erudição e o zelo, a excelência para a Glória de Deus", *Revista Lusófona de Ciência das Religiões*, série monográfica volume VIII, Lisboa, 2012, p. 147-166.
HEXHAM, I. "Christian politics according to Abraham Kuyper". Trad.: Felipe Sabino de Araújo Neto. CRUX, Vol. XIX, No. 1, March, 1983:2-7, p. 4.
MATOS, A. S. "500 anos de João Calvino: pensamentos sobre sua vida e contribuições", *Revista Caminhando*, v. 14, n. 2, jul./dez. 2009, p. 177.
MENDES, E. C. "A teologia política de João Calvino (1509-1564) na Institutas da Religião Cristã (1536)". *Dissertação (Mestrado em História)* - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, Vitória, 2009.
MCGRATH, A. E. *A vida de João Calvino.* São Paulo, Editora Cultura Cristã, 2003.
KUYPER, A. *Calvinismo*, São Paulo: Editora Cultura Cristã, 2008, p. 65.
SCHAEFFER, F. *Como viveremos?*, 2. Ed, São Paulo, Editora Cultura Cristã, 2013, p. 166.
SKINNER, Q. *As fundações do pensamento político moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 1996, p. 108.
TOLEDO, C. A. A. & VIEIRA, P. H. "Calvino (1509-1564) e a educação no século XVI", *Acta Scientiarum*. *Human and Social Sciences*, vol. 28, núm. 2, 2006, p. 191.
VAN HALSEMA, T. *João Calvino Era Assim,* São Paulo, Editora Vida Evangélica, 1959, p. 91; 192.
VAN TIL, H. R. *El concepto calvinista de la cultura*, San José da Costa Rica, Editorial CLIR, 2016, p. 3.
VILLEY, M. *A formação do pensamento jurídico moderno*, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 337.
WEBER, M. *A ética protestante e o espírito do capitalismo,* São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 228-241
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Lições de Compliance em tempos de Guerra: uma análise a partir da Guerra Russo-ucraniana[1]

Wartime Compliance Lessons: an analysis from Russo-Ukrainian War

Marco Aurélio Florêncio Filho[2]
Fábio Ramazzini Bechara[3]
Patricie Barricelli Zanon [4]
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumário: 1. Introdução; 2. Compliance como instrumento para mitigar riscos; 3. Impactos econômicos da guerra para as empresas e os riscos derivados; 4. Lições de compliance em tempos de guerra; 5. Considerações finais; Referências.

Resumo: O presente artigo pretende investigar quais os impactos que uma situação de guerra, como a que atualmente se desenvolve na Ucrânia pode gerar para as empresas em termos econômicos e quais as lições de compliance que podem ser aprendidas. Para tanto, foi escolhido o método hipotético dedutivo, e a pesquisa tem como base bibliografias pertinentes e atualizada, bem como em notícias e dados coletados indiretamente e disponibilizados publicamente, em especial sobre a guerra da Ucrânia. Inicialmente apresenta-se o conceito de compliance, sua evolução e relevância. A seguir, são delineados os impactos econômicos e os riscos reflexos para as empresas em tempos de guerra, para então, finalmente, analisar como estes impactos refletem lições de compliance a serem aprendidas.

Palavras-chave: guerra; impactos econômicos; empresas; compliance.

Abstract: This article aims to investigate what impacts a war situation, such as the one currently developing in Ukraine, can generate for companies in economic terms and what compliance lessons can be learned. For this, the hypothetical deductive method was chosen, and the research is based on relevant and updated

[1] O presente artigo está inserido nas atividades do grupo de pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Internacional" e do projeto CAPES/PRINT da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

[2] Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-doutorado no Woodrow Wilson International Center for Scholars. Líder do grupo de pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Internacional" da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Promotor de Justiça em São Paulo.

[3] Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-doutorado no Woodrow Wilson International Center for Scholars. Líder do grupo de pesquisa "Direito Penal Econômico e Justiça Internacional" da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Promotor de Justiça em São Paulo.

[4] Doutoranda e Mestre em Direito Político Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie), especialista em compliance (Universidade de Coimbra – Instituto de Direito Penal Econômico) e graduada em Direito (Universidade Presbiteriana Mackenzie). Professora de Direito Penal e Compliance em cursos de pós-graduação e graduação (Universidade Presbiteriana Mackenzie e Universidade Nove de Julho). Pesquisadora no Grupo "Direito Penal Econômico e Justiça Internacional". Advogada atuante na área de compliance.

Recibido: 20/05/2023
Aceptado: 09/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043841

bibliographies, as well as on news and data collected indirectly and made publicly available, especially on the war in Ukraine. Initially, the concept of compliance, its evolution and relevance is presented. Next, the economic impacts and the reflex risks for companies in times of war are outlined, and then, finally, we analyze how these impacts reflect compliance lessons to be learned.

Keywords: war; economic impacts; companies; compliance.

1. Introdução

Tempos de guerra são sempre tempos de graves impactos. Impactos sociais, humanitários, impactos ao meio ambiente, e sem dúvida alguma, as guerras também impactam a economia e o ambiente empresarial.

A recente guerra Russo-Ucraniana deriva de um conflito antigo e contínuo entre Rússia e Ucrânia, iniciado em 2014. Entretanto, entre 2021 e 2022 as tensões entre os países aumentaram e em fevereiro de 2022 culminaram na invasão militar da Rússia na Ucrânia. Esta situação permite avaliar os diversos impactos de uma guerra.

Reconhecendo tais impactos, **o Comité Económico e Social Europeu (CESE) adotou a Resolução – A guerra na Ucrânia e o seu impacto econômico, social e ambiental,** na qual **manifestaram a sua solidariedade para com a Ucrânia e destacaram o papel da sociedade civil na assistência ao povo e aos refugiados ucranianos.**

A referida guerra deixará impactos ambientais e sociais enormes, os quais demandarão muito esforço e tempo para serem revertidos e não são devidamente dimensionados. Em termos ambientais, por exemplo, observa-se que o avanço militar com deslocamento de grande número de tanques, blindados e explosivos foi responsável por lançar poluição, estilhaços, elementos químicos poluentes e toneladas de carbono na atmosfera, com intensa queima de combustíveis fósseis. Além disso, áreas guardiãs da biodiversidade também foram impactadas.[2]

Do ponto de vista social e geopolítica, destacam-se, na Europa, a preocupação com a promoção de um sistema alimentar sustentável, a questão relativa às políticas de migração.[3]

Contudo, um dos mais graves impactos decorrentes da situação de guerra é o impacto econômico.

O que se tem observado é uma situação de fragilidade econômica generalizada que atinge não apenas as regiões da Ucrânia e da Rússia. Nesse sentido, uma pesquisa demonstra como conflitos militares têm efeitos de segunda ordem bastantes críticos, pois a redução das transações econômicas e a diminuição do capital social e da confiança entre os países envolvidos são efeitos extrapolam a localidade que sofre a incidência direta da guerra.

Como exemplo, recente estudo do **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada** (IPEA) investigou o impacto da guerra Russo-Ucraniana para a economia brasileira e destacou que a indústria de fertilizantes sofre com a necessidade de substituição de fornecedores, os quais em grande parte concentravam-se na Rússia e na Bielorússia[4]. Além disso, outro mercado brasileiro que poderá ser afetado pela guerra é o relativo às importações e exportações de cereais como milho e trigo, pois,

---

[2] RBA. "Guerra na Ucrânia deixará impactos enormes, afirma Carlos Bouchy", *RBA,* mar. 2022, disponível em: https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2022/03/guerra-ucrania-impactos-ambientais/, acesso em: 05 jul. 2022.

[3] EESE. *War in Ukraine and its economic, social and environmental impact.* 2022, disponível em: https://www.eesc.europa.eu/en/documents/resolution/war-ukraine-and-its-economic-social-and-environmental-impact, acesso em: 05 jul. 2022

[4] A substituição de fornecedores pode derivar de determinados embargos comerciais e sanções privadas ou de órgãos internacionais que estão sendo aplicadas à Rússia.

embora o Brasil não importe diretamente à Ucrânia e Rússia, poderá sofrer pressões na oferta de outros países que fornecem o produto.[5]

Verifica-se, portanto, que o impacto indireto da guerra afeta outras localidades, e, além de afetar os indivíduos que sofrem as consequências destas variações econômicas, impacta também as empresas envolvidas nessas transações, na medida em que novos riscos derivam destes impactos.

Nesse contexto, o presente artigo pretende investigar quais os impactos que uma situação de guerra, como a que atualmente se desenvolve na Ucrânia pode gerar para as empresas, em termos econômicos e quais as lições de *compliance* que podem ser aprendidas.

O método escolhido foi o hipotético dedutivo, e a pesquisa utiliza bibliografias pertinentes e atualizada, bem como em notícias e dados coletados indiretamente e disponibilizados publicamente, notadamente sobre a guerra da Ucrânia.

Primeiramente desenvolve-se o conceito de *compliance*, evolução e relevância. Em seguida, destacam-se os impactos econômicos e os riscos reflexos para as empresas em tempos de guerra. E, por fim, analisar quais lições podem ser aprendidas frente a tais impactos.

2. Compliance como instrumento para mitigar riscos

Compliance é um termo em inglês que na maioria das vezes é compreendido como conformidade. Realmente, o termo está associado à conformidade das empresas em relação à legislação, regulação e boas práticas determinadas pelo mercado, que de forma reflexa asseguram a integridade e a atuação ética empresarial.

Não obstante, é preciso aprofundar a ideia de *compliance*, para entendê-lo como: um estado dinâmico de conformidade a uma orientação normativa de comportamento com relevância jurídica por força de contrato ou lei, que é caracterizado pelo compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos, que demonstrem que a empresa está buscando "garantir", que se mantenha em um estado de Compliance.[6]

Verifica-se, portanto, que *compliance* não é uma mera situação de conformidade com a lei, mas é o estado dinâmico de conformidade em que uma empresa se encontra (tendo em vista que ele pode ser alterado), e que é alcançado a partir da adoção de um sistema de gestão empresarial pautado em políticas, procedimentos e controles aptos a mitigar riscos.

Os sistemas de controles internos, essenciais ao sistema de *compliance,* referem-se, portanto, aos controles de uma organização que permitam o gerenciamento de riscos, e, reflexamente a prevenção de operações ilegais que podem gerar malefícios não só à empresa, mas também a clientes, fornecedores e investidores.[7]

De uma maneira genérica, os primeiros instrumentos de compliance surgiram por volta de 1930, nos Estados Unidos, e funcionavam mais como ferramentas de melhoria ou proteção reputacional. Em 1950 alguns processos relacionados a Direito concorrencial levaram à implementação de programas de

---

[5] IPEA*. IPEA analisa o impacto da guerra entre Rússia e Ucrânia na economia mundial e brasileira.* mar.2022, disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=39031#:~:text=J%C3%A1%20as%20exporta%C3%A7%C3%B5es%20brasileiras%20podem,dois%20pa%C3%ADses%20envolvidos%20na%20guerra, acesso em: 05 jul. 2022.

[6] SAAVEDRA, G. A. "Compliance Criminal: Revisão Teórica e Esboço de uma Delimitação Conceitual", *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito,* Recife, v. 8, n. 15, p. 239-256, mai./ago. 2016, p. 247.

[7] BENEDETTI, C. R. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal.* São Paulo: Quartier Latin, 2014.

compliance. Esse movimento perdurou até 1980 e foi seguido pela produção de *guidelines* específicos dessa seara.[8]

No entanto, é fato que o *compliance,* ganhou maior visibilidade na década de 1970, nos Estados Unidos, a partir da promulgação do *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA), a lei anticorrupção norte-americana, que estipula a obrigação de manutenção de livros e registros que reflitam a realidade da empresa, bem como implementação de um sistema apropriado de controles internos. Em 1991 a *Sentencing Commission,* a Comissão responsável pelas diretrizes na aplicação de penas dos EUA publicou o chamado *Sentencing Guidelines*[9], um guia de aplicação das penas que articulou os elementos particulares de um programa de *compliance* ético e eficientes, determinando que aquelas empresas que o implementarem teriam penas mais brandas.

Por sua vez, no Brasil, o setor financeiro foi o precursor no reconhecimento da necessidade de controles internos e de *compliance* no desenvolvimento de suas atividades. Como marcos históricos da instituição de deveres de *compliance* no Brasil, tem-se a Resolução nº 2.554/98 do Conselho Monetário nacional, bem como a Lei Antilavagem, Lei nº 9.613/98, e a Lei de sigilo bancário, Lei Complementar nº 105/2001.[10]

Dessa forma, no Brasil, *compliance* era uma realidade restrita a seara financeira e a algumas empresas sujeitas ao FCPA. Porém, a Lei nº 12.846/2013, cujo objetivo era suprir uma lacuna na legislação nacional e criar a responsabilidade administrativa para pessoas jurídicas por atos contra a administração pública, e seu decreto regulamentador, Decreto nº 8.420/2015, consolidaram os elementos de um programa de *compliance*[11] e lhes atribuíram função de atenuante, em relação à sanção a ser aplicada.

Note-se, ainda que as origens do *compliance* estejam relacionadas a prevenção de riscos de corrupção e lavagem de dinheiro, um programa de *compliance* robusto e bem estruturado de acordo com os parâmetros legais e de boas práticas, se presta a mitigar riscos das mais variadas espécies (financeiros, processuais, regulatórios, reputacionais etc.), relacionados não apenas a crimes, mas também à irregularidades.

A adoção de programas de *compliance*, portanto, além do benefício legal relacionado à possibilidade de redução da sanção administrativa, para as pessoas jurídicas, funciona também como uma vantagem competitiva, pois, ao se comprometer a prevenir determinados riscos e adotar posturas íntegras, as empresas se alinham com expectativas de consumidores, que cada vez mais buscam adquirir não apenas produtos e serviços, mas também valores e comportamentos sustentáveis.[12]

Desta forma, tais empresas são beneficiadas em termos de confiança pública nacional e internacional. Ademais, um dos maiores riscos externos que a implementação de um programa de *compliance* pode mitigar é o dano reputacional, associado não apenas a própria empresa, mas também ao próprio país.[13]

Logo, considerando que a missão do *compliance* é mitigar riscos no âmbito empresarial e que a situação de guerra implica o surgimento de novos riscos, deste

---

[8] SAAVEDRA, G. A. & ROTSCH, T. *Compliance.* Thomson Reuters: São Paulo, 2022, p. 108

[9] DOJ. *Sentencing guidelines.* 2020, disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download, acesso em: 20 set. 2021.

[10] CAPPELARI, A. S. & FIGUEIREDO, V. C. "O criminal compliance como instrumento de prevenção da criminalidade econômica no âmbito das instituições financeiras", *Revista Fórum de Ciências Criminais* – RFCC, Belo horizonte, nº 3, ano 6, jul-dez. 2016.

[11] O Decreto mencionado foi revogado pelo Decreto nº 11.129/2022 cujo objetivo era atualizar a regulamentação da lei anticorrupção brasileira, a lei nº 12.846/2013.

[12] RIBEIRO, M. C. P. & DINIZ, P. D. F. "Compliance e Lei anticorrupção nas empresas", *Revista de informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 52, n. 205, jan-mar. 2015, p. 94.

[13] RIBEIRO, M. C. P. & DINIZ, P. D. F. "Compliance e Lei anticorrupção nas empresas", *Revista de informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 52, n. 205, jan-mar. 2015, p. 94.

ponto em diante a pesquisa se dedicará a apresentar os impactos econômicos da guerra, para as empresas que representam novos riscos, bem como qual o papel do *compliance* neste contexto.

3. Impactos econômicos da guerra para as empresas e os riscos derivados

Como mencionado anteriormente, os impactos econômicos da guerra não atingem apenas os indivíduos, mas também as empresas.

No caso da guerra Russo-Ucraniana, muitos países se mobilizaram para tentar conter o conflito utilizando-se de diversas estratégias que impactaram diretamente a economia e as empresas.

Uma das estratégias que se destaca nesse âmbito a adoção de medidas de embargo econômico como uma forma de coerção, a fim de provocar o isolamento da Rússia no mercado global, o que tem severas consequências para suas importações e exportações, e ainda, o acesso à tecnologia de ponta. Em razão desta estratégia específica, algumas instituições financeiras encerraram suas atividades no país, a moeda local foi desvalorizada e as ações de empresas locais sofreram queda.[14]

Os referidos embargos foram adotados especialmente pelos Estados Unidos e países europeus.

Um exemplo claro de tais embargos é um pacote de 6 sanções adotadas pela União Europeia que envolvem petróleo, restrições a artefatos químicos, restrições a serviços financeiros e exportações. [15]

Especificamente em relação ao setor financeiro, o *Office of Foreign Assets Control* (OFAC) constitui uma agência pertencente ao Departamento de Tesouro dos Estados Unidos, cuja principal função é administrar e aplicar sanções baseadas em políticas nacionais e internacionais de segurança contra países, regimes, terroristas e traficantes visados internacionalmente.[16]

Para tanto, a OFAC disponibiliza uma lista de sanções frequentemente atualizada, a qual identifica pessoas, entidades e organizações monitoradas e bloqueadas pelos Estados Unidos por estarem envolvidas com atividades que ameaçam as políticas externas e a segurança nacional dos EUA. Atualmente, diversas empresas russas constam dessa lista que representa um mecanismo indispensável para o combate aos crimes econômicos.[17]

Na mesma linha, embora não constitua uma proibição, os membros do G7 (EUA, Alemanha, Japão, Reino Unido, França, Itália e Canadá), emitiram um comunicado no qual se comprometeram a trabalhar juntos para acabar com a capacidade russa de financiar a guerra.[18]

Vale frisar que de acordo com o índice de percepção da corrupção medido pela Transparência Internacional no ano de 2021, a Rússia encontrava-se em 29, uma posição que já denotava um alto risco em relação à corrupção.

---

[14] LAMY, A. C. F. *Compliance em tempos de guerra.* Isto é Dinheiro. mar. 2022, disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/compliance-em-tempos-de-guerra/,acesso em: jul. 2022.

[15] EUROPEAN COMISSION. *Russia´s war on Ukraine: EU adopts sixth package of sanctions against Russia.* Jun. 2022, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2802, acesso em 05 jul. 2020.

[16] U.S DEPARTMENT OF THE TREASURY. *Office of Foreign Assets Control – Sanctions Program and Information*, disponível em: https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information, acesso em: 05 jul. 2022.

[17] OFAC. *Sanction list search,* disponível em: https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/, acesso em: 05 jul. 2022.

[18] ESTADO DE MINAS GERAIS. OTAN reforça sua unidade e G7 amplia sanções à Rússia por invasão à Ucrânia, mar. 2022, disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2022/03/24/interna_internacional,1355098/otan-reforca-sua-unidade-e-g7-amplia-sancoes-a-russia-por-invasao-a-ucrania.shtml, acesso em: 05 jul. 2022.

Diante deste cenário, evidencia-se que o risco anteriormente existente, no que se refere ao relacionamento comercial, com uma empresa russa, se intensificou em razão das proibições impostas.

Como consequência deste movimento de sanções e inclusões das empresas russas nas *blacklists*, assiste-se a um movimento de retirada das empresas da Rússia, bem como a suspensão de investimentos. Em março de 2022 mais de 84 empresas já haviam se retirado e a lista, que só tem aumentado, inclui empresas grandes de diversos segmentos.[19] um movimento de retirada de diversas empresas da Rússia e suspensão de investimentos, como resposta à pressão de consumidores e investidores, que apresentam padrões de ética e integridade cada vez mais exigentes.[20] Em alguns casos esse movimento gera verdadeiros dilemas, como no caso de empresas Suíças, que inicialmente suspenderam suas atividades no mercado russo, mas tem enfrentado dificuldades em manter essa decisão.[21]

Saliente-se que esse movimento de retirada de diversas empresas da Rússia, bem como a suspensão de investimentos não é unicamente resultado das sanções impostas, ainda que este possa ser seu maior motivo, mas ele também configura uma resposta à pressão de consumidores e investidores que exigem elevados padrões de ética e integridade empresarial.[22]

Assim, é importante ressaltar que relacionar-se com empresas russas pode representar um risco não apenas para os Estados que estão sujeitos às proibições, mas também a qualquer outro, uma vez que a imagem das empresas relacionadas, sobretudo, a ética e integridade estão em evidência, implicando risco de danos reputacionais de difícil reversão.

Acrescente-se que esses riscos, embora a princípio pareçam limitar-se ao relacionamento com empresas russas, também podem atingir outras empresas que, de forma reflexa, possuam tais empresas russas em sua cadeia produtiva.

Todavia, consoante já destacado, observa-se que embora os riscos sejam altos, em alguns casos esse movimento gera verdadeiros dilemas, como no caso das empresas Suíças que inicialmente suspenderam suas atividades no mercado russo, mas tem enfrentado dificuldades em manter essa decisão.[23]

Compreendidos estes os riscos derivados dos impactos econômicos da guerra, há que se perguntar: qual o papel do *compliance* neste contexto?

4. Lições de compliance em tempos de guerra

Além das perdas econômicas relacionadas à redução das transações econômicas, bem como da diminuição do capital social e da confiança, determinadas

---

[19] CNN BRASIL. Ford, visa, spotfy: as empresas que deixaram a Rússia após o início da guerra, mar. 2022, disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/as-empresas-que-deixaram-a-russia-apos-inicio-da-guerra/, acesso em: 05 jul. 2022.

[20] Embora este não seja o principal motivo, que está mais associado às sanções privadas e públicas impostas, este fator certamente contribuiu para as decisões de retirada ou suspensão de investimentos. (SECIUK, C. *Empresas "abandonam" Rússia: mais de 80 já cortaram negócios no país.* Gazeta do Povo. mar. 2022, disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/economia/empresas-cortaram-negocios-russia-guerra-ucrania/, acesso em: 05 jul. 2022.)

[21] FRANCHINI, F. & TURUBAN, P. *Partir ou ficar? O dilema das empresas suíças na Rússia. Swissinfo.ch* Jun. 2022, disponível em: https://www.swissinfo.ch/por/partir-ou-ficar--o-dilema-das-empresas-su%C3%AD%C3%A7as-na-r%C3%BAssia/47627610, acesso em: 05 jul. 2022.

[22] SECIUK, C. *Empresas "abandonam" Rússia: mais de 80 já cortaram negócios no país*. Gazeta do Povo. mar. 2022, disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/economia/empresas-cortaram-negocios-russia-guerra-ucrania/, acesso em: 05 jul. 2022.

[23] FRANCHINI, F. & TURUBAN, P. *Partir ou ficar? O dilema das empresas suíças na Rússia. Swissinfo.ch* Jun. 2022, disponível em: https://www.swissinfo.ch/por/partir-ou-ficar--o-dilema-das-empresas-su%C3%AD%C3%A7as-na-r%C3%BAssia/47627610, acesso em: 05 jul. 2022.

empresas, no caso, empresas russas passam a refletir riscos maiores no âmbito de uma relação comercial, uma vez que Estados lançam proibições relacionadas a contratações, importações e exportações e de outro lado a própria iniciativa privada acaba aderindo a este movimento.

Neste contexto, é essencial recordar que *compliance* não é apenas uma situação de conformidade, mas um estado dinâmico que é alcançado por meio da implementação de um sistema de gestão incorporado pelas empresas que assegure respeito às leis, regulações e boas práticas de mercado capaz de mitigar riscos de ilícitos e irregularidades de diferentes espécies.

Dessa forma, destaca-se a percepção de programas de compliance como estruturas implementadas na organização empresarial com objetivos de detecção, apuração e reação, isto é, estruturas criadas para propiciar o incremento da prevenção e redução das infrações econômicas na atividade empresarial.[24]

Nesse sentido, *compliance*, enquanto instrumento de mitigação de riscos e promoção da ética e da integridade, passa a ser essencial para assegurar que tais proibições, onde existentes, serão respeitadas, bem como para apontar os riscos de relacionamento, onde as proibições não existam, em especial, o risco reputacional.

Destaca-se, dessa forma, a relevância da adoção de programas de *compliance* robustos, pelas empresas e reforço de determinados controles internos para verificação e mitigação de tais riscos.

A adoção destes programas, portanto, deve pautar-se nos parâmetros legais estipulados no art. 42 do Decreto nº 8.420/2015[25], e que constituem objeto de diretrizes da Controladoria Geral da União (CGU).

Em sua cartilha "Programas de integridade: diretrizes para empresas privadas", a CGU, pautada nos parâmetros legais do referido decreto orienta a implementação de programas de *compliance* elencando como essenciais: o comprometimento e apoio da alta direção, a criação de uma instância responsável pelo programa de integridade, análise de perfil e riscos, estruturação de instrumentos, padrões de ética e conduta, regras, procedimentos e controles para mitigar riscos, comunicação e treinamento, canal de denúncia, medidas disciplinares e ações de remediação.[26]

Diante da enumeração de tais pilares de um programa de integridade, quando se pensa na situação de guerra e nos riscos derivados das sanções/embargos econômicos, há alguns itens que precisam ser ressaltados.

Primeiramente, destaca-se o comprometimento da alta direção. Este pilar refere-se ao suporte inequívoco ao programa de *compliance*, o qual compreende não apenas a concessão de recursos materiais, financeiros e humanos, para estruturação de um programa adequado, mas também o comportamento íntegro que reflete os valores declarados pela empresa, representando um exemplo para todos os funcionários. Trata-se, basicamente, de pôr em prática o que está descrito em políticas e manuais de procedimentos, incentivando a todos os membros da corporação.

Note-se que esse papel da alta administração é relevante na medida em que o investimento e apoio em programas efetivos de compliance pode evitar a ocorrência de crises e quebras de empresas, como ocorreu no caso da empresa Well Fargos, dentre outras. Tanto agir de forma ética e íntegra como também supervisionar e

[24] SAAD-DINIZ, E. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 131.

[25] Este artigo é anterior a revogação do Decreto nº 8.420/2015 pelo Decreto nº 11.129, de 2022, que entrou em vigor no dia 12 de julho de 2022. O novo Decreto mantém o rol de parâmetros a serem observados em seu artigo 57, com pequenas alterações em relação ao conteúdo anterior. As alterações foram feitas a fim de reforçar alguns aspectos dos programas de compliance.

[26] CGU. *Programas de integridade: diretrizes para empresas privadas. 2015*, disponível em: https://sso.acesso.gov.br/login?client_id=govbr&authorization_id=181df3d4a7b, acesso em: 05 jul. 2022.

acompanhar o desenvolvimento do programa de compliance são funções que a alta administração deve desempenhar.[27]

Inclusive, há estudos teóricos e empíricos os quais revelam que bons valores e boa gestão (supervisão e planejamento e recursos organizacionais) são tão importantes como sistemas formais de conformidade para influenciar a maneira como a conformidade é gerenciada na prática.[28]

Em um momento de guerra, portanto, é crucial que a alta administração se posicione em relação aos recentes acontecimentos, de acordo com os valores éticos que declara e junto ao *compliance* formule estratégias, para adaptações necessárias no programa, além de incentivar a comunicação das decisões, não apenas aos funcionários, mas também aos parceiros, fornecedores e clientes.

Em suma, é preciso que a alta administração tenha a percepção da dimensão desta tragédia, no âmbito interno e externo das empresas e esteja preparada, para tomar decisões, que se alinhem e reflitam os principais valores da organização.[29]

Complementarmente, uma das estratégias de *compliance* que precisa ser avaliada neste momento é a manutenção de processos bem estruturados de *due diligence* a serem aplicados na cadeia produtiva e que podem vir a evitar eventual desclassificação em uma situação contratual.

O processo de *due diligence* constitui um dos pilares do programa de *compliance* essencial no relacionamento com terceiros, isto porque, embora este relacionamento possa ser a chave para o sucesso, também pode ser causa de responsabilizações e danos à reputação da empresa. Assim, apenas através de um processo cuidadoso de avaliação dos riscos, que o terceiro representa, é que se pode viabilizar uma relação bem-sucedida.[30]

Pois bem, conforme visto, a partir do momento em que muitos Estados e empresas impuseram proibições e sanções privadas a empresas russas, relacionar-se com estas passou a ser um risco reputacional do qual, inclusive, podem derivar outros tipos de danos como término de contratos ou não contratação.

Dessa forma, verifica-se que nesse momento é essencial que os processos de *due dilligence* sejam aplicados de forma a se mensurar riscos relacionados a toda cadeia produtiva e de fornecimento, a fim de identificar riscos e delimitar estratégias de aceitação, mitigação ou eliminação.

Tais processos, inclusive, devem ter sua eficiência aumentada para responder às seguintes situações causadas pelo conflito: a) Avaliação de contratos de vendas e de fornecedores a fim de identificar aqueles afetados por sanções com a consequente classificação em dois grupos: aqueles que podem ser rescindidos imediatamente e aqueles com período de liquidação. Fornecimento aos colegas de vendas, serviços e terceirização scripts e procedimentos apropriados para comunicar as partes de sanções que os contratos serão rescindidos; b) Estabelecer parcerias com departamento de compras e cadeia de suprimentos para identificar terceiros que agora precisam de *due diligence* estendida ou monitoramento contínuo. Conectar-se com todos os fornecedores que o departamento usa para conduzir a devida diligência, a fim de entender como eles estão atualizando seus processos, para refletir novas sanções; c) Assegurar que a devida diligência robusta esteja em vigor, em qualquer entidade estrangeira, que seja receptora planejada de doações corporativas, para identificar possíveis problemas e determinar se é necessário revisar quaisquer

---

[27] ARMOUR, J; GARRET, B; GORDON, J. & GEEYOUNG, J. "Board Compliance", *Minessota Law Review.* 2020, p. 1194-1273, p. 1193.

[28] PARKER, C. & NIELSEN, V. L. "Corporate compliance systems: Could they make any difference?", *Administration & Society*, vol. 41, n.1, mar. 2009, p. 3-37, p. 28

[29] BROUGHTON, E. *The world is watching: the role of Ethics & Compliance in the War in Ukraine.* ECI, disponível em: https://www.ethics.org/e-c-war-in-ukraine/, acesso em: 05 jul. 2022.

[30] CUNHA, L. I. A. Interação com terceiros e due dilligence. *In.* NOHARA, I. P. & PEREIRA, F. B. L. *Governança, compliance e cidadania*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 20218, p. 278.

doações ou conexões de caridade, para qualquer relação com uma entidade sancionada.[31]

Dessa forma, em termos de processos de due diligence, é recomendável focar em: a) triagens e reavaliações frequentes de distribuidores e realizando análises comparativas com as listas de sanções supramencionadas visando obter dados sobre benefício efetivo, exposição política, implicações de uso final militar e reputação adversa de terceiros; b) avaliações de riscos de terceiros que também compreendem riscos de sanções e controles de exportação; c) revisão de contratos com terceiros para assegurar que existam cláusulas garantindo o não envolvimento em transações proibidas por sanções e controles de exportação e até mesmo, em alguns casos, resguardando o direito de auditoria e provisões para indenização na hipótese de violações; c) aprimoramento da coleta de dados visando garantir a precisão e qualidade de parceiros de negócios terceirizados por meio de processos de integração e inclusão de questionários relevantes.[32]

Além disso, observa-se um movimento e uma tendência de que a *due dilligence* seja ampliada, para analisar também riscos de violações a direitos humanos.

Não por acaso, em fevereiro de 2022, logo na véspera da invasão militar da Rússia na Ucrânia, a Comissão Europeia divulgou uma Proposta da Diretiva que irá submeter um grande número de empresas que operam na União Europeia (independentemente do país onde esteja localizada sua sede) implementem procedimentos de *due dilligence*, com o intuito de prevenir violações de direitos humanos, não apenas nas suas próprias operações, como na sua cadeia de fornecimento.[33]

A responsabilidade de empresas europeias pela proteção de direitos humanos, no âmbito do *compliance*, já havia sido anunciada no âmbito do *European Green Deal*, o Pacto Ecológico Europeu, um conjunto de propostas legislativas com o objetivo de tornar as políticas da eu, em matéria de clima, energia, transportes e fiscalidade **aptas para alcançar uma redução das emissões líquidas de gases com efeito de estufa de, pelo menos, 55% até 2030**, em comparação aos níveis de 1990.[34]

Contudo, ante aos recentes acontecimentos, a Proposta de Diretiva parece reforçar as preocupações com os direitos humanos e o papel do *compliance*, ao impor o dever de *due dilligence* específico às empresas com mais de 500 trabalhadores e volume de negócios a nível mundial superior a €150 milhões (e, em um segundo momento, empresas com mais de 250 trabalhadores e de €40 milhões de volume de negócios, que operem em certos setores, considerados de risco).[35]

Considerando a posição de destaque que o contexto de guerra tem colocado a necessidade de processos de due diligence de direitos humanos, vale observar que uma pesquisa realizada em 2022 pelo *Business & Human Rights Resource Centre* empresas que operam ou investem na Rússia e/ou na Ucrânia sobre processos de

[31] MIGALHAS. "Para Kronoos, guerra exige fortalecimento de due dilligence", *Migalhas,* mai. 2022, disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/365617/para-kronoos-guerra-exige-fortalecimento-da-due-diligence, acesso em: 05 jul. 2022.

[32] KPMG. "Russia-Ukraine War: actions comapnies can take", *KPMG*, 2022, disponível em: https://advisory.kpmg.us/articles/2022/managing-third-party-compliance-sanctions.html, acesso em: 25 abr. 2023

[33] EUROPEAN COMISSION. *Proposal for a directive on corporate sustainability due diligence and annex.* 23 fev. 2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en, acesso em 05 jul. 2022.

[34] COMISSÃO EUROPEIA. *Pacto Ecológico Europeu.* 2019, disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt, acesso em: 05 jul. 2022.

[35] EUROPEAN COMISSION. *Proposal for a directive on corporate sustainability due diligence and annex.* 23 fev. 2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en, acesso em 05 jul. 2022.

due diligence relacionada a direitos humanos demonstrou que de 115 empresas, apenas 43 forneceram respostas completas ou parciais às perguntas sobre due diligence em direitos humanos em resposta à invasão russa. Sessenta empresas enviaram declarações gerais condenando a violência, expressando preocupações e compartilhando informações sobre suas doações em apoio à Ucrânia. Dez empresas pediram prorrogação ou disseram que estavam trabalhando nas respostas ao questionário. Duas empresas se recusaram a fornecer respostas.[36]

Além disso, a pesquisa apresentou também algumas boas práticas em relação a due diligence de direitos humanos compartilhadas por determinadas empresas: a) estabelecimento de um comitê de direção várias semanas antes da invasão para identificar riscos, tomar medidas de mitigação e planejar uma possível escalada adicional. As reuniões do comitê são diárias, ou até mesmo mais frequentes, se necessário. Nas primeiras etapas foram realizados contatos regulares com funcionários, parceiros de negócios e funcionários do governo local e nacional na Ucrânia para entender melhor a situação em rápida evolução e as necessidades prioritárias das partes interessadas. Houve também o envolvimento com organizações humanitárias para identificar como a empresa poderia contribuir melhor para futuros esforços de socorro a intensificação de seu monitoramento de ameaças cibernéticas para garantir ainda mais a proteção dos dados e da privacidade dos usuários; b) além de assegurar o foco na a saúde, segurança e bem-estar da sua equipe e contratados e contribuir com organizações humanitárias e de ajuda, identificou-se também o comprometimento de empresa que atua no ramo petrolífero com a interrupção de todas as compras à vista de petróleo bruto russo e retirada de envolvimento em todos os hidrocarbonetos russos incluindo petróleo bruto, produtos petrolíferos, gás e gás natural liquefeito (GNL) de forma faseada; c) integração de due diligence de direitos humanos em processos de vendas por meio do *Sensitive Business Framework*[37] com o objetivo de avaliar, prevenir e mitigar o uso indevido potencial da tecnologia desenvolvida pela empresa.[38]

Além da ênfase nos pilares do engajamento da alta administração e due diligence, também é essencial que se invista na construção de políticas e revisão de código de conduta, procedimentos, canais de denúncias e treinamentos que orientem todos os colaboradores sobre as novas exigências e proibições que despontam nesse cenário.

Note-se que estes pilares também se tornam bastante relevantes, pois são aqueles que propiciam introjetar os valores e normas na cultura corporativa, ponto chave do compliance.

Vale ressaltar que a ideia de cultura corporativa abrange os valores implícitos, atitudes e formas de fazer as coisas de fazer as coisas que prevalecem em uma empresa e, com frequência, reflete também a personalidade, filosofia, e o panorama étnico-cultural do fundador ou líder.[39]

---

[36] BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER. *Russian invasion of Ukraine: what companies have to say about their human rights due diligence?*, 21 Nov. 2022, disponível em: https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/russian-invasion-of-ukraine-what-companies-have-to-say-about-their-human-rights-due-diligence/, acesso em: 25 abr. 2023.

[37] Business Sensitive Framework: ferramenta que avalia as oportunidades de vendas de uma perspectiva de risco aos direitos humanos. Os riscos são identificados com base nos parâmetros da metodologia de riscos Sensitive Business (país, cliente, produto e finalidade). Como resultado dessas medidas de due diligence, a empresa decide como proceder com a oportunidade e como mitigar os riscos identificados. A decisão pode ser aprovar, com ou sem condições, ou rejeitar o compromisso de vendas.

[38] BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER. *Russian invasion of Ukraine: what companies have to say about their human rights due diligence?,* 21 Nov. 2022, disponível em: https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/russian-invasion-of-ukraine-what-companies-have-to-say-about-their-human-rights-due-diligence/, acesso em: 25 abr. 2023.

[39] SOUZA, A. B. G. & COELHO, C. C. S. "Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção". *In:* CHOUKR, F. H. & JAPIASSÚ, C. E. A.

Assim, os sistemas de políticas e códigos de conduta, canais de denúncias e treinamentos são elementos centrais dos programas de compliance, pois permitem a sua implementação na prática e orientam a cultura corporativa, pois, enquanto os códigos, políticas e procedimentos delimitam a estrutura de compliance da empresa, o treinamento possibilita que os colaboradores entendam e apliquem essas estruturas no seu trabalho diário. O canal de denúncias, por sua vez, é um instrumento para detectar violações *ex post* e pode influenciar o comportamento dos colaboradores a partir da detecção frequente de violações.[40]

Portanto, no contexto de guerra em que as empresas estão passando por uma série de alterações em seus processos internos, faz-se necessário que tais processos e as motivações por detrás destes estejam explícitos em políticas e até mesmo no código de conduta, que pode, por exemplo, passar a abranger uma seção sobre direitos humanos, caso ainda não a tenha.

Não obstante, ter processos e os valores que os motivam declarados não basta, sendo necessário que este conteúdo seja transmitido de forma eficiente aos colaboradores para que todos estejam cientes das novas normas e proibições e possam observá-las na prática.

Ainda, no âmbito do programa de comunicação da empresa, além de treinamentos focados nas alterações, é importante que estes também estimulem o uso do canal de denúncias para violações de tais normas e explicitem que haverá o respectivo tratamento da denúncia com possível investigação interna e aplicação de sanções disciplinares adequadas.

Verifica-se assim, que embora alguns elementos do compliance sejam mais críticos em relação à situação de guerra, na verdade é necessária uma reavaliação do programa como um todo, a fim de que as alterações sejam realmente efetivas.

Vale também explicitar a importância do compliance no pós-guerra para reestruturação das nações envolvidas, em especial em razão da possibilidade de sofrerem perdas em razão do alto risco de exposição à corrupção nesta situação.

Como exemplo, vale citar a criação de uma força-tarefa pela *International Bar Association (IBA),* cujo objetivo é *ajudar* a Ucrânia a enfrentar e evitar as armadilhas comuns em que os países caem durante o processo de reconstrução após guerras ou desastres naturais. A Força-Tarefa se concentrará em questões anticorrupção e relacionadas a compliance com o objetivo de ajudar a reduzir a perda de recursos valiosos da comunidade internacional para práticas corruptas. Muitas vezes é relatado que as jurisdições que tentam reconstruir após a devastação não recebem os recursos destinados a elas devido à corrupção e/ou controles de conformidade deficientes.[41]

A referida Força-Tarefa está desenvolvendo treinamentos online sobre temas como anticorrupção, denúncia, conduta empresarial responsável, conflitos de interesse, avaliações de risco e o papel dos responsáveis pela conformidade. O escopo da cooperação varia de apoio a programas de conformidade, consultoria sobre avaliações de risco e capacitação para o setor privado. Ainda, o trabalho terá duas frentes: o político, que definirá a estratégia e a comunicação em relação a outras organizações envolvidas no apoio aos esforços anticorrupção da Ucrânia, incluindo organizações financeiras internacionais; e a implementação estratégica que se

(Org.). *Dimensões contemporâneas da atividade empresarial*, 1ed, Campinas: FACAMP, 2021, v. 1, p. 115.

[40] STOBER, T; KOTZIAN, P. & WEINBERGER, B. E. "Design matters: on the impact of compliance porgram on corporate ethics", *Business Research*. 2019, p. 383-424, p. 384.

[41] INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Ukraine: IBA Anticorruption creates task-force to aid reconstruction efforts.* Set. 2022, disponível em: https://www.ibanet.org/Ukraine-IBA-Anti-Corruption-Committee-creates-taskforce-to-aid-reconstruction-efforts, acesso em: 25 abr. 2023.

concentrará inicialmente na revisão da nova Estratégia Anticorrupção Ucraniana – um documento orientador para a Ucrânia até 2025.[42]

Dessa forma, constata-se que existe uma tendência crescente e contínua de que o *compliance* seja uma peça central de mitigação a riscos e proteção de direitos no ambiente empresarial em tempos de guerra.

5. Considerações Finais

A situação de guerra é sem dúvida uma situação de fragilidade, que possui impactos de diversas espécies, de forma direta e indireta, não apenas os países envolvidos, mas também todos os outros, que sofrem as consequências sociais, ambientais, geopolíticas e econômicas, uma vez que se encontram inseridos em um mundo globalizado.

Especificamente em relação aos impactos econômicos, verificou-se que esses não atingem apenas os indivíduos que sofrem com altas de juros e inflação, mas também as empresas.

No âmbito da guerra Russo-Ucraniana, observa-se que diversos Estados e empresas privadas criaram proibições, sanções e ações de repúdio às empresas russas, visando isolá-la no mercado de modo a fazer pressão para o término do conflito.

Tal situação materializou-se a partir da imposição de embargos econômicos e da saída de inúmeras empresas do território russo.

A partir de então, relacionar-se com uma empresa russa passou a ser considerado um risco, em razão de proibições, sanções e também um grande risco reputacional, uma vez que demonstraria um afastamento de valores éticos e íntegros de respeito aos direitos humanos, por exemplo.

Nesse contexto, observou-se que o *compliance*, enquanto um sistema de gestão pautado em políticas, procedimentos e controles internos aptos a mitigar riscos e assegurar a conformidade com leis, regulações e boas práticas, e, de forma reflexa promover a ética e a integridade, tem um papel especial na mitigação desses novos riscos.

Nesse momento, portanto, dois pilares de um programa de *compliance* robusto e estruturado conforme os parâmetros legais e de boas práticas merecem destaque: o comprometimento da alta direção e os processos de *due dilliigence.*

Em relação ao comprometimento da alta direção é essencial que esta reforce seus compromissos com os valores de integridade de ética e junto ao departamento de *compliance* crie estratégias de comunicação e gerenciamento e monitoramento dos novos derivados da guerra.

Em paralelo, recomenda-se uma revisão dos processos de *due dilligence* de forma que considerem as proibições e sanções privadas concernente ao relacionamento com empresas russas, na avaliação de riscos realizada junto a sua cadeia de suprimentos, a fim de evitar sanções, danos reputacionais e impactos em seus contratos.

Ainda, a partir de uma Proposta de Diretiva de *Due Dilligence* na União europeia constatou-se também uma tendência de que as *due dilligences*, em especial em situações como as de guerra, sejam expandidas para verificar riscos de violações a direitos humanos.

Assim, ante todas as constatações, tem-se que o *compliance* possui um papel bastante relevante na mitigação de novos riscos empresariais derivados da guerra, sendo que seus pilares devem ser monitorados e revisados constantemente

[42] INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Ukraine: IBA Anticorruption creates task-force to aid reconstruction efforts.* Set. 2022, disponível em: https://www.ibanet.org/Ukraine-IBA-Anti-Corruption-Committee-creates-taskforce-to-aid-reconstruction-efforts, acesso em: 25 abr. 2023

para estarem adequados em relação às sanções impostas e aptos a resguardar direitos.

Referências

ARMOUR, J; GARRET, B; GORDON, J. & GEEYOUNG, J. "Board Compliance", Minessota Law Review, 2020, p. 1194-1273, p. 1193.

BROUGHTON, E. *The world is watching: the role of Ethics & Compliance in the War in Ukraine,* ECI, disponível em: https://www.ethics.org/e-c-war-in-ukraine/, acesso em: 05 jul. 2022.

BUSINESS & HUMAN RIGHTS RESOURCE CENTER. *Russian invasion of Ukraine: what companies have to say about their human rights due diligence?,* 21 Nov. 2022, disponível em: https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/russian-invasion-of-ukraine-what-companies-have-to-say-about-their-human-rights-due-diligence/, acesso em: 25 abr. 2023.

CAPPELARI, A. S. & FIGUEIREDO, V. C. "O criminal compliance como instrumento de prevenção da criminalidade econômica no âmbito das instituições financeiras", *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo horizonte, nº 3, ano 6, jul-dez. 2016.

CGU. *Programas de integridade: diretrizes para empresas privadas,* 2015, disponível em: https://sso.acesso.gov.br/login?client_id=govbr&authorization_id=181df3d4a7b, acesso em: 05 jul. 2022.

CNN BRASIL. *Ford, visa, spotfy: as empresas que deixaram a Rússia após o início da guerra*, mar. 2022, disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/as-empresas-que-deixaram-a-russia-apos-inicio-da-guerra/, acesso em: 05 jul. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. *Pacto Ecológico Europeu*, 2019, disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt, acesso em: 05 jul. 2022.

DOJ. *Sentencing guidelines*. 2020, disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download, acesso em: 20 set. 2021.

EESE. *War in Ukraine and its economic, social and environmental impact,* 2022, disponível em: https://www.eesc.europa.eu/en/documents/resolution/war-ukraine-and-its-economic-social-and-environmental-impact, acesso em: 05 jul. 2022.

ESTADO DE MINAS GERAIS. OTAN reforça sua unidade e G7 amplia sanções à Rússia por invasão à Ucrânia, mar. 2022, disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2022/03/24/interna_internacional,1355098/otan-reforca-sua-unidade-e-g7-amplia-sancoes-a-russia-por-invasao-a-ucrania.shtml, acesso em: 05 jul. 2022.

EUROPEAN COMISSION. *Proposal for a directive on corporate sustainability due diligence and annex,* 23 fev. 2022, disponível em: https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en, acesso em 05 jul. 2022.

EUROPEAN COMISSION. *Russia´s war on Ukraine: EU adopts sixth package of sanctions against Russia,* Jun. 2022, disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_2802, acesso em 05 jul. 2020.

FRANCHINI, Fr. & TURUBAN, P. *Partir ou ficar? O dilema das empresas suíças na Rússia. Swissinfo.ch*, Jun. 2022, disponível em: https://www.swissinfo.ch/por/partir-ou-ficar--o-dilema-das-empresas-su%C3%AD%C3%A7as-na-r%C3%BAssia/47627610, acesso em: 05 jul. 2022.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Ukraine: IBA Anticorruption creates task-force to aid reconstruction efforts,* Set. 2022, disponível em:

https://www.ibanet.org/Ukraine-IBA-Anti-Corruption-Committee-creates-taskforce-to-aid-reconstruction-efforts, acesso em: 25 abr. 2023.

IPEA. *IPEA analisa o impacto da guerra entre Rússia e Ucrânia na economia mundial e brasileira,* mar. 2022, disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=39031#:~:text=J%C3%A1%20as%20exporta%C3%A7%C3%B5es%20brasileiras%20podem,dois%20pa%C3%ADses%20envolvidos%20na%20guerra, acesso em: 05 jul. 2022.

LAMY, A. C. F. "Compliance em tempos de guerra", *Isto é Dinheiro,* mar. 2022, disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/compliance-em-tempos-de-guerra/, acesso em: jul. 2022

CUNHA, L. I. A. Interação com terceiros e due diligence, *In.* NOHARA, I. P. & PEREIRA, F. B. L, *Governança, compliance e cidadania*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 20218, p. 278.

OFAC. *Sanction list search,* disponível em: https://sanctionssearch.ofac.treas.gov/, acesso em: 05 jul. 2022.

MIGALHAS. "Para Kronoos, guerra exige fortalecimento de due dilligence", *Migalhas,* mai. 2022, disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/365617/para-kronoos-guerra-exige-fortalecimento-da-due-diligence, acesso em: 05 jul. 2022.

PARKER, C. & NIELSEN, V. L. "Corporate compliance systems: Could they make any difference?", *Adminsitration & Society*, vol. 41, n.1, mar. 2009, p. 3-37, p. 28

KPMG. "Russia-Ukraine War: actions comapnies can take", KPMG, 2022, disponível em: https://advisory.kpmg.us/articles/2022/managing-third-party-compliance-sanctions.html, acesso em: 25 abr. 2023

RBA. "Guerra na Ucrânia deixará impactos enormes, afirma Carlos Bouchy", *RBA,* mar. 2022, disponível em: https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2022/03/guerra-ucrania-impactos-ambientais/, acesso em: 05 jul. 2022.

RIBEIRO, M. C. P. & DINIZ, P. D. F. "Compliance e Lei anticorrupção nas empresas", *Revista de informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, ano 52, n. 205, jan-mar. 2015, p. 94.

SAAD-DINIZ, E. *Ética negocial e compliance: entre a educação executiva e a interpretação judicial.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 131.

SAAVEDRA, G. A. "Compliance Criminal: Revisão Teórica e Esboço de uma Delimitação Conceitual", *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito,* Recife, v. 8, n. 15, p. 239-256, mai./ago. 2016, p. 247.

SAAVEDRA, G. A. & ROTSCH, T. *Compliance.* Thomson Reuters: São Paulo, 2022, p. 108

SECIUK, C. "Empresas "abandonam" Rússia: mais de 80 já cortaram negócios no país", *Gazeta do Povo*, mar. 2022, disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/economia/empresas-cortaram-negocios-russia-guerra-ucrania/, acesso em: 05 jul. 2022.

SOUZA, A.B. G. & COELHO, C. C. S. "Criminologia do desvio no ambiente corporativo: a empresa como causa e como cura da corrupção", *In:* CHOUKR, F. H. & JAPIASSÚ, C. E. A. (Org.). *Dimensões contemporâneas da atividade empresarial,* 1ed, Campinas: FACAMP, 2021, v. 1, p. 115.

STOBER, T; KOTZIAN, P. & WEINBERGER, B. E. "Design matters: on the impact of compliance porgram on corporate ethics", *Business Research*. 2019, p. 383-424, p. 384.

U.S DEPARTMENT OF THE TREASURY. *Office of Foreign Assets Control – Sanctions Program and Information,* disponível em: https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information, acesso em: 05 jul. 2022.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 242-271
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Reflexões sobre o conceito de "legislações linguísticas"

Reflections on the concept of "linguistic legislation"

Marcos Paulo Santa Rosa Matos[1]
Universidade Federal da Bahia
Maria Leonia Garcia Costa Carvalho[2]
Universidade Federal de Sergipe

Sumário: 1. Introdução. 2. Características e objetos gerais das legislações linguísticas. 3. Alguns objetos específicos das legislações linguísticas: nomes e funções das línguas, direitos e deveres linguísticos. 3.1. Glotônimos. 3.2. Estatutos jurídicos das línguas. 3.3. Direitos linguísticos. 3.4. Deveres lingüísticos. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

Resumo: No presente trabalho acadêmico, busca-se explicitar e caracterizar o conceito de "legislações linguísticas" desenvolvido no campo dos estudos de Direito Linguístico, notadamente a partir da década de 1980. O artigo está dividido em duas partes: inicialmente, trata-se da concepção lato sensu de legislações linguísticas, abordando-as como mecanismos produzidos pelo discurso jurídico na conformação e na implementação da política linguística, isto é, como elementos materiais e instrumentais da intervenção do Estado no domínio das práticas linguísticas; em seguida, apresentamos as matérias linguísticas tomadas mais iterativamente como objetos das legislações linguísticas em espécie, que abrangem, essencialmente, a nomeação das línguas, a nomeação das funções jurídico-políticas atribuídas às línguas, a tutela dos direitos linguísticos e o estabelecimento de deveres linguísticos.

Palavras-chave: Direito Linguístico; Política Linguística; Direitos Linguísticos; Deveres Linguísticos.

Abstract: In the present academic paper, we seek to explain and characterize the concept of "linguistic legislation" (or "language legislation") developed in the field of Language Law (or Linguistic Law) studies, notably since the 1980s. The paper is divided into two parts: first, we will deal with the lato sensu conception of linguistic legislation, approaching it as mechanisms produced by the juridical discourse in the conformation and implementation of language policy (or linguistic policy), that is, as material and instrumental elements of the State's intervention in the domain of linguistic practices; then, we will present the linguistic matters taken more iteratively as objects of linguistic legislation in kind, which encompass, essentially, the naming of languages, the naming of juridical-political functions attributed to languages, the protection of language rights (or linguistic rights) and the establishment of language duties (or linguistic duties).

---

[1] Doutor e Mestre em Letras pela Universidade Federal de Sergipe e doutorando em Direito na Universidade Federal da Bahia. Graduado em Letras (Português), Direito e Filosofia. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/5024551859985987.

[2] Doutora em Letras e Linguística pela Universidade Federal de Alagoas. Mestra em Educação pela Universidade Federal de Sergipe. Graduada em Letras (Português e Inglês). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6715427937592687.

Recibido: 10/04/2023
Aceptado: 13/05/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043849

Keywords: Language Law or Linguistic Law; Language Policy or Linguistic Policy; Language Rights or Linguistic Rights; Language Duties or Linguistic Duties.

1. Introdução

As *práticas linguísticas* são inseparáveis das *normas linguísticas*. As práticas de linguagem produzem a materialidade da língua, sendo a própria língua uma prática de significação, "[...] não no sentido de realizar atos mas porque pratica sentidos, ação simbólica que intervém no real. Pratica, enfim, a significação no mundo"[3]. As normas linguísticas, por sua vez, constituem um conjunto bastante heterogêneo de determinações que fazem funcionar a língua, participando de suas condições de possibilidade, e, ao mesmo tempo, constrangem-na, reduzindo suas possibilidades concretas de realização; tomando a realidade da linguagem como "um fato social"[4], as normas de uma comunidade linguística em particular correspondem "à instituição social que constitui a língua"[5], legitimadas por meio do uso compartilhado e corrente no seio desse grupo.

Para Rey[6], as normas que determinam as práticas linguísticas podem ser objetivas, subjetivas ou prescritivas. As normas *objetivas* são internas ao sistema linguístico e correspondem à dimensão funcional e descritiva da língua; as *subjetivas* correspondem às atitudes dos falantes em relação à língua, suas valorações e seus discursos metalinguísticos; as *prescritivas*, por fim, constituem intervenções diretivas sobre os usos linguísticos. Essas determinações externas ao sistema linguístico (subjetivas e prescritivas) correspondem àquilo que Jean-Claude Corbeil[7] denominou de *regulação linguística* (*régulation linguistique*), "[...] o fenômeno pelo qual os comportamentos linguísticos de cada membro de um grupo ou de um determinado subgrupo são moldados, respeitando-se uma certa maneira de fazer, sob a influência de forças sociais que emanam do grupo ou de seus subgrupos"[8].

A regulação social da língua constitui-se a partir de uma articulação entre *normatização* e *normalização*: a partir de concepções hipotéticas e imaginárias sobre quais usos linguísticos são regulares/normais (valorados positivamente) e quais são irregulares/anormais (avaliados negativamente), são estabelecidas regras que fixam uma direção determinada a ser seguida pelos membros de uma comunidade linguística[9], enquanto falantes, escreventes, ouvintes, leitores etc. Essas regras envolvem uma grande pluralidade de dimensões das práticas linguísticas, conforme observou Moreau[10]: distribuição social dos hábitos linguísticos compartilhados (*normas funcionais*); denominação e explicação dos fatos e relações linguísticas (*normas descritivas*); seleção e hierarquização entre as variedades e possibilidades

---

[3] ORLANDI, E.P. *Discurso e texto: formulação e circulação dos sentidos*, 4 ed., Pontes Editores, Campinas, 2012, p. 44.
[4] SAUSSURE, F. *Curso de lingüística geral*, 27 ed., Cultrix, São Paulo, 2006, p. 14.
[5] DUBOIS, J. et al*. Dicionário de linguística*, 2 ed., Cultrix, São Paulo, 2014, p. 405.
[6] REY, A. "Usages, jugements et prescriptions linguistiques", *Langue française*, n. 16, Larousse, Paris, déc. 1972, pp. 4-28; REY, A. "Usos, julgamentos e prescrições linguísticas", in: BAGNO, M. (org.). *Norma linguística*, 2 ed., Edições Loyola, São Paulo, 2011, pp. 113-140.
[7] CORBEIL, J.C. "Éléments d'une théorie de la régulation linguistique", in: BÉDARD, E. & MAURAIS, J. (éd.). *La norme linguistique*, Le Robert, Paris, 1983, pp. 281-303; CORBEIL, J.C. "Elementos de uma teoria da regulação linguística", in: BAGNO, Marcos. (org.). *Norma linguística*, 2 ed., Edições Loyola, São Paulo, 2011, pp. 171-196.
[8] CORBEIL, J.C. "Éléments d'une théorie de la régulation linguistique", in: BÉDARD, E. & MAURAIS, J. (éd.). *La norme linguistique*, Le Robert, Paris, 1983, p. 283, tradução nossa.
[9] REY, A. "Usos, julgamentos e prescrições linguísticas", in: BAGNO, M. (org.). *Norma linguística*, 2 ed., Edições Loyola, São Paulo, 2011, p. 114.
[10] MOREAU, M.L. "Les types de normes", in: MOREAU, M.L. (éd.). *Sociolinguistique: les concepts de base*, Mardaga, Liège, 1997, pp. 218-223.

da língua, definição do "bom uso" (*bon usage*) de suas formas materiais (*normas prescritivas*); representação e valoração dos usos e dos usuários da língua (*normas avaliativas*); idealização de uma variedade fictícia de referência (língua literária, língua-padrão) por meio de injunções/interdições funcionais, descritivas, prescritivas ou avaliativas (*normas fantasmas*) etc.

Historicamente, dois têm sido dois os principais modos de institucionalização de normas subjetivas/prescritivas, que funcionam como um *pseudo-sistema* restritor em relação ao *sistema* estruturante da língua[11]: a *gramatização*, "[...] processo que conduz a descrever e a instrumentar uma língua na base de duas tecnologias, que são ainda hoje os pilares de nosso saber metalingüístico: a gramática e o dicionário"[12], empreendido por indivíduos e entidades legitimados como especialistas ou eruditos na língua (academias linguísticas, filólogos, literatos etc.); a *intervenção jurídico-política*, incidente sobre as funções e usos sociais, o equipamento formal (principalmente vocabulário e gramática), o ensino-aprendizagem e a tutela das línguas, levada a cabo por autoridades do Estado dotadas de competência para constituir/extinguir situações jurídicas, disciplinar as relações entre sujeitos ou objetos do Direito, determinar condutas e sanções às pessoas sob sua jurisdição etc.

No presente trabalho, voltamo-nos especificamente para o segundo tipo de regulação, que é realizada pelo Poder Público como um empreendimento de *política linguística* por meio de seu *aparato jurídico*. Trata-se da produção e da efetivação de *legislações linguísticas*, quer dizer, de instrumentos normativos (Constituições, leis, decretos, resoluções, portarias etc.) que contêm disposições relativas às línguas e às comunidades linguísticas, tais como o estatuto jurídico e os usos públicos e privados das línguas (*status planning*), a padronização e a regulação dos sistemas linguísticos (*corpus planning*), a aquisição e a revitalização das línguas (*acquisition planning*). Organizamos nosso estudo em duas partes: na primeira, abordamos as legislações linguísticas em geral, como produtos do discurso jurídico e da política linguística; na segunda, tratamos dos objetos mais recorrentes das legislações linguísticas, ou seja, das questões linguísticas "juridificadas" por meio de instrumentos normativos.

A relevância deste estudo reside especialmente no fato de que o conhecimento ou a ignorância em relação à realidade das legislações linguísticas é parte estruturante das *relações de dominação linguística*. Ao Estado é impossível ser neutro no domínio das práticas linguísticas, tendo em vista que é obrigado a comunicar-se com seus jurisdicionados[13], e para isso precisa escolher uma ou algumas línguas em vez de muitas outras, o que afeta a distribuição de custos e benefícios entre os cidadãos[14]; ainda que a política linguística adotada pelo Estado seja orientada no sentido de apoiar ou proteger ativamente grupos linguísticos minoritários, isso precisará ser restrito a apenas alguns deles[15], porque os diversos custos envolvidos na prestação de serviços linguísticos torna inviável o reconhecimento ou o suporte a

[11] REY, A. "Usos, julgamentos e prescrições linguísticas", in: BAGNO, M. (org.). *Norma linguística*, 2 ed., Edições Loyola, São Paulo, 2011, p. 117.
[12] AUROUX, S. *A revolução tecnológica da gramatização*, Editora da Unicamp, Campinas, 1992, p. 65.
[13] BAUBÖCK, R. *Public Culture in Societies of Immigration*, Malmö University, Malmö, 2001, p. 7.
[14] LAGERPETZ, E. "On Language Rights", *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 1, n. 2, Dordrecht, Springer Nature, june 1998, p. 183; LAGERPETZ, E. "Sobre los derechos lingüísticos", *Isonomía*, n. 15, Editorial Fontamara, Ciudad de México, oct. 2001, p. 111.
[15] LAGERPETZ, E. "On Language Rights", *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 1, n. 2, june 1998, pp. 188 e 198; LAGERPETZ, E. "Sobre los derechos lingüísticos", *Isonomía*, n. 15, Editorial Fontamara, Ciudad de México, oct. 2001, pp. 117 e 129.

todas as comunidades linguísticas sujeitas à jurisdição do Estado[16]. Logo, compreender esses mecanismos jurídicos é tarefa primordial para a participação efetiva nos espaços e processos públicos que determinam a ação interventiva do Estado no domínio linguístico.

2. Características e objetos gerais das legislações linguísticas

As normas linguísticas *lato sensu* para tornar-se normas jurídico-linguísticas, precisam passar por um processo de *juridificação*, isto é, devem ser vertidas para a linguagem e o a realidade do Direito, tornando-se objetos definíveis e situáveis nos termos da Lei; por essa razão, Rémi[17] questionou se, efetivamente, existiriam *leis linguísticas*, tendo em vista que uma lei *stricto sensu* (uma norma jurídica) não pode ter como objeto próprio a entidade abstrata da língua, mas sim o comportamento linguístico das pessoas sujeitas a essa dada lei. Para além dessa discussão filosófica, o fato é que há leis disciplinando questões linguísticas, conforme observou Calvet: "A lei é, segundo o dicionário, uma 'regra imperativa imposta às pessoas a partir de fora'. O que significa que as leis não se aplicam aos objetos, aos bens, mas ao uso que os homens fazem desses objetos, desses bens. [...] Além disso, o direito só pode intervir sobre o que é juridicamente definível. Desse ponto de vista, é possível questionar o sentido da noção de lei lingüística ou de direito lingüístico. A língua pode ser objeto de lei? O que é certo é que os Estados intervêm freqüentemente no domínio lingüístico, respondendo a esta pergunta de maneira prática e evitando o debate teórico, mas eles intervêm de fato nos comportamentos lingüísticos, no uso das línguas. Isso ocorre porque as políticas lingüísticas são geralmente repressoras e precisam, por essa razão, da lei para se impor: *não existe planejamento lingüístico sem suporte jurídico*"[18].

Logo, as normas jurídico-linguísticas constituem-se em instrumentos de concreação de uma determinada *política linguística*, que, por sua vez, corresponde, à tomada de decisão de passar de uma situação linguística atual considerada insatisfatória (S1) para uma situação linguística ideal/imaginária avaliada como satisfatória (S2), o que implica definir o quê é insatisfatório em S1 e o porquê, situar e justificar com precisão a situação S2, e determinar como ir de S1 para S2[19]. Ou seja, uma vez escolhida S2 é preciso fazer com que ela se torne um fato[20], passando do "poder-ser" para o "ser", processo no qual o *discurso jurídico* contribui estabelecendo um "dever-ser", um determinado agir linguístico objetivo e obrigatoriamente prescrito em uma disposição normativa, por meio do qual as instâncias normatizadoras têm a expectativa (mas não a certeza) de materialização de S2.

Na prescrição normativa do dever-ser também é estabelecida uma *sanção jurídica* para o caso de seu descumprimento, ponderada como eficiente para coagir os sujeitos a comportar-se conforme a pretensão política juridicamente tutelada, e costumeiramente muito mais gravosa do que as reprimendas morais e sociais cominadas pelas normas linguísticas não jurídicas, como observou Turi[21] ao salientar a diferença entre a normatização jurídica em geral e normatização linguística

---

[16] GAZZOLA, M. *The Evaluation of Language Regimes: Theory and application to multilingual patent organisations*, John Benjamins Publishing, Amsterdam / Philadelphia, 2014, pp. 101-102.

[17] RÉMI, R. "Le droit et la qualité de la langue", in: JEAN-MICHEL, É. (dir.). *La qualité de la langue?: Le cas du français*, Honoré Champion, Paris, 1995, pp. 172-185.

[18] CALVET, L.J. *As políticas lingüísticas*, Parábola Editorial, São Paulo, 2007, p. 75, grifo no original.

[19] CALVET, L.J. *Le marché aux langues*: essai de politologie linguistique sur la mondialisation, Plon, Paris, 2002, p. 21.

[20] CALVET, L.J. *As políticas lingüísticas*, Parábola Editorial, São Paulo, 2007, p. 74.

[21] TURI, J.G. "Quelques considérations sur le droit linguistique", *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n. 2, Université Laval, Québec, 1986, p. 467.

convencional, que para ele: "[...] pode ser facilmente explicada pelo fato de que eventuais sanções legais (penais, como multa ou prisão, ou civis, como compensação ou nulidade) são muito mais restritivas e severas do que eventuais sanções linguísticas (como, por exemplo, avaliações negativas ou, quando aplicável, perda de prestígio ou clientela). É por isso que os juristas devem ter cuidado ao projetar, redigir, interpretar e aplicar normas jurídico-linguísticas"[22].

Para Turi[23], as legislações linguísticas se orientam segundo três princípios: (1) elas não obrigam a usar uma língua por si, mas prescreve certos atos cuja realização implica o uso dessa língua (como é o caso dos atos oficiais, cuja efetivação/publicação depende funcionalmente do emprego do idioma oficial); (2) a legislação linguística não tem como alvo uma língua propriamente dita, mas proposicionalmente envolve um sentido linguístico que deve ser juridicamente apropriável, ou objetivamente apreciável e quantificável, ou ainda relativamente traduzível e compreensível em uma língua determinada (razão pela qual escapa às disposições de uma legislação linguística tudo o que é juridicamente inapropriável, ou linguisticamente neutro, artificial, sem significado, ou absolutamente incompreensível ou intraduzível para uma dada língua); (3) geralmente, a legislação linguística objetiva intervir sobre a quantidade ou a presença de uma língua, tendo em vista que normas jurídico-linguísticas, como dito, apenas versam sobre temas linguísticos juridicamente apropriáveis ou objetivamente apreciáveis e quantificáveis[24]. Essa questão foi revisitada pelo autor de modo mais empírico, comparando um considerável número de legislações linguísticas coletadas de várias ordens jurídicas do mundo[25], oportunidade na qual o autor identificou certas características recorrentes que ele considerou como *princípios gerais* dessas legislações; dos doze princípios encontrados, destacamos nove relacionados: à normatividade jurídica da regulação linguística, à relação íntima entre regulação linguística e liberdade de expressão, e às matérias objeto das normas jurídico-linguísticas.

Quanto à normatividade jurídica da regulação linguística: (1) o discurso jurídico tem dificuldade para definir questões linguísticas e delas se apropriar, bem como para impor sanções exequíveis e efetivas nesse domínio social, consequentemente as instâncias produtoras de normas jurídico-linguísticas costumam ser cautas e reservadas na elaboração desse tipo de norma (exceto quando apresentam definições de termos técnicos, estabelecendo-lhes uma acepção linguística juridicamente vinculante), preocupando-se em utilizar um estilo de linguagem bastante objetivo (para não dar margem a divergências interpretativas contundentes), e geralmente silenciando quanto aos titulares dos direitos ou obrigações positivados; (2) as normas jurídico-linguísticas têm por objeto a estrutura ou o funcionamento das línguas (*linguisation*) ou as práticas linguísticas de seus falantes/usuários (*linguaphonisation*), raramente são estabelecidas como *leis de*

[22] TURI, J.G. "Quelques considérations sur le droit linguistique", *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n. 2, Université Laval, Québec, 1986, p. 467, tradução nossa.
[23] TURI, J.G. "Quelques considérations sur le droit linguistique", *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n. 2, Université Laval, Québec, 1986, pp. 467-468.
[24] Quanto a esse último aspecto, o modalizador *geralmente* justifica-se porque a "qualidade da língua", ou seu uso correto (*bon usage*), também pode sofrer um processo interventivo, ainda que indireto, da normatização jurídica [TURI, J.G. "Law and language at the beginning of the new millenium", *Histoire, Épistémologie, Langage*, tome XXV, fascicule 1, Société d'Histoire et d'Épistémologie des Sciences du Langage, Paris, 2003, p. 11]. Esse problema também foi abordado no supracitado estudo de Rouquette Rémi [RÉMI, R. "Le droit et la qualité de la langue", in: JEAN-MICHEL, É. (dir.). *La qualité de la langue?: Le cas du français*, Honoré Champion, Paris, 1995, pp. 172-185].
[25] TURI, J.G. "Le pourquoi et le comment du droit linguistique", *Langue et Société*, n. 47, Office of the Commissioner of Official Languages of Canada, Ottawa, 1994b, pp. 6-9.

ordem pública[26] (isto é, acompanhadas de sanções cíveis, penais ou administrativas para o caso de descumprimento), e quando o são, normalmente favorecem línguas majoritárias e promovem sua observância por meio da sanção civil da nulidade (incidente sobre contratos, testamentos e outros atos públicos ou particulares) ou dos efeitos da declaração de oficialidade (que torna obrigatório o uso do idioma oficial por parte dos organismos estatais); (3) leis linguísticas normalmente obrigam ou autorizam o emprego (público ou particular) de certas línguas, e dificilmente proíbem, punem ou recompensam usos linguísticos.

No que diz respeito à relação íntima entre regulação linguística e liberdade de expressão: (4) a regulação jurídico-linguística tem a tradição de tutelar minorias linguísticas (sobretudo quando representam um segmento política ou estatisticamente expressivo sob a jurisdição do Estado) e só mais recentemente tem se debruçado sobre os direitos das maiorias linguísticas, em ambos os casos, raramente estabelece critérios de identificação para os grupos linguísticos e suas línguas – permitindo a livre filiação dos indivíduos às comunidades linguísticas (exceção feita às minorias históricas, que têm grande importância cultural e muitas vezes são juridicamente delimitadas); (5) a intervenção estatal no domínio linguístico comumente visa a modalidade escrita das línguas, uma vez que as práticas linguísticas orais são, eminentemente, o *locus* da liberdade de expressão (ainda que estejam sujeitas a outras formas de coerção social); (6) é incomum a positivação jurídica do direito à língua (ou seja, a liberdade de cada indivíduo usar a língua com que se identifique) como um elemento fundamental da ordem jurídica dos Estados, no entanto, em muitos deles os direitos linguísticos decorrem diretamente da proclamação da liberdade de expressão como um direito inerente aos ser humanos (e garantido aos juriscionados).

Relativamente às matérias linguísticas objeto da regulação jurídica: (7) é mais comum que o Estado intervenha sobre quantidade/*status* (presença e funções) do que sobre qualidade/*corpus* (equipamento e padronização) das línguas, sendo a questão da correção e do *bom uso* dos recursos linguísticos habitualmente regulada por outros atores sociais (como a escola, a mídia, as academias linguísticas etc.), especialmente no contexto dos regimes democráticos, que não devem sacralizar as línguas (isto é, patrocinar rompantes fundamentalistas ou puristas), mas prezar pela liberdade e pelo bem comum das várias comunidades linguísticas sob sua jurisdição; (8) as legislações linguísticas, via de regra, debruçam-se sobre questões formais dos sistemas linguísticos (língua-meio) e não sobre o conteúdo das práticas linguísticas (língua-mensagem), porque o processo de atribuição de sentido aos signos linguísticos muitas vezes é governado por normas alheias à dimensão linguística *stricto sensu* (inclusive, se um signo é compreendido e efetivamente empregado em uma língua, dela já faz parte, ainda que seja rechaçado como incorreto ou forasteiro pelas instâncias padronizadoras); (9) a intervenção estatal concede diferentes níveis de atenção aos domínios de uso das línguas, sendo o ensino e as comunicações sociais os principais objetos de regulação ou âmbitos de aplicação das leis linguísticas.

Calvet[27] descreveu as legislações linguísticas como formas materiais de *intervenção jurídica no domínio linguístico*, caracterizando-as a partir de três critérios principais: o nível, o modo e o conteúdo da intervenção (ilustração a seguir). O *nível de intervenção* diz respeito ao âmbito sociopolítico ou geográfico em que se realiza (internacional, nacional ou regional – poderíamos acrescentar ainda o nível "local", para intervenções mais pontuais e restritas) e ao grau de normatividade a ela conferido, consoante a hierarquia jurídica do instrumento normativo em que foi

[26] *Lei de ordem pública* é "Aquela que revoga as convenções entre os particulares, sem que contra ela se possa opor a autonomia da vontade individual; não valem, também, os direitos adquiridos. É norma obrigatória, que as partes não podem modificar em seus atos" [GUIMARÃES, D.T. *Dicionário técnico jurídico*, 16 ed., Rideel, São Paulo, 2013, p. 460].
[27] CALVET, L.J. *As políticas lingüísticas*, Parábola Editorial, São Paulo, 2007, pp. 74-78.

positivada (Constituição, lei, decreto e outros atos normativos infralegais). O *modo de intervenção* foi classificado em imperativo/impositivo[28] (quando a norma estabelece condutas obrigatórias e é acompanhada de sanções coercitivas em caso de descumprimento – *hard law*) ou incitativo/indicativo (quando procura fomentar ou promover determinadas atitudes e representações sociais, mas sem estabelecer sanções repressivas em relação a posturas dissidentes – *soft law*). Por fim, o *conteúdo da intervenção* pode dizer respeito à forma das línguas (ao equipamento formal que constitui seu sistema linguístico – *corpus planning*), aos usos linguísticos (às funções assumidas pelas línguas em uma dada comunidade – *status planning*) ou à defesa das línguas (seja no sentido de ampliar seu alcance ou de proteger/recuperar sua vitalidade – *acquisition planning* – ou de resguardá-la de influências formais/estruturais e de avanços funcionais/sociais de outras línguas).

Analisando os instrumentos linguístico-normativos de mais alta posição hierárquica, Vieytez[29] debruçou-se sobre 48 Constituições de países europeus e identificou um considerável interesse jurídico-político em questões linguísticas: em apenas 9 Constituições não havia disposições específicas sobre matéria linguística, ainda assim, em pelo menos 4 delas havia algum tipo de regulação colateral através de disposições que tratavam de questões afins. Nos outros 39 países que possuíam regulação linguística explícita em nível constitucional, o autor identificou uma grande diversidade de disposições normativas, que variavam desde cláusulas de conteúdo essencialmente simbólico que se referiam às línguas como elementos de nacionalidade até regramentos específicos sobre determinados usos linguísticos, passando por normas gerais que fixam direitos e deveres linguísticos, e parâmetros sobre os empregos institucionais das línguas. O autor organizou as disposições constitucionais sobre as línguas em dez principais grupos[30], que entendemos poderem ser reunidos em dois principais conjuntos: as disposições primárias e as disposições secundárias.

As disposições primárias correspondem às normas jurídicas que constituem institutos, direitos e deveres relativos às matérias linguísticas: (1) *declarações linguísticas* – instituem um estatuto jurídico a ser desempenhado por uma ou mais línguas, determinas nominalmente ou indicadas genericamente (nesse caso, para serem nomeadas posteriormente), quase sempre sem detalhar o significado jurídico desse estatuto; (2) *cláusulas de não-discriminação* – vedam a distinção entre pessoas por razão linguística, muitas vezes, como parte de uma proibição mais genérica que também inclui sexo, religião, origem étnica etc.; (3) *obrigações de conhecimento do idiomas oficiais* – exigem que todos os jurisdicionados ou que alguns candidatos a determinadas funções públicas conheçam os idiomas oficiais (ou sejam competentes em determinadas modalidades desses idiomas); (4) *direitos linguísticos* – reconhecem direitos intimamente relacionados a questões linguísticas,

[28] Calvet empregou o termo *imperativo*, todavia preferimos usar *impositivo*, tendo em vista que a imperatividade, para Hans Kelsen [KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6 ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998, pp. 8 e 81 e 400], integra o próprio conteúdo do dever-ser intrínseco às normas jurídicas, ainda que não sejam expressas por meio de proposições mandamentais/mandatórias que obrigam ou proíbem, alcançando também aquelas que conferem faculdades e autoridades.

[29] VIEYTEZ, E.J.R. "Lenguas oficiales y lenguas minoritarias: cuestiones sobre su estatuto jurídico a través del derecho comparado", in: VVAA. *II Simposi Internacional Mercator: Europa 2004: Un nou marc per a totes les llengües?*, Centre Internacional Escarré per a les Minories Ètniques i les Nacions, Terragona, 2004; VIEYTEZ, E.J.R. "Lenguas y Constitución: una visión del derecho lingüístico comparado en Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 72, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, mayo/ago. 2005, pp. 231-276.

[30] VIEYTEZ, E.J.R. "Lenguas y Constitución: una visión del derecho lingüístico comparado en Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 72, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, mayo/ago. 2005, pp. 236-239.

tendo como principais beneficiários as minorias linguísticas e/ou suas línguas minoritárias; (5) *garantias linguísticas*[31] – estabelecem certas proteções instrumentais e assecuratórias em matéria linguística, como a assistência de intérprete/tradutor nos procedimentos judiciais e policiais para *sujeitos heterolíngues*[32]; (6) *regras de uso institucional* – prescrevem as línguas a serem usadas por certas instituições de Estado ou em determinados procedimentos públicos, ou ainda fixam os critérios de interpretação e/ou precedência entre textos oficialmente publicados em mais de uma língua (no caso de divergências de sentido); (7) *cláusulas de tutela em favor das línguas nacionais ou do pluralismo linguístico* – ordenam mecanismos de promoção, proteção, conservação ou revitalização de línguas ou variedades linguísticas (vinculados, sobretudo, a políticas linguísticas de caráter nacionalista ou voltadas para a afirmação de línguas minoritárias).

As disposições secundárias, por sua vez, preveem mecanismos de efetivação dos institutos, direitos e deveres jurídico-linguísticos (sendo, portanto, derivadas das disposições primárias) ou são radicalmente específicas e singulares: (8) *regras de distribuição de responsabilidades* – determinam órgãos responsáveis pela definição e implementação de políticas linguísticas ou de ações de cumprimento das normas jurídico-linguísticas; (9) *remissões legislativas* –preveem a elaboração de normas complementárias com o objetivo de estabelecer, regulamentar ou detalhar estatutos jurídicos das línguas, direitos e garantias linguísticos etc.; (10) *regras remanescentes ou idiossincráticas* – referem-se às normas constitucionais não enquadráveis nos outros nove grupos, porque têm um conteúdo extremamente específico e, em geral, não possuem correspondentes comparáveis em outros ordenamentos jurídicos (na Constituição da Grécia, por exemplo, há parâmetros de legitimação/proibição das versões e traduções da Bíblia, e na Constituição da Romênia há elevação do idioma oficial à condição de *cláusula pétrea*[33]).

Sistematizar as diversas legislações linguísticas tem sido uma preocupação central das investigações de Turi, que desenvolveu duas tipologias para descrevê-la: uma baseada em classificações binárias do tipo "X" e "não-X", abordada episodicamente pelo autor[34]; outra constituída por um conjunto de categorias qualificativas, defendida pelo autor de forma bastante reiterada[35]. No primeiro caso,

---

[31] No discurso jurídico, é comum haver uma distinção entre *direito* e *garantia* [cf. SARLET, I.W. "Conceito de direitos e garantias fundamentais", in: NUNES JÚNIOR, V.S. et al. (coord.). *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*, tomo II, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017], atribuindo-se aos direitos uma natureza declaratória e às garantias um caráter assecuratório [BARBOSA, R. *Obras Completas de Rui Barbosa*, vol. XX, tomo V, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1893/1958, p. 167]. Todavia, mesmo intrinsecamente associadas ao papel de instrumental/protetivo (enquanto meios de defesa dos direitos que atuam como limitação do poder), as garantias clássicas – tais como o acesso à justiça, o *habeas corpus*, o princípio *nullum crimen sine lege* etc. – são também direitos [CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 6 ed., Edições Almedina, Coimbra, 1994, p. 520].

[32] Definimos como *sujeitos heterolíngues* as pessoas que não têm proficiência nas línguas consideradas legítimas para uma dada relação comunicativa, sobretudo, os jurisdicionados que não dominam os idiomas oficiais do Estado a que estão subordinadas [MATOS, M.P.S.R. *Funcionamento e posicionamento do discurso jurídico-constitucional acerca das línguas e dos direitos linguísticos no Brasil*, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2022, p. 47].

[33] *Cláusula pétrea* é "Norma constitucional imutável ou inatingível, tendo eficácia absoluta, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar. Daí conter uma força paralisante total de toda a legislação que, explícita ou implicitamente vier a contrariá-la" [DINIZ, M.H. *Dicionário jurídico universitário*, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 123]. Uma disposição constitucional instituída como cláusula pétrea não pode ter seu conteúdo abolido, restringido ou subvertido por meio de reforma/revisão constitucional.

[34] TURI, J.G. "Le pourquoi et le comment du droit linguistique", *Langue et Société*, n. 47, Office of the Commissioner of Official Languages of Canada, Ottawa, 1994b, pp. 6-9.

[35] TURI, J.G. "Introduction au droit linguistique", in: PUPIER, P. & WOEHRLING, J. (éd./dir.). *Langue et Droit: Actes du Primier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé (27-29 avril 1988, Université du Québec à Montréal)*, Wilson et Lafleur, Montréal,

as leis linguísticas são divididas em dois macrogrupos: as *legislações estruturais* têm por objeto apenas o estatuto jurídico de uma ou mais línguas (tendo natureza essencialmente declaratória ou simbólica), enquanto as *legislações funcionais* procuram regular o uso público ou privado (solene ou não) das línguas (podendo também tratar de seu *status*); as legislações linguísticas funcionais são ainda ser classificadas de acordo uma série de categorias, e conforme atendam às funções inerentes a cada critério empregado, são denominadas de *legislações absolutamente exaustivas*, *legislações relativamente exaustivas*, e – a situação mais comum – *legislações não exaustivas*.

Ainda no âmbito da primeira tipologia de Turi, seis foram as categorias utilizadas para subdividir as legislações funcionais: (1) campo de aplicação – *legislações oficializantes* são voltadas para o domínio do uso oficial das línguas, e *legislações institucionalizantes* dedicam-se ao domínio da utilização não oficial[36]; (2) promoção da uniformidade dos códigos linguísticos – *legislações padronizadoras* procuram promover processos de estandardização, ao contrário das *legislações não padronizadoras*; (3) identificação das línguas sobre as quais dispõem – *legislações nominativas* identificam a língua ou as línguas objeto de sua regulação, o que não ocorre nas *legislações não nominativas*; (4) grupo linguístico protegido – as *legislações majoritárias* tutelam (somente ou principalmente) maiorias linguísticas e suas línguas, e as *legislações minoritárias* protegem/promovem minorias linguísticas e suas línguas; (5) cominação de sanções – *legislações declaratórias* ou *não constrangedoras* não preveem mecanismos de coerção, e *legislações executórias* ou

1989, pp. 55-84; TURI, J.G. "Le droit linguistique et les droits linguistiques", *Les Cahiers de droit*, vol. 31, n. 2, Université Laval, Québec, juin 1990a, pp. 641-650; TURI, J.G. "De la dimension officielle et de la dimension non officielle du droit a la langue", *Les Langues Modernes*, ano LXXXIV, n. 2, 1990b, pp. 47-52; TURI, J.G. "Droit linguistique: la naissance d'une nouvelle science juridique", in: PEETERS, Y.J.D. (réd.). *Langue(s) et Identités: Mélanges offerts à Guy Héraud*, Académie internationale de droit linguistique, Bruxelles, 1993, pp. 19-27; TURI, J.G. "Typology of Language Legislation", in: SKUTNABB-KANGAS, T. & PHILLIPSON, R. (ed.). *Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination*, Mouton de Gruyter, Berlin / New York, 1994a, pp. 111-119; TURI, J.G. "Législation linguistique", in: GOEBL, H. et al. (ed.). *Contact linguistics: an international handbook of contemporeary research*, vol. 1, Walter de Gruyter, Berlin / New York, 1996, pp. 160-168; TURI, J.G. "Law and Language in the World", in: COLL, E.M. (ed./dir.). *Lengua del Estado; Lengua del Pueblo: Actas de la Séptima Conferencia Internacional de Derecho Lingüístico (32 de mayo – 3 de junio, 2000 en San Juan, Puerto Rico)*, Ateneo Puertorriqueño, San Juan, 2002, pp. 21-34; TURI, J.G. "Law and language at the beginning of the new millenium", *Histoire, Épistémologie, Langage*, tome XXV, fascicule 1, Société d'Histoire et d'Épistémologie des Sciences du Langage, Paris, 2003, pp. 7-17; TURI, J.G. Language Law and Language Rights", *Acta Academica*, vol. 41, n. 1, University of the Free State, Bloemfontein, 2009, pp. 126-143; TURI, J.G. "Law, Language and the Multilingual State", in: BROHY, C. et al. (ed.). *Law, Language and the Multilingual State: Proceedings of the 12th International Conference of the International Academy of Linguistic Law*, SUN MeDIA, Bloemfontein, 2012a, pp. 71-83; TURI, J.G. "Language law and language rights: perspectives on legal intervention and language diversity", *International Journal of Law, Language & Discourse*, vol. 2, n. 4, Academic Scholars Publishing House, Daw Park, 2012b, pp. 1-18; TURI, J.G. "Comparative Linguistic Law and Nonkilling Linguistics", in: FRIEDRICH, Patricia. (ed.). *Nonkilling Linguistics: Practical Applications*, Center for Golbal Nonokilling, Honolulu, 2012c, pp. 121-132; TURI, J.G. "Linguistic Legislation", in: CHAPELLE, Carol A. (ed.). *The Encyclopedia of Applied Linguistics*, vol. 6, Wiley-Blackwell, Chichester, 2013, pp. 3480-3486.

[36] Em seus diversos trabalhos, Turi empregou, respectivamente, o mesmo termo para as legislações que estamos traduzindo como oficializantes/oficializadoras (*législation linguistique officiel*) e institucionalizantes/institucionalizadoras (*législation linguistique institutionnel*). Preferimos, contudo, empregar termos diferentes considerando os efeitos de sentido produzidos no contexto original de uso, que, são próximos, mas não necessariamente coincidentes.

constrangedoras estabelecem sanções; (6) reconhecimento do direito à língua – as *legislações liberais* ou *não discriminatórias* positivam (de modo explícito ou implícito) o direito à língua, contrariamente às *legislações não liberais* ou *discriminatórias*.

A segunda classificação de Turi se organiza a partir de dois critérios: (1) quanto ao âmbito de aplicação, há leis que tratam do *uso oficial* das línguas (aplicando-se, sobretudo, ao campo público) e outras que tratam do *uso não oficial* (visando geralmente o domínio privado), embora muitas legislações situem-se em um território nebuloso entre esses dois polos; (2) quanto à *função* ou ao *efeito político-linguístico* pretendido, as legislações podem ser oficializadoras, normalizadoras/ institucionalizadoras, padronizadoras ou liberais – quando desempenham todas essas funções são denominadas de *exaustivas*, e se desempenham apenas parte delas são chamadas de *não exaustivas*.

Legislações oficializadoras atribuem a uma ou algumas línguas (identificadas nominalmente ou identificáveis a partir de certas características especificadas) funções políticas ou administrativas de caráter estatal, seja conferindo-lhes estatutos jurídicos solenes como idiomas oficiais ou línguas nacionais, seja "[...] designando-as 'a' ou 'as' línguas de certos domínios oficiais ou concedendo-lhes um *status* jurídico superior em relação a outras línguas, declarando, por exemplo, que só certos textos oficiais escritos nessas línguas são 'autênticos'"[37]. *Legislações normalizadoras* ou *institucionalizadoras* – como seus próprios nomes indicam – agenceiam processos de normalização ou institucionalização de línguas, tornando-as normais e habituais em determinados espaços sociais, até mesmo transformando-as, eventualmente, em línguas comuns; ou seja, são voltadas – explícita ou implicitamente, total ou parcialmente, simétrica ou assimetricamente – para a difusão do uso de uma ou algumas línguas (identificadas ou identificáveis) em âmbitos não oficiais (laborais, comerciais, negociais, midiáticos, culturais etc.).

Legislações padronizadoras, por sua vez, promovem processos de padronização e uniformização de línguas, estabelecendo – de forma vinculante ou não – regras de "bom uso" para o emprego de uma ou algumas línguas (identificadas ou identificáveis) em determinados domínios sociais – especialmente aqueles marcados por alto grau de monitoramento –, como ocorre nos campos públicos (comunicações *interna corporum* da administração pública, publicações oficiais etc.), mas também podendo abranger campos privados de considerável relevância social (terminologia técnica, publicidade e propaganda etc.). *Legislações liberais*, por fim, dedicam-se – explícita ou implicitamente, total ou parcialmente, simétrica ou assimetricamente – à tutela jurídica de direitos linguísticos, sobretudo aqueles cujos titulares são minorias linguísticas, cuja aplicação é abalizada pelo *princípio da personalidade* (o cumprimento pode ser exigido cada pessoa beneficiária, independentemente da porção territorial em que se encontre sob a jurisdição do Estado), pelo *princípio da territorialidade* (o cumprimento pode ser exigido por cada pessoa beneficiária somente nas porções territoriais legalmente delimitadas pelo Estado) ou por uma combinação entre esses dois princípios.

3. Alguns objetos específicos das legislações linguísticas: nomes e funções das línguas, direitos e deveres linguísticos

As legislações linguísticas, para Calvet[38], também cuidam de três aspectos linguísticos de particular importância: a nomeação das línguas (havendo ou não conflitos glotonímicos a elas associados), a nomeação das funções jurídico-políticas atribuídas às línguas, a tutela dos direitos linguísticos (e dos mecanismos de garantia

[37] TURI, J.G. "Introduction au droit linguistique", in: PUPIER, P. & WOEHRLING, J. (éd./dir.). *Langue et Droit: Actes du Primier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé (27-29 avril 1988, Université du Québec à Montréal)*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1989, p. 58, tradução e grifo nossos.

[38] CALVET, L.J. *As políticas lingüísticas*, Parábola Editorial, São Paulo, 2007, pp. 78-85.

desses direitos). A essa lista de objetos particulares, podemos acrescentar os *deveres linguísticos*, tendo em vista que, conforme observou Gonçalves[39], a intervenção do Estado no âmbito linguístico envolve não somente a positivação de institutos e mecanismos de proteção linguística (dos indivíduos em geral, das minorias linguísticas e das próprias línguas), mas também a imposições de coerções e vedações aos cidadãos em função de suas competências e práticas de linguagem.

3.1. Glotônimos

Quanto à nomeação das línguas, Bossong[40] considerou que, no seio de uma dada comunidade linguística, é possível haver três principais situações: (1) denominação unitária com ou sem conflito normativo (quanto aos padrões fonéticos, morfológicos, sintáticos, lexicais, ortográficos, de escritura...), como ocorre com as principais línguas veiculares de projeção internacional (Inglês, Francês, Alemão, Russo etc.); (2) denominação múltipla com conflito identitário e sem conflito normativo, que pode ser motivada por diferentes questões político-linguísticas como a pluralidade de variedades integradas na formação histórico-geográfico-política da língua (o Mandarim, por exemplo, possui diferentes nomes para seus grupos de falantes – *zhōnguó huà, zhōng wén, guó yǔ, pǔtōng hua* etc.), a rejeição a exônimos e a – consequente – elaboração glotonímica própria (*Saami* em vez de Lapão, *Runa Simi* no lugar de Quíchua, *Inuit* em substituição a Esquimó), o conflito de poder entre os grupos cuja variedade foi adotada como referência no estabelecimento do padrão linguístico legitimado e os demais grupos que integram a comunidade de fala (oposição entre Castelhano e Espanhol); (3) denominação múltipla com conflito identitário e com conflito normativo, quando há disputa entre variedades tomadas como referência para a padronização da língua e elas adotam diferentes nomes para designar essa língua (oposição entre Florentino, Toscano e Italiano no século XIX; Provençal versus Occitano na atualidade).

3.2. Estatutos jurídicos das línguas

Em face da pluralidade de línguas que se materializa nas práticas linguísticas de seu Povo, o Estado é obrigado a adotar ou fomentar o uso de determinadas línguas para certas funções sociais, em detrimento de todas as outras, sendo a mais solene a escolha da língua a ser usada pelos organismos públicos na comunicação interna e externa; assim, por meio do costume (*de facto*), das leis (*de jure*) ou de uma combinação entre ambos, o Estado estabelece quais línguas são legítimas para certos fins[41]. Historicamente, os usos linguísticos politicamente relevantes têm sido vertidos

[39] GONÇALVES, J.S.S. "Direitos linguísticos e políticas linguísticas no Brasil: uma análise de processos seletivos para acesso à universidade pública por migrantes forçados", *Línguas e Instrumentos Linguísticos*, n. 43, Editora RG, Campinas, jan./jun. 2019a, p. 193; GONÇALVES, J.S.S. "Em torno da questão 'o que é Direito Linguístico?': primeiras reflexões a partir de pesquisas empíricas sobre direitos linguísticos e sobre o bolsonarês", in: REDE DE ESTUDOS EMPÍRICOS EM DIREITO. *XI Encontro De Pesquisa Empírica em Direito: Direito e desigualdades: desafios da pesquisa empírica*, Universidade Federal de São Paulo, Osasco, 5-9 ago. 2019b; GONÇALVES, J.S.S. "A noção de deveres linguísticos e sua contribuição para a configuração do direito linguístico no Brasil", *Travessias Interativas*, n. 22, vol. 10, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, jul./dez. 2020, p. 256.

[40] BOSSONG, G. "Normes et conflits normatifs", in: GOEBL, H. et al. (ed.). *Contact linguistics: an international handbook of contemporeary research*, vol. 1, Walter de Gruyter, Berlin / New York, 1996, pp. 609-624.

[41] HÉRAUD, G. "Le statut des langues dans les différents Etats, et en particulier en Europe", *Language Problems and Language Planning*, vol. 4, n. 3, John Benjamins, Amsterdam, 1980, pp. 200-201.

em estatutos jurídicos definidos explícita sou implicitamente no âmbito do Estado: trata-se de designar ou simplesmente atribuir funções às línguas adotadas, reconhecidas ou protegidas pelo Estado, sobretudo as utilizadas pelo Governo na administração, legislação e prestação de serviços públicos, além de outras línguas que possam simbolizar a nacionalidade, e aquelas que simbolizam a nacionalidade de seu Povo. O Estado também pode conferir tutela especial a línguas minoritárias, qualificando-as como patrimônio (histórico, cultural, civilizacional, imaterial etc.) da Nação ou como código de comunicação específico de certos grupos étnicos constituintes da comunidade nacional ou a ela integrados.

Dentre as diversas funções jurídico-políticas atribuídas às línguas, destacam-se aquelas representadas pelas noções de *língua oficial* e de *língua nacional*, cuja diferenciação muitas vezes é obscura e marcada por processos de sobreposição (nacionalização da língua administrativa do Governo, oficialização das línguas identitárias do Povo etc.). Segundo Guy Héraud[42], a distinção entre essas funções linguísticas foi estabelecida no âmbito jurídico primeiramente em 1937, quando o art. 8º da Constituição da Irlanda estabeleceu o Gaélico Escocês como língua nacional e primeira língua oficial, enquanto o Inglês foi estabelecido como segunda língua oficial[43]; essa discriminação de *status* foi reproduzida em outras ordens jurídicas: na Suíça, a reforma constitucional de 30 de março de 1938, por exemplo, deu nova redação ao art. 116, estabelecendo como línguas nacionais o Alemão, o Francês, o Italiano e o Romanche, mas só as três primeiras foram declaradas oficiais[44] (situação ligeiramente modificada atualmente[45]); a Constituição da Espanha de 1978 proclamou o Castelhano como única língua oficial (art. 3, 1), enquanto as demais línguas nacionais são chamadas de "línguas espanholas" e "línguas de Espanha" (art. 3, 2; art. 20, 3) e admitidas como cooficiais nas Comunidades Autônomas que assim o declararem[46].

A nomeação das funções solenes desempenhadas pelas línguas – como códigos de comunicação pública e governamental e como símbolos de identificação e

---

[42] HÉRAUD, G. "Le statut des langues dans les différents Etats, et en particulier en Europe", *Language Problems and Language Planning*, vol. 4, n. 3, John Benjamins, Amsterdam, 1980, p. 201.

[43] IRLANDA (IRELAND). *Constitution of Ireland*, Government Publications, Dublin, 1937/2020, p. 8.

[44] SUÍÇA (SUISSE). *Arrêté fédéral revisant les articles 107 et 116 de la constitution fédérale (reconnaissance du romanche comme langue nationale) du 15 décembre 1937*, Le Conseil fédéral, Berne, promulgué le 30 mars 1938.

[45] O caso suíço é particularmente engenhoso, tendo havido processos tanto de sobreposição quanto de justaposição entre essas duas noções. Na Constituição de 1848, o art. 107 denominou o Alemão, o Francês e o Italiano de "principais línguas faladas na Suíça" e de "línguas nacionais" [SUÍÇA (SUISSE). *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848*, Le Conseil fédéral, Berne, 12 sept. 1848]; a Constituição de 1874 manteve essas denominações (no art. 116) e acrescentou a expressão "línguas oficiais" como sinônimo (art. 107) [SUÍÇA (SUISSE). *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Le Conseil fédéral, Berne, 29 mai 1874]. A reforma constitucional de 30 de março de 1938 promoveu a desambiguação entre línguas oficiais e nacionais; uma nova reforma em 9 de maio de 1996 declarou o Romanche como "língua oficial para as relações da Confederação com os cidadãos de língua romanche" (art. 116, 4) [SUÍÇA (SUISSE). *Arrêté fédéral concernant la révision de l'article constitutionnel sur les langues (art. 116 cst.) du 6 octobre 1995*, Le Conseil fédéral, Berne, promulgué le 9 mai 1996]; esse regime foi mantido com o advento da Constituição de 1999 (art. 4; art. 70, 1) [SUÍÇA (SUISSE). *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Le Conseil fédéral, Berne, 18 avr. 1999]. Assim todas as línguas nacionais tornaram-se também oficiais, embora com qualificações (ou âmbitos de aplicação) diferentes.

[46] ESPANHA (ESPAÑA). *Constitución Española*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1978.

representação da nacionalidade – varia bastante entre os sistemas jurídicos, não sendo incomum que os termos "língua oficial" e "língua nacional" permutem de sentido ao se comparar vários ordenamentos de diferentes Estados; Pierré-Caps[47], inclusive, classificou as Constituições do mundo em dois grupos: as que trabalham uma "distinção" entre essas duas funções, e aquelas que promovem uma "confusão" entre elas. De um modo geral, no entanto, têm sido legitimada como referência técnico-jurídica a diferenciação proposta pela Comissão Gendron[48]: "O termo *língua oficial* designa simplesmente a língua que o Estado considerou apropriada para, com seu poder, apoiar para uso público, seja por norma constitucional ou, mais frequentemente, pela lei comum. Pode haver mais de uma língua oficial. [...] Por outro lado, do ponto de vista jurídico, a *língua nacional* pode ser considerada como pertencente a uma categoria um pouco inferior à língua oficial. Designar uma língua ou línguas como nacionais por uma norma constitucional ou lei comum é simplesmente atribuir a essas línguas certos privilégios legais para o benefício do seu usuário"[49].

A principal distinção entre esses dois estatutos jurídicos não se baseia apenas no nome dado pela lei, mas nos usos que desempenham e na razão pela qual gozam de reconhecimento e proteção jurídica. A língua nacional é aquela adquirida como materna por uma parcela significativa do Povo, sendo atribuído a ela um valor identitário em relação à nacionalidade, o que a torna objeto de proteção jurídica e de promoção governamental, o que inclui o fomento ao uso público, a preservação do seu uso e a promoção da sua aprendizagem nas novas gerações, a promoção no sistema de ensino e nos meios de comunicação. O reconhecimento como língua nacional não obriga o Estado a usá-la como língua de trabalho ou serviço, mas a protegê-la, promovê-la e facilitar sua utilização pelos cidadãos[50]; há de considerar, entretanto, que, em muitos países, ela é marcada pela possibilidade de cooficialização em subdivisões administrativas do Estado ou pelo emprego oficial para fins específicos, como cerimônias solenes e processos judiciais.

A língua oficial, por seu turno, é aquela designada pelo Estado como sua língua de uso para fins políticas e administrativos, sendo utilizada para publicação das leis, realização de debates parlamentares, funcionamento dos tribunais, prestação de

[47] PIERRÉ-CAPS, S. "Le statut constitutionnel de la langue nationale et/ou officielle: étude de droit comparé", in: POURHIET, A.M. (dir.). *Langue(s) et Constitution(s)*, Economica, Paris, 2004, pp. 93-102.

[48] A Comissão de Inquérito sobre a Situação da Língua Francesa e dos Direitos Linguísticos em Quebec (*Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*), chefiada por Jean-Denis Gendron e conhecida como Comissão Gendron, foi constituída pela Assembleia Nacional da Província do Québec, no Canadá, por meio do *Arrêté en Conseil nº 3958 du 9 décembre 1968* [QUÉBEC. *Arrêté en Conseil nº 3958 du 9 décembre 1968*, Conseil exécutif, Québec, 9 déc. 1968], como o mandato de investigar e informar sobre a situação do Francês como língua de uso no Québec, bem como de recomendar medidas para garantir os direitos linguísticos da maioria e proteger os direitos da minoria, e para assegurar o pleno desenvolvimento e divulgação da língua francesa nos mais diversos âmbitos sociais do Québec. Ela encerrou sua atuação em 1972, tendo produzido um extensíssimo relatório em 3 volumes (dedicados, respectivamente, à língua de trabalho, aos direitos linguísticos e aos grupos étnicos), além de ter elaborado dezenas de instrumentos de trabalho e documentos preparatórios sobre os temas abordados.

[49] SHEPPARD, C.A. *Régimes linguistiques canadiens et étrangers*, Éditeur officiel du Québec, Québec, 1972, pp. 22-23, tradução nossa, grifo no original.

[50] UNIVERSITÉ D'OTTAWA. "Le statut de langue nationale", in: UNIVERSITÉ D'OTTAWA. *Compendium de l'aménagement linguistique au Canada*, Institut des langues officielles et du bilinguisme, Ottawa, 2021a.

serviços públicos e organização do processo de ensino-aprendizagem[51]. Sua condição sociolinguística é irrelevante, conforme definido pelo Tribunal Constitucional da Espanha na *Sentencia n. 82/1986*, porque a língua oficial é a única que pode ser utilizada para o exercício dos direitos e deveres dos cidadãos perante a Administração e para a realização de atos administrativos: "[...] é oficial uma língua, independentemente da sua realidade e peso como fenômeno social, quando é reconhecida pelos poderes públicos como meio normal de comunicação neles e entre eles e na sua relação com os sujeitos privados, com plena validade e efeitos jurídicos (sem prejuízo do fato de em áreas específicas, como as processuais, e para fins específicos, como evitar a restrição à defesa de direitos, as leis e os tratados internacionais permitirem também a utilização de línguas não oficiais para aqueles que não conheçam as línguas oficiais)"[52].

Ao analisar as Constituições dos países europeus, Vieytez[53] identificou nove estatutos jurídicas que designam funções ou condições específicas atribuídas às línguas: *língua oficial*, *língua estatal* (ou *língua do Estado*), *língua da República*, *língua nacional*, *língua principal*, *língua própria*, *língua equiparada*, *língua de relação interétnica* e *língua da população autóctone*. O estudo comparado dessas categorias jurídicas mostrou que: (1) a proclamação de uma língua como nacional também pode corresponder à declaração de sua oficialidade, sendo a divergência (ou a equivalência) entre língua oficial e língua nacional estabelecida no seio das legislações linguísticas concretas; (2) a declaração de oficialidade de uma língua oficial pode ser concretizada mediante o emprego de expressões bastante genéricas, como "língua estatal", "língua do Estado" e "língua da República"[54]; (3) uma língua oficial pode ser usada pelo Estado para os mais diversos fins (quer dizer, tendo uso geral), apenas para alguns fins específicos ou para o uso geral e – ao mesmo tempo – com reserva/privilégio para certos fins específicos (nessa última situação encontra-se a "língua de relação interétnica"); (4) certas línguas podem ter funções ou proteções estabelecidas normativamente sem que nenhuma denominação específica lhes seja atribuída; (5) a categoria "língua equiparada" é empregada como um *estatuto-coringa* para designar diferentes formulações jurídicas que equiparam uma língua a outra, atribuindo à primeira o mesmo *status* legal da segunda, independentemente de qual seja ele[55], como ocorre no art. 47 do *Government of Wales Act 1998*, que equipara o Galês ao Inglês[56].

Belloso[57], por sua vez, identificou cinco estatutos jurídicos: *língua oficial*, *língua nacional*, *língua própria*, *língua protegida* e *língua estrangeira*; as últimas três

---

[51] UNIVERSITÉ D'OTTAWA. "Cadre juridique", in: UNIVERSITÉ D'OTTAWA. *Compendium de l'aménagement linguistique au Canada*, Institut des langues officielles et du bilinguisme, Ottawa, 2021b.

[52] ESPANHA (ESPAÑA). *Sentencia 82/1986, de 26 de junio*, Tribunal Constitucional, Madrid, 26 jun. 1986, pp. 15-16, tradução nossa.

[53] VIEYTEZ, E.J.R. "Lenguas oficiales y lenguas minoritarias: cuestiones sobre su estatuto jurídico a través del derecho comparado", in: VVAA. *II Simposi Internacional Mercator: Europa 2004: Un nou marc per a totes les llengües?*, Centre Internacional Escarré per a les Minories Ètniques i les Nacions, Terragona, 2004; VIEYTEZ, E.J.R. "Lenguas y Constitución: una visión del derecho lingüístico comparado en Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 72, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, mayo/ago. 2005, pp. 231-276.

[54] FERNÁNDEZ, J.M.P. "Principios del régimen juridicolingüístico: en especial, el estatuto de oficialidad", in: FERNÁNDEZ, J.M.P. (coord.). *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 33.

[55] FERNÁNDEZ, J.M.P. "Principios del régimen juridicolingüístico: en especial, el estatuto de oficialidad", in: FERNÁNDEZ, J.M.P. (coord.). *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 30.

[56] REINO UNIDO (UNITED KINGDOM). *Government of Wales Act 1998. 1998 CHAPTER 38*, The Stationery Office, London, 1998.

[57] BELLOSO, M.J.I. *El régimen lingüístico de la Comunidad Foral de Navarra*, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, Donostia-San Sebastián, 2013, pp. 75-81.

categorias são particularmente relevantes, pois lançam luzes sobre funções linguísticas menos notáveis. A língua própria é adquirida como materna para uma determinada comunidade linguística e é considerada como identitária para o Estado-Nação (sendo, nesse caso, uma língua nacional), para uma subdivisão territorial do Estado ou para minorias linguísticas que fazem parte do Estado (línguas regionais, étnicas etc.); ela equivale à categoria de "língua principal"[58] e representa uma extrapolação/ampliação da noção de língua nacional[59], correspondendo à "língua [específica] do território X" ou "língua [característica] da comunidade Y". A língua protegida é minoritária em um dado Estado e recebe dele especial tutela por meio do reconhecimento legal de direitos linguísticos para seus falantes ou mediante proteção jurídica como patrimônio cultural/imaterial do país, como é o caso da "língua da população autóctone"[60]. A língua estrangeira é considerada própria de outros países, mas forasteira para o Estado em questão, do qual não é oficial nem protegida, mas que pode ser objeto de regulação jurídica quanto a determinados usos socialmente relevantes: admissão de seu utilização em documentos e procedimentos com efeitos jurídicos (determinação de situações em que pode ser utilizada, exigências formais a serem cumpridas, necessidade de interpretação ou tradução por especialistas credenciados etc.); emprego no sistema educacional (como língua de instrução em determinados níveis, componente curricular de oferta/cumprimento obrigatório ou facultativo, condição para acesso a certos graus acadêmicos etc.); requisito para habilitação a alguns cargos públicos (definição quanto às formas de comprovação, ao processo de avaliação, ao nível mínimo de proficiência etc.), entre outros aspectos.

Há, ainda diversas outras categorias, funções, usos etc. que podem ser atribuídos normativamente às línguas. Calvet[61], por exemplo, observou que, sob a jurisdição estatal, algumas línguas podem ser consideradas como *langues d'enseignement* (línguas de instrução), quando empregadas como meio de comunicação no sistema de ensino (e não apenas como uma matéria escolar); *langues d'ouverture* (língua de abertura) se são adotadas socialmente como um instrumento para o conhecimento mundo, para além da própria comunidade linguística; *langues d'affichage* (línguas de exibição ou de sinalização), ser elaborados e divulgados denominações e informações públicas, tais como topônimos, antropônimos (nomes próprios, patronímicos), sinalizações públicas, peças de publicidade e propaganda, cardápios e fichas informativas de produtos ou serviços etc. Nos fóruns interestatais e nas organizações supranacionais, ao lado das línguas estabelecidas como "oficiais" (que, não raramente, desempenham um papel essencialmente simbólico e formal), Belloso[62] elencou a existência de línguas pragmáticas empregadas na comunicação cotidiana, seja no âmbito interno (como "línguas de trabalho") ou externo (como "línguas de serviço" ou "línguas de negócios").

[58] VIEYTEZ, E.J.R. "Lenguas y Constitución: una visión del derecho lingüístico comparado en Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 72, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, mayo/ago. 2005, p. 240.
[59] FERNÁNDEZ, J.M.P. "Principios del régimen juridicolingüístico: en especial, el estatuto de oficialidad", in: FERNÁNDEZ, J.M.P. (coord.). *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 33.
[60] VIEYTEZ, E.J.R. "Lenguas y Constitución: una visión del derecho lingüístico comparado en Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 72, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, mayo/ago. 2005, p. 241.
[61] CALVET, L.J. *As políticas lingüísticas*, Parábola Editorial, São Paulo, 2007, p. 81.
[62] BELLOSO, M.J.I. *El régimen lingüístico de la Comunidad Foral de Navarra*, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, Donostia-San Sebastián, 2013, pp. 79-80.

3.3. Direitos linguísticos

O *direito à língua*, considerado filosófico-juridicamente como o direito *prima facie* a expressar-se e comunicar-se em sua própria língua[63], possui uma acepção ampla e complexa, conforme se considere os destinatários de sua proteção, o âmbito de sua aplicação e as pretensões pragmáticas ou ideológicas a ele associados, entre muitos outros aspectos. Historicamente, ele se materializa em uma gama de *direitos linguísticos* mais estritos e específicos, reconhecidos pelo Direito Positivo, que são bastante diversos entre si: podem referir-se, por exemplo, tanto à liberdade individual e genérica de usar sua língua materna, quanto à tutela jurídica de uma coletividade em particular quanto à sua pretensão de revitalização de uma língua ancestral dormente ou mesmo extinta. A articulação entre a dimensão individual e a coletiva, inclusive, não é um elemento eventual, mas orgânico dos direitos linguísticos: "No âmbito individual eles significam o direito de cada pessoa a 'identificar-se de maneira positiva com sua língua materna, e que esta identificação seja respeitada pelos demais' (Phillipson, Skutnabb-Kangas e Rannut 1994, p. 2). [...] No âmbito das comunidades lingüísticas, os direitos lingüísticos compreendem o direito coletivo de manter sua identidade e alteridade etnolingüísticas [...]. Essas disposições bastante gerais, que pretendem abarcar uma grande diversidade de situações, deverão ser complementadas com disposições específicas para cada caso como parte integral das legislações linguísticas"[64].

Sheppard[65], no curso dos estudos da Comissão Gendron, ponderou que a noção de direitos linguísticos surgiu da própria prática normativa dos Estados, especialmente em nível constitucional. Nesse contexto, os direitos linguísticos se articulam a partir de uma relação tensa e contraditória com a(s) língua(s) oficial(is) adotada(s) pelo Estado: algumas vezes, podem significar o direito de uma população minoritária ser educada na língua própria de sua comunidade em vez da oficial, como um mecanismo de proteção de sua vitalidade linguística e de sua identidade cultural; noutros contextos, visam assegurar o acesso de uma comunidade linguisticamente vulnerável ao idioma oficial, como instrumento de inserção social e garantia de cidadania.

Na ordem jurídica internacional, o reconhecimento dos direitos linguísticos em uma miríade de instrumentos jurídicos de direitos humanos instituídos ao longo do século XX e no início do século XXI tornou-os parte integrante desse grupo mais abrangente[66], que corresponde aos direitos fundamentais positivados pelas ordens jurídicas nacionais, conforme observou Hamel: "Os direitos lingüísticos fazem parte dos direitos humanos fundamentais, tanto individuais como coletivos, e se sustentam nos princípios universais da dignidade dos humanos e da igualdade formal de todas

---

[63] DÍAZ, R.L.S. "Derechos lingüísticos y derechos fundamentales", *Persona y Derecho*, vol. 41, Universidad de Navarra, Pamplona, 1999, p. 197; LAGERPETZ, E. "On Language Rights", *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 1, n. 2, june 1998, p. 198; LAGERPETZ, E. "Sobre los derechos lingüísticos", *Isonomía*, Editorial Fontamara, Ciudad de México, n. 15, oct. 2001, p. 129.

[64] HAMEL, R.E. "Direitos Lingüísticos como Direitos Humanos: debates e perspectivas", in: OLIVEIRA, G.M. (org.). *Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos*, Mercado de Letras, Campinas, 2003, p. 51.

[65] SHEPPARD, C.A. *Régimes linguistiques canadiens et étrangers*, Éditeur officiel du Québec, Québec, 1972, pp. 26-83.

[66] ONU (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS). *Derechos lingüísticos de las minorías lingüísticas: Una guía práctica para su aplicación*, Oficina de las Naciones Unidas, Ginebra, mar. 2017, p. 5.

as línguas" [67]. Ainda segundo Hamel[68], ao constituir-se em elementos da proteção internacional das minorias, os direitos linguísticos implicam – como condições de efetividade – o *princípio da igualdade* ("formal" em relação às comunidades linguísticas e "material" no que diz respeito ao tratamento dos membros de minorias e maiorias) e a *adoção de medidas especiais* (voltadas para assegurar a manutenção das características específicas dos grupos linguísticos mais vulneráveis).

Os instrumentos normativos surgidos nessas fases foram analisados minuciosamente por Varennes na tese doutoral *Language, minorities and human rights*[69]. Dentre as diversas convenções, declarações e resoluções internacionais do sistema de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), destacam-se os dispositivos da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948 (DUDH)[70], do *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* de 1966 (PIDCP)[71] e do *Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais* de 1966 (PIDESC)[72], que consagraram os direitos linguísticos à não-discriminação por razão linguística (DUDH, art. 2º; PIDCP, art. 2º, 1; art. 4º, 1; art. 24, 1; art. 26; PIDESC, art. 2º, 2); à informação e à assistência em língua compreensível em processo penal (PIDCP, art. 14, 3, a/f); e a usar sua língua materna minoritária (PIDCP, art. 27). A não-discriminação por razão de língua constitui, segundo Pons-Parera, "[...] o núcleo original da proteção e promoção dos direitos linguísticos e das minorias"[73].

De modo mais específico, embora com poucos efeitos jurídicos concretos, diversas organizações não-governamentais internacionais, com o patrocínio da UNESCO, proclamaram a *Declaração de Barcelona* ou *Declaração Universal dos Direitos Linguísticos* de 1996 (DUDL), que procurou sistematizar os direitos linguísticos, dividindo-os em dois grupos: individuais e coletivos. Como direitos individuais foram enumerados: o reconhecimento como membro de uma comunidade linguística; o uso da própria língua em privado e em público; o uso do próprio nome; o relacionamento e a associação com outros membros da comunidade linguística de origem; a manutenção e o desenvolvimento da própria cultura (DUDL, art. 3º, 1). E como direitos coletivos: o ensino da própria língua e da própria cultura; a disposição de serviços culturais; a presença equitativa da língua e da cultura do grupo nos meios

[67] HAMEL, R.E. "Direitos Lingüísticos como Direitos Humanos: debates e perspectivas", in: OLIVEIRA, G.M. (org.). *Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos*, Mercado de Letras, Campinas, 2003, pp. 50-51.
[68] HAMEL, R.E. "Direitos Lingüísticos como Direitos Humanos: debates e perspectivas", in: OLIVEIRA, G.M. (org.). *Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos*, Mercado de Letras, Campinas, 2003, pp. 62-63.
[69] VARENNES, F. *Language, minorities and human rights*, Maastricht University, Maastricht, 1996.
[70] ONU (UNITED NATIONS). *Resolution 217 (III): Part A. A Universal Declaration of Human Rights,* General Assembly, New York, 10 dec. 1948.
[71] ONU (UNITED NATIONS). *Resolution 2200 (XXI): Part A. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, General Assembly, New York, 16 dec. 1966, pp. 52-58.
[72] ONU (UNITED NATIONS). *Resolution 2200 (XXI): Part A. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, General Assembly, New York, 16 dec. 1966, pp. 49-52.
[73] PONS-PARERA, E. "Los derechos lingüísticos en el marco internacional y comunitario europeo", in: FERNÁNDEZ, J.M.P. (coord.). *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 69.

de comunicação; o atendimento na língua do grupo nos organismos oficiais e nas relações socioeconômicas (DUDL, art. 3º, 2)[74].

Do ponto de vista teórico, entretanto, não há uma ideia clara sobre a qualificação jurídica dos direitos linguísticos. Segundo Díaz[75], nos ordenamentos jurídicos em que possuem reconhecimento constitucional, de forma explícita ou implícita, os direitos linguísticos podem ser considerados: (1) modalidades de certos direitos fundamentais clássicos que possuem um conteúdo intrinsecamente linguístico, como a liberdade de opinião e expressão, a liberdade de reunião e associação, o direito ao respeito pela vida privada e familiar, o direito à linguagem compreensível e à assistência de intérprete na seara criminal, o direito à educação, o direito ao próprio nome[76]; (2) modalidades de um único direito fundamental já reconhecido, o *direito ao livre desenvolvimento da personalidad*e; (3) modalidades de um novo direito fundamental, o *direito à língua*. Em muitos Estados, no entanto, não gozam do *status* de direitos fundamentais nem possuem as proteções legais a esses conferidos (em termos de obrigações e sanções), porque não estão formalmente reconhecidos por meio de um processo legislativo/normativo específico[77].

Essa querela também reverbera entre muitos estudiosos do Direito Positivo: "Vernet Llobet salienta que eles não são Direitos Fundamentais, embora sejam direitos que podem ser claramente relacionados com os incluídos na Constituição. López Basaguren salienta que os direitos linguísticos são direitos *in fieri* [prestes a nascer] e disponíveis ao legislador; são lei positiva em estado de gestação. Mas, como Turi salientou [...], o direito linguístico torna-se um direito metajurídico, na medida em que o Direito Linguístico Comparado reconhece e consagra os direitos linguísticos. No entanto, por vezes, timidamente e implicitamente, torna-se uma 'lei futurista' que se constrói sobre alicerces históricos"[78].

Do ponto de vista jusfilosófico, para Witte[79], os direitos linguísticos alicerçam-se em dois direitos fundamentais gerais: a liberdade e a igualdade[80]. O *direito fundamental à liberdade linguística*, nessa perspectiva, é um desdobramento da

---

[74] UNESCO (UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION). *Decision 150 EX/37. World Conference on Linguistic Rights: Barcelona Declaration*, Executive Board, Paris, 10 oct. 1996.

[75] DÍAZ, R.L.S. "Derechos lingüísticos y derechos fundamentales", *Persona y Derecho*, vol. 41, Universidad de Navarra, Pamplona, 1999, p. 201.

[76] PONS-PARERA, E. "Los derechos lingüísticos en el marco internacional y comunitario europeo", in: FERNÁNDEZ, J.M.P. (coord.). *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 71-77; ARZOZ, X. "The Nature of Language Rights", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 6, n. 2, European Centre for Minority Issues, Flensburg, 2007, p. 25.

[77] TURI, J.G. "Typology of Language Legislation", in: SKUTNABB-KANGAS, T. & PHILLIPSON, R. (ed.). *Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination*, Mouton de Gruyter, Berlin / New York, 1994a, p. 116; DÍAZ, R.L.S. "Derechos lingüísticos y derechos fundamentales", *Persona y Derecho*, vol. 41, Universidad de Navarra, Pamplona, 1999, p. 200.

[78] BLANCO, X.M.P. *Lenguas y Constitución: interpretación y análisis iusfilosófico del artículo 3 de la Constitución Española*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. RB-1.14, tradução nossa, grifo no original.

[79] WITTE, B. "L'évolution des droits linguistiques (1983-2008)", *Revista de Llengua i Dret*, n. 51, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, juny 2009, pp. 51-56.

[80] Trata-se de uma aplicação ao campo dos direitos linguísticos do *sistema de Dürig*, no qual os direitos fundamentais são articulados em três níveis: (1) a dignidade da pessoa humana ocupa a posição de princípio supremo e dele decorrem todos os demais direitos; (2) em nível intermediário encontram-se o "principal direito de liberdade" e o "principal direito de igualdade", que representam a essência da liberdade e da igualdade humanas; (3) finalmente, os direitos fundamentais em espécie constituem especificações materiais do conteúdo da liberdade e da igualdade [DÜRIG, G. "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", *GünterArchiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81 (N.F. 42), n. 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 1956, pp. 117-125].

clássica "liberdade de expressão" e corresponde à possibilidade de os indivíduos e os grupos usarem e ensinarem a própria língua[81], ou seja, de empregá-la em espaços tanto privados quanto públicos, sem sofrer constrangimentos por parte do Estado ou de outras instâncias. Desse liberdade linguística decorrem duas consequências imediatas: (1) uma série de direitos derivados, intrinsecamente necessários ao uso e ao ensino linguísticos, como é o caso dos direitos à preservação, ao desenvolvimento, à promoção e à difusão da língua; (2) ao menos dois deveres a serem suportados pelo Estado, o de não embaraçar o exercício da liberdade linguística por seus titulares (sobretudo as minorias linguísticas) e o de garantir as condições para o seu efetivo exercício (demovendo ou repelindo obstáculos impostos por instâncias particulares – sancionando instituições que dificultem o emprego de certas línguas minoritárias, por exemplo).

O *direito fundamental à igualdade linguística*, por seu turno, é um desdobramento de construções iluministas como a "igualdade perante a lei" e a "proibição da discriminação"[82], e pode ser definido como o direito de os indivíduos e os grupos serem tratados de forma igualitária e sem discriminação (em relação aos demais membros da sociedade e jurisdicionados do Estado) independentemente de sua língua, bem como de que sua língua seja abordada com respeito e sem menoscabo. Para Witte[83], a igualdade linguística pode realizar-se como: (1) direito à igualdade pluralista/ universalista (*pluralist equality*), que alcança a todas as pessoas humanas sem distinção (como o direito de constituir associações linguísticas); (2) direito à igualdade afirmativa/distributiva (*affirmative equality*), que estabelece distinções voltadas para a tutela de certos grupos vulneráveis socialmente, especialmente minorias linguísticas, procurando reduzir as desigualdades existentes entre eles e os grupos hegemônicos (é o caso de políticas de revitalização de línguas em risco de extinção). A igualdade linguística também implica um dever duplo por parte do Estado: não discriminar e não permitir discriminação (provendo as condições necessárias para que desigualdades circunstanciais sejam superadas – por exemplo, por meio do subsídio à presença de línguas minoritárias em mídias de massa).

Do ponto de vista pragmático, Duarte[84] defendeu a aplicação do *preceito fundamental da língua do destinatário*, segundo o qual na relação entre o Estado e seus jurisdicionados, havendo divergência entre o idioma adotado pelo Estado e a língua dominada pelo titular do direito, do serviço ou da prestação que se busca prover, essa última deve prevalecer; nessa perspectiva, o poder jurisdicional do Estado tem como corolário o dever de ser compreensível ao jurisdicionado e não a prerrogativa de exigir dele compreensão incondicional, como normalmente ocorre nos regimes jurídicos que adotam a presunção absoluta de conhecimento da lei *(ignorantia juris non excusat* / *ignorantia legis neminem excusat*). Para Portier e Masson[85], o dever de conhecer e de observar as normas jurídicas é um princípio geral do direito que pressupõe a compreensibilidade da lei para aqueles que são por ela obrigados; por essa razão, esse princípio constitui-se muito mais como uma expectativa do que como uma realidade efetiva "[...] dado que é altamente

[81] BLANCO, X.M.P. *Lenguas y Constitución: interpretación y análisis iusfilosófico del artículo 3 de la Constitución Española*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. RB-1.20.
[82] BLANCO, X.M.P. *Lenguas y Constitución: interpretación y análisis iusfilosófico del artículo 3 de la Constitución Española*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. RB-1.20.
[83] WITTE, B. "Linguistic Equality. A Study in Comparative Constitucional Law", *Revista de Llengua i Dret*, n. 6, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, des. 1985, p. 44.
[84] DUARTE, M.L. "União Europeia, identidade nacional e igualdade linguística", in: SOUSA, M.R. et al. (coord.). *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 394.
[85] PORTIER, P.S. & MASSON, A. "La question des langues en Europe: entre paradoxes et divergences juridiques", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 72, Anthemis, Limal, 2007, p. 1056.

improvável que as minorias linguísticas [...] todas entendam o idioma oficial de seus respectivos países"[86]; justamente para atender às necessidades desses indivíduos e grupos vulneráveis é que a prioridade da língua do destinatário imputa à parte dominante (o Estado) o encargo de divulgar de modo compreensível as informações de interesse público e de promover a compreensão nas situações públicas de comunicação.

3.4. Deveres linguísticos

Os direitos linguísticos estão visceralmente amalgamados a deveres linguísticos, ainda que entre eles não se estabeleça uma relação biunívoca; *prima facie*, a positivação jurídica de direitos em favor de cidadãos ou de estrangeiros, implica a obrigação de o Estado velar por sua efetividade, seja omitindo-se de tomar medidas que possam obstaculizá-los seja atuando positivamente para concretizar seu conteúdo deôntico. Para Arzoz[87], os direitos linguísticos são estabelecidos através de normas jurídicas que regulam o uso de uma ou mais línguas em um domínio social juridicamente relevante, obrigando principalmente as instituições públicas responsáveis por sua proteção ou implementação. De maneira análoga, López[88] examinando os regimes linguísticos espanhol e catalão, percebeu uma vinculação entre direitos e deveres linguísticos, salientando a responsabilidade da administração pública em garantir o uso das línguas oficializadas (ou reconhecidas) e a obrigação das empresas que prestam serviços públicos e dos estabelecimentos acessíveis ao público em oferecer meios de comunicação nas línguas adotadas pelo Estado e opções de atendimento para as minorias linguísticas protegidas pela lei.

Os deveres linguísticos também obrigam outros sujeitos jurídicos além do Estado, dentre outros aspectos, porque os estatutos jurídicos atribuídos às línguas impõem obrigações aos próprios jurisdicionados (e não apenas direitos). Um dos casos mais claros e explícitos desse tipo de dever está no § 1 do art. 3º da Constituição da Espanha de 1978: "O castelhano é a língua espanhola oficial do Estado. Todos os espanhóis têm o *dever de a conhecer* e o direito a usá-la"[89]. Em muitos sistemas jurídicos, no entanto, os deveres linguísticos impostos aos indivíduos em geral são estabelecidos de modo mais implícito ou indireto, obrigando-os a falar a língua do Estado para comunicar-se com ele, por exemplo, exigindo a tradução de documentos apresentados em processos judiciais, procedimentos administrativos e atos notariais; impondo a forma protocolar de comunicação adotada pelo Estado na elaboração de requerimentos, petições, manifestações, entre outros.

De acordo com Kelsen[90], a norma jurídica – por meio da qual os direitos linguísticos são estabelecidos – representa um dever-ser e inclui não apenas a positivação de obrigações, mas também a imposição de proibições ou restrições e a concessão de permissões ou autorizações em relação a certas condutas. Esse conteúdo deôntico/imperativo das normas jurídico-linguísticas pode ser representado através de um engendramento entre as modalidades do dever-fazer (e do poder-

---

[86] PORTIER, P.S. & MASSON, A. "La question des langues en Europe: entre paradoxes et divergences juridiques", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 72, Anthemis, Limal, 2007, p. 1056, tradução nossa.

[87] ARZOZ, X. "Language Rights as Legal Norms", *European Public Law*, vol. 15, n. 4, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 544.

[88] LÓPEZ, A.N. "La regulación del pluralismo lingüístico: otra lectura del marco constitucional de los derechos y deberes lingüísticos", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 58, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, sept./dic. 2000, pp. 279-298; LÓPEZ, A.N. "Socioeconomía y lengua: entre la protección pública y la autonomía privada", *Revista de Llengua i Dret*, n. 72, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, des. 2019, pp. 44-63.

[89] ESPANHA (ESPAÑA). *Constitución Española / Constituição Espanhola*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2003, p. 5, grifo nosso.

[90] KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, pp. 5-6 e 132.

fazer), tal como descritas por Greimas e Courtés[91] por meio do *quadrado semiótico*[92], e as práticas linguísticas, considerando-se o "fazer" de modo especificamente linguístico (falar ou empregar uma língua) ou ainda tomado genericamente mas em relação a questões linguísticas (fazer em razão de falar/não falar uma língua): as *liberdades linguísticas* são fruto do poder-fazer (liberdade) ou do não dever não fazer (permissividade); as *liberações linguísticas* procedem do poder não fazer (independência) ou do não dever fazer (facultatividade); as *proibições linguísticas* derivam do não poder fazer (impotência) ou do dever não fazer (proibição); as *imposições linguísticas* surgem do não poder não fazer (obediência) ou do dever fazer (prescrição)[93].

Os direitos linguísticos têm como "núcleo duro" as liberdades linguísticas, que se referem à possibilidade de uma pessoa falar sua língua materna ou a língua de sua escolha ("poder-falar a língua X"), ou à vantagem de acessar benefícios em razão de sua própria língua ("poder-fazer Y por falar/não-falar a língua Z"). No entanto, esses direitos também podem incluir as liberações linguísticas, que correspondem à faculdade de não usar uma língua tida como "legítima" (obrigatória) em determinados contextos ("poder não-falar a língua Y"), ou a certas dispensas legais decorrentes da condição de falante ou não falante de uma língua ("poder não-fazer

[91] GREIMAS, A.J. & COURTÉS, J. *Dicionário de Semiótica*, 9 ed., Editora Cultrix, São Paulo, 1979, p. 339.

[92] O *quadrado semiótico* é uma adaptação do *quadrado lógico*, dispositivo clássico empregado em Filosofia, sendo ambos constituídos por quatro elementos interrelacionados par a par mediante oposições/distinções do tipo contradição, contrariedade ou subalternação/ complementação. O quadrado lógico ou quadrado das oposições A/E/O/I – atribuído a Boécio, que o descreveu na obra *In Librum De Interpretatione Editio Prima* [BOÉCIO (BOETII). "Anicii Manlii i Severini. In Librum Aristotelis de Interpretatione. Editio prima, seu minora comentaria", in: MIGNE, J.P. *Boetii: Opera Omnia. Tomus Posterior*, Excudebatur et venit apud J.P. Migne editorem, Parisiis, 1847, pp. 320-322] – reúne os quatro tipos de proposições categóricas formadas a partir de um mesmo sujeito S e um mesmo predicado P, conforme estabelecido em *De Interpretatione* de Aristóteles [ARISTÓTELES. *Da Interpretação*, Editora Unesp, São Paulo, 2013]: (A) universal afirmativa "todo S é P", (E) universal negativa "todo S não é P" (ou "nenhum S é P"), (I) existencial/particular afirmativa "algum S é P", (O) existencial/particular negativa "algum S não é P"; são contrárias as proposições que não podem ser verdadeiras ao mesmo tempo mas podem ser simultaneamente falsas (sobrecontrárias AE/EA), ou não podem ser falsas ao mesmo tempo mas podem ser simultaneamente verdadeiras (subcontrárias IO/OI); são contraditórias as proposições que não podem ser nem verdadeiras nem falsas ao mesmo tempo (AO/OA, EI/IE); são superalternas/subalternantes as proposições que implicam as subalternadas/subalternas mas não são por estas implicadas (AI, EO) [COPI, I.M. *Introdução à lógica*, 2 ed., Mestre Jou, São Paulo, 1978, pp. 146-149]. O quadrado semiótico C/D/NC/ND – proposto por Greimas e Courtés [GREIMAS, A.J. & COURTÉS, J. *Dicionário de Semiótica*, 9 ed., Editora Cultrix, São Paulo, 1979, pp. 249 e 364-368] – baseia-se na junção de elementos tensivos: (A) conjunção, (E) disjunção, (I) não-conjunção, (O) não-disjunção, sendo contrários AE/EA e IO/OI, contraditórios AO/AO e EI/IE, complementares AI/IA e EO/OE; em primeiro grau, são opostas categorias nominais dicotômicas e antonímicas ("X" / "antônimo de X" / "negação de X" / "negação do antônimo de X"); em segundo grau, são opostas junções das categorias de 1º grau (termo complexo "X e antônimo de X" / termo complementar "X e negação do antônimo de X" / termo complementar "negação de X e antônimo de X" / termo neutro "negação de X e negação do antônimo de X") ou valores verbais modais como ser, fazer, querer, dever, saber, poder etc. ("X e Y" / "X e negação de Y" / "negação de X e Y" / "negação de X e negação de Y"), nesse último caso, obtendo categorias aléticas (dever-ser), deônticas (dever-fazer), epistêmicas (crer-ser), veriditórias (saber-ser), factivas (fazer-fazer), performativas (fazer-ser) etc.

[93] MATOS, M.P.S.R. *Funcionamento e posicionamento do discurso jurídico-constitucional acerca das línguas e dos direitos linguísticos no Brasil*, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2022, p. 675.

Y por falar/não-falar a língua Z"); é o que ocorre na interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) à Lei nº 4.373/1965 (art. 8º), a qual estabelece multa para brasileiros que se alistam após os dezenove anos[94], sendo essa sanção dispensada no caso de alfabetização posterior de pessoas anteriormente analfabetas (Resolução TSE n. 21.538/2003, art. 16, parágrafo único; Resolução TSE n. 23.659/2021, art. 33, § 1º, b) e de indígenas (Processo Administrativo TSE n. 1806-81.2011.6.00.0000/PR)[95].

Os deveres linguísticos relativos às práticas linguísticas (dever falar ou dever não falar uma língua) ou delas decorrentes (dever fazer ou dever não fazer algo em razão de sua de sua identidade linguística), correspondem às imposições linguísticas ou às proibições linguísticas. No primeiro caso, há injunção – por meio de determinações legais ou administrativas – a um fazer linguístico ("dever-falar a língua X") ou a um agir cogente e vinculado à identidade linguística ("dever-fazer Y por falar/não-falar a língua Z"); nesse sentido, o *caput* do art. 13 da Constituição do Brasil, estabelece "[...] o dever linguístico não-explícito de utilizar a língua portuguesa na relação com a administração estatal"[96]. No segundo caso, tem-se interdições de práticas linguísticas ("dever não-falar a língua X") ou embaraços impostos em razão língua materna ou da língua de escolha do sujeito ("dever não-fazer Y por falar/não-falar a língua Z"), questão que tem sido investigada por Gonçalves: "[...] o Decreto n° 9.758/2019 impõe o dever linguístico explícito que proíbe o uso de determinadas formas de tratamento – impondo, portanto, uma obrigação de não-fazer (de não usar determinadas formas linguísticas) – e o dever linguístico explícito que obriga o uso da forma 'senhor/senhora' nas comunicações orais ou escritas entre agentes públicos federais – impondo, assim, uma obrigação de fazer (de usar essa forma de tratamento)"[97].

A distinção entre liberdades, liberações, proibições e imposições, todavia, nem sempre é clara ou definitiva; nem toda norma jurídico-linguística que tutela direitos linguísticos (ou que assim é apresentada), de fato, beneficia seus destinatários, e nem todo dever linguístico é necessariamente gravoso. Ao analisar as normas estabelecidas pelas universidades brasileiras para o acolhimento de migrantes forçados, Gonçalves[98] observou que há uma relação ambígua entre o poder-falar e o dever-falar: "As políticas linguísticas adotadas pelas universidades nos processos seletivos para migrantes forçados reescrevem os direitos linguísticos desses sujeitos como deveres linguísticos". Em muitos países, as minorias linguísticas reivindicam o direito à educação bilíngue em todos os níveis de ensino ou progressivamente, a partir da alfabetização inicial na língua materna e acrescentando o idioma oficial ao longo da trajetória escolar; no entanto, a garantia de toda a educação primária e

---

[94] BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral*, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Brasília, 2021a.

[95] BRASIL. *Resolução nº 21.538, de 14 de outubro de 2003. Dispõe sobre o alistamento e serviços eleitorais mediante processamento eletrônico de dados, a regularização de situação de eleitor, a administração e a manutenção do cadastro eleitoral, o sistema de alistamento eleitoral, a revisão do eleitorado e a fiscalização dos partidos políticos, entre outros*, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 3 nov. 2003; BRASIL. *Processo Administrativo nº 1806-81.2011.6.00.0000 - Classe 26 - Curitiba - Paraná. Acórdão*, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, julgado em 6 dez. 2011; BRASIL. *Resolução nº 23.659, de 26 de outubro de 2021. Dispõe sobre a gestão do Cadastro Eleitoral e sobre os serviços eleitorais que lhe são correlatos*, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 5 nov. 2021b.

[96] GONÇALVES, J.S.S. "A noção de deveres linguísticos e sua contribuição para a configuração do direito linguístico no Brasil", *Travessias Interativas*, n. 22, vol. 10, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, jul./dez. 2020, p. 268.

[97] GONÇALVES, J.S.S. "A noção de deveres linguísticos e sua contribuição para a configuração do direito linguístico no Brasil", *Travessias Interativas*, n. 22, vol. 10, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, jul./dez. 2020, p. 268.

[98] GONÇALVES, J.S.S. "Direitos linguísticos e políticas linguísticas no Brasil: uma análise de processos seletivos para acesso à universidade pública por migrantes forçados", *Línguas e Instrumentos Linguísticos*, n. 43, Editora RG, Campinas, jan./jun. 2019a, p. 210.

secundária exclusivamente em língua materna, ainda que sob o pretexto do fortalecimento dessa língua minoritária, pode prejudicar os indivíduos pertencentes a essas comunidades, tornando objetivamente inacessíveis diversos espaços da vida pública, da produção cultural e das relações sociais.

4. Considerações finais

O conceito de *legislações linguísticas* é ao mesmo tempo um instrumento e um empreendimento de *política linguística*. Ele serve para descrever o fenômeno da regulação das práticas de linguagem por parte do Estado, mostrando de que modo ocorre, sobre quais questões se debruça, qual o seu alcance na sociedade etc.; assim ele também denuncia a não neutralidade da ordem jurídico-política, que elege determinadas línguas/variedades para certas funções sociais em detrimento das demais, que empodera ou protege certos grupos linguísticos preterindo vários outros, que estabelece alguns direitos/deveres linguísticos tidos como desejáveis ou aceitáveis e não todos os possíveis... Trata-se, portanto, de lançar luzes sobre o agir jurídico-linguístico do Estado e anunciá-lo como um campo de luta: as relações de poder já estão de algum modo constituídas, cabendo a cada indivíduo e a cada comunidade linguística tomar uma posição de sujeito e enunciar seu discurso.

No contexto brasileiro, compreender e aprimorar o conceito de legislações linguísticas é particularmente necessário. Seja porque a intervenção jurídico-política desempenhou historicamente um papel importantíssimo na conformação dos contatos/conflitos linguísticos no país, que se foi marcada pela imposição do Português e pelo silenciamento das línguas indígenas (especialmente durante a gestão do Marquês de Pombal) e das línguas de imigração (sobretudo no governo de Getúlio Vargas). Seja em razão da emergência de uma série de discussões político-linguísticas nas instâncias legislativas e normativas do país, notadamente nas últimas duas décadas, evolvendo aspectos como: padronização, proteção e internacionalização da língua portuguesa; cooficialização e patrimonialização de línguas minoritárias (indígenas, africanas e de imigração); oferta de determinadas línguas estrangeiras no sistema educacional; adoção ou vedação de estilos de linguagem não sexistas, não binários etc.

O efeito mais importante, todavia, reside no fato de que se abordar legislações linguísticas levanta-se também o questionamento acerca de *quais legislações linguísticas estão vigendo entre nós*. Ao contrário do que ocorre em muitos países – como Canadá, Paraguai, Espanha, Nicarágua, Suíça, Bolívia... –, o Brasil não dispõe de dispositivos constitucionais detalhados ou de instrumentos normativos sistemáticos acerca das diretrizes político-linguísticas a serem observadas pelo Estado, que vêm sendo estabelecidas de modo disperso, truncado e contraditório em uma série de diplomas legais, muitas vezes não reconhecidos tipicamente como instrumentos normativos (é o caso de pareceres, relatórios, programas institucionais etc.), mas que determinam a atuação político-linguística do Estado. A distribuição por vezes rarefeita e sutil de normas jurídico-linguísticas não as torna inócuas, muito pelo contrário, é parte constitutiva da política linguística que as produz.

5. Referências bibliográficas

ARISTÓTELES. *Da Interpretação*, Editora Unesp, São Paulo, 2013.

ARZOZ, X. "The Nature of Language Rights", *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe*, vol. 6, n. 2, European Centre for Minority Issues, Flensburg, 2007, pp. 1-35. Disponível em: https://www.ecmi.de/fileadmin/redakteure/publications/JEMIE_Datens%C3%A4tze/Jemie_datens%C3%A4tze_2007/2-2007-Oeter-Introduction.pdf. Acesso em: 11 set. 2019.

ARZOZ, X. "Language Rights as Legal Norms", *European Public Law*, vol. 15, n. 4, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 541-574. Disponível em: https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\EURO\EURO2009039.pdf. Acesso em: 11 set. 2019.

AUROUX, S. *A revolução tecnológica da gramatização*, Editora da Unicamp, Campinas, 1992.

BARBOSA, R. *Obras Completas de Rui Barbosa*, vol. XX, tomo V, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1893/1958. Disponível em: https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/213/6056.pdf. Acesso em: 11 dez. 2021.

BAUBÖCK, R. *Public Culture in Societies of Immigration*, Malmö University, Malmö, 2001. Disponível em: https://mau.diva-portal.org/smash/get/diva2:1410006/FULLTEXT01.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

BELLOSO, M.J.I. *El régimen lingüístico de la Comunidad Foral de Navarra*, Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia, Donostia-San Sebastián, 2013. Disponível em: https://www.iuravasconiae.eus/sites/default/files/IZU_fedhav.pdf. Acesso em: 10 nov. 2020.

BLANCO, X.M.P. *Lenguas y Constitución: interpretación y análisis iusfilosófico del artículo 3 de la Constitución Española*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

BOÉCIO (BOETII). "Anicii Manlii i Severini. In Librum Aristotelis de Interpretatione. Editio prima, seu minora comentaria", in: MIGNE, J.P. *Boetii: Opera Omnia. Tomus Posterior*, Excudebatur et venit apud J.P. Migne editorem, Parisiis, 1847, pp. 293-392. Disponível em: http://books.google.com/books?id=Ov-Mhvb60-wC. Acesso em: 10 out. 2020.

BOSSONG, G. "Normes et conflits normatifs", in: GOEBL, H. et al. (ed.). *Contact linguistics: an international handbook of contemporeary research*, vol. 1, Walter de Gruyter, Berlin / New York, 1996, pp. 609-624.

BRASIL. *Resolução nº 21.538, de 14 de outubro de 2003. Dispõe sobre o alistamento e serviços eleitorais mediante processamento eletrônico de dados, a regularização de situação de eleitor, a administração e a manutenção do cadastro eleitoral, o sistema de alistamento eleitoral, a revisão do eleitorado e a fiscalização dos partidos políticos, entre outros*, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 3 nov. 2003. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2003/resolucao-no-21-538-de-14-de-outubro-de-2003. Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. *Processo Administrativo nº 1806-81.2011.6.00.0000 - Classe 26 - Curitiba - Paraná. Acórdão*, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, julgado em 6 dez. 2011. Disponível em: https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/43600. Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. *Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral*, Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Brasília, 2021a. Disponível em: https://normas.leg.br/?urn=urn:lex:br:federal:lei:1965-07-15;4737. Acesso em: 17 abr. 2022.

BRASIL. *Resolução nº 23.659, de 26 de outubro de 2021. Dispõe sobre a gestão do Cadastro Eleitoral e sobre os serviços eleitorais que lhe são correlatos*, Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 5 nov. 2021b. Disponível em: https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2003/resolucao-no-21-538-de-14-de-outubro-de-2003. Acesso em: 15 jan. 2022.

CALVET, L.J. *Le marché aux langues*: essai de politologie linguistique sur la mondialisation, Plon, Paris, 2002.

CALVET, L.J. *As políticas lingüísticas*, Parábola Editorial, São Paulo, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*, 6 ed., Edições Almedina, Coimbra, 1994.

COPI, I.M. *Introdução à lógica*, 2 ed., Mestre Jou, São Paulo, 1978.

CORBEIL, J.C. "Éléments d'une théorie de la régulation linguistique", in: BÉDARD, E. & MAURAIS, J. (éd.). *La norme linguistique*, Le Robert, Paris, 1983, pp. 281-303.

CORBEIL, J.C. "Elementos de uma teoria da regulação linguística", in: BAGNO, Marcos. (org.). *Norma linguística*, 2 ed., Edições Loyola, São Paulo, 2011, pp. 171-196.

DÍAZ, R.L.S. "Derechos lingüísticos y derechos fundamentales", *Persona y Derecho*, vol. 41, Universidad de Navarra, Pamplona, 1999, pp. 197 209. DOI: 10.15581/011.41.197-209. Disponível em: https://revistas.unav.edu/index.php/persona-y-derecho/article/view/32150/27166. Acesso em: 21 abr. 2020.

DINIZ, M.H. *Dicionário jurídico universitário*, Saraiva, São Paulo, 2010.

DUARTE, M.L. "União Europeia, identidade nacional e igualdade linguística", in: SOUSA, M.R. et al. (coord.). *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 383-406.

DUBOIS, J. et al*. Dicionário de linguística*, 2 ed., Cultrix, São Paulo, 2014.

DÜRIG, G. "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes", *GünterArchiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81 (N.F. 42), n. 2, Mohr Siebeck, Tübingen, 1956, pp. 117-157. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/44303797. Acesso em: 15 jan. 2023.

ESPANHA (ESPAÑA). *Constitución Española*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1978. Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

ESPANHA (ESPAÑA). *Sentencia 82/1986, de 26 de junio*, Tribunal Constitucional, Madrid, 26 jun. 1986. Disponível em: https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/GetDocumentResolucion/645. Acesso em: 27 jan. 2021.

ESPANHA (ESPAÑA). *Constitución Española / Constituição Espanhola*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2003. Disponível em: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf. Acesso em: 17 jan. 2021.

FERNÁNDEZ, J.M.P. "Principios del régimen juridicolingüístico: en especial, el estatuto de oficialidad", in: FERNÁNDEZ, J.M.P. (coord.). *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 23-64.

GAZZOLA, M. *The Evaluation of Language Regimes: Theory and application to multilingual patent organisations*, John Benjamins Publishing, Amsterdam / Philadelphia, 2014.

GONÇALVES, J.S.S. "Direitos linguísticos e políticas linguísticas no Brasil: uma análise de processos seletivos para acesso à universidade pública por migrantes forçados", *Línguas e Instrumentos Linguísticos*, n. 43, Editora RG, Campinas, jan./jun. 2019a, pp. 192-216. DOI: 10.20396/lil.v0i43.8658348. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/lil/article/view/8658348/22060. Acesso em: 17 maio 2021.

GONÇALVES, J.S.S. "Em torno da questão 'o que é Direito Linguístico?': primeiras reflexões a partir de pesquisas empíricas sobre direitos linguísticos e sobre o bolsonarês", in: REDE DE ESTUDOS EMPÍRICOS EM DIREITO. *XI Encontro De Pesquisa Empírica em Direito: Direito e desigualdades: desafios da pesquisa empírica*, Universidade Federal de São Paulo, Osasco, 5-9 ago. 2019b.

Disponível em: https://pt.scribd.com/document/501196746/GONCALVES-Jael-O-que-e-direito-linguistico. Acesso em: 17 maio 2021.

GONÇALVES, J.S.S. "A noção de deveres linguísticos e sua contribuição para a configuração do direito linguístico no Brasil", *Travessias Interativas*, n. 22, vol. 10, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, jul./dez. 2020, pp. 256-278. DOI: 10.51951/ti.v10i22. Disponível em: https://seer.ufs.br/index.php/Travessias/article/view/15329/11571. Acesso em: 05 maio 2021.

GREIMAS, A.J. & COURTÉS, J. *Dicionário de Semiótica*, 9 ed., Editora Cultrix, São Paulo, 1979.

GUIMARÃES, D.T. *Dicionário técnico jurídico*, 16 ed., Rideel, São Paulo, 2013.

HAMEL, R.E. "Direitos Lingüísticos como Direitos Humanos: debates e perspectivas", in: OLIVEIRA, G.M. (org.). *Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos*, Mercado de Letras, Campinas, 2003, pp. 47-80.

HÉRAUD, G. "Le statut des langues dans les différents Etats, et en particulier en Europe", *Language Problems and Language Planning*, vol. 4, n. 3, John Benjamins, Amsterdam, 1980, pp. 195-223. DOI: 10.1075/lplp.4.3.02her. Disponível em: https://www.jbe-platform.com/content/journals/10.1075/lplp.4.3.02her. Acesso em: 10 nov. 2019.

IRLANDA (IRELAND). *Constitution of Ireland*, Government Publications, Dublin, 1937/2020. Disponível em: http://www.irishstatutebook.ie/pdf/en.cons.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, 6 ed., Martins Fontes, São Paulo, 1998.

KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003.

LAGERPETZ, E. "On Language Rights", *Ethical Theory and Moral Practice*, vol. 1, n. 2, Dordrecht, Springer Nature, june 1998, pp. 181-199. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/27504027. Acesso em: 21 abr. 2020.

LAGERPETZ, E. "Sobre los derechos lingüísticos", *Isonomía*, n. 15, Editorial Fontamara, Ciudad de México, oct. 2001, pp. 109-130. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n15/1405-0218-is-15-00109.pdf. Acesso em: 21 abr. 2020.

LÓPEZ, A.N. "La regulación del pluralismo lingüístico: otra lectura del marco constitucional de los derechos y deberes lingüísticos", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 58, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, sept./dic. 2000, pp. 279-298. Disponível em: https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/getPidFile/0902967080118b24?fileName=18rvap58%2Epdf&R01HNoPortal=true. Acesso em: 15 jan. 2020.

LÓPEZ, A.N. "Socioeconomía y lengua: entre la protección pública y la autonomía privada", *Revista de Llengua i Dret*, n. 72, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, des. 2019, pp. 44-63. DOI: 10.2436/rld.i72.2019.3372. Disponível em: http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/10.2436-rld.i72.2019.3372/n72-nogueira-es.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

MATOS, M.P.S.R. *Funcionamento e posicionamento do discurso jurídico-constitucional acerca das línguas e dos direitos linguísticos no Brasil*, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2022. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/16266/2/MARCOS_PAULO_SANTA_ROSA_MATOS.pdf. Acesso em: 12 dez. 2022.

MOREAU, M.L. "Les types de normes", in: MOREAU, M.L. (éd.). *Sociolinguistique: les concepts de base*, Mardaga, Liège, 1997, pp. 218-223.

ONU (UNITED NATIONS). *Resolution 217 (III): Part A. A Universal Declaration of Human Rights,* General Assembly, New York, 10 dec. 1948. Disponível em: http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/217(III)&Lang=E. Acesso em: 20 nov. 2020.

ONU (UNITED NATIONS). *Resolution 2200 (XXI): Part A. International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, International Covenant on Civil and Political Rights and Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, General Assembly, New York, 16 dec. 1966. Disponível em: http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/2200(XXI)&Lang=E. Acesso em: 20 nov. 2020.

ONU (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS). *Derechos lingüísticos de las minorías lingüísticas: Una guía práctica para su aplicación*, Oficina de las Naciones Unidas, Ginebra, mar. 2017. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Minorities/SR/LanguageRightsLinguisticMinorities_SP.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

ORLANDI, E.P. *Discurso e texto: formulação e circulação dos sentidos*, 4 ed., Pontes Editores, Campinas, 2012.

PIERRÉ-CAPS, S. "Le statut constitutionnel de la langue nationale et/ou officielle: étude de droit comparé", in: POURHIET, A.M. (dir.). *Langue(s) et Constitution(s)*, Economica, Paris, 2004, pp. 93-102.

PONS-PARERA, E. "Los derechos lingüísticos en el marco internacional y comunitario europeo", in: FERNÁNDEZ, J.M.P. (coord.). *Estudios sobre el estatuto jurídico de las lenguas en España*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 65-104.

PORTIER, P.S. & MASSON, A. "La question des langues en Europe: entre paradoxes et divergences juridiques", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 72, Anthemis, Limal, 2007, pp. 1051-1085. Disponível em: https://www.rtdh.eu/fr/journal/revtrimdrh/2007-72/la-question-des-langues-en-europe-entre-paradoxes-et-divergences-juridiques/index.html. Acesso em: 15 nov. 2020.

QUÉBEC. *Arrêté en Conseil nº 3958 du 9 décembre 1968*, Conseil exécutif, Québec, 9 déc. 1968. Disponível em: http://www.assnat.qc.ca/fr/document/77291.html. Acesso em: 15 jul. 2020.

REINO UNIDO (UNITED KINGDOM). *Government of Wales Act 1998. 1998 CHAPTER 38*, The Stationery Office, London, 1998. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/38/pdfs/ukpga_19980038_en.pdf. Acesso em: 15 dez. 2020.

RÉMI, R. "Le droit et la qualité de la langue", in: JEAN-MICHEL, É. (dir.). *La qualité de la langue?: Le cas du français*, Honoré Champion, Paris, 1995, pp. 172-185.

REY, ano "Usages, jugements et prescriptions linguistiques", *Langue française*, n. 16, Larousse, Paris, déc. 1972, pp. 4-28. DOI: 10.3406/lfr.1972.5701. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/lfr_0023-8368_1972_num_16_1_5701. Acesso em: 23 abr. 2020.

REY, ano "Usos, julgamentos e prescrições linguísticas", in: BAGNO, M. (org.). *Norma linguística*, 2 ed., Edições Loyola, São Paulo, 2011, pp. 113-140.

SARLET, I.W. "Conceito de direitos e garantias fundamentais", in: NUNES JÚNIOR, V.S. et al. (coord.). *Enciclopédia Jurídica da PUC-SP*, tomo II, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais_58edb738003fe.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

SAUSSURE, F. *Curso de lingüística geral*, 27 ed., Cultrix, São Paulo, 2006.

SHEPPARD, C.A. *Régimes linguistiques canadiens et étrangers*, Éditeur officiel du Québec, Québec, 1972.

SUÍÇA (SUISSE). *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 12 septembre 1848*, Le Conseil fédéral, Berne, 12 sept. 1848. Disponível em: https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10146591.pdf?id=10146591. Acesso em: 10 jan. 2021.

SUÍÇA (SUISSE). *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Le Conseil fédéral, Berne, 29 mai 1874. Disponível em: https://www.e-rara.ch/download/pdf/8428916.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

SUÍÇA (SUISSE). *Arrêté fédéral revisant les articles 107 et 116 de la constitution fédérale (reconnaissance du romanche comme langue nationale) du 15 décembre 1937*, Le Conseil fédéral, Berne, promulgué le 30 mars 1938. Disponível em: https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10088495.pdf?id=10088495. Acesso em: 10 jan. 2021.

SUÍÇA (SUISSE). *Arrêté fédéral concernant la révision de l'article constitutionnel sur les langues (art. 116 cst.) du 6 octobre 1995*, Le Conseil fédéral, Berne, promulgué le 9 mai 1996. Disponível em: https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/30005370.pdf?id=30005370. Acesso em: 10 jan. 2021.

SUÍÇA (SUISSE). *Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Le Conseil fédéral, Berne, 18 avr. 1999. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/oc/1999/404/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-oc-1999-404-fr-pdf-a.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

TURI, J.G. "Quelques considérations sur le droit linguistique", *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n. 2, Université Laval, Québec, 1986, pp. 463-476. DOI: 10.7202/042750ar. Disponível em: https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1990-v31-n2-cd3783/043028ar.pdf. Acesso em: 28 jun. 2020.

TURI, J.G. "Introduction au droit linguistique", in: PUPIER, P. & WOEHRLING, J. (éd./dir.). *Langue et Droit: Actes du Primier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé (27-29 avril 1988, Université du Québec à Montréal)*, Wilson et Lafleur, Montréal, 1989, pp. 55-84.

TURI, J.G. "Le droit linguistique et les droits linguistiques", *Les Cahiers de droit*, vol. 31, n. 2, Université Laval, Québec, juin 1990a, pp. 641-650. DOI: 10.7202/043028ar. Disponível em: https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/1990-v31-n2-cd3783/043028ar.pdf. Acesso em: 27 jan. 2018.

TURI, J.G. "De la dimension officielle et de la dimension non officielle du droit a la langue", *Les Langues Modernes*, ano LXXXIV, n. 2, 1990b, pp. 47-52. Disponível em: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9691022n. Acesso em: 15 jun. 2020.

TURI, J.G. "Droit linguistique: la naissance d'une nouvelle science juridique", in: PEETERS, Y.J.D. (réd.). *Langue(s) et Identités: Mélanges offerts à Guy Héraud*, Académie internationale de droit linguistique, Bruxelles, 1993, pp. 19-27. Disponível em: http://bibliotheque.idbe-bzh.org/data/cle_68/Langues_et_identitA_.pdf. Acesso em: 13 jul. 2020.

TURI, J.G. "Typology of Language Legislation", in: SKUTNABB-KANGAS, T. & PHILLIPSON, R. (ed.). *Linguistic Human Rights: Overcoming Linguistic Discrimination*, Mouton de Gruyter, Berlin / New York, 1994a, pp. 111-119.

TURI, J.G. "Le pourquoi et le comment du droit linguistique", *Langue et Société*, n. 47, Office of the Commissioner of Official Languages of Canada, Ottawa, 1994b, pp. 6-9. Disponível em: https://resources.library.upei.ca/govdocs/SF12-1/SF12-1_47-1994-F1.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

TURI, J.G. "Législation linguistique", in: GOEBL, H. et al. (ed.). *Contact linguistics: an international handbook of contemporeary research*, vol. 1, Walter de Gruyter, Berlin / New York, 1996, pp. 160-168.

TURI, J.G. "Law and Language in the World", in: COLL, E.M. (ed./dir.). *Lengua del Estado; Lengua del Pueblo: Actas de la Séptima Conferencia Internacional de*

Derecho Lingüístico (32 de mayo – 3 de junio, 2000 en San Juan, Puerto Rico), Ateneo Puertorriqueño, San Juan, 2002, pp. 21-34.

TURI, J.G. "Law and language at the beginning of the new millenium", *Histoire, Épistémologie, Langage*, tome XXV, fascicule 1, Société d'Histoire et d'Épistémologie des Sciences du Langage, Paris, 2003, pp. 7-17. DOI: 10.3406/hel.2003.2111. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/hel_0750-8069_2003_num_25_1_2111. Acesso em: 16 jan. 2019.

TURI, J.G. Language Law and Language Rights", *Acta Academica*, vol. 41, n. 1, University of the Free State, Bloemfontein, 2009, pp. 126-143. Disponível em: https://journals.ufs.ac.za/index.php/aa/article/view/1195/1182. Acesso em: 28 maio 2020.

TURI, J.G. "Law, Language and the Multilingual State", in: BROHY, C. et al. (ed.). *Law, Language and the Multilingual State: Proceedings of the 12th International Conference of the International Academy of Linguistic Law*, SUN MeDIA, Bloemfontein, 2012a, pp. 71-83.

TURI, J.G. "Language law and language rights: perspectives on legal intervention and language diversity", *International Journal of Law, Language & Discourse*, vol. 2, n. 4, Academic Scholars Publishing House, Daw Park, 2012b, pp. 1-18. Disponível em: https://www.ijlld.com/wp-content/uploads/pdf/Free-Journals/IJLLD2-4-2012/joseph-g.%20turi%20language%20law%20and%20language%20rights.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

TURI, J.G. "Comparative Linguistic Law and Nonkilling Linguistics", in: FRIEDRICH, Patricia. (ed.). *Nonkilling Linguistics: Practical Applications*, Center for Golbal Nonokilling, Honolulu, 2012c, pp. 121-132. Disponível em: http://w.nonkilling.org/pdf/nklinguistics.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

TURI, J.G. "Linguistic Legislation", in: CHAPELLE, Carol A. (ed.). *The Encyclopedia of Applied Linguistics*, vol. 6, Wiley-Blackwell, Chichester, 2013, pp. 3480-3486. DOI: 10.1002/9781405198431.wbeal0720. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/9781405198431.wbeal0720. Acesso em: 10 jun. 2020.

UNESCO (UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION). *Decision 150 EX/37. World Conference on Linguistic Rights: Barcelona Declaration*, Executive Board, Paris, 10 oct. 1996. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000104267. Acesso em: 22 nov. 2020.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA. "Le statut de langue nationale", in: UNIVERSITÉ D'OTTAWA. *Compendium de l'aménagement linguistique au Canada*, Institut des langues officielles et du bilinguisme, Ottawa, 2021a. Disponível em: https://www.uottawa.ca/calc/statut-langue-nationale. Acesso em: 25 fev. 2021.

UNIVERSITÉ D'OTTAWA. "Cadre juridique", in: UNIVERSITÉ D'OTTAWA. *Compendium de l'aménagement linguistique au Canada*, Institut des langues officielles et du bilinguisme, Ottawa, 2021b. Disponível em: https://www.uottawa.ca/calc/legislative-framework. Acesso em: 25 fev. 2021.

VARENNES, F. *Language, minorities and human rights*, Maastricht University, Maastricht, 1996. Disponível em: https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/684796/guid-c3b04fa5-cce7-4efa-8441-b1290dbc7fab-ASSET3.0.pdf. Acesso em: 4 jun. 2020.

VIEYTEZ, E.J.R. "Lenguas oficiales y lenguas minoritarias: cuestiones sobre su estatuto jurídico a través del derecho comparado", in: VVAA. *II Simposi*

Internacional Mercator: Europa 2004: Un nou marc per a totes les llengües?, Centre Internacional Escarré per a les Minories Ètniques i les Nacions, Terragona, 2004. Disponível em: http://web.archive.org/web/20070220132939/http://www.ciemen.cat/mercator/pdf/simp-vieytez.pdf. Acesso em: 17 dez. 2020.

VIEYTEZ, E.J.R. "Lenguas y Constitución: una visión del derecho lingüístico comparado en Europa", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 72, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, mayo/ago. 2005, pp. 231-276. Disponível em: https://apps.euskadi.eus/t59auUdaWar/R2/getPidFile/09029670801189e8?fileName=07%20RVAP%2072%2Epdf&R01HNoPortal=true. Acesso em: 15 jan. 2020.

WITTE, B. "Linguistic Equality. A Study in Comparative Constitucional Law", *Revista de Llengua i Dret*, n. 6, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, des. 1985, pp. 43-126. Disponível em: http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/1457/n6-witte-en.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

WITTE, B. "L'évolution des droits linguistiques (1983-2008)", *Revista de Llengua i Dret*, n. 51, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, juny 2009, pp. 47-61. Disponível em: http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rld/article/view/2264/n51-witte-fr.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 272-286
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Los Protocolos Autónomos de Consulta Previa en la Amazonia brasileña y la lucha por la ciudad de la Floresta

The Autonomous Prior Consultation Protocols in the brazilian Amazon and the fight for the Forest city

Heline Sivini Ferreira[1]
Ygor de Siqueira Mendes Mendonça[2]
Pontifícia Universidad Católica de Paraná (PUCPR)
Carla Maria Peixoto Pereira[3]
Universidad Federal de Pará (UFPA)

Sumario: 1. Introducción. 2. La Amazonia brasileña y la ciudad de la Floresta. 3. El desequilibrio socioambiental provocado por las ciudades en la Floresta y la lucha por la ciudad de la Floresta. 4. Protocolos autónomos de consulta previa y la instrumentalización de la lucha por la ciudad de la Floresta. 5. Conclusión. 6. Bibliografia.

Resumen: La Amazonia es considerada un conjunto de ecosistemas caracterizados, principalmente, por su rica sociobiodiversidad. Sin embargo, a lo largo del tiempo, se ha producido un proceso desordenado de ocupación y un consecuente cambio en la dinámica de urbanización de la región en su porción brasileña. Por eso, es necesario desarrollar instrumentos que formalicen y fortalezcan la lucha por la lógica de la ciudad de la Floresta, como es el caso de los Protocolos Autónomos de Consulta Previa (PACP). Así, el objetivo de esta investigación es analizar la relación entre los PACP y la garantía del derecho a la ciudad en la ciudad de la Floresta. Para esto, se utilizó el enfoque deductivo y el análisis de datos bibliográficos y documentales como técnica de investigación. Como resultado, se observó que los PACP pueden ser considerados instrumentos operativos tanto del derecho a la consulta como de la ciudad como espacio de encuentro.

[1] Profesora del Curso de Pregrado y del Programa de Postgrado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUCPR). Doctora y Máster en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordinadora Regional de la Asociación de Profesores de Derecho Ambiental de Brasil (APRODAB-Sul). Directora de Asuntos Internacionales del Instituto El Derecho para un Planeta Verde (IDPV). Miembro de la Comisión Mundial de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Correo electrónico: hsivini@yahoo.com.br.

[2] Doctorando en Derecho Socioambiental y Sostenibilidad en la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUCPR), con un período de investigación en curso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra (FDUC). Máster en Desarrollo Socioambiental por el Centro de Altos Estudios Amazónicos de la Universidad Federal de Pará (NAEA/UFPA). Especialista en ESG por el Instituto de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Lisboa (ICSP/UL) y en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad de Amazonia (UNAMA). Abogado y becario CAPES. Correo electrónico: ygoor.mendes@gmail.com

[3] Doctoranda en Desarrollo Socioambiental por el Centro de Altos Estudios Amazónicos de la Universidad Federal de Pará (NAEA/UFPA). Máster en Derecho, Políticas Públicas y Desarrollo Regional por el Centro Universitario del Estado de Pará (PPGD/CESUPA). Profesora del Curso de Pregrado y del Programa de Postgrado en Derecho. Corre electrónico: carla_peixoto@hotmail.com.

Recibido: 03/04/2023
Aceptado: 10/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043854

Palabras clave: Amazonia brasileña; ciudad de la Floresta; derecho a la ciudad; protocolos autónomos de consulta previa; pueblos y comunidades tradicionales.

Abstract: The Amazon is considered a set of ecosystems, characterized mainly by its rich socio-biodiversity. However, over time, there has been a disorderly process of occupation and the consequent change in the dynamics of urbanization of the region in its Brazilian portion. Therefore, it is necessary to develop instruments that formalize and strengthen the fight for the logic of the forest city, as is the case of the Autonomous Protocols for Prior Consultation (PACP). Thus, the objective of this research is to analyze the relationship between PACPs and the guarantee of the right to the city in the forest city. For this purpose, the deductive approach and the analysis of bibliographic and documentary data were used as a research technique. As a result, it was observed that the PACPs can be considered operational instruments of both the right to consultation and the city as a meeting space.

Keywords: Brazilian amazon; forest city; right to the city; autonomous protocols for prior consultation; traditional peoples and communities.

1 Introducción

La Amazonia está compuesta por una rica sociobiodiversidad. Es un espacio multiétnico y multicultural que sirve de escenario para la coexistencia de diferentes actores y procesos en un sistema de vínculos simbólicos que se desarrolla entre la naturaleza y los seres humanos. A pesar de la singularidad de toda esta riqueza, se sabe que la Amazonia ha sufrido un proceso de ocupación desordenado a lo largo del tiempo, el cual ha afectado significativamente a la dinámica de urbanización de la región.

La racionalidad de producción y explotación del espacio amazónico impuesta por la modernidad ha comenzado a distanciar y, muchas veces, a inviabilizar las relaciones de pertenencia e intercambio de sus pueblos con el espacio *in natura*[4]. Forzados a un proceso de reestructuración de sus formas de ser y de vivir, estos pueblos han visto surgir en la región amazónica un nuevo patrón urbano que discrepa, confronta y destruye culturas y tradiciones fuertemente arraigadas. Frente a este escenario, un nuevo concepto de luchas urbanas gana espacio en las agendas actuales, incluso protagonismo internacional, redimensionando la perspectiva del derecho a la ciudad.

Como resultado, surge la idea de la ciudad de la Floresta para fortalecer las relaciones de pertenencia de los pueblos y comunidades tradicionales[5], respetando, especialmente, la relación simbiótica de estos sujetos con el medio ambiente que habitan. Sin embargo, es necesario pensar e identificar instrumentos normativos que permitan instrumentalizar las luchas y la re-existencia frente a la racionalidad moderna. En este contexto, merecen destacarse los Protocolos Autónomos de Consulta Previa (PACP), que representan la consolidación de derechos como la autonomía, la autodeterminación y el autogobierno de sus sujetos – los pueblos de la Floresta.

En resumen, los PACP operan en el ámbito del derecho a la Consulta Libre, Previa e Informada (CPLI), previsto esencialmente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y buscan formalizar los medios por los cuales los procesos consultivos deben ser realizados. Sin embargo, cabe preguntarse

[4] MENDONÇA, Y. S. M.; FERREIRA, H. S. "A ecologização do Direito Ambiental e seus reflexos no Poder Judiciário brasileiro: tendências da governança judicial ecológica". *Revista Brasileira de Direito Animais*, nº 17, p. 1-23.

[5] En esta investigación se utilizarán los términos "pueblos y comunidades tradicionales" y "pueblos de la Floresta" como sinónimos.

por la relación entre estos instrumentos y la lucha por el derecho a la ciudad y el equilibrio socioambiental, más allá de la exigencia del propio derecho a la consulta. Al fin y al cabo, los estudios realizados sobre el CPLI raramente abordan la relación entre los PACP y la garantía de otros derechos humanos y fundamentales, como el derecho a la ciudad.

Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo tiene como objetivo general analizar la relación entre los PACP y la garantía del derecho a la ciudad dentro de la ciudad de la Floresta. En cuanto a la metodología, se usó el método de abordaje deductivo. Com respecto a a las técnicas de investigación, se utilizaron la encuesta y el análisis de datos bibliográficos y documentales.

A partir del objetivo presentado, se busca en principio destacar la relación entre la Amazonia brasileña y la ciudad de la Floresta, resaltando la necesidad de protección de la sociobiodiversidad amazónica frente a los proyectos de desarrollo implementados en la región. En la secuencia, se muestra cómo la lógica de la ciudad en la Floresta provoca desequilibrios socioambientales, lo que comprende un enfoque necesario para comprender la importancia de la búsqueda de instrumentos capaces de operacionalizar la ciudad como encuentro. Esto será mejor desarrollado al final, en el análisis de PACP y la instrumentación de los derechos de los pueblos y comunidades tradicionales.

2 La amazonia brasileña y la ciudad de la Floresta

La Amazonia es casi mítica. Su concepto y representatividad varían según las áreas de conocimiento. La importancia de su sociobiodiversidad es prácticamente incalculable. Territorio escénico de nueve países, el bioma amazónico se extiende por aproximadamente 6,9 millones de kilómetros cuadrados, cubriendo gran parte de la cuenca amazónica y dando lugar a la mayor Floresta tropical del planeta[6].

A menudo interpretada como una única región, la floresta amazónica está compuesta por muchas otras florestas que albergan diversos tipos de vegetación. Amazonia y Floresta, así, caminan juntas en una única hermenéutica de características peculiares y diversas. Para Silveira, "[...] la Amazonia no es una y homogénea, como la presentan las construcciones de ideas y discursos. La Amazonia es varios mundos. Es, sobre todo, diversidad. Es sociobiodiversidad, una sola palabra para lo que no se puede dividir ni separar"[7].

Además, Simonian, Silva y Baptista[8] afirman que todo en la Amazonia tiene proporciones gigantescas: "[...] tiene el río más caudaloso del planeta; es el mayor conjunto continuo de bosques tropicales y una de las mayores biodiversidades del mundo". Este espacio de superlativos ocupa más del 50% de Sudamérica, y sus habitantes representan gran parte de la diversidad étnica y cultural del planeta. Sus bosques y aguas son múltiples y la región posee, en Brasil, el río más largo del mundo: el río Amazonas[9].

En medio de esta inmensidad, se encuentran los pueblos de la Floresta. Responsables de una parte sustancial de la construcción del imaginario y de la realidad amazónica, estos pueblos establecen lazos simbólicos con la naturaleza y ejercen sus medios tradicionales de subsistencia[10]. Para Oliveira, la categoría de

---

[6] FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *População e desenvolvimento sustentável na Amazônia,* Ed. UNFPA, Brasília, 2015.

[7] SILVEIRA, A. F. *Impactos socioambientais em Açailândia, Maranhão: a atuação do Estado para viabilizar projetos de desenvolvimento na Amazônia*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019, p. 27.

[8] SIMONIAN, L. T. L.; SILVA, M. D. M.; BAPTISTA, E. R. *Formação Socioambiental na Amazônia*, Ed. NAEA, Belém, 2015, p. 14.

[9] INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. "Estudo do INPE indica que o rio Amazonas é 140 km mais extenso do que o Nilo", *INPE*, nº 01, 2008, p. 02.

[10] BALÉE, W. *Indigenous transformations of Amazonia forests: an example from Maranhão, brazil*. Ed. L'Homme, Paris, 1993, p. 126-128.

pueblos tradicionales tiene un primer hito histórico: "[...] la constitución de la vinculación de lo 'tradicional' a determinados segmentos de la población, conectándolos a ideas de traba al desarrollo, atraso o subdesarrollo"[11] – y esto porque están en una dirección contraria al modo de vida capitalista y a los ideales de la civilización.

Sin embargo, es posible afirmar que las categorías relacionadas con los pueblos y comunidades tradicionales corresponden, de hecho, a una identidad colectiva que tiene la capacidad de desarrollar y destacar sus propias formas de vida de integración e intimidad con la naturaleza. En otras palabras, los pueblos de la Floresta "[...] pertenecen a la naturaleza y encuentran en ella sus propios significados, además de depender de ella cultural y espiritualmente"[12]. Pueden considerarse, por tanto, grupos que se relacionan de forma muy íntima con los elementos naturales, en una simbiosis que hace del medio ambiente una parte inseparable de sus vidas.

Así, desde cualquier ángulo que se estudie la región, es posible percibir la riqueza amazónica y la complejidad de sus características. La heterogeneidad actual permite reconocer que la Amazonia, en su conjunto, no es sólo un lugar privilegiado por su biodiversidad, sino también por la sociodiversidad existente. Y esto también se aplica a la parte brasileña de la Floresta.

Comprendiendo nueve estados, la Amazonia brasileña contiene más del 60% de la extensión territorial del país[13]. Esta extensión representa un atractivo inconmensurable de importancia estratégica nacional e internacional. En este gran territorio, hablar de biodiversidad y sociodiversidad amazónica es destacar la existencia de grupos culturalmente diferenciados que poseen formas de vida adecuadas a las especificidades de la región.

Además, y todavia según Simonian, da Silva y Baptista, "[...] la Amazonia no es brasileña por determinación natural o vocación metafísica. Más bien, se debe a la confluencia de historias que fluyeron en diferentes direcciones, como los ríos de la región, hasta formar un poderoso curso unitario"[14]. Esta característica es esencial, incluso en la comprensión de las relaciones e intercambios existentes entre la gente de la Floresta y la naturaleza.

Por eso, es importante promover la conciencia de que los proyectos de desarrollo y las actividades implementadas en la región deben considerar la experiencia y la historia de la naturaleza y de los pueblos que la habitan. Después de todo, es evidente que los programas gubernamentales de desarrollo ejecutados en la región amazónica afectan profundamente las estructuras de la región[15]. Desde esta perspectiva, se destaca que el proceso de colonización en la Amazonia "[...] no significó el establecimiento de una política colonial para poblar la región, sino, por el contrario, el asentamiento de núcleos coloniales que tenían como objetivo la conquista y no el poblamiento territorial "[16].

---

[11] OLIVEIRA, A. C. *Direitos e/ou povos e comunidades tradicionais: noções de classificação em disputa,* Ed. UFPR, Curitiba, 2013, p. 71-85.

[12] SILVEIRA, A. F. *Impactos socioambientais em Açailândia, Maranhão: a atuação do Estado para viabilizar projetos de desenvolvimento na Amazônia*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019, p. 24.

[13] MARTHA JÚNIOR, G. B; CONTINI, E.; NAVARRO, Z. *Caraterização da Amazônia Legal e macrotendências do ambiente externo. Ed. Embrapa Estudos e Capacitação*, Brasília, 2011.

[14] SIMONIAN, L. T. L.; SILVA, M. D. M.; BAPTISTA, E. R. *Formação Socioambiental na Amazônia*, Ed. NAEA, Belém, 2015, p. 15.

[15] HURTIENNE, T. P. *Agricultura familiar e desenvolvimento rural sustentável na Amazônia*, Ed. NAEA, Belém, 2005, p. 20.

[16] SILVA, E. C. *Raízes Amazônicas, universidade e desenvolvimento regional*. Ed NAEA, Belém, 2009, p. 05.

Esta idea de conquista se perpetuó en la lógica del colonizador e impuso una política de integración exógena, cuyos proyectos no demostraron – ni demuestran – ninguna preocupación por la naturaleza y los modos de vida tradicionales. En lo que respecta a la porción brasileña de la región amazónica, el proceso de colonización no ocurrió de forma diferente. Esto se debe a que, según Silveira, "[...] las ideas predominantes que se tienen sobre la Amazonia son las fabricadas desde fuera hacia dentro, siempre teniendo en cuenta la finalidad del momento político-económico elegido por el colonizador"[17].

En este contexto, Trindade Júnior[18] afirma que la Amazonia se convirtió en una frontera económica del capitalismo, así como de la acción política del Estado durante el proceso de planificación territorial brasileño a partir de la década de 1960. Bajo el discurso del progreso asociado al desarrollo económico, se vio la oportunidad de explotar los recursos naturales amazónicos, por lo que el Estado desarrolló una infraestructura a través de programas y planes para que este propósito pudiera ser alcanzado. Al respecto, Trindade Júnior prosigue[19]:

> [...] El discurso que transmite la carga simbólica de la nueva ordenación espacial amazónica, invariablemente asociada a la idea de modernidad y que opone la tradición y los modos de vida existentes a una nueva racionalidad impregnada de innovación y que seduce a través de la idea de modernidad, progreso y crecimiento económico

A su vez, Kholhepp[20] explica que en 1966 se inició la "Operação Amazônia" (Operación Amazonia), conducida por la Superintendencia para el Desarrollo de la Amazonia (SUDAM). En esta ocasión, la planificación regional de la Amazonia se realizó a partir de un modelo desarrollista que buscaba el crecimiento económico del Estado, apoyando al gobierno militar dictatorial de la época. Éste, a su vez, debía corroborar el sistema político como hábil gestor de un Estado que pretendía ser el líder de lo que entonces se llamaba el "tercer mundo"[21].

De hecho, la planificación regional en la región amazónica se divide en seis fases, de las cuales las tres primeras son cruciales para el surgimiento y la consolidación de las ciudades-empresa: la fase inicial ocurrió en la primera mitad de la década de 1970, con el Programa de Integración Nacional (PIN), cuyo enfoque principal era implantar infraestructuras mediante la planificación de ejes de desarrollo. La principal característica del PIN fue la construcción de carreteras -como la Transamazónica- para facilitar la colonización orquestada por el Estado. Con el slogan "Hay tierra para todos en la Amazonia", propagado por el gobierno militar autoritario, se inició un proceso de migración masiva hacia la Amazonia[22].

La segunda fase se ejecutó con el Programa Polamazônia[23], a partir de 1974. Este Programa coincidió con el "milagro económico" y su objetivo era hacer la

---

[17] SILVEIRA, A. F. *Impactos socioambientais em Açailândia, Maranhão: a atuação do Estado para viabilizar projetos de desenvolvimento na Amazônia*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019, p. 22.

[18] TRINDADE JÚNIOR, S. C. *Formação metropolitana de Belém (1960- 1997)*, Ed. Paka-Tatatu, Belém, 2016.

[19] TRINDADE JÚNIOR, S. C. "Cidades na floresta: os 'grandes objetos' como expressões do meio técnico científico informacional no espaço amazônico". *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, nº 51, 2010, p. 113-137.

[20] KOHLHEPP, G. "Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira", *Estudos Avançados*, nº 45, 2002, p. 37-61.

[21] GUMIERO, R. F. *Políticas de Desenvolvimento da Amazônia: balanço do planejamento multiescalar da PAS-PDRS e os PPAs do Pará*, Ed. ENANPUR, Minas Gerais, 2021.

[22] KOHLHEPP, G. "Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira", *Estudos Avançados*, nº 45, 2002, p. 37-61.

[23] FERREIRA, R. C.; OLIVEIRA, A. F. "As políticas de desenvolvimento regional na Amazônia Brasileira", *Revista Building the way*, nº 1, 2018, p. 1-19.

Amazonia más apetecible para el mercado privado, con una planificación basada en el concepto de polos de crecimiento previstos en el Segundo Plan Nacional de Desarrollo – que duró de 1975 a 1979. Se estima que sólo con el incentivo a las actividades ganaderas en la región amazónica, fueron devastados aproximadamente 140 mil kilómetros cuadrados de área forestal, además de los daños causados por la extracción de recursos minerales. Esta segunda fase no alcanzó su objetivo de concentración descentralizada del desarrollo y acabó aumentando aún más las disparidades inter e intrarregionales ya existentes[24].

El fracaso del Programa Polamazonia dio lugar a la planificación de la tercera fase, llevada a cabo por el gobierno militar dictatorial a principios de la década de 1980 a través de los Programas Integrados de Desarrollo Rural. Estos Programas incluían el Polonoroeste (Rondônia y Oeste de Mato Grosso), además de megaproyectos e iniciativas implantadas en la Amazonia Legal Oriental. Las decisiones se tomaron de forma totalmente autoritaria, sin ninguna preocupación por las cuestiones regionales – ni siquiera una consulta al SUDAM[25].

Fue durante este período que el "Gran Carajás "[26], el mayor proyecto desarrollista implantado en la época, alcanzó su apogeo, implantando grandes obras de infraestructura, industrias básicas y minería -como el Ferrocarril de Carajás y la Usina Hidroeléctrica de Tucuruí[27]. Esta gran intervención en el espacio amazónico se produjo de forma invasiva y truculenta, provocando intencionadamente un importante flujo migratorio de poblaciones de otras partes de Brasil, lo que se tradujo en un índice de urbanización, crecimiento demográfico y número de ciudades superior a la media nacional. Sin embargo, la atracción de migrantes también fue una estrategia del Estado para poder disponer de mano de obra excedente para el sistema capitalista y, en consecuencia, de un control social más efectivo sobre la zona.

Así, el Estado es el mayor coordinador de las acciones vinculadas al capital en la región, con el objetivo de la ya mencionada organización de la mano de obra excedente, la instalación de una base de operaciones de grandes proyectos y su relación con los centros de decisión hegemónicos para garantizar el flujo de capital, bienes e información[28]. Por lo tanto, la región amazónica se incorporó a la división internacional del trabajo y a la ideología urbana moderna, esencialmente diferente del modo de vida original de la región. De hecho, este modelo comenzó a difundirse cambiando el modo y el ritmo de vida de sus habitantes, contribuyendo también a una reestructuración del modo de vida que se convirtió además en medio y condición para la supervivencia del sistema capitalista en este espacio.

En este escenario, las principales características de la reconfiguración espacial en la región amazónica pasaron a ser la consolidación de los centros locales y regionales y la creación de nuevas ciudades debido a la colonización y a los proyectos económicos, con el consecuente debilitamiento de las ciudades que tenían un modo de vida amazónico – como las que utilizaban el transporte fluvial como principal medio de locomoción y las no afectadas directamente por la colonización y los

[24] KOHLHEPP, G. "Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira", *Estudos Avançados*, nº 45, 2002, p. 37-61.

[25] KOHLHEPP, G. "Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira", *Estudos Avançados*, nº 45, 2002, p. 37-61.

[26] Para saber más informaciones sobre el projeto, ver TROCATE, M. Z. C*. A questão mineral no Brasil*, Ed. iGuana, São Paulo, 2015.

[27] KOHLHEPP, G. "Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira", *Estudos Avançados*, nº 45, 2002, p. 37-61.

[28] KOHLHEPP, G. "Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira", *Estudos Avançados*, nº 45, 2002, p. 37-61

proyectos económicos. También hubo un éxodo de la población hacia las capitales de los Estados[29].

Además, este proceso de metropolización se aceleró debido a la concentración urbana en las capitales de los estados, lo que exigió una renovación de los centros urbanos a través de intervenciones urbanísticas. Este proceso también fue responsable por la generación de nuevos núcleos urbanos (o sea, no ribereños), que surgieron como resultado de la valorización del suelo, rompiendo con la estructuración urbana existente hasta ese momento. Esta ruptura paradigmática dio origen a estudios sobre la diversidad de la dinámica espacial del territorio amazónico, que fue reestructurado bajo la coordinación del Estado para atender al sistema de producción capitalista.

Para comprender mejor esta nueva forma de organización de los centros urbanos, Trindade Júnior[30] --inspirado en el geógrafo bahiano Milton Santos- propone una tipología cuyo alcance permite visualizar mejor los cambios que la intensa producción capitalista del espacio provocó en el territorio amazónico: ciudades de la Floresta y ciudades en la Floresta. Introductoriamente, la "ciudad de la Floresta" representa los núcleos de pequeñas ciudades que predominaron hasta la década de 1960, cuando la Amazonia comenzó a integrarse a las demás regiones del país. Son espacios marcados por un ritmo lento, con fuertes vínculos con el río, con la naturaleza y por lazos sociales con las comunidades que vivían y viven a su alrededor – contrastando con la lógica de las ciudades en la Floresta.

Estas últimas, a su vez, corresponden a los núcleos urbanos surgidos a partir de la década de 1960, inicialmente planificados por el gobierno militar y destinados a atender los proyectos colonizadores y económicos que difundieron hábitos sociales y de consumo no autóctonos de la región. Además, es importante destacar que las ciudades en y de la Floresta no son mutuamente excluyentes, por lo que es posible encontrar en un mismo núcleo urbano ciudades en y de la Floresta. En esta perspectiva, es de suma importancia la comprensión del desequilibrio socioambiental causado por la expansión de las ciudades en la Floresta y la búsqueda del fortalecimiento de la ciudad de la Floresta. Estos temas serán profundizados en la próxima sección.

3 El desequilibrio socioambiental provocado por las ciudades en la Floresta y la lucha por la ciudad de la Floresta

En el ámbito de la realidad amazónica, la Floresta está asociada a una particularidad regional y, en muchas situaciones, Floresta y Amazonia aparecen como sinónimos[31]. Así, al tratar de las ciudades amazónicas, buscamos traer la analogía propuesta por Trindade Júnior[32], seguida por Pereira[33], que se refiere a "ciudades en la Floresta" y "ciudades de la Floresta". Esto se debe a que, desde el punto de vista del derecho a la ciudad y de acuerdo con Harvey[34], la comprensión de las ciudades

[29] KOHLHEPP, G. "Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira", *Estudos Avançados*, nº 45, 2002, p. 37-61.

[30] TRINDADE JÚNIOR, S. C. "Cidades na floresta: os 'grandes objetos' como expressões do meio técnico científico informacional no espaço amazônico". *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, nº 51, 2010, p. 113-137.

[31] SIMONIAN, L. T. L.; DA SILVA, M. D. M.; BAPTISTA, E. R. *Formação Socioambiental na Amazônia*, Ed. NAEA, Belém, 2015.

[32] TRINDADE JÚNIOR, S. C. "Cidades na floresta: os 'grandes objetos' como expressões do meio técnico científico informacional no espaço amazônico". *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, nº 51, 2010, p. 113-137.

[33] PEREIRA, C. M. P. *Direito à moradia adequada na cidadã na floresta: a geografia do capitalismo em Barcarena/PA*, Ed. Lumen Juris, São Paulo, 2019, p. 71.

[34] HARVEY, D. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2014.

debe estar vinculada a los sistemas socioecológicos, que se dan de manera diferente cuando se comparan desde una perspectiva u otra.

Según Trindade Júnior[35], hasta la década de 1960 las ciudades de la Floresta eran las más comunes. Estas ciudades tienen una relación amplia y directa con el espacio *in natura* y establecen fuertes vínculos tanto con su entorno o localidades próximas, como con la vida rural no-moderna. Son ciudades que presentan "[...] una interacción funcional y simbólica con este entorno ecológico, a pesar de los cambios experimentados y de la asimilación de nuevos valores socioculturales muy específicos del mundo globalizado"[36]. Las ciudades de la Floresta representan ciudades locales que hacen uso de los recursos de la naturaleza más allá de la práctica depredadora y consumista, como es el caso de las ciudades capitalistas.

Las ciudades de la Floresta, por tanto, son espacios construidos históricamente a partir de una estrecha relación con la naturaleza, siendo ésta esencialmente parte de los medios de vida, subsistencia e incluso desarrollo de las personas que las habitan. Son espacios situados en el propio territorio de la Floresta, pero que no hacen un uso depredador o insostenible de la biodiversidad presente en la región. Los lazos simbólicos, tradiciones, costumbres y formas de vida consolidan la horizontalidad presente en la relación entre los pueblos y la naturaleza.

Un claro ejemplo de ciudad de la Floresta son las ciudades ribereñas, que presentan una intensa sinergia con su entorno y un fuerte arraigo local, siendo consideradas, en esta lógica, "ciudades forestales por excelencia"[37]. Estas ciudades utilizan los elementos de la naturaleza de las formas más variadas: para uso, para ocio y para perpetuar su propia cultura y tradición. Sin embargo, especialmente tras la Revolución Industrial y los efectos de la globalización, estos vínculos con el ritmo de las Floresta se han vuelto cada vez más "invisibles", siendo negados por la racionalidad moderna en el proceso de construcción de lo urbano y de la civilización[38].

La perspectiva de las ciudades en la Floresta, a su vezsurge estableciendo una nueva dinámica en la relación con la naturaleza. Y es en este espacio, a menudo ya habitado, donde se establecen los núcleos urbanos, creados para apoyar y atender los proyectos económicos implantados o en curso. Con ello, se crean y difunden nuevos hábitos sociales y de consumo, articulándose las ciudades principalmente en torno a demandas externas a la región y que atribuyen una relevancia secundaria a las dinámicas preexistentes.

En estos casos, se puede afirmar que hay poca o casi ninguna integración con el simbolismo del espacio *in natura*. Además, según Trindade Junior[39], la implantación de estos núcleos urbanos establece:

> a) un nuevo patrón urbano en la Amazonia, hasta entonces poco presente en el paisaje regional; b) una nueva racionalidad a la nueva producción económica, asociada a la lógica de acumulación flexible

[35] TRINDADE JÚNIOR, S. C. "Cidades na floresta: os 'grandes objetos' como expressões do meio técnico científico informacional no espaço amazônico". *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, nº 51, 2010, p. 113-137.

[36] TRINDADE JÚNIOR, S. C. *Das "cidades na floresta" às "cidades da floresta": espaço, ambiente e urbanodiversidade na Amazônia Brasileira*, Ed. NAEA, Belém, 2013, p. 6.

[37] TRINDADE JÚNIOR, S. C. "Cidades na floresta: os 'grandes objetos' como expressões do meio técnico científico informacional no espaço amazônico". *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, nº 51, 2010, p. 118.

[38] MOREIRA, E. C. P. *Justiça Socioambiental e Direitos Humanos:Uma analise a partir dos direitos territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017.

[39] TRINDADE JÚNIOR, S. C. "Cidades na floresta: os 'grandes objetos' como expressões do meio técnico científico informacional no espaço amazônico". *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, nº 51, 2010, p. 118.

> que marca la reproducción contemporánea del sistema capitalista; c) el apoyo logístico a los "grandes objetos", ya sean relacionados con la exploración minera, las industrias de transformación primaria o las centrales hidroeléctricas; d) la inserción de mano de obra especializada, traída para permitir el funcionamiento de esta nueva racionalidad en el espacio regional, hasta entonces poco denso técnicamente y poco insertado en la modernidad de las formas de producción contemporáneas; e) la negación de la red urbana regional existente; e) la conexión regional con los nuevos circuitos globales de producción.

Desde esta perspectiva, se observa que las ciudades en la Floresta también reproducen la lógica de la ciudad-empresa[40] en la Amazonia, dado que desarrollan vínculos con actores externos a la realidad regional y lazos más fuertes con la realidad externa. En consecuencia, la Floresta acaba perdiendo sus relaciones simbólicas y pasa a consolidar la función meramente de espacio de explotación económica[41]. Se diferencian de las ciudades de la Floresta principalmente por la distancia de la interacción armónica con el medio natural.

Es innegable que las actividades y proyectos que forman las ciudades en la Floresta afectan directamente las condiciones básicas de vida de los pueblos de la Floresta, resultando muchas veces en procesos de reasentamiento y pérdida de gran parte de sus territorios. Se produce así una importante reorganización de la dinámica de la región, en la que las ciudades en la Floresta segregan los modos de vida, desatendiendolas necesidades intrínsecas de la Amazonia.

En este segmento, se puede afirmar que las ciudades en la Floresta tienden a promover un fuerte desequilibrio socioambiental en las ciudades amazónicas, ya que al implementar modelos de desarrollo insostenibles[42], no permiten que las formas de vida tradicionales sean tomadas en cuenta en el proceso de construcción del nuevo orden urbano en la región. Además, estas ciudades capitalistas aniquilan e imposibilitan lo diferente, negandoque lo diferente es lo que se impone y no lo que ya existe. La lógica de producción y expansión del capital afecta así a toda la sociobiodiversidad de la Amazonia brasileña, especialmente en lo que se refiere a los medios tradicionales de vida, subsistencia y desarrollo de los pueblos y comunidades tradicionales.

En este escenario, la discusión sobre el propio derecho a la ciudad cobra relevancia. La idea del derecho a la ciudad surgió a través del filósofo Henri Lefebvre[43], quien propuso una reformulación de lo urbano sugiriendo -en última instancia-, a través de la razón práctica, el derecho a la ciudad. Utilizando lo que él considera los problemas de la ciudad moderna para justificar la necesidad de repensar la ciudad -además de basar su tesis en la teoría marxista- Lefebvre construye el derecho a la ciudad como un medio para recuperar el habitar perdido debido a la instrumentalización de la ciudad por el capital y su influencia en la construcción de este espacio.

De esta forma, el filósofo presenta el derecho a la ciudad como una renovación de la vida urbana que ocurre a través de una democracia y un humanismo revisitados, y que debe ser vista y estudiada a través de una nueva perspectiva que tiene como punto de partida el proceso de industrialización, relacionando este proceso con la urbanización de las ciudades en la sociedad de consumo. De esta forma, la ciudad pasa de tener un valor de uso, y no de cambio. Así, elproletariado es capaz de promover este cambio revolucionario en la ciudad al considerarla, por un lado, una obra y, por otro, al enfrentar los problemas de la segregación y la necesidad de

---

[40] ROLNIK, R. *O que é cidade*, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2009.

[41] PEREIRA, C. M. P. *Direito à moradia adequada na cidadã na floresta: a geografia do capitalismo em Barcarena/PA*, Ed. Lumen Juris, São Paulo, 2019.

[42] SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Ed. Garamond, Rio de Janeiro, 2009.

[43] LEFEBVRE, H. *O direito à* cidade, Ed. Centauro, São Paulo, 2001.

reforma urbana con el cambio en los centros de decisión, utilizando la ciencia urbana como instrumento y cumpliendo su misión.

Es necesario un cambio paradigmático en la urbanización que ya no debe ser vista sólo en términos de crecimiento económico, sino que debe orientarse democráticamente teniendo como horizonte las necesidades sociales de sus usuarios y los nuevos bienes que éstos crean, con la reasunción del valor de uso como prioridad, dando lugar así a una nueva centralidad basada en lo lúdico y en la realización de los fines filosóficos de la ciudad. En este contexto, existen diversas formas de manifestación del derecho a la ciudad como forma de derechos, que implican el "[...] derecho a la libertad, a la individualización en la socialización, al hábitat y al habitar "[44]. El derecho a la ciudad, por lo tanto, se incluye en la lista de nuevos derechos de los ciudadanos.

En esta línea, Harvey[45] señala que el derecho a la ciudad depende de la significación que le otorgue el actor que la domina, por lo que constituye un concepto vacío de sentido. El geógrafo ve el derecho a la ciudad como una escala hacia el derrocamiento del sistema capitalista (y su búsqueda de la acumulación infinita), así como la destrucción de las estructuras de clase, poder y Estado. Con este sesgo disruptivo, el derecho a la ciudad es eminentemente un derecho humano colectivo, que va más allá del derecho a acceder a las infraestructuras y servicios urbanos para convertirse en el "[...] derecho a cambiar y reinventar la ciudad más acorde con nuestros deseos más profundos[...]" mediante el "[...] ejercicio del poder colectivo sobre el proceso de urbanización"[46].

Así, la idea de Harvey del derecho a la ciudad anima a la población a reivindicar el espacio urbano para poder ejercer cierto poder y decidir cómo construir su espacio. El geógrafo sostiene también que esta construcción se plasma en la "libertad de la ciudad"[47] , ya que no es posible disociar el tipo de persona que cada uno desea ser del tipo de ciudad que cada uno desea habitar. Esto ocurre precisamente porque la población está directamente influida por los espacios en los que circula, lo que interfiere en la determinación de las posibilidades de vida.

Esta propuesta de Harvey es coherente con una forma de resistencia de los habitantes de las ciudades al tratamiento de la ciudad como solo un negocio, especialmente en los territorios más afectados por las decisiones tomadas a distancia en un mundo globalizado, las cualesimpactan en el espacio con riesgos incalculables. Desde esta perspectiva, debido a la forma en que se ha urbanizado la Amazonia, se debe dar mayor importancia a la forma en que se construyen los espacios urbanos y rurales para que las peculiaridades de todos sus habitantes sean tenidas en cuenta en los procesos de toma de decisiones del Estado.

Aunque las propuestas teóricas aquí presentadas sobre el derecho a la ciudad sean muy amplias y se centren en cuestiones de democracia en la ciudad, en el ordenamiento jurídico brasileño – aunque se pueda hacer una lectura sistémica de la Constitución Federal de 1988 y vislumbrar el derecho a la ciudad implícitamente a partir de los derechos sociales enumerados en el artículo 6º, por ejemplo – sólo el Estatuto de la Ciudad proporciona una delimitación de lo que sería el derecho a la ciudad desde una perspectiva jurídica y explícita. Por esta razón, es necesario analizar alternativas jurídicas viables para consolidar la lógica de la ciudad como encuentro, traducida esencialmente por el derecho a la ciudad en la ciudad de la Floresta.

---

[44] LEFEBVRE, H. *O direito à* cidade, Ed. Centauro, São Paulo, 2001.

[45] HARVEY, D. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2014.

[46] HARVEY, D. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2014, p. 28.

[47] HARVEY, D. *A liberdade da cidade.* Ed. Boitempo, São Paulo, 2013.

En la búsqueda de una lógica de la ciudad que se oponga a la ciudad como negocio y que permita el mantenimiento de relaciones no depredadoras con la naturaleza, está también la búsqueda de la garantía de los derechos colectivos y fundamentales que se garantizan nacional e internacionalmente. Por eso, los PAPC surgen como la formalización de la lucha de los pueblos de la Floresta contra la lógica del capital, y pueden ser utilizados como medio de búsqueda del equilibrio socioambiental y de derechos en la ciudad de la Floresta, como se verá a continuación.

4 Protocolos autónomos de consulta previa y la instrumentalización de la lucha por la ciudad de la Floresta

Los PACP surgen en el marco del derecho a la CPLI, previsto esencialmente en el Convenio 169 de la OIT. En síntesis, el derecho a la CPLI establece que los sujetos del Convenio 169 deben ser consultados previamente siempre que las medidas legislativas o administrativas causen algún tipo de impacto en sus formas de vida o desarrollo. Con antelación,cualquier consulta que se realice para discutir únicamente los efectos de las medidas – y no su concepción misma – debe considerarse contraria a las directrices del Convenio.

Asimismo, los procesos consultivos deben considerar el carácter adecuado de las consultas, de forma que se respeten y tomen en consideración los valores y costumbres de cada pueblo o comunidad tradicional. El objetivo de esta determinación es evitar conductas paternalistas y asimilacionistas en la toma de decisiones[48]. Por esta razón, las consultas también deben realizarse sin ningún tipo de injerencia o presión externa, con el fin de eliminar el vicio tutelar de los Estados y del mercado que hacen inviable el empoderamiento de los pueblos de la Floresta en el proceso dialógico-consultivo de consulta.

También es importante considerar que, en la lectura de la Convención, es posible identificar que lossujetos tienen derecho a elegir sus prioridades en relación con el proceso de desarrollo en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual. Así, se puede afirmar que el derecho a la CPLI tiene como objetivo garantizar la igualdad de trato y de oportunidades en el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y humanos, propugnando un proceso transformador en la convivencia social. Esto se debe a que la CPLI es, en realidad, un instrumento de intermediación política entre los actores interesados en las medidas objeto de consulta.

Bajo este razonamiento, Mendonça[49] y Mendonça y Simonian[50] argumentan que la CPLI debe ser entendida como un instrumento para promover la participación activa de los sujetos de la Convención en los procesos consultivos y de toma de decisiones. Desde esta perspectiva, el derecho a la consulta se interpreta como un medio para posibilitar la participación de los pueblos de la Floresta en los procesos de toma de decisiones, con el fin de promover un espacio efectivo en el que los interesados puedan manifestarse a favor de sus derechos, dinámicas y relaciones de pertenencia. Como proponen Steinbrenner, Hurtienne y Pokorny[51], el objetivo deeste

---

[48] MENDONÇA, Y. S. M.; SIMONIAN, L. T. L. "O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA E À PARTICIPAÇÃO NO ESTADO DO PARÁ: 'Não, não, não, não é a mesma coisa não'", *ContraCorrente: Revista do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas*, nº 15, 2021, p. 133-151.

[49] MENDONÇA, Y. S. M. *Consulta prévia no estado do Pará: um estudo sob a perspectiva interdisciplinar da participação.* Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

[50] MENDONÇA, Y. S. M.; SIMONIAN, L. T. L. "O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA E À PARTICIPAÇÃO NO ESTADO DO PARÁ: 'Não, não, não, não é a mesma coisa não'", *ContraCorrente: Revista do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas*, nº 15, 2021, p. 133-151.

[51] STEINBRENNER, R.; HURTIENNE, T.; POKORNY, B. "Participação e comunicação: dilemas e

razonamiento es evitar que las consultas sean participativas, es decir, que resulten meramente formales o puntuales.

Sin embargo, el derecho a la CPLI ha sido utilizado como un simple canal de intercambio de información, lo que hace inviable el diálogo intercultural propuesto por Santos[52] en la construcción del desarrollo nacional. Esto ocurre principalmente debido a los vacíos normativos del Convenio 169, como la falta de regulación de los medios por los cuales se deben realizar las consultas. En efecto, Mendonça[53] demuestra que esta omisión normativa ha dado lugar a intentos infructuosos de regular el derecho a la CPLI en el país, como los Decretos Ejecutivos n. 1.969/2018 y 2.061/2018, promulgados en el estado de Pará.

En ambos casos, se buscó la regulación de la consulta como una medida estatal que viene "desde arriba", que no tiene en cuenta las demandas internas, ni las relaciones preexistentes en los proyectos de desarrollo propuestos. Por esta razón, la regulación – o más bien la estandarización – del derecho a la CPLI impregna la lógica de los Estados nacionales. Para Souza Filho[54] esta lógica refleja el momento en que los Estados, "[...] para garantizar algún derecho o establecer algún procedimiento", indican inmediatamente la elaboración de una legislación específica, independientemente del contexto y de las demandas concretas que están detrás de esta urgencia.

Así, se observa que la estandarización de la consulta no puede considerarse suficiente para tratar las peculiaridades internas de cada pueblo tradicional brasileño, especialmente teniendo en cuenta la sociobiodiversidad existente en la región amazónica. Es en este contexto que se verifica la necesidad de establecer instrumentos autónomos para la libre determinación de los pueblos tradicionales, con el fin de sustituir los modelos estatales de consulta infructuosos. Así, los PACP surgen como alternativa a los obstáculos resultantes de las lagunas normativas del Convenio 169[55].

En Brasil, el primer PACP fue creado por el pueblo indígena *Wajãpi* de Amapá y publicado en 2014, titulado "*Wajãpi kõ oõsãtamy wayvu oposikoa romõ ma´ë* Protocolo de Consulta y Consentimiento Wajãpi". Según datos proporcionados por la Red de Cooperación Amazónica (RCA)[56], actualmente hay treinta protocolos brasileños ya publicados que establecen la forma adecuada de consulta con los pueblos que tienen interacción con los ritmos de la Floresta, como los pueblos indígenas, quilombolas, ribereños y otros pueblos tradicionales.

En la Amazonia brasileña, el PACP de la Comunidad Abacatal Quilombola merece una mención especial por formalizar la lucha contra los daños causados por la expansión urbana en la Región Metropolitana de Belém, Pará. Construido también para exigir respeto y garantías para sus demandas y cosmovisiones en los procesos consultivos, el citado PACP registra la historia, la oralidad y las tradiciones de una comunidad que vive bajo la amenaza constante de los proyectos de desarrollo en el

---

desafios ao desenvolvimento", en CASTRO, E.; HURTIENNE, T.; SIMONIAN, L.; FENZL, N. *Atores sociais, trabalho e dinâmicas territoriais*, Ed. NAEA, Belém, 2007.

[52] SANTOS, B. S. "Para uma concepção multicultural de direitos humanos", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, 1997, p. 11-32.

[53] MENDONÇA, Y. S. M. *Consulta prévia no estado do Pará: um estudo sob a perspectiva interdisciplinar da participação.* Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

[54] SOUZA FILHO, C. F. M. *Protocolos de Consulta Prévia e o Direito à Livre Determinaçã*o, Ed. Fundação Rosa Luxemburgo, São Paulo, 2019, p. 32.

[55] MENDONÇA, Y. S. M. *Consulta prévia no estado do Pará: um estudo sob a perspectiva interdisciplinar da participação.* Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

[56] REDE DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA. "Consulta Prévia, Livre e Informada", *RCA*, São Paulo, nº 01, 2023, p. 6-10.

norte del país, ya sean estatales o privados. En él, el pueblo de Abacatal refuerza a quién se debe consultar, así como la forma en que se debe llevar a cabo la consulta:

> Se planifican varios proyectos, sobre los cuales ni siquiera somos consultados, pero que pueden afectar seriamente nuestro territorio, como autopistas e instalación de industrias, entre otros. Este tipo de emprendimientos generan una serie de impactos sobre nuestra identidad, que nos ha sido transmitida por nuestros antepasados a través de la memoria y la oralidad, y que es uno de nuestros mayores activos. La pérdida de nuestra cultura puede colocarnos en una situación de vulnerabilidad social, ambiental, cultural y económica. Por ello decidimos elaborar este PROTOCOLO DE CONSULTA que ahora presentamos. Está basado en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que nos garantiza el derecho a ser consultados antes de la instalación de estos proyectos. En él decimos cómo se nos debe consultar[57].

En términos generales, los PACP representan la formalización del consenso interno de los sujetos del Convenio 169 en cuanto a los medios por los que se llevarán a cabo las consultas, teniendo en cuenta sus propias formas de organización política, social y cultural y sus modos tradicionales de toma de decisiones. Constituyen, por tanto, la definición explícita de las reglas autónomas de los procedimientos de consulta, destacando las herramientas operativas relativas a la forma en que se llevará a cabo el diálogo con los Estados. La RCA considera los PACP como una vía para que los pueblos avancen en el respeto de sus derechos y para obligar al Estado a cumplir los compromisos que voluntariamente ha asumido a nivel internacional[58].

Así, los PACP surgen en oposición a la propia lógica de la ciudad en la Floresta, que se ha conducido en lenguaje ideológico colonialista, profundizando en la democracia instrumentos integracionistas y medios de dominación étnica y racial. Al fin y al cabo, en la medida en que los PACP instrumentalizan la consulta de manera específica, según usos, costumbres y tradiciones internas y particulares, se garantiza el ejercicio de los derechos humanos sin obstáculos ni discriminaciones. Con ellos, se pretende reducir la coyuntura de inseguridad jurídica y las constantes amenazas y violaciones de los derechos internacionales y nacionales[59].

En consecuencia, en el contexto del derecho a la ciudad de la Floresta, se puede afirmar que la instrumentalización propuesta por los PACP ayuda en la lucha por la ciudad como encuentro, ya que pretende garantizar esencialmente el respeto a las formas tradicionales de vida, subsistencia y desarrollo ya existentes en la construcción, por ejemplo, del nuevo orden urbano en la región. El nexo de la energía con la naturaleza y su uso funcional, lúdico y material se incluyen como demandas internas a tener en cuenta en la toma de decisiones, para contribuir a que éstas sean finalmente horizontales y, a partir de ahí, avancen hacia la horizontalidad en la construcción del espacio urbano.

Según Yamada, Gupioni y Garzón, los PACP[60] "[....] establece el reconocimiento de la especificidad sociocultural en cuestión, dada la enorme heterogeneidad de las formas organizativas y de representación de los pueblos y comunidades tradicionales". Existe, entonces, una alternativa a la segregación

---

[57] AMPQUA. *Protocolo de Consulta da Comunidade Quilombola do Abacatal/Aurá*, Ed. Emman'studio, Belém, 2017, p. 02.

[58] REDE DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA. "Consulta Prévia, Livre e Informada", *RCA*, São Paulo, nº 01, 2023, p. 01.

[59] MENDONÇA, Y. S. M.; SIMONIAN, L. T. L. "Desenvolvimento sustentável e o direito à consulta prévia no Brasil: um olhar a partir dos aspectos interdisciplinares da participação". *Cadernos De Dereito Actual*, nº 18, 2022, p. 387-400.

[60] YAMADA, É; GRUPIONI, L. D. B.; GARZÓN, B. R. *Protocolos autônomos de consulta e consentimento: Guia de orientações*, Ed. RCA, São Paulo, 2019, p. 35.

territorial y cultural promovida tanto por la lógica de las ciudades en la Floresta, como por los resultados derivados de las propias lagunas del Convenio 169. Esto se debe a que la estandarización de los procesos de consulta sigue el mismo segmento de las ciudades-empresa, en vista de que perpetúan una conducta dominante y hegemónica que aleja el contexto histórico, simbólico, funcional y sociocultural de las especificidades de la región.

Así, la implementación de los PACP puede ayudar a retomar el equilibrio socioambiental en las ciudades de la región amazónica, destacando e imponiendo en el proceso de construcción del nuevo orden urbano las formas de vida preexistentes y las diversas formas tradicionales y sostenibles de organización, uso y relación con la naturaleza. Esta nueva perspectiva empírica puede ser considerada, entonces, como la instrumentalización de la propia lucha por el derecho a la ciudad de la Floresta, a partir de la cual existe una demanda expresa por el respeto de las relaciones simbólicas y garantistas de la riqueza natural y de la sociobiodiversidad presentes en la Amazonia brasileña.

5 Conclusión

El bioma amazónico y la Amazonia brasileña, a pesar de ser categorías distintas, son relevantes y atractivos en todo el mundo, tanto por su biodiversidad como por su sociobiodiversidad, traducida en la sociobiodiversidad de la región. Esta relación entre la naturaleza y las personas que la habitan refleja vínculos simbólicos de historias y luchas por la reexistencia y el mantenimiento de la vida, especialmente de los pueblos y comunidades tradicionales. Estos sujetos, en el contexto amazónico, son considerados aquí también como los pueblos de la Floresta.

En el intento de proteger a la Amazonia del proceso de expansión territorial y de la lógica del capital en la construcción de la nueva urbanidad, el derecho a la ciudad emerge como una perspectiva teórica para enfrentar y mantener las formas tradicionales de vida y subsistencia. Esto porque, en la lógica de la ciudad como encuentro – y también de las ciudades de la Floresta – hay una escala en el camino hacia el derrocamiento del sistema capitalista y de las actuales y dominantes estructuras de clase, poder y Estado. Con ello, pretendemos romper la dinámica de las ciudades en la Floresta, que provocan un desequilibrio socioambiental incontrovertible en las relaciones preexistentes y tradicionales con el medio natural.

En este sentido, es de suma importancia reflexionar sobre instrumentos capaces de operacionalizar la lucha de los pueblos de la Floresta contra la dinámica de reestructuración de las ciudades tradicionales en la Amazonia. De hecho, los PACP, en el contexto del derecho a la CPLI, pueden ser utilizados como herramienta en la defensa del derecho a la ciudad de la Selva, más allá de la exigencia del derecho a la consulta y a la participación. Con su uso, las perspectivas y los derechos de los pueblos y comunidades tradicionales pueden ser instrumentalizados en los procesos de toma de decisiones y en la construcción del desarrollo nacional y de la región amazónica.

6 Bibliografía

AMPQUA. *Protocolo de Consulta da Comunidade Quilombola do Abacatal/Aurá*, Ed. Emman'studio, Belém, 2017.

BALÉE, W. *Indigenous transformations of Amazonia forests: an example from Maranhão, brazil*. Ed. L'Homme, Paris, 1993.

FERREIRA, R. C.; OLIVEIRA, A. F. "As políticas de desenvolvimento regional na Amazônia Brasileira", *Revista Building the way*, nº 1, 2018, p. 1-19.

GUMIERO, R. F. *Políticas de Desenvolvimento da Amazônia: balanço do planejamento multiescalar da PAS-PDRS e os PPAs do Pará*, Ed. ENANPUR, Minas Gerais, 2021.

HARVEY, D. *A liberdade da cidade.* Ed. Boitempo, São Paulo, 2013.

HARVEY, D. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2014.

HURTIENNE, T. P. *Agricultura familiar e desenvolvimento rural sustentável na Amazônia*, Ed. NAEA, Belém, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. "Estudo do INPE indica que o rio Amazonas é 140 km mais extenso do que o Nilo", *INPE*, nº 01, 2008, p. 01-15.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *População e desenvolvimento sustentável na Amazônia,* Ed. UNFPA, Brasília, 2015.

KOHLHEPP, G. "Conflitos de interesse no ordenamento territorial da Amazônia brasileira", *Estudos Avançados*, n. 45, 2002, p. 37-61.

LEFEBVRE, H. *O direito à* cidade, Ed. Centauro, São Paulo, 2001.

MARTHA JÚNIOR, G. B; CONTINI, E.; NAVARRO, Z. *Caraterização da Amazônia Legal e macrotendências do ambiente externo*, Ed. Embrapa Estudos e Capacitação, Brasília, 2011.

MENDONÇA, Y. S. M. *Consulta prévia no estado do Pará: um estudo sob a perspectiva interdisciplinar da participação.* Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

MENDONÇA, Y. S. M.; FERREIRA, H. S. "A ecologização do Direito Ambiental e seus reflexos no Poder Judiciário brasileiro: tendências da governança judicial ecológica". *Revista Brasileira de Direito Animais*, nº 17, p. 1-23.

MENDONÇA, Y. S. M.; SIMONIAN, L. T. L. "Desenvolvimento sustentável e o direito à consulta prévia no Brasil: um olhar a partir dos aspectos interdisciplinares da participação". *Cadernos De Dereito Actual*, nº 18, 2022, p. 387-400.

MENDONÇA, Y. S. M.; SIMONIAN, L. T. L. "O DIREITO À CONSULTA PRÉVIA E À PARTICIPAÇÃO NO ESTADO DO PARÁ: 'Não, não, não, não é a mesma coisa não'", *ContraCorrente: Revista do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas*, nº 15, 2021, p. 133-151.

MOREIRA, E. C. P. *Justiça Socioambiental e Direitos Humanos: uma analise a partir dos direitos territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2017.

OLIVEIRA, A. C. *Direitos e/ou povos e comunidades tradicionais: noções de classificação em disputa,* Ed. UFPR, Curitiba, 2013.

PEREIRA, C. M. P. *Direito à moradia adequada na cidadã na floresta: a geografia do capitalismo em Barcarena/PA*, Ed. Lumen Juris, São Paulo, 2019.

ROLNIK, R. *O que é cidade*, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2009.

SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, Ed. Garamond, Rio de Janeiro, 2009.

SANTOS, B. S. "Para uma concepção multicultural de direitos humanos", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 48, 1997, p. 11-32.

SILVA, E. C. *Raízes Amazônicas, universidade e desenvolvimento regional*. Ed NAEA, Belém, 2009.

SILVEIRA, A. F. *Impactos socioambientais em Açailândia, Maranhão: a atuação do Estado para viabilizar projetos de desenvolvimento na Amazônia*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2019.

SIMONIAN, L. T. L.; DA SILVA, M. D. M.; BAPTISTA, E. R. *Formação Socioambiental na Amazônia*, Ed. NAEA, Belém, 2015.

SOUZA FILHO, C. F. M. *Protocolos de Consulta Prévia e o Direito à Livre Determinaçã*o, Ed. Fundação Rosa Luxemburgo, São Paulo, 2019.

STEINBRENNER, R.; HURTIENNE, T.; POKORNY, B. "Participação e comunicação: dilemas e desafios ao desenvolvimento", en CASTRO, E.; HURTIENNE, T.; SIMONIAN, L.; FENZL, N. *Atores sociais, trabalho e dinâmicas territoriais*, Ed. NAEA, Belém, 2007.

TRINDADE JÚNIOR, S. C. "Cidades na floresta: os 'grandes objetos' como expressões do meio técnico científico informacional no espaço amazônico". *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, nº 51, 2010, p. 113-137.

TRINDADE JÚNIOR, S. C. *Das "cidades na floresta" às "cidades da floresta": espaço, ambiente e urbanodiversidade na Amazônia Brasileira*, Ed. NAEA, Belém, 2013.

TRINDADE JÚNIOR, S. C. *Formação metropolitana de Belém (1960- 1997)*, Ed. Paka-Tatatu, Belém, 2016.

TROCATE, M. Z. C*. A questão mineral no Brasil*, Ed. iGuana, São Paulo, 2015.

YAMADA, É; GRUPIONI, L. D. B.; GARZÓN, B. R. *Protocolos autônomos de consulta e consentimento: Guia de orientações*, Ed. RCA, São Paulo, 2019.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 287-302
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O direito ao alimento na perspectiva da Teoria Sistêmica e por uma ecologia dos direitos humanos

The right to food in the perspective of Systemic Theory and for an ecology of human rights

Raffaele De Giorgi[1]
Università del Salento (Lecce-Itália)

Aparecida Luzia Alzira Zuin[2]
Universidade Federal de Rondônia (UNIR)

Sumário: 1. Introdução. 2. O tratamento sobre o direito ao alimento como direito humano. 3. Da produção excedente de comida à fome como estrutura de poder. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Resumo: Este trabalho apresenta o direito ao alimento como direito humano, com enfoque na Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann e por uma ecologia dos direitos humanos. O objetivo da investigação é desenvolver a perspectiva sociossistêmica sobre os direitos humanos, discutindo como se desenvolvem e têm funções específicas na sociedade. Apresenta o problema da fome nos seguintes contextos: a produção de alimento como *commodities* na Amazônia brasileira e a produção e/ou projeto da fome como estrutura de poder. Conclui sobre a paradoxalidade dessa sociedade, cujos eventos operam nas produções de riscos: mais produção de alimentos, mais fome; mais comunicação e educação, maior desinformação; mais saber, maior o não saber.

Palavras-chave: Direito ao alimento; Ecologia dos direitos humanos; Teoria Sistêmica; Risco.

Abstract: This paper presents the right to food as a human right, focusing on Niklas Luhmann's Systemic Theory and an ecology of human rights. The objective of the investigation is to develop a socio-systemic perspective on human rights, discussing how they develop and have specific functions in society. It examines the issue of hunger in the following contexts: the production of food as commodities in the Brazilian Amazon, and the production and/or project of hunger as a power structure. It concludes on the paradox of this society, whose events operate in the production

[1]Doutor em Filosofia pela Universidade de Roma, La Sapienza. Professor Titular de Sociologia do Direito, Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito (Università del Salento). É diretor do Centro de Estudos do Risco, fundado em 1990, com Niklas Luhmann (Lecce – Italia). Escreveu com Niklas Luhmann a obra Teoria da Sociedade. Atualmente dedica-se, dentre várias linhas de pesquisa: descrição da complexidade da sociedade contemporânea; as formas modernas de escravidão; as formas de inclusão da exclusão na sociedade contemporânea; a memória do direito e da transição da Democracia no Brasil; Futuro da Teoria da Sociedade.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7548-560X E-mail: raffaeledegiorgi@gmail.com
[2]Doutora em Comunicação e Semiótica (PUC-SP). Docente nos Programas de Pós-Graduação: Doutorado em Educação na Amazônia, Mestrado Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça (DHJUS), Mestrado Acadêmico em Educação (PPGE). Lotada no Departamento de Ciências Jurídicas. Realizou estágio de pós-doutorado na Università del Salento, sob supervisão do prof. Dr. Raffaele De Giorgi, no Centro de Estudos do Risco, com o tema: direito alimentar, segurança e insegurança alimentar na sociedade do risco. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5838-2123 E-mail: alazuin@gmail.com

Recibido: 05/05/2023
Aceptado: 15/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043862

of risks: more food production, more hunger; more communication and education, more misinformation; more to know, more to not know.

Keywords: Right to food; Ecology of human rights; Systemic Theory; Risk.

1. INTRODUÇÃO

Na América Latina, no Brasil e na Argentina em particular, a Teoria dos Sistemas foi tratada como o pensamento inimigo de classe, um pensamento reacionário a ser combatido e atacado. No Brasil, combinaram a Teoria dos Sistemas ao Marxismo, à Teoria Crítica, à Teoria dos Valores e ao Sociologismo de origem norte-americana. Na Teoria Jurídica havia uma velha tradição kelseniana misturada com um kelsenismo importado e uma espécie de Teologia da Libertação; na Argentina, o espaço foi ocupado pelo Direito Natural Neotomista, Pensamento Crítico e teorias de origem oxoniense. Todos tiveram que citar Niklas Luhmann, escrever sobre a Teoria dos Sistemas e criticá-la. Por conseguinte, tratar a Teoria dos Sistemas como pensamento reacionário era ser crítico, e ser crítico era um título de honra.

Agora, ao contrário, uma Teoria Crítica dos Sistemas está "na moda", lê-se Luhmann citando passagens de Karl Marx. Daí os motivos pelos quais temos que compreender o porquê Luhmann minou a forma da racionalidade ocidental, quebrou a linearidade de suas construções, simplesmente transformando o que era óbvio para todos em um problema de investigação. Logo, as certezas foram sendo gradualmente quebradas; o conhecimento passou a ser revelado como uma técnica da ocultação; os conceitos nos quais o conhecimento se baseava tornaram-se infundados. A individualidade do indivíduo, assim como a subjetividade do sujeito ou a racionalidade da razão, começou a arder como as ruínas circulares do famoso conto de Jorge Luis Borges[3].

A isso se deve, a partir da pergunta que Niklas Luhmann[4] tomou como basilar para os estudos da Teoria Sistêmica: "como isso é possível?". Com esta pergunta, Luhmann simplesmente se coloca do outro lado: ele passa a observar como os outros do pensamento tradicional observam, ou seja, o que eles mesmos constroem como se observassem um mundo objetivo. Porém, Luhmann não apenas observou os modos como este fato acontecia, mas passou a conferir sentido "aquele mundo do outro lado, de outra maneira", tal como a atitude descrita no subtítulo do maravilhoso romance de Friedrich Dürrenmatt, *Der Auftrag, oder, Vom Beobachten des Beobachters der Beobachter*[5] ("A ordem: ou da observação dos observadores do observador").

Não é possível entender Luhmann[6] e os problemas do direito se não nos colocarmos do outro lado. Assim, não pode ser lido *Das Recht der Gesellschaft*[7] se continuarmos a pensar que o direito é uma estrutura de regras que se aplicam e têm validade. Se olharmos do outro lado, por outras vertentes, vê-se que as regras são fatos. Por outro lado, pode-se conferir que esta razão nada tem de racional.

Nas primeiras obras de Luhmann é possível conferir como a linguagem flui por si mesma, a construção se organiza tal como nos romances da trilogia de José

[3]BORGES, J.L. *Ficções*. Companhia das Letras, São Paulo, 2007.
[4]LUHMANN, N. *Introdução à teoria dos sistemas*. Vozes, Petrópolis, 2011.
[5]DÜRRENMATT, F. *Der Auftrag: oder Vom Beobachten des Beobachters der Beobachter*. *Novelle in vierundzwanzig Sätzen*. Diogenes Verlag, Zurique, 1988.
[6]"Per complessità del mondo Luhmann intende la totalità degli eventi possibili. Il mondo è estremamente complesso laddove il margine di attenzione della nostra esperienza intenzionale e del nostro agire è estremamente ridotto: la sovrabbondanza del possibile supera sempre ciò che noi siamo capaci di elaborare attraverso l'azione o l'esperienza". LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. *Teoria della società*. Franco Angeli, Milano, 2013, p. 219.
[7]LUHMANN, N. *Sociologia do Direito I*. Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983.

Saramago — *Ensaio sobre a cegueira*[8], *Ensaio sobre a lucidez*[9] e *As intermitências da morte*[10]. Luhmann observa a estrutura dos conceitos fundamentais do pensamento tradicional e as construções da realidade em que foram criadas a partir de sua semântica: a sociedade, por exemplo, ou a finalidade desta; ou ainda o conceito de direito, ou dos direitos fundamentais; contudo, acerca dos conceitos ainda resta a pergunta orientadora para explicá-los: "como é possível ser assim?". Esta questão é a que o coloca do outro lado. O que faz toda a diferença, porque se coloca entre o que se move, quem fica estático e quem observa o movimento por outra perspectiva[11].

Desse modo, Luhmann observa que o que é tomado como substância é, na verdade, uma construção artificial. Nas suas obras, a semântica dos conceitos permite ver a função do trabalho teórico que consiste na necessidade de ocultar o paradoxo da artificialidade que se manifesta, quando uma artificialidade é assumida como substância[12]. Esse trabalho é feito pelo pensamento autorreflexivo da teoria e da Sociologia. Nessas primeiras obras ainda existe toda a linguagem clássica da Sociologia, da Teoria das Organizações, do pensamento jurídico tradicional e do pensamento filosófico sensível à Fenomenologia. Tem Max Weber, Talcott Parsons, George Herbert Mead e Hebert Simon. No entanto, na cultura alemã dos anos 1970, fortificações foram erguidas para se defender dos perigos dessas obras e para criticar, com linguagem às vezes verdadeiramente brutal, o que os críticos-não-leitores afirmavam que as obras de Luhmann significavam.

Todavia, o pensamento de Luhmann se voltava a outra realidade, a outra necessidade. Agora é compreensível quando se pode ler *Soziologische Aufklärung*, *Soziale Systeme*, *Vertrauen* e *Das Recht der Gesellschaft*. Neste aporte, é possível afirmar: Niklas Luhmann era sua teoria. Ele pensou e agiu como parte do mundo que construiu. Sabia que era responsável por aquele mundo porque fazia parte dele. E também sabia que a alteridade do outro era o reflexo de sua alteridade e que a identidade nada mais é do que o resultado da manutenção da diferença da alteridade recíproca. Surgiu, desse modo, o caráter ético e político de seu pensamento. Uma ética que não precisava de regras, uma teoria da moral que surgiu a partir de sua teoria da comunicação e de seu construtivismo epistemológico, uma teoria da política construída no Iluminismo Sociológico[13].

Desde 1968, o Iluminismo Sociológico foi um manifesto político e, depois, o programa de uma teoria de observação do presente. A coerência cognitiva daquela eticidade era avassaladora: o observador, o fazedor, como dizia Borges[14]; aquele que faz o mundo sabe que não vê, que não vê o que não vê, sabe que vê apenas o resultado de sua construção e desse resultado é ele mesmo, e que ele mesmo se torna possível como alteridade de outra alteridade. Da consciência da circularidade da construção surge a linearidade das concatenações semânticas do ser. Uma ética sem normas, uma teoria do ser sem ontologias, uma teoria da identidade que nasce da função constitutiva da alteridade na construção da ação dotada de sentido[15].

Tudo soa impressionante, porque à linearidade da representação da ação, a linearidade que se encontra em todas as teorias da ação social, opõe-se aqui a circularidade da produção de sentido por meio da comunicação. Nessas teorias ainda se encontram as distinções que caracterizaram antigas formas de diferenciação social, a distinção: 1) sujeito-objeto; 2) identidade-alteridade; 3) norma-fato; 4)

---

[8]SARAMAGO, J. *Ensaio sobre a cegueira*. Companhia das Letras, São Paulo, 1995.
[9]SARAMAGO, J. *Ensaio sobre a lucidez.* Companhia das Letras, São Paulo, 2004.
[10]SARAMAGO, J. *As intermitências da morte*. Companhia das Letras, São Paulo, 2005.
[11]DE GIORGI, R. *Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro*. Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 81-97.
[12]DE GIORGI, R. *Op.Cit.*, p. 83.
[13]LUHMANN, N. *Introdução à teoria dos sistemas*. Vozes, Petrópolis, 2011.
[14]BORGES, J.L. *Ficções*. Companhia das Letras, São Paulo, 2007.
[15]DE GIORGI, R. *Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro*. Fabris, Porto Alegre, 1998.

prescrição-descrição; 5) liberdade-subjugação; 6) produção de sentido-transferência de sentido; 7) ator-receptor[16].

Às análises destas diferenciações ficam a indagação luhmanniana sobre a casuística de todas elas. Essas diferenciações impregnaram a legibilidade do mundo moderno, justificaram a centralidade da razão moderna, possibilitaram a representação de sua comédia como desenvolvimento, progresso, democracia, liberdade. Sabe-se, porém, que as possíveis representações contidas nestas diferenciações podem esconder a violência e a repressão, e, desse modo, convida o observador a retirar o manto que cobre a superfície da água para ser visto o que está depositado no seu fundo.

Nas condições de seu normal funcionamento, a racionalidade imanente a essa forma da diferenciação social, que é a racionalidade da inclusão universal de todos, produz continuamente exclusão, amplia pequenas diferenças originárias e, sem garantias externas, produz um contínuo excesso de alteridade que se acumula no seu interior. A alteridade que foi produzida no início da modernidade e que estava localizada é agora substituída por uma produção deslocalizada, flutuante, desmaterializada de alteridade produzida pelo funcionamento racional da sociedade moderna, pelo normal funcionamento de sua forma de diferenciação[17].

Nesse sentido, o construtivismo de Luhmann é revolucionário. O pensamento tradicional representava para si a comédia fatal da razão moderna; esse pensamento escreveria a dramaturgia dessa razão. Para o lugar onde se situava aquele pensamento, Luhmann[18] recoloca o espaço aberto em que se representa a circularidade da inclusão, oportunizando a invenção de si através da representação do outro. As correntes "enferrujadas da comédia da razão" são substituídas pelo espaço aberto da construção possível de outros mundos. Com Luhmann, substitui-se o espaço cognitivo, tal qual é o espaço da criação na poesia, não como o espaço na comédia. Assim, não saber sobre a alteridade, inclusão e diferença faz com que a responsabilidade aumente, principalmente porque a responsabilidade dita que não tem cor moral, é laica, tem como sanção a redução do espaço da ação, da comunicação, do ser sem ontologia.

A responsabilidade pela perspectiva de Luhmann se tornou abrangente por meio de uma duplicação reflexiva do não saber: por meio da autoironia. Essa autoironia transformou sua prática teórica e a urgência do fazer em um jogo, e fez de si uma construção da "inocência infantil". Mas seu mundo também era uma construção dessa ingenuidade ou simplesmente simplicidade. Luhmann tinha uma atitude cognitiva que lhe permitia quebrar a estabilidade, as certezas, as determinações conceituais com as quais o pensamento construía suas representações do mundo, porque, ao mesmo tempo que complexo, também fora analisado como óbvio, haja vista a simplicidade contida na pergunta: "como isso é possível?".

Ora, um observador deve dizer como observa: isso sigfnifica dizer qual é a distinção que se usa para observar algo; como algo é observado em oposição a outra coisa. O observador tem que fazer isso porque os outros também o observam e porque ele próprio é o resultado da observação. O observador vê o mundo (metaforicamente) com seus próprios olhos; considera o objeto de sua observação como um objeto, portanto, trata a si como sujeito da observação. Mas é justamente aqui que o objeto se rebela, porque o objeto também se considera como sujeito da observação. Nesse sentido, passa a tratar o outro como um objeto.

Certamente não foi muito longe dessas considerações que Heinz von Foerster dizia o observador é aquele que constrói um mundo[19]. Com efeito: se o observador é aquele que constrói um mundo, o observador não é uma figura ingênua e inofensiva, ele é responsável pelo mundo que constrói e sua responsabilidade não deriva de normas ou valores, deriva do fato de ser parte do mundo que ele mesmo

[16]DE GIORGI, R. *Op. Cit.*, p. 84-85.
[17]DE GIORGI, Raffaele. Periferias da modernidade. *Revista Direito Mackenzie,* 2017, p. 44.
[18]LUHMANN, N. *Die Soziologie und der Mensch*. Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995.
[19]BRÖKER, F. M.; FOERSTER, H. von. *Teil der Welt: Fraktale einer Ethik - oder Heinz von Foersters Tanz mit der Welt*, Carl-Auer, Heidelberg, 2014.

constrói. Ele não está fora, está dentro. Não só isso: ele não pode dizer de si mesmo que é objeto de observação sem reconhecer ao mesmo tempo que ele próprio é objeto de observação. Até o assunto é diferente; para que se atue como sujeito, deve ser observado, percebido, tratado como outra coisa.

Dessa forma, porém, a alteridade não é mais a outra parte de uma distinção, mas a diferença que faz a diferença. O observador não usa uma distinção para indicar um lado ou outro que ele observa. O observador exime-se da diferença e ao mesmo tempo inclui-se na distinção. Aqui o observador é simultaneamente o todo e uma parte dele: precisamente, a sociedade e nós, a humanidade e a nossa cultura. Ele trata o outro como se fosse algo fora da sociedade e por isso pode ameaçá-la. Assim, ele justifica a expectativa de que o outro permaneça no ambiente ao qual naturalmente pertence. Como foi feito com a monstruosidade do monstro, com a pobreza e com a doença mental, quando foram inventados como outras coisas. E com a desumanidade dos nativos, quando também eles foram inventados como outros em suas terras.

Nesse contexto, a Teoria dos Sistemas de Luhmann[20], apesar de toda a ênfase no conceito de uma sociedade (mundial) única, não é indiferente aos problemas que, como consequência do desenvolvimento assimétrico dessa sociedade, emergem em diversas regiões do globo. Neves[21], em seu trabalho, corrobora neste estudo, pois, o que está em jogo aqui é, também, dentre outras coisas, como o Estado Democrático de Direito trata o direito[22].

Em sua contribuição, *Ökologie des Nochtwissens* ("Ecologia do não saber"), Luhmann escreveu que toda a base desse argumento é, sobretudo, influenciada pelo fato de que a fonte primária de insegurança na sociedade não é mais o outro indivíduo, mas o ambiente ecológico e o contexto em que a sociedade evolui[23]. Neste sentido, sobre uma questão que nos permite entender a diferença entre o que Luhmann chamou das "*Wissen des Nichtwissens",* o saber do não-saber, trinta anos atrás, e o que pensamos que deveríamos chamar das "*Wissen des Nichtwissens"*, o saber do não-sei, hoje.

A sociedade do mundo, como Luhmann nos lembrou muitas vezes, opera com base na inclusão universal: o mundo está presente na comunicação. Espaço e tempo não são mais dimensões ameaçadoras, o observador pode controlá-los. A sociedade inclui todas as diferenças. E, no entanto, nosso não saber hoje é não saber da alteridade do outro, ou seja, da diferença. O que não sabemos, o que produz insegurança, o que é utilizado como recurso comunicativo, como tema político, como espaço de medo, não é o outro indivíduo, como dizia Luhmann[24], mas sua alteridade. Esta atitude tem uma história muito recente.

De fato, nos últimos anos, nossa insegurança surgiu de nosso "*Nichtwissen"* (não saber) em relação aos desenvolvimentos catastróficos a que as tecnologias estavam expondo o globo. Esses desdobramentos sempre têm o mesmo potencial

---

[20]"É por fundamentos políticos que se persiste na segmentação regional do sistema político da sociedade mundial em Estados, apesar de permanente perigo de guerra; e são fundamentos econômicos que forçam a diferenciação da sociedade em centro e periferia, em regiões superdesenvolvidas e regiões carentes de desenvolvimento". LUHMANN, N. *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?* Westdeutscher Verlag, Opladen, 1986, p. 168, tradução nossa.

[21]NEVES, Marcelo. "Os Estados no centro e os Estados na periferia. Alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann", *Revista de Informação Legislativa,* ano 52, n. 206, 2015, p. 112.

[22]"No Estado democrático de direito, portanto, não se trata apenas da autonomia do direito. Faz-se necessária, adicionalmente, a autopoiese da política. Partindo-se da definição da política como a esfera das decisões coletivamente vinculantes [...] ou da generalização da influência (autoridade, reputação, liderança)". NEVES, Marcelo. "Os Estados no centro e os Estados na periferia. Alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann", *Revista de Informação Legislativa,* ano 52, n. 206, 2015, p. 112.

[23]LUHMANN, N. *Beobachtungen der Moderne*. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 1992.

[24]LUHMANN, N. *Die Politik der Gesellschaft*. Suhrkamp, Frankfurt, 2000.

destrutivo; nosso desconhecimento é ainda mais extenso. Todavia, a fonte de nossa insegurança não é mais a mesma, tem um caráter completamente diferente e desencadeia formas extremamente ameaçadoras de sua absorção.

Partindo dessa apresentação, eis que no percurso deste trabalho temos: como é possível que os direitos humanos sejam direitos e sejam humanos? Como é possível que a dignidade humana seja intocável? Como é possível pensar que a moral prescreve o bem? Ou, ainda com relação ao tema desenvolvido: como é possível haver fome em um mundo que desperdiça alimentos? Como é possível, em pleno século XXI, abordarmos sobre insegurança alimentar pela qualidade da comida e não pela quantidade de comida? Estas inquietações orientam as reflexões seguintes, sobretudo, no recorte espacial — o lugar aqui é a Amazônia brasileira.

2. O TRATAMENTO SOBRE O DIREITO AO ALIMENTO COMO DIREITO HUMANO

Sabemos que a sociedade só pode ameaçar-se por dentro, a partir de si mesma; sabemos também que, de fora, o meio ambiente só pode ameaçá-la por sua extrema complexidade. Isso significa que a alteridade ameaçadora que deveria recair sobre a sociedade, a monstruosidade sob a qual a sociedade deveria sucumbir, é uma construção interna da própria sociedade. E também sabemos, então, que assim como não há ontologia da natureza, também não há ontologia da alteridade, não há algo que seja absolutamente outro, assim como não há algo que seja ontologicamente não-outro. Esta é uma conclusão a que, depois das vergonhosas certezas das primeiras décadas do século XVI, chegou até a Teologia. E depois: se o outro é uma construção semântica, se é um produto que se realiza, que se forma, que se materializa na comunicação social, uma função particularmente relevante do conhecimento é justamente observar como se constrói a alteridade do outro.

Sobre a estrutura da comunicação, no processo elementar da comunicação social, o outro não é o destinatário da comunicação — como se costuma dizer —, mas é o seu início: a função do outro consiste no fato de que ele, por meio do entendimento, possibilita a comunicação; o que por sua vez, só assim pode ser atribuída àquele que ativou o próprio ato de comunicar e que, para que isso aconteça, deve ser ele próprio observado pelo outro como aquele que pretende comunicar, portanto, como outro do outro. A comunicação torna as duas posições simétricas, ambas atuando como alteridade: a comunicação, nesses termos, em todos os sentidos e em todas as direções, sempre parte do outro. E, de fato: i) se o outro não apreende o ato de comunicar; ii) se o outro não apreende o sentido de comunicar como o ato aquilo que se pretende comunicar; iii) se o outro com o qual se está comunicando não apreende o outro como um outro que pretende comunicar; consequentemente, não poderá haver comunicação. Na comunicação, então, ambos se observam como o outro.

Essa estrutura de comunicação atinge sua plenitude, ou seja, manifesta-se com todo o potencial de expansão de que é capaz, na sociedade moderna; por isso, caracteriza a modernidade da sociedade moderna, portanto, caracteriza a forma de sua complexidade. Com efeito, esta sociedade realiza a sua própria forma de diferenciação interna que lhe permite desenvolver-se como uma sociedade do mundo. O mundo é o limite da sociedade e esse limite está presente na comunicação. O limite da possibilidade de construção da alteridade, então, é o mundo. Contudo, o mundo está presente justamente na comunicação que se dá na sociedade do mundo. A comunicação não conhece limites além dos limites da sociedade entendida precisamente como o universo da comunicação social.

Nesse ínterim, o tratamento sobre o direito ao alimento como direito humano, sob a perspectiva da Teoria Sistêmica, apresenta algumas contribuições, as quais

com base em Lima e Finco[25], complementam a discussão e o entendimento sobre a questão da comunicação.

a) uma teoria que entende a sociedade mundial como comunicação pode destacar as funções latentes dos direitos humanos e a natureza deles, além de servir como valores, ou seja, ideais (nível estrutural)[26];

b) na modernidade, o direito humano ao alimento — mais que normas básicas ou valores irrenunciáveis — pode (deveria?) ser entendido como referência indispensável para indicar o que é o humano nos seres humanos, tanto para atribuir um sentido concreto à palavra humanidade, além das características biológicas, como para identificar os limites além dos quais a sociedade reage na forma de decisões, indicando situações de violações que não são possíveis de aceitar, e, desta maneira, deduzir o que concretamente se entende por direitos humanos, também questionando se é possível pensar em normas indispensáveis (nível semântico)[27].

Assim entendemos ser o direito ao alimento, um direito humano irrenunciável, direito imprescindível para a dignidade da pessoa humana, portanto, inaceitável que não seja atendido a todos os seres humanos.

O argumento que justifica a proposta é de que a sociedade moderna avançou tentando abolir os perigos iminentes de várias catástrofes humanitárias, como o caso em destaque atualmente, da Amazônia brasileira; contudo, não conseguiu encontrar sustentação ou equilíbrio favorável para eliminar os complexos problemas sociais que produz. Desse modo, das estruturas de decisão, fomenta-se o risco.

Ademais, perpassa, ainda, pela proposta de entender como o direito humano à alimentação condensa uma particular simbiose de futuro e sociedade, e permite refletir o futuro desta sociedade complexa.

O que caracteriza a nossa sociedade é, entre tantas outras constatações, uma diferença profunda entre o não saber que temos nessa sociedade e as formas diferentes de não saber que havia em outras sociedades. O não saber que temos nessa sociedade é de outra natureza, diferente do não saber em outras sociedades. Por isso, nós sabemos que quanto mais sabemos, tanto maior é o não saber. Esta sociedade descobriu muitas tecnologias favoráveis ao aumento da produção alimentícia e não sabe a reação de determinados alimentos produzidos à saúde humana, por exemplo. Cuidar desse modo do não saber é tentar experimentar possibilidades para construir futuros.

Nesse contexto, do mesmo modo, o direito ao alimento "é uma tecnologia social, é uma ordem através da qual se tenta reconstituir a ordem social"[28], ou seja, esta ordem social seria ter alimento para todos, para não haver fome. O direito à alimentação, neste caso específico, opera com relação ao futuro a partir da seguinte forma: (1) se acontece algo que está violando o direito humano (neste caso, a fome é violência), então se produz uma consequência, uma sanção; logo, (2) a segurança que temos não é que o direito ao alimento (para todos) realizará alguma justiça (acabar com a fome da humanidade), mas (3) que o direito ao alimento será produzido e transformado com base em direitos (constitucional, econômico, político, à saúde, etc.), que (4) as decisões (elaborar políticas públicas para o combate à fome, por exemplo) serão tomadas com base em direitos, assim como serão anuladas com base em direitos[29]. Por isso, o direito é afirmado enquanto técnica que serve para produzir expectativas estáveis. De qualquer maneira, o direito tem a ver com o futuro e com o não saber. O que significa: o direito ao alimento tem a ver com o futuro da humanidade, e não com o não saber produzir alimento para a humanidade.

Dessa maneira, a sociedade enfrenta o futuro através do direito. Estas possibilidades de construir o futuro através do direito agora têm diante de si outra

---

[25]LIMA, F.R.S. e FINCO, M. "Teoria Sistêmica e Direitos Humanos: o Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde", *Revista Pensamento Jurídico*, v. 13, n. 2, 2019.
[26]LIMA, F.R.S. e FINCO, M. *Op. Cit.*, p. 1-25.
[27]LIMA, F.R.S. e FINCO, M. *Op. Cit.,* p. 24.
[28]NEITSCH, J. "O filósofo do 'não saber'", entrevista de Raffaele de Giorgi à Joana Neitsch, *Gazeta do Povo*, 2013.
[29]LUHMANN, N. e DE GIORGI, R. *Teoria della società*. Franco Angeli, Milano, 2013.

possibilidade que é sempre mais expandida no presente: o risco[30]. Risco não é no campo do negativo, é uma técnica de construir vínculos com o futuro. E qual a característica dessa técnica moderna que se chama de risco? É aquela segundo a qual se sabe querer evitar um dano futuro. Frente a condições como essas, o direito não tem possibilidades, não pode fazer nada. A única possibilidade do direito é permitir uma ação ou proibir. Frente ao risco, o direito pode só proibir[31]. Por exemplo, se alguém disser que comer hambúrguer todo dia tem-se o risco de ficar doente, então, a única maneira de evitar ficar doente, é a proibição de comer hambúrguer todos os dias. Daí que, todas as ações têm uma abertura diante do futuro, a única possibilidade que poderia ter o direito seria proibir.

No caso do direito ao alimento, que se utiliza de muitas técnicas propondo a produção e o consumo de alimentos saudáveis, não para impedir os riscos de as pessoas comerem hambúrguer todos os dias, mas para transformar este risco social em riscos médicos. A produção e o consumo de alimentos saudáveis não vão diminuir os riscos, mas, se acontece um dano (por comer hambúrguer todos os dias), transforma-se este dano em problema de saúde/médico. Assim, a produção e o consumo de alimento saudável incrementam o risco. Na realidade, a alternativa ao risco é somente com outro risco. Pode-se evitar os riscos de ter um acidente cardiovascular, por exemplo, comendo somente verduras. Mas, se comer somente verduras, pode não obter calorias suficientes para manutenção do corpo (a depender de sua necessidade física para determinadas atividades cotidianas). Essas são algumas questões que produzem os efeitos de sentido do risco.

Justamente sobre essa sociedade, sobre a descrição de sua estrutura, de sua diferença, circulam muitos estereótipos e/ou clichês. Um dos mais difundidos é a que a caracteriza como uma sociedade de risco. Luhmann sinalizava com isso o primeiro problema: qual é a distinção que nos permite indicar o risco? Qual é a outra parte cujo risco é a outra parte? Não poderia ser segurança, mesmo que segurança fosse o truísmo implausível que todos aceitavam. Por que os gregos e romanos não tinham sequer um termo que indicassem o que seria o risco? Por que o risco é encontrado pela primeira vez em documentos notariais do final do século XIII? Por que o termo risco é o mesmo em todas as línguas que expressam esse conceito?[32]

Em outras palavras: por que o risco é a representação de uma questão típica da sociedade moderna? Não poderia ser apenas uma questão de uso moderno da tecnologia. O risco tem a ver com a estrutura da temporalidade da sociedade moderna, com a forma de sua diferenciação. Tem a ver com o futuro. Tem a ver com não saber. O risco tem a ver com a forma da alteridade.

3. DA PRODUÇÃO EXCEDENTE DE COMIDA À FOME COMO ESTRUTURA DE PODER

A partir desses exemplos e reflexões, retornamos ao direito à alimentação, à produção e ao projeto da fome como estrutura de poder com a problemática que norteia os estudos: por que o Brasil, país que produz tantos alimentos, voltou ao mapa da fome? Por que a Amazônia brasileira, região do agronegócio, tem as cidades com maior grau de insegurança alimentar, do Brasil? Para esta problematização, são necessários os estudos sobre as modalidades na Teoria da Sociedade Complexa — porque as incertezas da vida contemporânea são fonte de reflexão sobre o direito — segundo as quais se tomam decisões de diferentes sistemas sociais e estas decisões se encontram em uma Teoria do Risco.

Nesse sentido, o que está em jogo não são os perigos naturais que possam ocorrer, como chuvas, enchentes, terremotos e seca extrema, típicos dos fenômenos naturais da Terra. Afinal, os perigos são aqueles danos futuros que não se podem

[30]DE GIORGI, R. *Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro*. Fabris, Porto Alegre, 1998.
[31]DE GIORGI, R. "O risco na sociedade contemporânea", *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 15, n. 28, 1994, p. 37-49.
[32]DE GIORGI, R. "O risco na sociedade contemporânea", *Revista de Direito Sanitário*, v.9, n.1, 2008, p. 43.

evitar. Mas os riscos, aqueles danos futuros que poderiam ter sido evitados se tivessem sido tomadas decisões diferentes. Este risco condensa[33] uma simbiose particular entre o futuro e a sociedade porque permite a construção de estruturas nos processos de transformação dos sistemas, especificando o aparecimento de ordens nas estruturas dos sistemas. Risco é, com efeito, uma construção comunicacional que descreve a possibilidade de arrependimento, no futuro, em relação a uma escolha que produziu um dano que se queria evitar.

Dessa forma, o risco está ligado ao significado da comunicação e é relevante por este aspecto, não pelos vestígios que existam na consciência. Isso fica evidente quando se observa que a produção de alimentos no Brasil não está voltada para as reais necessidades do povo brasileiro, mas orientada conforme o ritmo das exportações. Por isso, a soberania alimentar e a reforma agrária popular são pautas que se chocam com os interesses do imperialismo e da burguesia nativa.

Ademais, o risco da sociedade moderna se observa quando, embora a produção agrícola brasileira tenha batido recordes, exportando mais de 46 bilhões de reais somente em janeiro de 2022, seja também um país que voltou ao mapa da fome, com mais de 33 milhões de brasileiros famintos e metade da população vivendo com algum grau de insegurança alimentar[34]. Essa contradição ocorre porque a agroindústria brasileira não produz alimentos para alimentar o povo brasileiro, mas mercadorias para exportação, o alimento como *commodities*.

Então, o que acontece? Ou, como isso acontece? — tomando como base a pergunta de Niklas Luhmann. Acontece que os direitos humanos[35], tal como o direito ao alimento para a dignidade da pessoa humana, poderiam coexistir por séculos com o modelo da antiga e conhecida escravidão; porém, ocorre que apesar dos inúmeros depoimentos em defesa dos direitos humanos, eles convivem com as formas atuais de escravidão (escravidão moderna): com a fome na Região Norte da Amazônia, onde se instala o agronegócio, transformando alimentos em *commodities*; com a morte dos indígenas (guardiões da floresta); com os milhares de desempregados que vivem na informalidade sem direitos trabalhistas; com a população negra sendo a maior população carcerária; dentre outros.

Assim, a produção da fome é um projeto político e de interesse econômico que serve a algum propósito; é vista como estrutura de poder. É uma engrenagem que se movimenta, se retroalimenta, autorreproduz; e isso não tem nada a ver com o perigo igual ao dos antepassados com a fome, tem a ver com o risco. O risco produzido pela sociedade moderna é que amplia o potencial das decisões, duplica a possibilidade de escolha, racionaliza a incerteza (no sentido de que permite ativar mecanismos para sua absorção), bifurca os caminhos da ação possível e duplica suas bifurcações. As alternativas se multiplicam e, em relação ao futuro, essa multiplicação é racional[36].

O significado é, assim, a categoria que descreve os fenômenos gerados a partir da atualização constante da distinção entre espaço marcado e espaço não marcado, entre atual e virtual. Pode-se, portanto, na perspectiva de Luhmann[37], compreendê-lo como uma modalidade, por meio da qual se opera o gerenciamento da atenção de um observador em sua relação com o observado, isto é, como um lugar de articulação entre o que é atualizado (o Brasil no contexto da fome) àquilo que ocupa o centro das atenções a todo momento e que, ao seu redor, permanece como um elo de mera possibilidade (combater a fome).

Segundo dados do Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia de Covid-19 no Brasil, no ano de 2022, apenas quatro entre 10 famílias (15,5% da população brasileira) conseguiram acesso pleno à alimentação

---

[33]DE GIORGI, R. "O direito na sociedade do risco", *Revista Opinião Jurídica*, v. 3, n. 5, 2005, p. 388-389.
[34]BERTOTTI, R. "O 25 de julho e a política de fome do governo Bolsonaro", *CUT Brasil*, 2022.
[35]DE GIORGI, R. "Por uma ecologia dos direitos humanos", *Revista Opinião Jurídica*, ano 13, n. 20, 2017a. p. 325.
[36]DE GIORGI, R. "O direito na sociedade do risco", *Revista Opinião Jurídica*, v. 3, n. 5, 2005.
[37]LUHMANN, N. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Vozes, Petrópolis, 2016.

no país. Os dados do relatório, elaborado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Penssan) com apoio da Oxfam Brasil e outras organizações, mostram que a situação piorou muito desde a publicação dos primeiros dados, em 2021[38]. Confirma-se, o Brasil é um país de contrastes sociais, formado por um padrão de consumo onde grande parcela da população se encontra em situação de insegurança alimentar ou fome. E, nessa realidade, a mídia legitima e naturaliza o modelo de produção capitalista do espaço, sem se preocupar com o social, tampouco propondo um debate sobre os números apresentados. Logo, a fome passa invisível. Aqui está a questão do tempo. Luhmann procurava afastar-se da ideia de um passado, presente e futuro completamente distintos. A sociedade atual conhece a si própria através dos meios de comunicação de massa. Por isso, a sociedade sempre atua no presente, não há passado nem futuro. O futuro se conjuga no passado e no presente.

A pergunta continua. Há razões para esses resultados? Os motivos são conhecidos? Por histórico, o Brasil já reduziu em 82,1% o número de pessoas subalimentadas no período entre os anos de 2002 a 2014, cuja queda foi a maior registrada entre as seis nações mais populosas do mundo, e também superior à média da América Latina, que foi de 43,1%, segundo relatório anual sobre a fome, "Estado da Insegurança Alimentar no Mundo – 2015", publicado pela Organização das Nações Unidas (ONU) para a Alimentação e a Agricultura (FAO), o Fundo Internacional para o Desenvolvimento Agrícola (Ifad) e o Programa Alimentar Mundial (PAM)[39].

Entretanto, decisões dos sistemas político, econômico e jurídico fomentaram o aumento da fome nos últimos anos, conforme dados da Rede Penssan[40], somente no Norte brasileiro, especificamente na Região Amazônica, 71,6% das famílias sofrem algum tipo de insegurança alimentar, por exemplo. Em todo o país, aproximadamente 33,1 milhões de brasileiros vivem em situação de fome no ano de 2022, 14 milhões a mais que em 2020. Algumas dessas decisões dos sistemas político, econômico e jurídico, a título de exemplo:

(i) Desmonte das políticas públicas que fomentam o investimento na produção agrícola familiar, ainda que dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indiquem que 77% (3.897.408) dos estabelecimentos rurais do Brasil no ano de 2017 são classificados como agricultura familiar e correspondem a uma área de 80,89 milhões de hectares, ou seja, 23% da área total do país[41];

(ii) Desvalorização da agricultura familiar em detrimento do agronegócio, isto é, o não reconhecimento da importância da agricultura familiar para a produção de alimento como direito humano, ainda que, segundo a Organização das Nações Unidas, com dados do ano de 2021, a agricultura familiar seja responsável por 80% de toda a produção de alimentos consumidos no planeta[42].

(iii) Criminalização dos movimentos sociais e de luta pelo direito à terra. Segundo censo agropecuário do IBGE no ano de 2017, a agricultura familiar no Brasil cobre 3.897.408 estabelecimentos rurais; são 77% dos estabelecimentos agropecuários do país, como dito, que empregam mais de 10,1 milhões de pessoas (67% do total censitário), responsáveis por parcela significativa da oferta de alimentos básicos à mesa dos brasileiros e brasileiras[43];

[38]MONCAU, G. "Fome se alastra no Brasil: 6 em cada 10 famílias não têm acesso pleno a alimentos", *Brasil de Fato*, 2022.
[39]CARDOSO, M.A. "Alimentação no início da vida: janela para o futuro", *Jornal da USP*, 2018.
[40]G1RO. "Geografia da fome: Região Norte do Brasil é a mais impactada pela insegurança alimentar", *G1RO*, 2022.
[41]NITAHARA, A. "Censo Agropecuário: Brasil tem 5 milhões de estabelecimentos rurais", *Agência Brasil*, 2019.
[42]NAÇÕES UNIDAS BRASIL. "Pequenos agricultores familiares produzem mais de um terço dos alimentos no mundo", *Nações Unidas Brasil*, 2021.
[43]NITAHARA, A. "Censo Agropecuário: Brasil tem 5 milhões de estabelecimentos rurais", *Agência Brasil*, 2019.

(iv) Regulamentação da Lei n.º 13.986, de 07 de abril de 2020[44], conhecida como "Lei do Agro", resultado da conversão da Medida Provisória n.º 897/2019, que criou mais facilidades para a burguesia rural no acesso ao crédito, isenção de contribuições previdenciárias, entre outros, além da abertura de financiamentos setoriais com capital estrangeiro.

Como exposto anteriormente, a fome que avança pelo Brasil atingiu percentualmente mais os moradores da Região Norte até o ano de 2022, justamente na Amazônia: 71,6% sofrem com a insegurança alimentar e a fome extrema faz parte do cotidiano de 25,7% das famílias — índice maior que a média nacional, de aproximadamente 15%[45].

Quais os vestígios podem existir na consciência quando deparados com esses números? Retorna-se ao risco, haja vista que o risco estabelece a necessidade de um cálculo do tempo segundo condições que nem a racionalidade, nem o cálculo da utilidade, nem a estatística podem fornecer indicações úteis. Nestas condições de não-saber, aquilo que realmente pode-se saber é que cada redução ou minimização do risco aumenta o próprio risco. Disto deriva a necessidade de decidir em condições que se saiba que outra decisão poderia evitar o dano que devia verificar-se. Mas se isto devia acontecer, aconteceria no futuro. É por isso que a sociedade moderna representa o futuro como risco. Se o representa, o constrói. O risco, então, é uma característica estrutural da complexidade da sociedade moderna, de sua temporalização, da simbiose com o futuro, a paradoxalidade do presente, da ecologia do não-saber[46].

Assim, a perspectiva dos direitos humanos descrita por um ponto de vista sistêmico tem em vista focar na sua função interior e para a sociedade mundial. Então, pode-se pensar no direito ao alimento como direito humano, porque é sabido que durante muito tempo a capacidade de produção de alimentos foi mais do que suficiente para satisfazer toda a população mundial. Hoje, é mais que o dobro do necessário. Com isso, se a real função dos Direitos Humanos consiste na concretização das condições que estabilizam a forma de modernidade da sociedade moderna[47], evidentemente, não se pode negar que eles tenham uma função evolutiva: bloqueiam a involução, impedem que o passado inunde o presente com seus escombros — a fome, por exemplo.

No texto "Periferias da modernidade"[48], os direitos humanos funcionam na forma de catálogo, tal como uma lista estruturada de direitos que possam nos servir de referência para programas políticos. Os catálogos fornecem esquemas de referência úteis para a estabilização das possibilidades do agir nessa sociedade moderna, nos diferentes âmbitos (subsistemas). Não por acaso, há declarações de direitos (catálogos) de diferentes tipos: direitos econômicos, sociais e culturais, direito à saúde, direito alimentar, entre outros. A inclusão pode ser universal, ou, ao menos, ser crescente, mais ampla, sem discussão acerca dos problemas de reivindicações de direitos, a partir do aumento ou maior acesso aos direitos.

Ou seja, os direitos humanos são os requisitos mínimos para a inclusão. A inclusão, porém, tem outro lado: a exclusão. Por isso, a proposta é operar de acordo com uma "ecologia dos Direitos Humanos", ou seja, "uma perspectiva que observe como no ambiente da sociedade, a sociedade aloca as alteridades que produz"[49]. Tal perspectiva poderia permitir-nos observar e perguntar: qual é a função dos direitos humanos? Aqui a reflexão é: e quais são as possibilidades de futuro que se podem

---

[44]BRASIL. "Lei n.º 13.986, de 07 de abril de 2020", *Diário Oficial da União*, 20.8.2020. Brasília, 2020.

[45]G1RO. "Geografia da fome: Região Norte do Brasil é a mais impactada pela insegurança alimentar", G1RO, 2022.

[46]DE GIORGI, R. "O direito na sociedade do risco", *Revista Opinião Jurídica*, v. 3, n. 5, 2005, p. 383-394.

[47]DE GIORGI, R. *Op. Cit.*, p. 390.

[48]DE GIORGI, R. "Periferias da modernidade", *Revista Direito Mackenzie*, v. 11, n. 2, 2017b.

[49]DE GIORGI, R. "Por uma ecologia dos direitos humanos", *Revista Opinião Jurídica*, ano 13, n. 20, 2017a, p. 337.

construir a partir dessas observações? Como o caso do direito ao alimento como direito humano.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da alteridade do outro, tal como é colocada neste trabalho, opõe-se à modernidade da sociedade atual, porque a última violenta a estrutura sedimentada da comunicação e a semântica que a torna possível: ilude-se de que pode deter a forma da modernidade. Eis que, o desconhecimento da alteridade depende do fato de ela ser impenetrável. E é impenetrável tendo em vista que se esconde no olhar do outro, "se esconde no que se esconde". O olhar é como um feixe invisível que se liga ao ambiente, é a imaterialidade que repousa sobre um objeto e usa a luz para lhe dar um contorno, é como uma impressão silenciosa que envolve o objeto sobre o qual repousa e o torna visível. O olhar é o que nos faz dizer diante do mundo: é a construção de um observador. O outro não sabe que é o construtor que, com seu olhar, se deixa construir por um "eu" ou por um "nós" — e se liga a ele em toda a sua dependência, sem perceber que ele mesmo é outro. Ele se ilude de que não é um guardião e acredita ser um prisioneiro, como em uma história terrível e assustadora de Dürrenmatt[50] que há meio século lançou uma luz espectral sobre o paradoxo constitutivo da semântica da sociedade contemporânea, a semântica do guardião e o prisioneiro, de fato.

Ainda hoje, o outro é tratado como o objeto: como o que se supõe sem palavra. Aquilo sobre o qual se acredita que à luz da observação caia. Porém, na realidade é precisamente a sua opacidade que permite à luz delinear os contornos do observador. O outro, nesta perspectiva, também observa: ele observa seu ser observado; portanto, deve agir, mesmo que a palavra seja tirada dele; incluir, mesmo que o sujeito da observação o exclua. O outro tem uma fé, mesmo que o sujeito da observação o trate como um infiel; ele tem suas razões, mesmo que o sujeito da observação o trate como desprovido de razão; tem a sua interioridade, ainda que o sujeito da observação a trate como uma exterioridade selvagem[51].

Daí a sociedade de risco é uma fórmula que serve para despertar alarme, uma fórmula que inclui, de forma autocontraditória, múltiplos conteúdos, muito diferentes entre si, que funcionam sempre quando são usados para produzir, precisamente, alarme no presente e desespero quanto ao futuro. E como a comunicação do risco amplia a percepção do risco e atualiza sua ameaça, o simples fato de falar do presente como o tempo da sociedade de risco espalha insegurança, incerteza e medo. A fórmula, tanto mais difundida quanto mais sustentada por apelos e proclamações, tem a função de produzir como primeira consequência a representação da necessidade de assegurar-se, de construir segurança: uma representação que simultaneamente evoca o outro, segundo o qual no passado sentíamos-nos seguros, estávamos mesmo mais seguros e, por isso, agora é preciso, de fato, repor a segurança, readquirir aquela segurança que se acredita perdida devido ao risco iminente, à ameaça.

Dessa forma, uma confusão semântica particular é ativada, que se multiplica em inúmeras outras confusões semânticas. A consequência é que a indeterminação semântica do risco repousa na indeterminação semântica da segurança. Alastra-se uma semântica de alarme que, nas últimas décadas, tem oferecido grandes espaços de conquista para protestar, para movimentos que tremeram, de tempos em tempos, contra qualquer uma das ameaças reais que esta sociedade tem produzido contra si mesma: o risco ecológico, o risco de grandes obras de destruição que afetam o clima, a produção imensa de resíduos sólidos, a construção de ferrovias, hidrelétricas e gasodutos, a extração de petróleo, a produção de emissões de dióxido de carbono, a

[50]DÜRRENMATT, F. *Der Auftrag: oder Vom Beobachten des Beobachters der Beobachter*. *Novelle in vierundzwanzig Sätzen*. Diogenes Verlag, Zurique, 1988.

[51]Como o tema da esplêndida realização cinematográfica de 2017 de Guillermo del Toro, "A Forma da Água" ("*The Shape of Water*").

energia nuclear, entre outros. Os protestos sobre esses riscos eram setoriais, delimitados ou tão universalizados que poderiam esmorecer, evaporar, consumir-se. Mas um fato é sempre reiterado, caracterizado em cada época: os protestos podiam ser facilmente absorvidos e reprimidos, às vezes até violentamente[52].

Agora, por outro lado, os espaços estreitos ocupados por esses protestos — que de qualquer forma resultou no surgimento de formas de civilização de comportamento relacionadas ao meio ambiente — ficaram praticamente vazios ou tendem a se esvaziar. A racionalidade antes envolta em ameaças reais foi substituída por uma racionalidade política que espalhou alarme para fins de produção de consenso: extorquiu consentimento para políticas que garantiam segurança contra riscos construídos com base em velhas ideologias contra-iluministas. A imprecisão semântica[53] do risco foi redefinida através da construção política dos riscos, das ameaças, da incumbência de novas barbaridades, de inimigos que poderiam ter sido detidos e controlados, de fato, apenas com o acionamento de políticas de segurança. Tornou-se possível extrair consentimento do medo.

O processo de avanço civilizatório jurídico, econômico, político e educacional causou impactos na estrutura de sistemas sociais[54], seja em virtude dos novos direitos que vão sendo solicitados para atenderem às demandas complexas, seja pela legitimação de poder através da economia, da política e da educação, ou ainda porque a função de redução da complexidade, inerente à função de cada sistema, incrementa a própria complexidade.

É pela comunicação que se origina essa complexidade, haja vista ser ela que estrutura um sistema social. Afinal, por meio da comunicação faz-se as coisas presentes no mundo funcionarem, terem valores positivos ou negativos, garantias ou não, funcionais ou disfuncionais. Significa que os sentidos das coisas residem nos modos como os sujeitos os determinam para se interagirem. Comunicação é, então, o processo interativo, a ligação, o estar com o outro no sentido de ser igual aqui, agora, ali, alhures; orienta e dá funcionalidade à universalidade; dá sentido e serve como premissa para a elaboração de toda a experiência humana; liberta ou oprime as pessoas. Logo, o sentido das coisas se apresenta como excedente das referências de um dado experimento ulterior nas possibilidades de experimentar; o sentido é a própria imanência das coisas.

Segundo Luhmann[55], a sociedade é um grande sistema, no interior do qual as outras relações sociais se operam e se reconstroem a partir de seus próprios elementos (*autopoiesis*). Nessa perspectiva, pode-se citar o direito alimentar, por exemplo, enquanto subsistema do Direito, possui mecanismos de auto-organização produzidos pela sociedade para se comunicar sobre o direito e o acesso ao alimento saudável, dentro de outro sistema, caso do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006[56]).

Dentre as indeterminações merecedoras de análises, encontra-se a (in)certeza no saber orientado à questão da segurança alimentar concernente ao poder econômico ou *status* social. Nessa modalidade de saber se predispõe a ideia de quem tem poder econômico está mais propenso à segurança, à comunicação e informação e educação alimentar; que a produção alimentícia serve ao consumo responsável e, consequentemente, as tecnologias para impedir catástrofes de natureza alimentar transformam inseguranças econômicas de natureza social (desigualdade, pobreza, discriminação, doenças e outras) em garantias à dignidade da pessoa humana.

Então, se há insegurança alimentar em virtude do desperdício de alimentos e isso causa danos irreversíveis à saúde de seres humanos, educa-se para a produção, fornecimento, criam-se índices de preços que não podem ser ultrapassados para

---

[52]DE GIORGI, R. *Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro*. Fabris, Porto Alegre, 1998.
[53]DE GIORGI, R. *Op. Cit.*, p. 91.
[54]LUHMANN, N. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Vozes, Petrópolis, 2016.
[55]LUHMANN, N. *Op.cit*.
[56]BRASIL. "Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006", *Diário Oficial da União*, 18.9.2006, Brasília, 2006.

alimentos básicos, ensina-se o consumo responsável. Contudo, enquanto não forem superadas as condições de desperdício, de desinformação, a insegurança se torna algo normal e aceitável, sem a devida consciência da ameaça que afeta alguns humanos pelo mundo.

Estruturas sociais desta natureza quando se auto-operam a partir de si mesmas para as próprias operações, tornam-se instáveis e imprevisíveis. As instabilidades/imprevisibilidades podem indicar, novamente, que os conceitos de segurança e educação alimentar, dentre outros que fazem parte desse arcabouço sistemático e/ou estrutural, estão destituídos de qualquer sentido a favor de operar a estabilidade. Daí, pode-se aferir acerca das probabilidades negativas (falta de confiança) constantes nas certezas dispostas nas medidas ditas objetivas, sofisticadas tecnologicamente à superação da ameaça; se os conceitos estão desprovidos de valores para a reversão da catástrofe (como morte por inação, por exemplo) também não se encontra confiança, segurança e estabilidade para o tratamento da complexidade que a própria complexidade produz.

A instabilidade e a imprevisibilidade, nesse caso, conferem a complexidade, pessoas morrem de fome quando a produção e o consumo de alimentos estão sendo utilizados de modo irresponsável. A irresponsabilidade/responsabilidade, por sua vez, está correlata à decisão da sociedade com relação ao seu futuro. Se no passado não é mais plausível a busca pelas respostas aos problemas do presente, significa que o passado não conferia estabilidade. Por isso, o problema imanente aqui se refere ao futuro. Nesse modelo de sociedade, "a única possibilidade que temos para construir vínculos com o futuro é o risco".

Afinal, o risco na sociedade contemporânea tem a função de racionalizar o medo — o medo segundo o qual as pessoas possam morrer de fome, embora haja desperdício de alimentos; uma sociedade cujo intento é defender mais comunicação e educação, e, no entanto, há mais desinformação; mais saber, maior o não saber. Porquanto, risco significa imputar um eventual dano futuro a uma decisão, na certeza de que outra decisão poderia evitar que o dano da fome se produzisse como uma estrutura de poder, por exemplo. O risco depende sempre da decisão de quem age. Oras, a ação do agente produtor da insegurança alimentar — a fome, a morte de humanos por inação — por mais complexo que seja, parte das escolhas da própria sociedade (por isso mesmo, complexa), a mesma que produz os sistemas das leis de segurança alimentar, do conteúdo da educação para alimentação e consumo responsável dos alimentos, orientações para a produção e o fornecimento de alimentos adequados, entre outros.

5. REFERÊNCIAS

BERTOTTI, R. "O 25 de julho e a política de fome do governo Bolsonaro", *CUT Brasil* [online], 2022 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em https://www.cut.org.br/artigos/o-25-de-julho-e-a-politica-de-fome-do-governo-bolsonaro-53c8

BORGES, J.L. *Ficções*. Companhia das Letras, São Paulo, 2007.

BRASIL. "Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006", *Diário Oficial da União* [online], 18.9.2006, Brasília, 2006 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm

BRASIL. "Lei n.º 13.986, de 07 de abril de 2020", *Diário Oficial da União* [online], 20.8.2020. Brasília, 2020 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13986.htm

BRÖKER, F. M; *Teil der Welt.* Fraktale einer Ethik – oder: Heinz von Foersters Tanz mit der Welt, Carl-Auer, Heidelberg 2014.

CARDOSO, M.A. "Alimentação no início da vida: janela para o futuro", *Jornal da USP* [online], 2018 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em https://jornal.usp.br/artigos/alimentacao-no-inicio-da-vida-janela-para-o-futuro/

DE GIORGI, R. "O risco na sociedade contemporânea", *Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos* [online], v. 15, n. 28, pp. 45-54, 1994 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em doi https://doi.org/10.5007/%x

_____. *Direito, democracia e risco*. *Vínculos com o futuro*. Fabris, Porto Alegre, 1998.

_____.. "O direito na sociedade do risco", *Revista Opinião Jurídica* [online], v. 3, n. 5, pp. 383-394, 2005 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em doi https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v3i5.p383-394.2005

_____. "O risco na sociedade contemporânea", *Revista de Direito Sanitário* [online], v.9, n.1, pp. 37-49, 2008 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em doi https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i1p37-49

_____.. "Por uma ecologia dos direitos humanos", *Revista Opinião Jurídica* [online], ano 13, n. 20, pp. 324-340, 2017a [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em doi https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p324-340.2017

_____. "Periferias da modernidade", *Revista Direito Mackenzie* [online], v. 11, n. 2, pp. 39-47, 2017b [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em doi https://doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v11n2p39-47

DÜRRENMATT, F. *Der Auftrag: oder Vom Beobachten des Beobachters der Beobachter. Novelle in vierundzwanzig Sätzen*. Diogenes Verlag, Zurique, 1988.

FOERSTER, H. von. e BRÖKER, F. M. *Teil der Welt: Fraktale einer Ethik - oder Heinz von Foersters Tanz mit der Welt*, Carl-Auer, Heidelberg, 2014.

G1RO. "Geografia da fome: Região Norte do Brasil é a mais impactada pela insegurança alimentar", *G1RO* [online], 2022 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em: https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2022/06/08/geografia-da-fome-regiao-norte-do-brasil-e-a-mais-impactada-pela-inseguranca-alimentar.ghtml

LIMA, F.R.S. e FINCO, M. "Teoria Sistêmica e Direitos Humanos: o Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde", *Revista Pensamento Jurídico* [online], v. 13, n. 2, 2019 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/186

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1983.

_____. *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*. Westdeutscher Verlag, Opladen, 1986.

_____. *Beobachtungen der Moderne*. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 1992.

_____. *Die Soziologie und der Mensch*. Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995.

_____. *Die Politik der Gesellschaft*. Suhrkamp, Frankfurt, 2000.

_____. *Introdução à teoria dos sistemas*. Vozes, Petrópolis, 2011.

_____. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Vozes, Petrópolis, 2016.

_____. e DE GIORGI, R. *Teoria della società*. Franco Angeli, Milano, 2013.

MONCAU, G. "Fome se alastra no Brasil: 6 em cada 10 famílias não têm acesso pleno a alimentos", *Brasil de Fato* [online], 2022 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2022/06/08/fome-se-alastra-no-brasil-6-em-cada-10-familias-nao-tem-acesso-pleno-a-comida

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. "Pequenos agricultores familiares produzem mais de um terço dos alimentos no mundo", *Nações Unidas Brasil* [online], 2021 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em https://brasil.un.org/pt-br/125880-pequenos-agricultores-familiares-produzem-mais-de-um-ter%C3%A7o-dos-alimentos-no-mundo

NEITSCH, J. "O filósofo do 'não saber'", entrevista de Raffaele de Giorgi à Joana Neitsch, *Gazeta do Povo* [online], 2013 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/entrevistas/o-filosofo-do-nao-saber-7th9nbpgys33b19wynr7l7iz7/

NEVES, Marcelo. "Os Estados no centro e os Estados na periferia. Alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann", *Revista de Informação Legislativa* [online], ano 52, n. 206, 2015 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p111.pdf

NITAHARA, A. "Censo Agropecuário: Brasil tem 5 milhões de estabelecimentos rurais", *Agência Brasil* [online], 2019 [consult. 26 mai. 2023]. Disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-10/censo-agropecuario-brasil-tem-5-milhoes-de-estabelecimentos-rurais

SARAMAGO, J. *Ensaio sobre a cegueira*. Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

_____. *Ensaio sobre a lucidez*. Companhia das Letras, São Paulo, 2004.

_____. *As intermitências da morte*. Companhia das Letras, São Paulo, 2005.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 303-325
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La regulación del derecho a la educación digital

The regulation of the right to digital education

Víctor Cazurro Barahona[1]
Universidad Internacional de La Rioja -UNIR-

Sumario:

1.Introducción. 2. Cuál es la regulación del derecho a la educación digital. 3. Antecedentes. 3.1 Breve referencia histórica. 3.2 Antecedentes jurídicos. 3.2.1. Estrategia para garantizar el derecho a la educación digital. 4. Regulación jurídica del derecho a la Educación Digital. 4.1 Regulación jurídica en España. 4.2 Regulación jurídica en la Unión Europea. 4.3 México: una experiencia latinoamericana. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Resumen: Hasta hace muy pocos años, el reconocimiento del derecho a la educación digital ha sido escaso y lleno de dificultades. Estas complicaciones no solo han sido fruto de la ausencia de su regulación, sino también de la falta de las infraestructuras y los recursos necesarios para su eficaz despliegue entre docentes y discentes. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, recoge, por primera vez en España, el derecho a la educación digital, no solo como un derecho sino como una herramienta capaz de contribuir a la calidad de la enseñanza y a garantizar la inserción del alumnado en la sociedad del conocimiento y de la información. La Ley involucra a la administración educativa en la implementación de este derecho, requiriéndole que incluya la competencia digital en el desarrollo del currículo la competencia digital. Asimismo, la norma también pide que se asegure la formación del profesorado que habrá de recibir las competencias y la formación necesaria para abordar con éxito los procesos de aprendizaje digitales o en línea. Además, vincula la formación de docentes y alumnos en el uso y seguridad de los medios digitales a la garantía de los derechos fundamentales en Internet. El artículo analiza el concepto de educación digital, el derecho a la misma, sus antecedentes y el vigente marco regulatorio en España, en Europa y el caso mexicano en Latinoamérica.

Palabras clave: derechos digitales, educación digital, derecho a la educación digital, educación en línea

Abstract: Until well into the 21st century, recognition of the right to digital education has been scant and fraught with difficulties. These complications have not only been the result of the absence of a certain regulation, but also of the lack of the necessary infrastructures and resources for its effective deployment among teachers and students. The Organic Law 3/2018, of December 5th, on Personal Data Protection and guarantee of digital rights, includes, for the first time in Spain, the right to digital

[1] Director de Innovación y Mejora Continua en la Facultad de Derecho de la UNIR. Profesor de Derecho de Internet y de Protección de Datos Personales en UNIR. Doctor en Derecho, con mención europea, acreditado por ANECA. Diplomado por la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Valladolid. Docente universitario desde 2005. Abogado en ejercicio de 2004. Especialista en Derecho de Protección de Datos Personales y Derecho de Internet. Delegado de Protección de Datos reconocido por IVAC, entidad acreditada por la AEPD. Ha ocupado diferentes responsabilidades académicas como Vicerrector de Investigación, Decano de la Facultad de Derecho, director del área de Calidad en la misma y director de diversos Grados y Másteres universitarios.

Recibido: 16/03/2023
Aceptado: 14/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043868

education not only as a right, but also as a tool capable of guaranteeing the insertion of students in the knowledge and information society. This Law involves the educational administration in the implementation of this right, requiring it to include digital competence in the development of the digital competence curriculum. Likewise, the standard calls for ensuring the training of teachers who will receive the skills and training necessary to successfully address digital or online learning processes. In addition, it links the training of teachers and students in the use and safety of digital media to the guarantee of fundamental rights on the Internet. The article analyzes the concept of digital education, the right to it, its background and the current regulatory framework in Spain, Europe, and some cases in Latin America.

Key words: digital rights, digital education, right to digital education

1. Introducción

La vigente Ley Orgánica de Protección de Datos española (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en adelante LOPDGDD) ha incorporado un elenco de derechos que el legislador no había recogido en una ley, hasta ese momento.

Es probable que el modo de incluirlos, a modo de "retahíla de derechos" (que tienen en común su vertiente digital o su conexión con internet), en un texto dedicado a adaptar el Derecho interno español al Reglamento General de Protección de Datos no es lo idóneo, pero, al menos, ha servido como punto de partida para profundizar un poco más en algunos de ellos. Es precisamente el estudio más sosegado y detallado lo que evitará que el reconocimiento de tales derechos quede en una pura declaración formal y favorezca que, en un tiempo razonable, se obtenga una detallada regulación que, a su vez, propicie su más eficaz aplicación.

En este texto se realiza un análisis sobre la regulación de uno de los derechos recogidos en la LOPDGDD, en su artículo 83: el derecho a la educación digital. No es una regulación detallada y con la profusión que hubiera sido deseable pero tampoco es una referencia aislada. La propia ley también dedica sus disposiciones finales octava y décima. La disposición final octava modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre de Universidades: incluyendo una nueva letra l) en el apartado 2 del artículo 46, donde la ley relaciona los derechos de los estudiantes, añadiendo a estos el de "l*a formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet"*.

Por su parte, la disposición final décima hace lo mismo con la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación e incluye una nueva letra l) en el apartado 1 del artículo 2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, incluyendo entre los fines a los que se orientará el sistema educativo español el de "*la capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva*".

Como colofón a lo anterior, y volviendo a la LOPDGDD, su disposición adicional vigésima primera es toda una declaración de intenciones titulada *Educación digital*. En ella se impone a las Administraciones educativas que den "*cumplimiento al mandato contenido en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 83 de esta ley orgánica en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la misma*", es decir, al contenido del artículo que recoge el derecho a la educación digital.

A pesar de la dificultad de regular cualquier realidad tocante a un derecho fundamental como la educación, más aún si se pone en conexión con internet (o con "lo digital"), la sociedad de la información y del conocimiento en que vivimos necesitaba una mínima regulación y afirmación del derecho a la educación digital, regulación que se ha demorado demasiado tiempo.

2. Cuál es la regulación del derecho a la educación digital

Tal y como plantea se plantea en el apartado primero del artículo 83, lo que hace el legislador es reconocer un derecho de los alumnos a su inserción en la sociedad digital y al uso de los medios digitales. A su vez, trata de ponerlo en conexión con otros derechos fundamentales y valores recogidos en la Constitución de 1978. Y añade que debe ser el sistema educativo y, por tanto, la administración educativa quien lo garantice.

La pandemia del COVID-19 (iniciada en el año 2020) evidenció que, a pesar del plazo de un año que la disposición adicional vigésima primera había fijado para dar cumplimiento a la norma, ni el sistema educativo estaba preparado para garantizar el derecho a la educación digital ni la administración educativa (en cualquiera de sus niveles) había dispuesto lo necesario para cumplir con el mandato de la ley. Tampoco se habían previsto las herramientas necesarias, la formación del profesorado, ni provisto del *hardware* y *software* adecuados a docentes y discentes.

En su apartado segundo recoge que "*el profesorado recibirá las competencias digitales y la formación necesaria para la enseñanza y transmisión de los valores y derechos referidos en el apartado anterior*". Esto es esencial, básico para hacer real y efectivo el derecho que regula.

Siguiendo con la experiencia sufrida durante la pandemia de 2020, también se pudo comprobar como los órganos directivos de los centros educativos, los docentes y los alumnos carecían, en su mayor parte, de los conocimientos necesarios para llevar a cabo un mínimo proceso de enseñanza-aprendizaje en línea que les permitiera seguir abordando los programas y planes de estudio con normalidad. Colegios, institutos y universidades (especialmente las públicas) no supieron ni pudieron reaccionar más allá de la labor de algunas acciones aisladas llevadas a cabo por docentes que ya habían experimentado o se habían formado, motu proprio, en la modalidad en línea o semipresencial. A esto se sumó las notables diferencias, especialmente entre el alumnado, en cuanto a la disponibilidad de los dispositivos necesarios para seguir las clases y lecciones que algunos centros trataron de continuar a través de internet.

Tres años después de publicarse la ley, el profesorado no había adquirido las competencias digitales necesarias ni la formación básica para hacer del derecho a la educación digital un derecho real y efectivo que los alumnos pudieran disfrutar desde sus hogares. Como ya se ha señalado, muchos de ellos tampoco disponían de los medios necesarios para ello, bien por falta de un dispositivo adecuado, o bien por no disponer de una conexión suficiente para sostener una videoconferencia desde sus casas.

Para tratar de incorporar estas competencias al acervo cultural de los docentes, el apartado tercero del artículo 83 sí dispone que *los planes de estudio de los títulos universitarios, en especial, aquellos que habiliten para el desempeño profesional en la formación del alumnado, garantizarán la formación en el uso y seguridad de los medios digitales y en la garantía de los derechos fundamentales en Internet*. Atendiendo a este precepto, resulta evidente que se ha de esperar de uno a cuatro años para que los egresados de los grados en educación o de los másteres de formación de profesorado incorporen estas competencias a sus planes de estudio y los resultados de aprendizaje de los alumnos puedan incluir destrezas digitales o conocimientos sobre la última tecnología digital y sus múltiples derivadas. En realidad, es un tiempo razonable y más que suficiente para que los docentes y futuros docentes puedan incorporar estas habilidades y aplicarlas en su día a día en las aulas, sean estas presenciales u online[2].

Por último, el artículo 83.4 recoge que "*las Administraciones Públicas incorporarán a los temarios de las pruebas de acceso a los cuerpos superiores y a aquéllos en que*

[2] CAZURRO BARAHONA, V. "Derecho a la educación digital – Artículo 83 LOPDGDD", en VV.AA. (Rodríguez Ayuso, J.F. coord.), *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar*. Ed. Thomson Reuters ARANZADI, Pamplona, 2022, p. 120.

habitualmente se desempeñen funciones que impliquen el acceso a datos personales materias relacionadas con la garantía de los derechos digitales y en particular el de protección de datos", aspecto directamente conectado con la primera parte de la ley, que regula de manera íntegra el derecho a la protección de datos personales y la garantía de derechos digitales.

Ahora bien, cuando se habla de educación digital conviene pensar en la enorme amplitud de este derecho porque, a simple vista, pudiera parecer que solo se está regulando la formación en línea. Es cierto que, a día de hoy, es la modalidad de educación que más crece y más rápido evoluciona; sin embargo, la educación digital también radica en la incorporación a las aulas presenciales de nuevos modelos docentes que combinen la enseñanza basada en herramientas y métodos tradicionales con las tecnológicas (las presentaciones digitales, las videoconferencias, la narrativa digital, las wikis, la investigación en línea, los *blogs*, las *wikis*, las nubes de palabras (*word clouds*), las redes sociales y, por descontado, los actuales dispositivos electrónicos –tabletas, smart phones o pizarras electrónicas, etc.–.

Si atendemos a la literalidad del artículo 83 LOPDGDD, parece razonable pensar que el legislador español diseña una garantía para el derecho a la educación digital en lugar de una regulación pura de tal derecho. Pero, si analizamos en profundidad el concepto de educación digital, tal y como se ha descrito más arriba, es evidente que su proyección es mucho más amplia pues afecta no solo al derecho en sí mismo, sino a todo lo necesario para conseguir la inmersión de la persona en la sociedad digital. He aquí un primer problema, pues si el objetivo es garantizar un derecho es necesario precisar y definir completamente todo su contenido: saber qué se entiende por educación digital, es decir, ¿Cuál es el concepto de educación digital? ¿Cómo puede definirse? es un proceso de formación permanente que usa las herramientas y la tecnología digital e internet para la adquisición de competencias y habilidades para aprender, tanto en modalidad presencial como en línea.

El legislador y la administración educativa tienen una encomienda laboriosa si desean garantizar el derecho de acceso a la educación digital del alumnado; no es suficiente con disponer de herramientas pedagógicas adecuadas, dispositivos inteligentes, una buena infraestructura tecnológica que provea una fiable y robusta conexión a internet, *subir* unos contenidos a un LMS[3] o plataforma de tele-formación y evaluar. La educación digital necesita una regulación específica, modelos docentes propios, profesores debidamente formados y herramientas adecuadas para propiciar el ejercicio real y efectivo de un verdadero derecho a la educación digital.

3. Antecedentes

3.1 Breve Referencia histórica

El potencial de la educación digital, en sus tres versiones (presencial, híbrida y en línea), ha llevado al mundo de la pedagogía a replantear muy seriamente la dimensión individual y colectiva de los procesos de enseñanza y aprendizaje, los tiempos de este, el modo de estructurar y presentar la información para la construcción de conocimiento, así como los deberes y las competencias docentes y discentes.

Resulta indudable que este proceso se ha hecho más visible en la educación superior (en las universidades y en los centros de formación profesional[4]), pues ha habido una proliferación significativa de instituciones que solo disponen de oferta

[3] LMS son las siglas de *Learning Management System*, que es un software que se emplea para administrar, distribuir y controlar las actividades de formación en línea de una organización.

[4] Según los últimos datos del Ministerio de Educación y Formación Profesional las matrículas en esta modalidad se incrementaron entre el curso 2021 y 2022 (últimos cursos de los que hay datos disponibles) un 16,4% en Grado Medio y un 27,7% en Grado Superior. Disponible en: https://www.educacionyfp.gob.es/servicios-al-ciudadano/estadisticas/no-universitaria/alumnado/fp/cursos/2021-2022.html. Ref. 4 de mayo de 2023.

académica en línea y ha aumentado notablemente el alumnado en esta modalidad[5]. También es palpable le hecho de que en los niveles académicos más elementales ha costado un poco más y el proceso es aún lento debido, fundamentalmente, a la falta de recursos para llevarlo a cabo.

Además, en Europa, el proceso de Bolonia, las pautas comunitarias para el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES) y la implantación del Sistema Europeo de Transferencia de Créditos (ECTS[6]), obligó a las universidades a introducir cambios sustanciales en las formas de transmitir el conocimiento. Especialmente las universidades hubieron de enfrentarse a un nuevo marco docente para responder a nuevos modelos y metodologías que facilitaran el inevitable proceso de renovación pedagógica y la adecuación del sistema educativo que conllevaban los mecanismos de armonización europea. Y aunque fueron las universidades quienes más sufrieron esta adaptación, en realidad ha ido impregnando todo el sistema.

Pero ¿realmente que supone este renovado marco normativo y pedagógico? Esencialmente, un cambio de rol en el docente, que cambia y enriquece sus funciones. Funciones que van más allá de trasmitir conocimientos pues los maestros y profesores asumen un nuevo papel que incide en el manejo de competencias y conocimientos y en la asunción de nuevos desempeños vinculados a internet, a la tecnología digital y, en definitiva, al cambio y la adaptación constante.

A la vista de la evolución experimentada en los últimos 25 años, se puede afirmar que la educación está viviendo una transformación sin precedentes: cambian los métodos de trabajo, y el potencial de la información y de las herramientas de comunicación a su disposición se multiplican. La rapidez con la que estos cambios llegan y el desarrollo y adquisición de nuevas competencias y habilidades técnicas exigen, desde la administración educativa, respuestas originales y adecuadas a los tiempos.

Es en este contexto de profundas transformaciones donde emerge el reconocimiento del derecho a la educación digital; un contexto marcado por la tecnología de la información y la comunicación (en adelante TIC) que desempeñan un papel determinante en la innovación de las funciones docentes y también en el planteamiento de los métodos de investigación. Son precisamente estas TIC las que permiten, en su diseño y utilización, "personalizar" los pasos de acceso al conocimiento. Alternativas como la enseñanza multimedia, la enseñanza bimodal o híbrida ("*blended-learning*") o la modalidad *en línea* permiten combinar el trabajo presencial en el aula con la enseñanza a distancia, y minoran o eliminan las limitaciones de espacio y tiempo que exige la enseñanza convencional. Como consecuencia de ello, surge la flexibilización del aprendizaje aprovechando todos los recursos de la tecnología digital, especialmente Internet.

Es en este plano "digital" donde se reconoce y se tiende a regular y garantizar el derecho a la educación digital.

Parece razonable pensar que un fenómeno como la educación digital, que está cambiando los modelos docentes, las rutinas y las formas de enseñar, de aprender y de trabajar obtenga su reconocimiento y disponga de una mínima regulación pues la existente queda superada al estar basada en conceptos y procedimientos, en algunos casos, vinculados a modelos hoy superados.

---

5 Si se analizan los informes del Gobierno de España acerca de los "Datos y cifras del sistema universitario español" de los últimos diez años, el crecimiento de alumnos en la modalidad en línea, de un año a otro, nunca fue inferior al 12,5%. A la oferta de las universidades en línea *puras* se sumaron otras, casi todas privadas, que comenzaron a ofertar sus titulaciones presenciales también en esa modalidad.

6 Las siglas ECTS significan *European Credit Transfer System*, y es un sistema utilizado por las universidades de la Unión Europea (y aquellas instituciones de países con los que la Unión tiene suscritos convenios) para cuantificar el trabajo relativo al alumno que cursa un grado, máster o doctorado en el marco normativo del Espacio Europeo de Educación Superior. El sistema ha permitido unificar criterios acerca de la duración de las titulaciones y ha servido para facilitar la convalidación de asignaturas y títulos, dentro del denominado proceso de Bolonia.

Esa regulación debe atender necesariamente a la formación pedagógica del profesorado en TIC pues es uno de los factores claves para su uso en los sistemas de formación tanto reglada como no reglada. Ello implica financiación para la construcción de esta nueva pedagogía apoyada en esos nuevos recursos, que posibilite e integre lo local con lo global y que haga compatible la formación en centros educativos con la constitución de redes telemáticas que construyan, compartan y actualicen conocimientos y saberes. Es este potencial el que, debidamente regulado, ha de canalizarse a través de nuevos modelos y formas de gestión pedagógica que permitan la explotación de las posibilidades interactivas de la educación digital.

En 2002, la Comisión Europea encargó a la asesoría danesa Rambøll Management un estudio llamado "*Virtual Models of European Universities*"; su objetivo era analizar hasta qué punto se usaban las TIC con finalidades docentes por parte de las universidades europeas. Pues bien, sólo el 18% de las universidades habían iniciado una tímida apuesta por integrar las TIC en la organización y en los procesos de enseñanza - aprendizaje. Más de veinte años después, España cuenta con siete universidades en línea, más de trescientos cincuenta mil alumnos[7] en esta modalidad y la inclusión de herramientas digitales en las aulas de todos los niveles educativos es ya una realidad.

A pesar de esta progresiva y creciente implementación de *lo digital* en las aulas, el legislador no había recogido de un modo tan explícito esta realidad respaldándolo como un medio idóneo para contribuir a la mejora de la calidad y a garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital.

3.2 Antecedentes jurídicos

Aunque pudiera parecer razonable que no haya antecedentes jurídicos reseñables (la evolución más significativa no se ha producido hasta la llegada de internet), el derecho a la educación digital cuenta con algunos que son reveladores. Es más, cabe afirmar que parte de estos antecedentes, así como las aportaciones doctrinales de algunos autores, han ido configurando el germen y los caracteres de este derecho a la educación digital.

La positivización del derecho a la educación digital en la LOPDGDD viene a confirmar lo que ya era una realidad en España desde los años 90 del siglo XX. Son numerosos los hitos y textos internacionales que inciden en la importancia de la alfabetización digital y la incorporación de la tecnología al proceso de enseñanza – aprendizaje. Y, aun existiendo algunos más, a continuación, se relacionan los instrumentos más importantes entre aquellos que han impulsado la llegada de la tecnología digital a la educación y han impilsado alguna regulación al respecto.

Por encima del resto, hay dos referencias fundamentales en las que se sustenta el derecho fundamental a la educación tal y como lo conocemos y que, más adelante, han propiciado la concreción y actualización del contenido del derecho a la educación digital:

1.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948), que en su artículo 26 reconoce el derecho a la educación.

2.- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966), que incide en el reconocimiento del derecho a la educación en sus artículos 13 y 14.

Si bien es cierto que ninguno de los textos citados hacía referencia a la educación digital, a partir de entonces, y atendiendo a la progresiva aparición y aplicación de la tecnología a la educación, comienzan a surgir textos cada vez más alineados con el derecho a la educación digital (o, al menos, conectada con las herramientas y tecnologías incipientes que pueden favorecer tal derecho). A continuación, siguen algunos de ellos:

3. Conferencia Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien, Tailandia, 1990).

[7] Lo que representa algo más del 20% del total del alumnado universitario en España.

En ella surgieron dos textos que respondían a esa evolución que el derecho a la educación tiene hacia las nuevas tecnologías "de entonces": la Declaración Mundial sobre Educación para todos (EPT) y el Marco de Acción para satisfacer las necesidades básicas de aprendizaje; su objetivo era el de satisfacer las necesidades de aprendizaje de todos los niños, jóvenes y adultos para el año 2015. De un modo claro, ambas señalan la necesidad de que el proceso de aprendizaje debía adaptarse a las nuevas circunstancias. Esto incluye las tecnologías emergentes en torno a la información y la comunicación. A pesar de ello, la tecnología digital no es todavía el elemento central; se concibe, más bien, como un elemento más entre otras necesidades de aprendizaje. Ahora bien, el punto 10 del Marco de Acción ya lo recoge como un instrumento útil para respaldar las actividades de educación básica de aprendizaje.

4.- Marco de Acción de Dakar (26-28 abril de 2000).

Ya en el año 2000, la comunidad internacional se reunió de nuevo en el Foro Mundial sobre la Educación en Dakar (Senegal). Si algo se evidenció allí fue que Allí se hizo muchos países estaban aún lejos de alcanzar las metas fijadas en la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos de Jomtien. Para solucionarlo, los estados participantes trazaron una serie de objetivos esenciales para garantizar el derecho a la educación fijando unos parámetros medibles para el año 2015. Es en Dakar donde se hacen dos referencias expresas, en los puntos 8 y 10, al aprovechamiento de las nuevas tecnologías en relación con la educación. En el punto 8, se fijan objetivos directamente relacionados con el derecho a la educación digital; y se subraya la necesidad de "*aprovechar las nuevas tecnologías de la información y la comunicación para contribuir al logro de los objetivos de la Educación para Todos*". En el punto 10, hace una referencia expresa a "*la necesidad de que las nuevas tecnologías estén al servicio de las estrategias de educación y no para dirigirlas*".

Otro ejemplo del acertado enfoque de los compromisos adquiridos es el del Marco de Acción Regional para las Américas (punto 11), en el que los países se comprometen a la utilización de las tecnologías en educación, y más concretamente a:

- Apoyar el uso en el aula de las tecnologías de información y comunicación (TIC).
- Promover el acceso permanente y equitativo a las TIC de los docentes y las comunidades, así como a oportunidades permanentes de capacitación mediante centros de información, redes de mejores prácticas y otros mecanismos de difusión e intercambio de experiencias.
- Adoptar y fortalecer, donde estén ya en uso, las TIC para mejorar la toma de decisiones de política y planificación de los sistemas educativos; la administración de las escuelas, facilitando los procesos de descentralización y autonomía de la gestión; capacitar a los administradores y maestros en la introducción y manejo de las TIC.
- Revalorizar la presencia del libro como instrumento imprescindible de acceso a la cultura y como medio fundamental para utilizar las nuevas tecnologías.

5.- Declaración de Incheon, mayo de 2015.

Se trata de una declaración sobre educación adoptada en el Foro Mundial de Educación en Incheon (Corea del Sur).

En ella se abordan tres aspectos fundamentales: igualdad y acceso, mejora de resultados y fondos, aunque también deja un pequeño espacio para exhortar al uso de las TIC cuando hace referencia al compromiso con la educación de calidad. Fondos: otra recomendación recogida en la Declaración se refiere a la financiación de la educación. Se insta a los signatarios a comprometer del 4 al 6 % de su producto interior bruto o del 15 al 20 % de su gasto público para mejorar la educación.

6.- Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo –UNESCO– (París, 2015).

Informe importante; primero porque ya hay un margen de tiempo suficiente desde la llegada de la tecnología a la educación como para conocer su impacto; segundo porque en él se evidencian dos realidades: que la implantación y desarrollo de las TIC ha sido desigual en el mundo, y que no todas las experiencias en torno al fenómeno "TIC-educación" son tan satisfactorias como se esperaba. Y, aun

reconociendo que la tecnología es decisiva para propiciar una educación de calidad, también alerta acerca de la complejidad de la integración eficaz de las TIC en los sistemas educativos[8].

7.- Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible, Educación 2030.

El Marco de Acción para la realización del Objetivo de Desarrollo Sostenible tiene entre sus fines garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos. Y a esos efectos, señala la importancia de la adquisición de las competencias digitales como uno de los elementos principales para la educación. Lo más llamativo es que hace un llamamiento a la "*adecuación de los sistemas educativos a los mercados laborales en rápida evolución y a los avances tecnológicos*" (punto 6 del Marco de Acción). Asimismo, en su punto 14 relaciona los resultados de aprendizaje "*con la calidad del derecho a la educación de la que se deriva también que los docentes cuenten con el respaldo de TIC adecuadas*". Por último, relaciona la calidad de la educación con la innovación de la tecnología (punto 18) y esto es ya un claro síntoma del convencimiento de que mejor es la educación cuanto más se aproveche la innovación y las herramientas tecnológicas a disposición.

8.- Declaración de Qingdao, mayo 2015.

De la Conferencia sobre las TIC y la Educación después de 2015, surge la Declaración de Qingdao. Es un importante punto de inflexión en la política y la estrategia educativa apoyada en las TIC. De hecho, es la primera declaración global sobre las TIC en la educación que relata cómo la tecnología ha de utilizarse para lograr objetivos educativos para la equidad, el acceso, la calidad y el aprendizaje permanente en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (en adelante ODS) que se utilizarán para coordinar el desarrollo internacional hasta el año 2030.

Más allá del acceso, la equidad, la inclusión y la calidad, los Estados firmantes estuvieron de acuerdo en la importancia decisiva de las TIC en la educación. Hasta este momento, las TIC eran un aspecto más que podía incorporarse o no a los sistemas educativos; sin embargo, a partir de este momento pasó a ser algo prioritario y una herramienta básica para mejorar la educación en todos sus aspectos: más equitativa, más social, más accesible e inclusiva pues permite llegar de igual modo a cualquier parte del mundo. Se convierte en un objetivo estratégico (punto 5 de la declaración) y un componente esencial para cumplir con los compromisos de la Declaración de Incheon, y para superar la evidente "brecha digital" que existía entre unas personas y otras (entre unos países y otros) para acceder a la educación digital. Ahora bien, si por algo es decisiva la declaración es porque relaciona directamente la calidad en la educación con la tecnología. El apartado de la Declaración dedicado específicamente al Aprendizaje de Calidad se abre con el compromiso de formular "*políticas y estrategias a largo plazo bien fundamentadas, encaminadas a aprovechar el potencial de las TIC para mejorar la calidad de la educación y transformar el aprendizaje*"[9]. Es también en Qingdao donde, por vez primera, se recomiendan sistemas globales de seguimiento y evaluación de modo que los datos generados puedan apoyar políticas sobre integración, uso y repercusión de la tecnología en la educación para comprender las funciones que desempeñan las TIC en distintos ámbitos vinculados a lo educacional (punto 17 de la Declaración).

9.- Comunicado de Qingdao, 2017.

Solo dos años después de la declaración, se proclama el Comunicado de Qingdao, adoptado en el "Foro Internacional sobre las TIC y la Educación 2030", organizado por la UNESCO y por la República Popular China, que recibe el nombre de "Estrategias

---

[8] SOTO GARCÍA, M. *El derecho a la educación digital. De lo digital en la educación al derecho a la educación digital (comentario al artículo 83, a la disposición final octava, a la disposición final décima y a la disposición adicional vigesimoprimera LOPDGDD)* – Pp. 3897 y ss. Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales. TRONCOSO REIGADA, A. Director. Tomo II. Ed. CIVITAS – THOMSON REUTERS, Pamplona, 2021.

[9] SOTO GARCÍA, M, ob. cit. P. 3899.

de movilización de las TIC para realizar la agenda Educación 2030". También en este texto se incide en la importancia de la tecnología e internet como una herramienta estratégica para el acceso y la mejora de los sistemas educativos y la consecución de los objetivos de sostenibilidad.

10.- Consenso de Beijín, mayo 2019.

Por último, en 2019 se aprueba el Consenso de Beijín sobre la inteligencia artificial y la educación. Hasta entonces, se había hablado de TIC, de internet, pero todavía no se había abordado el tema de la inteligencia artificial aplicada a la educación (asunto que hoy en día está rodeado de polémica por sus distintas implicaciones). Los rápidos avances tecnológicos implican numerosos riesgos y retos, que los debates sobre las políticas y los marcos reglamentarios tienen aún dificultades para regular.

En cualquier caso, se trata del primer documento que formula consejos y recomendaciones sobre cómo sacar mayor provecho de las tecnologías de inteligencia artificial con miras a la consecución de la Agenda 2030 de Educación. El Consenso contó con la participación de representantes internacionales de más de 105 Estados Miembros y unos 100 representantes de agencias de las Naciones Unidas, instituciones académicas, de la sociedad civil y el sector privado.

El texto concluye que la implementación de la inteligencia artificial en la educación tiene la capacidad necesaria para mejorar las capacidades humanas con miras a una colaboración eficaz entre el hombre y la maquinaria de la vida, el aprendizaje y el desarrollo sostenible. También declara que la integración sistemática de la inteligencia artificial en la educación permite hacer frente a los mayores desafíos de la educación, así como innovar en materia de prácticas de enseñanza y aprendizaje y, finalmente, acelerar los logros en la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible 4[10].

En sus recomendaciones finales, se insta a los Estados Miembros de la UNESCO a planificar la inteligencia artificial en las políticas educativas para sacar provecho de las posibilidades y hacer frente a los desafíos que conlleva esta tecnología. También les pide que adopten enfoques que impliquen la participación de todo el gobierno, intersectoriales y multipartidarios, así como apoyar el desarrollo de nuevos modelos tecnológicos con miras a suministrar servicios educativos y de formación en donde las ventajas prevalezcan sobre los riesgos.

De este modo, el Consenso de Beijín se alinea, de algún modo, con los objetivos que trazó el sistema de Bolonia en la UE, pues se muestra decidido a utilizar las herramientas tecnológicas para proponer sistemas de aprendizaje a lo largo de toda la vida que permitan un aprendizaje personalizado en todo momento, en cualquier parte y para todos.

3.2.1. Estrategia para garantizar el derecho a la educación digital

Tomando como referencia algunos de los objetivos de la Agenda 2030 sobre desarrollo sostenible de la ONU[11], parece razonable pensar que propósitos como la educación de calidad, o la consecución de *"una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos"*[12], están directamente conectados con el derecho a la educación digital. A esto se ha de sumar

[10] UNESCO Noticias. Disponible en: *https://es.unesco.org/news/unesco-ha-publicado-primer-consenso-inteligencia-artificial-y-educacion*. Ref. 21 de abril de 2022.

[11] La Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible es un plan de acción a escala global acordado por unanimidad por los 193 países que conforman la Asamblea General de las Naciones Unidas con la finalidad de luchar contra los grandes desafíos de la Humanidad, entre los que se encuentran: la igualdad entre personas, proteger el planeta y asegurar prosperidad. La Agenda 2030 fue aprobada en septiembre del 2015 y se desarrolla en un marco temporal de 15 años (2016-2030).

[12] La Agenda 2030 de la ONU y el enfoque de la UE sobre desarrollo sostenible. Ministerio de Educación y Formación Profesional. Disponible en: *https://www.educacionyfp.gob.es/eu/mc/sgctie/comunicacion/blog/2020/abril2020/agenda2030.html* Ref. 25 de abril de 2022.

los diversos programas y acciones que, a partir de 2015, han sido impulsadas desde la UNESCO y la Unión Europea para incorporar la tecnología e internet a los sistemas educativos.

Y aunque la educación digital no se encuentra plasmado como un objetivo más de los de la Agenda 2030, la incorporación de la tecnología e internet a la educación se ha convertido, de hecho, en un objetivo más de desarrollo sostenible y ha quedado plenamente incorporado a la estrategia de la UNESCO.

La propia Comisión Europea expuso el enfoque estratégico para su aplicación en la Comunicación "*Próximas etapas para un futuro europeo sostenible. Acción europea para la sostenibilidad*". En ella informaba de cómo se estaban llevando a cabo los objetivos de desarrollo sostenible a través de las políticas de la UE y cómo se habían integrado en todas y cada una de las diez prioridades de la anterior Comisión. En noviembre de 2019 se constituyó la nueva Comisión Europea, estableciendo sus orientaciones políticas y seis prioridades. En el texto en que se plasman las orientaciones políticas de la actual presidenta de la Comisión Europea, Úrsula von der Leyen, destaca como prioridad "*conseguir que Europa acelere la capacitación en las competencias digitales, tanto entre los jóvenes como entre los adultos, mediante la actualización del Plan de Acción de Educación Digital. Tenemos que repensar la educación utilizando el potencial que ofrece internet para poner materiales de aprendizaje a disposición de todos, por ejemplo, gracias a un mayor uso de cursos online a gran escala y abiertos. La alfabetización digital ha de ser una competencia básica para todos*"[13].

Y si se atiende a las prioridades, la segunda de ellas hace referencia a "*una Europa adaptada a la Era Digital*", basada en una estrategia digital en la que la UE se propone capacitar a las personas con una nueva generación de tecnologías. Es más, la Comisión ha manifestado *estar decidida a lograr que esta sea la "Década Digital" de Europa*. Y Europa debe consolidar su soberanía digital y establecer las normas, centrándose claramente en los datos, la tecnología y las infraestructuras[14].

España se ha demorado un poco en apostar de manera decidida por potenciar el uso de las TIC aplicadas a la educación. Si bien es cierto que ha tenido buenos ejemplos de universidades en línea (con excelentes resultados) o movimientos de profesorado que, motu proprio, han experimentado y construido nuevos modelos docentes apoyados en nuevas herramientas tecnológicas e internet, ha faltado una política decidida por parte de la administración. El impulso decidido de España no llega hasta la pandemia de COVID de 2020. A partir de ese momento, y por razones evidentes, se apuesta de manera decidida por potenciar el uso de las TIC para mejorar y fortalecer el sistema educativo. En junio de 2020, el Gobierno lanzó el programa *Educa en Digital*[15] para impulsar la transformación digital de la Educación en España. Las actuaciones comenzaron a ejecutarse durante el segundo trimestre del curso 2020-2021.

El programa establece la puesta en marcha de plataformas de asistencia a profesorado, alumnado y autoridades educativas mediante la aplicación de la Inteligencia Artificial para promover una educación más personalizada. Este desarrollo debería permitir el establecimiento de itinerarios personalizados para los

[13] Orientaciones para la Comisión Europea 2019-2024. Agenda para Europa de Ursula von der Leyen (aun siendo candidata a la presidencia). Disponible en: *https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_es_1.pdf*. Ref. 22 de mayo de 2023.

[14] Una Europa adaptada a la Era Digital, Comisión Europea. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_es. Ref. 29 de abril de 2022.

[15] La iniciativa Educa en Digital se encuadra dentro de la Agenda España Digital 2025, en el eje 3 "Competencias digitales", medida 10 Educa en Digital. Surge como respuesta a las necesidades del alumnado que ha tenido dificultades de acceso a dispositivos y conectividad en sus domicilios para poder continuar el curso escolar junto a sus profesores y sus compañeros, consecuencia del traslado de la actividad docente desde los centros a los hogares durante la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19.

alumnos, un seguimiento más efectivo de sus progresos y un análisis individualizado de su evolución por parte del profesorado[16].

Ahora sí, en 2023, es incuestionable que, en la Unión Europea y en el mundo, la estrategia a corto plazo es alcanzar la transformación digital también en la educación, superando la resistencia al cambio y tratando de facilitar el camino a la educación digital, garantizando su acceso en todos los niveles, y conciliándolo y combinándolo con los modelos de enseñanza tradicionales.

4. Regulación jurídica del derecho a la Educación Digital

4.1 Regulación jurídica en España

Todos los precedentes, declaraciones, informes y comunicados citados en los epígrafes anteriores sirven de poco si el resultado final no es la plasmación del derecho a la educación digital en una ley. Cualquier derecho es fruto de una construcción social que necesita positivización, esto es, obtener reconocimiento jurídico por los organismos nacionales e internacionales y, en su caso, ser tutelado por los órganos jurisdiccionales. La regulación jurídica del derecho a la educación digital en España es reciente, y llega de la mano del artículo 83 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

La Constitución Española recoge en su artículo 27 el derecho a la educación; en el afirma que *tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales* (art. 27.2*);* y encomienda a los poderes púbicos garantizar *el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes* (art. 27. 5). En este mandato es precisamente donde conecta con la disposición adicional vigésima primera de la LOPDGDD, titulada Educación digital, que impone un mandato a las Administraciones educativas para que den "*cumplimiento al mandato contenido en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 83 de esta ley orgánica en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la misma*", mandato que hace referencia a la obligación del sistema educativo para garantizar "*la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso de los medios digitales que sea seguro y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente este con el respeto y la garantía de la intimidad personal y familiar y la protección de datos personales. Las actuaciones realizadas en este ámbito tendrán carácter inclusivo, en particular en lo que respecta al alumnado con necesidades educativas especiales. Las Administraciones educativas deberán incluir en el diseño del bloque de asignaturas de libre configuración la competencia digital a la que se refiere el apartado anterior, así como los elementos relacionados con las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red*".

Sin embargo, la Constitución española no recoge la dimensión digital de la educación. Podría haber seguido la pista del artículo 18.4, previendo la importancia de la informática en un futuro muy cercano. Podría haber hecho una alusión genérica al proceso de continua mejora de la calidad de la educación y conectarlo con la implementación, para ello, de aquellos recursos y tecnologías que estuvieran a disposición. Pero aún quedaban lejos las primeras experiencias docentes apoyadas en lo que fueron las primitivas herramientas "tecnológicas" aplicadas a la educación: laboratorios de idiomas (comienzos de los años 80), disquetes y CD-ROM que completaban la labor del docente, trabajo del alumno apoyado en la computadora

16 Programa Educa en Digital. Ministerio de Educación y Formación Profesional. Disponible en: *https://www.educacionyfp.gob.es/en/prensa/actualidad/2020/06/20200616-educaendigital.html*. Ref. 23 de mayo de 2023.

(años 90), o el software específico diseñado como herramienta básica de aprendizaje para distintos fines (años 2000 y siguientes).

Como se ha visto en epígrafes anteriores, esta carencia trató de ser suplida por el conjunto de acuerdos y tratados internacionales suscritos por España centrados en la garantía de la calidad como núcleo esencial del derecho a la educación. La calidad es precisamente la puerta de entrada de las TIC a la educación pues la mayor parte de esos tratados, sobre todo a partir de 2015, señalan la tecnología como elemento necesario para garantizar esa calidad.

Ahora bien, para analizar la regulación actual es necesario hacer un breve repaso a los precedentes, pues tampoco las leyes de educación españolas se habían prodigado en recoger profusamente la importancia de la tecnología aplicada a la educación, aunque sí lo hicieron de manera significativa en 2002 (Ley Orgánica de Calidad de la Educación) y en el año 2006 (Ley Orgánica de Educación).

Todavía en 1990, y de una manera tímida, la LOGSE[17] hacía una velada alusión en su Preámbulo, cuando llamaba a considerar "*la vertiginosa rapidez de los cambios cultural, tecnológico y productivo nos sitúa ante un horizonte de frecuentes readaptaciones, actualizaciones y nuevas cualificaciones. La educación y la formación adquirirá una dimensión más completa de la que han tenido tradicionalmente, trascenderán el período vital al que hasta ahora han estado circunscritas se extenderán a sectores con experiencia activa previa, se alternarán con la actividad laboral. La educación será permanente y así lo proclama la ley al determinar que ése será el principio básico del sistema educativo"*. La educación permanente, de hecho, ahora está indisolublemente unida a la tecnología pues nunca una generación se ha formado más y mejor de un modo continuo sin importar el cuándo y el dónde, y esto solo se puede conseguir a través de la formación en línea o de la formación presencial con acceso a internet. Además, el alumnado mayoritario de la formación permanente o la actualización de destrezas y conocimientos suele ser un perfil maduro, con responsabilidades profesionales y familiares; y trabajo, familia y formación difícilmente puede conciliarse si no se acude a las modalidades de educación en línea o híbridas (*blended learning*[18]).

Encontramos la primera ley orgánica que recoge la necesidad de que los alumnos adquieran las competencias necesarias para "*aprovechar las nuevas tecnologías*": la LOCE[19]. La LOCE califica estas competencias como "*irrenunciables*" y afirma que "*les permitirán sacar el máximo provecho posible, en términos de formación, de cualificación y de experiencia personal, del nuevo espacio educativo europeo*". Entre los objetivos de la ley, incluye el de fomentar "*experiencias de iniciación temprana en las tecnologías de la información y de las comunicaciones"* en los aprendizajes de la Educación Infantil, y encomienda el cumplimiento de ese objetivo a las Administraciones educativas (art. 12. 3). También lo incluye en los objetivos fijados para la Educación primaria, que deberá contribuir a desarrollar en los alumnos, entre otras capacidades, la de "*iniciarse en la utilización, para el aprendizaje, de las tecnologías de la información y de las comunicaciones"* (art. 15.2.j); y en los de la Educación Secundaria, cuyos alumnos deberán "*adquirir una preparación básica en el campo de las tecnologías fundamentalmente, mediante la adquisición de las destrezas relacionadas con las tecnologías de la información y de las comunicaciones, a fin de usarlas, en el proceso de aprendizaje, para encontrar, analizar, intercambiar y presentar la información y el conocimiento adquiridos"*.

La LOE (2006) y su reforma, la LOMCE, siguen el camino marcado por la LOCE en cuanto a la inquietud por sumar a las competencias del alumnado aquellas que les permitan adaptarse a los cambios tecnológicos y aquellas que ya demanda el mercado laboral, de modo que sean capaces de desarrollar experiencias y

[17] Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.

[18] El *blended learning* o *b-learning* es un tipo de aprendizaje que combina la enseñanza en remoto y la presencial con un objetivo: aunar lo mejor de ambos mundos para alcanzar un aprendizaje más eficiente.

[19] Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación. Esta ley nunca llegó a ser aplicada.

capacidades concernientes a las TIC. El Preámbulo de la LOE así lo recoge: "*A la vista de la evolución acelerada de la ciencia y la tecnología y el impacto que dicha evolución tiene en el desarrollo social, es más necesario que nunca que la educación prepare adecuadamente para vivir en la nueva sociedad del conocimiento y poder afrontar los retos que de ello se derivan";* y lo pone en conexión con los objetivos y la política trazada desde UNESCO y UE, que *"se han propuesto mejorar la calidad y la eficacia de los sistemas de educación y de formación, lo que implica",* entre otras cosas, *"garantizar el acceso de todos a las tecnologías de la información y la comunicación".*

Es este un punto de inflexión importante pues, por primera vez, el legislador asume que el logro de la calidad y la eficacia de la educación pasan inevitablemente por la incorporación de la tecnología a la educación. Además, se considera de tal importancia que también se percibe como un elemento decisivo para la organización de las enseñanzas y en su artículo 3 prevé que "*para garantizar el derecho a la educación de quienes no puedan asistir de modo regular a los centros docentes, se desarrollará una oferta adecuada de educación a distancia o, en su caso, de apoyo y atención educativa específica*", lo cual solo puede garantizarse haciendo buen uso de la tecnología digital y de internet.

La LOMCE[20], va un paso más allá y dedica uno de los capítulos de su preámbulo a la tecnología y la educación como pilares básicos para garantizar el derecho a la educación. Presenta la tecnología como un elemento conformador de la educación a lo largo de la historia, y plantea como un objetivo lograr la personalización y la universalización de la educación a través de las TIC. El legislador recalca ya el papel fundamental de la tecnología en la educación, afirmando en el preámbulo de la ley que "*la incorporación generalizada al sistema educativo de las TIC, que tendrán en cuenta los principios de diseño para todas las personas y accesibilidad universal, permitirá personalizar la educación y adaptarla a las necesidades y al ritmo de cada alumno o alumna. Por una parte, servirá para el refuerzo y apoyo en los casos de bajo rendimiento y, por otra, permitirá expandir sin limitaciones los conocimientos transmitidos en el aula*". Ya no hay duda de que lo digital e internet son un recurso total que no solo permitirá mejorar la calidad de la educación, sino que facilitará la accesibilidad, la personalización adecuándose al caso particular de cada alumno (facilitando la ayuda a aquellos que más lo necesiten) y la posibilidad de llegar a cualquier rincón del mundo (algo que hoy es una realidad)[21].

Con la LOE se produce un salto cuantitativo y cualitativo en cuanto a la regulación de la educación en conexión con la tecnología. Por un lado, lleva a cabo una regulación más ordenada, y por otro, propone acciones concretas en materia de educación y TIC, fijando objetivos determinados para cada etapa educativa. Lo hace con la Educación infantil en el artículo 14.5[22]; con la Educación Primaria en el artículo 17. i[23]; y en el artículo 23.e) con la Educación Secundaria Obligatoria[24]. Se puede hablar ya de una estrategia educativa digital, individualizada para cada nivel escolar. En cuanto al Bachillerato, se fija el objetivo de que el alumnado sea capaz de utilizar con solvencia y responsabilidad las TIC.

---

[20] Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa que reforma la LOE.

[21] CAZURRO BARAHONA, V., Ob. Cit. p. 130.

[22] El artículo 14.5 recoge que las Administraciones educativas deberán "favorecer una primera aproximación a la lectura y a la escritura, así como experiencias de iniciación temprana en habilidades numéricas básicas, en las tecnologías de la información y la comunicación y en la expresión visual y musical y en cualesquiera otras que las administraciones educativas autonómicas determinen".

[23] El artículo 17.i) fija entre sus objetivos "desarrollar las competencias tecnológicas básicas e iniciarse en su utilización, para el aprendizaje, desarrollando un espíritu crítico ante su funcionamiento y los mensajes que reciben y elaboran".

[24] En el artículo 23.e) se fija como objetivo desplegar capacidades que permitan al alumnado de Secundaria "desarrollar destrezas básicas en la utilización de las fuentes de información para, con sentido crítico, adquirir nuevos conocimientos. Desarrollar las competencias tecnológicas básicas y avanzar en una reflexión ética sobre su funcionamiento y utilización"

Y aunque la formación universitaria queda al margen, si prevé medidas para a Formación Profesional, medidas que promuevan *"la integración de contenidos científicos, tecnológicos y organizativos y garantizará que el alumnado adquiera las competencias relacionadas con la digitalización, las habilidades para la gestión de la carrera, la innovación, el emprendimiento, la versatilidad tecnológica, la gestión del conocimiento"* y el compromiso social (artículo 42.3).

La apuesta es ya tan clara y determinada que el legislador sitúa la adquisición de competencias digitales al mismo nivel que la comprensión lectora o la expresión oral y escrita. Si bien, es cierto que se trata de asegurar la implementación de la tecnología más como una competencia básica para el alumnado que como un instrumento para garantizar el acceso al sistema, la calidad educativa o todo aquello que había quedado recogido en los textos y declaraciones internacionales recogidos en el epígrafe 3.2 de este artículo.

Con la modificación de la LOE por la LOMCE se añade un nuevo artículo 111 bis, titulado "Tecnologías de la Información y la Comunicación", que es un impulso decidido a la aplicación de la tecnología digital, la creación de plataformas e infraestructuras tecnológicas suficientes, la formación del profesorado, y todo lo que se precise para que la transformación sea total y efectiva. El cambio no afecta solo a los procesos de enseñanza y aprendizaje y al modelo docente sino también a los aspectos relacionados con la gestión académica de los centros[25]. Llama la atención

[25] Artículo 111 bis. Tecnologías de la Información y la Comunicación.
1. El Ministerio de Educación y Formación Profesional establecerá, previa consulta a las Comunidades Autónomas, los estándares que garanticen la interoperabilidad entre los distintos sistemas de información utilizados en el Sistema Educativo Español, en el marco del Esquema Nacional de Interoperabilidad previsto en el artículo 42 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos. Para ello, se identificarán los tipos básicos de sistemas de información utilizados por las Administraciones educativas, tanto para la gestión académica y administrativa como para el soporte al aprendizaje, y se determinarán las especificaciones técnicas básicas de los mismos y los distintos niveles de compatibilidad y seguridad en el tratamiento de los datos que deben alcanzar. Dentro de estas especificaciones, se considerarán especialmente relevantes las definiciones de los protocolos y formatos para el intercambio de datos entre sistemas de información de las Administraciones educativas. Estas medidas también irán encaminadas a potenciar y a facilitar el aprovechamiento de los registros administrativos en el marco de las estadísticas educativas estatales, para posibilitar la ampliación de la información estadística referida al alumnado, el profesorado, los centros y las gestiones educativas, lo que redundará en la mejora de las herramientas de análisis y de seguimiento de la actividad educativa y de las medidas de mejora de la calidad del Sistema Educativo Español. En el marco de la implantación de las citadas medidas, dentro de los sistemas de información propios de la gestión académica y administrativa se regulará un número identificativo para cada alumno o alumna, a fin de facilitar el intercambio de la información relevante, el seguimiento de las trayectorias educativas individualizadas, incluyendo las medidas educativas que en su caso se hubieran podido aplicar, y atender demandas de la estadística estatal e internacional y de las estrategias europeas para los sistemas de educación y formación. En cualquier caso, dicha regulación atenderá a la normativa relativa a la privacidad y protección de datos personales.
2. Los entornos virtuales de aprendizaje que se empleen en los centros docentes sostenidos con fondos públicos facilitarán la aplicación de planes educativos específicos diseñados por los docentes para la consecución de objetivos concretos del currículo, y deberán contribuir a la extensión del concepto de aula en el tiempo y en el espacio. Por ello deberán, respetando los estándares de interoperabilidad, permitir a los alumnos el acceso, desde cualquier sitio y en cualquier momento, a los entornos de aprendizaje disponibles en los centros docentes en los que estudien, con pleno respeto a lo dispuesto en la normativa aplicable en materia de propiedad intelectual, privacidad y protección de datos personales. Así mismo promoverán los principios de accesibilidad universal y diseño para todas las personas, tanto en formatos y contenidos como en herramientas y entornos virtuales de aprendizaje.
3. El Ministerio de Educación y Formación Profesional impulsará, previa consulta a las Comunidades Autónomas, la compatibilidad de los formatos que puedan ser soportados por las herramientas y entornos virtuales de aprendizaje en el ámbito de los contenidos educativos digitales públicos, con el objeto de facilitar su uso con independencia de la plataforma tecnológica en la que se alberguen.

la redacción de su apartado 6: en él se prevé que el Ministerio de Educación elabore y revise *los marcos de referencia de la competencia digital que orienten la formación inicial y permanente del profesorado y faciliten el desarrollo de una cultura digital en los centros y en las aulas*. Con esta medida se trata de involucrar a todos los agentes implicados (administraciones, centros educativos, profesorado y alumnos) en la transformación digital. Esta apuesta viene acompañada (por fin) del compromiso para proveer los recursos económicos necesarios para garantizar el establecimiento de programas de refuerzo del aprendizaje de TIC[26], tal y como puede desprenderse de lo recogido en el Título VIII de la propia Ley (Recursos Económicos).

Por último, conviene detenerse en la Orden ECD/65/2015[27]; la Orden describe las relaciones entre las competencias y los contenidos y criterios de evaluación de la Educación Primaria, la Educación Secundaria Obligatoria y el Bachillerato, de acuerdo con lo indicado por la disposición adicional trigésima quinta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Y en su artículo 2, entre las competencias clave del sistema educativo español, recoge la competencia digital (artículo 2.c), y la describe en el apartado 3 de su Anexo I como *"aquella que implica el uso creativo, crítico y seguro de las tecnologías de la información y la comunicación para alcanzar los objetivos relacionados con el trabajo, la empleabilidad, el aprendizaje, el uso del tiempo libre, la inclusión y participación en la sociedad. Esta competencia supone, además de la adecuación a los cambios que introducen las nuevas tecnologías en la alfabetización, la lectura y la escritura, un conjunto nuevo de conocimientos, habilidades y actitudes necesarias hoy en día para ser competente en un entorno digital".* Este texto ya sitúa la competencia digital como elemento central del trabajo colaborativo de la motivación y la curiosidad por el aprendizaje y la mejora en el uso de las tecnologías.

Y profundiza, además, en las condiciones y requerimientos necesarios para el adecuado desarrollo de esta competencia con éxito, entre ellos la gestión de la información, la transformación de esta en conocimiento a través de la selección apropiada de diferentes opciones de almacenamiento, y la importancia del conocimiento de cuestiones éticas como la identidad digital y las normas de

4. El Ministerio de Educación, Cultura y Deporte ofrecerá plataformas digitales y tecnológicas de acceso a toda la comunidad educativa, que podrán incorporar recursos didácticos aportados por las Administraciones educativas y otros agentes para su uso compartido. Los recursos deberán ser seleccionados de acuerdo con parámetros de calidad metodológica, adopción de estándares abiertos y disponibilidad de fuentes que faciliten su difusión, adaptación, reutilización y redistribución y serán reconocidos como tales.

5. Las Administraciones educativas y los equipos directivos de los centros promoverán el uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el aula como medio didáctico apropiado y valioso para llevar a cabo las tareas de enseñanza y aprendizaje. Las Administraciones educativas deberán establecer las condiciones que hagan posible la eliminación en el ámbito escolar de las situaciones de riesgo derivadas de la inadecuada utilización de las TIC, con especial atención a las situaciones de violencia en la red. Se fomentará la confianza y seguridad en el uso de las tecnologías prestando especial atención a la desaparición de estereotipos de género que dificultan la adquisición de competencias digitales en condiciones de igualdad.

6. El Ministerio de Educación y Formación Profesional elaborará y revisará, previa consulta a las Comunidades Autónomas, los marcos de referencia de la competencia digital que orienten la formación inicial y permanente del profesorado y faciliten el desarrollo de una cultura digital en los centros y en las aulas.

7. Las Administraciones públicas velarán por el acceso de todos los estudiantes a los recursos digitales necesarios, para garantizar el ejercicio del derecho a la educación de todos los niños y niñas en igualdad de condiciones. En todo caso, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y los recursos didácticos que se empleen, se ajustarán a la normativa reguladora de los servicios y sociedad de la información y de los derechos de propiedad intelectual, concienciando en el respeto de los derechos de terceros.

[26] Artículo 157. Recursos para la mejora de los aprendizajes y apoyo al profesorado.

[27] Orden ECD/65/2015, de 21 de enero, por la que se describen las relaciones entre las competencias, los contenidos y los criterios de evaluación de la educación primaria, la educación secundaria obligatoria y el bachillerato.

interacción digital. Todo apunta a la educación digital que ha de tener su extensión lógica en el derecho de toda persona a acceder a ello.

Al final de su Anexo 3, incide en la necesidad de conocer bien los dispositivos digitales, *sus potenciales y limitaciones en relación con la consecución de metas personales, así como saber dónde buscar ayuda para la resolución de problemas teóricos y técnicos, lo que implica una combinación heterogénea y bien equilibrada de las tecnologías digitales y no digitales más importantes en esta área de conocimiento.*

Pero, si hay algo que entronca directamente con uno de los grandes pilares de la educación digital es la creación de contenidos, pilar que esta regulación española incluye (por primera vez en esta Orden de 2015) como uno de los elementos que es preciso abordar para el adecuado desarrollo de la competencia digital.

4.2 Regulación jurídica en la Unión Europea

Si partimos del mismo esquema usado para el análisis de la regulación del derecho a la educación en España, resulta evidente que en Europa los puntos de partida son el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950[28], y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[29].

La evolución de su regulación no ha sido todo lo rápida que hubiera sido deseable en la UE; sin embargo, aunque lenta, ha tenido un avance importante durante las últimas décadas, casi siempre recogiéndolo de un modo genérico en textos, tratados y declaraciones. Mientras que la formación profesional quedó consagrada en el Tratado de Roma en 1957 como un ámbito de acción comunitaria, la educación fue reconocida oficialmente como un sector que era competencia de la Unión casi cuarenta años después, en 1992 por el Tratado de Maastricht. El Tratado contempla que la Comunidad debe contribuir *"al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de estos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística*". Por su parte, el Tratado de Lisboa mantuvo las disposiciones sobre el papel de la Unión en la educación y la formación (título XII, artículos 165 y 166) añadiendo una disposición que puede describirse como una "cláusula social". Así pues, el artículo 9 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que "*en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana*". Asimismo, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se afirma que "*toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y*

[28] El Convenio fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 (entró en vigor en 1953). Se basa en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). El texto dispone, en el artículo 2 de su protocolo adicional N.º 117, que "*a nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*".

[29] La Carta recoge lo siguiente en su artículo 14, titulado "Derecho a la educación", recoge lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.
2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.
3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.

permanente" (artículo 14) y tiene "*derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada*" (artículo 15)[30].

En cuanto a la educación, la UE ha basado sus políticas en el planteamiento de estrategias plurianuales que trazaban una serie de objetivos. Hasta el año 2020, sus esfuerzos se centraron en cumplir las exigencias relacionadas con *la promoción de un nivel elevado de educación y formación permanentes, la movilidad de los alumnos y docentes en Europa, y el fomento de un sentido de pertenencia a la Unión.* Esto se tradujo en el logro de seis objetivos: calidad de la educación y la formación, inclusión, transición ecológica y digital, profesores y formadores, educación superior y dimensión geopolítica.

Es importante destacar que ya aquí se hace referencia a la transición digital, pues resultaba evidente y necesaria. Tan evidente era, que a comienzos de 2018 la Comisión Europea comenzó la difusión de su Plan de Acción de Educación Digital (*Digital Education Action Plan*); esto, en el contexto de las acciones del Área Única Educativa 2025 que abarcaba tres prioridades principales (con once acciones)[31] que fomentaran y apoyaran el uso de la tecnología en la educación, así como el desarrollo de la competencia digital. Esas prioridades eran:

1. Hacer un mejor uso de la tecnología digital aplicada a los procesos de enseñanza-aprendizaje.
2. Desarrollar competencias y habilidades digitales para la transformación digital y
3. Mejorar los sistemas educativos a través del análisis de datos y procesos de previsión.

A partir de 2021, la necesidad de disponer de soporte documental y normativo para la educación digital es apremiante y la UE intensifica su labor planteando una nueva estrategia en torno a la Educación Digital: el *Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027*. El Plan surge para *apoyar una adaptación sostenible y eficaz de los sistemas de educación y formación de los Estados miembros de la Unión Europea a la era digital*. Se plantea como una estrategia a largo plazo para la educación digital, capaz de alcanzar los objetivos de calidad, inclusividad y accesibilidad. Dispone de más información y tiene en cuenta la experiencia vivida durante la pandemia del

[30] Ficha temática sobre la educación y la formación profesional en la Unión Europea. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/139/la-educacion-y-la-formacion-profesional. Ref. 3 de mayo de 2022.

[31] Las once acciones para la consecución de las prioridades fijadas por el *Digital Education Action Plan*, se concretaban en:

- Instalación de wifi para centros educativos.
- Implementación y uso de SELFIE, una herramienta para autoevaluación sobre el uso de tecnología digital.
- Desarrollo de un marco común fiable y multilingüe para la expedición de títulos y calificaciones certificados digitalmente.
- Creación de una plataforma en línea a nivel europeo específicamente diseñada para el apoyo de las instituciones de educación superior en el uso de tecnologías digitales para la mejora de la calidad de sus procesos de enseñanza-aprendizaje.
- Ciencia abierta: Promoción del desarrollo de competencias digitales y habilidades científicas en la educación superior a través de formación y desarrollo profesional continuo con el objetivo de reforzar la ciencia abierta.
- Semana Europea de la Programación: Acercar la programación a todas las aulas de educación primaria, enseñanza secundaria y formación profesional mediante la participación en *EU Code Week.*
- Ciberseguridad en la Educación.
- Formación en habilidades digital y de emprendimiento para ellas) #EUEntrepreneurship #GirlsInDigital.
- Investigaciones de referencia sobre el progreso en la integración de las tecnologías en las aulas y en el desarrollo de las competencias digitales de docentes y alumnos.
- Lanzamiento de proyectos piloto de inteligencia artificial y análisis.
- Prospectiva estratégica: Publicación de investigaciones, orientaciones y políticas sobre el impacto y el potencial de las tecnologías digitales en educación primaria, secundarias y educación superior.

COVID-19[32], por ello trata de favorecer la digitalización de los diversos modelos docentes[33], así como de proporcionar las infraestructuras necesarias *para un aprendizaje a distancia[34] inclusivo y resiliente.*

Para alcanzar estos objetivos, el Plan de Acción establece dos ámbitos prioritarios y trece acciones. Los ámbitos prioritarios son:

1. *Fomentar el desarrollo de un ecosistema educativo digital de alto rendimiento.* Las acciones para alcanzar los objetivos en este ámbito se refieren esencialmente a lo que afecta a infraestructuras y conectividad, formación de profesorado en competencias digitales, contenidos digitales de calidad, herramientas fáciles de usar y garantías sobre la privacidad de profesores y alumnos en las plataformas.
2. *Mejorar las competencias y capacidades digitales para la transformación digital:* en este caso, las acciones se dirigen a propiciar las condiciones que permitan la adquisición de competencias digitales en edades tempranas y un buen conocimiento y comprensión de la tecnología intensiva en datos como la inteligencia artificial. En este ámbito, además, se incide en acciones que favorezcan "*velar por que las niñas y las mujeres jóvenes estén representadas por igual en los estudios y carreras digitales"[35].*

Tal y como se expresó en las orientaciones políticas de la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, en julio de 2019 (ver nota al pie n.º 9), era necesario un nuevo Plan de Acción. Y tal y como queda concebida la estrategia 2021-2027, esta contribuye a la prioridad de la Comisión: "una Europa adaptada a la era digital" y a *Next Generation EU*[36]*.*

A pesar de todo, la regulación del derecho a la educación digital no ha llegado a Europa de una forma tan clara como lo ha hecho a España. Al menos, no una verdadera regulación concretada en la positivación del derecho. No existe una Directiva o un Reglamento que lo regule Hay, eso sí, una *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de marzo de 2021 sobre la formulación de la política de educación digital (2020/2135(INI)*. Sin olvidar que las resoluciones solo expresan una posición política o destacan un acontecimiento internacional en nombre de la UE, es la primera vez que de un documento que emana del órgano soberano comunitario se desprende la voluntad de regular la educación digital, que es el paso previo para regularlo como derecho.

---

[32] La pandemia ha evidenciado las carencias del sistema educativo y su escasa adaptación a la era digital. Es necesario un nivel más elevado de capacidad digital en la educación y la formación. El COVID-19 desveló una serie de dificultades y desigualdades entre quienes tienen acceso a las tecnologías digitales y quienes no, incluidas las personas procedentes de entornos desfavorecidos. Asimismo, ha puesto de manifiesto una serie de retos para los sistemas de educación y formación relacionados con las capacidades digitales de las instituciones de educación y formación, la formación del profesorado y los niveles generales de capacidades y competencias digitales (Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027).

[33] Esto es algo que ha resultado polémico en el ámbito de la didáctica debido a que los modelos docentes no se digitalizan; no se trata de digitalizar aquel modelo que resulta exitoso en el formato *analógico* o presencial, sino que lo digital (y su extensión en los modelos a distancia o semipresenciales) requiere de modelos docentes nuevos y adecuados a las diferentes modalidades, teniendo en cuenta las herramientas disponibles.

[34] Nótese como, aun en 2021, todavía no se diferencia entre educación a distancia y en línea. Hay cierta confusión en el legislador (no solo en el comunitario) a la hora de acotar en qué consiste cada modalidad; la diferencia principal entre estas dos modalidades es que la educación a distancia tradicional tiene un porcentaje de presencialidad y otro porcentaje de virtualidad, mientras que la modalidad *en línea* es educación 100% virtual.

[35] Plan de Acción de Educación Digital (2021-2027) de la Unión Europea. Disponible en: https://education.ec.europa.eu/es/plan-de-accion-de-educacion-digital-2021-2027. Ref. 4 de mayo de 2022.

[36] *Next Generation EU* es un plan temporal de recuperación dotado con más de 800.000 millones de euros que ayudará a reparar los daños económicos y sociales causados por la pandemia de COVID-19.

Esta Resolución se convierte, de hecho, en una consumada exposición de motivos o de considerandos que sirven de paso previo a la deseada positivización y regulación del derecho a la educación digital en la UE. El texto considera el derecho al acceso a la educación digital como un elemento necesario para favorecer la inclusión, luchar contra la desigualdad en el acceso a internet o a dispositivos, o reducir la brecha digital entre alumnos y entre las personas por razones sociales, económicas, de género o de edad. Asevera que la tecnología digital está remodelando la sociedad y haciendo que las capacidades digitales básicas y la alfabetización digital sean ahora esenciales para todos los ciudadanos.

Para lo que interesa a este artículo, el mejor resumen de lo que la resolución recoge está en su apartado N, donde otorga una relevancia crucial a la educación digital y al potencial de esta para cambiar la sociedad. Considera que *la tecnología digital encierra un importante potencial para profesores, formadores y educadores y para los alumnos en todos los sectores y entornos educativos en términos de tecnologías accesibles, abiertas, sociales y personalizadas que puedan aportar itinerarios de aprendizaje más inclusivos; que el uso inteligente de las tecnologías digitales, impulsado por métodos de enseñanza innovadores y la capacitación de los alumnos, puede dotar a los ciudadanos de competencias básicas para la vida, como un pensamiento creativo, curiosidad y capacidades de resolución de problemas; que el uso de la tecnología digital nunca debe considerase una medida de reducción de costes; que la libertad de los profesores para elegir la mejor combinación de métodos de enseñanza y contenidos debe seguir siendo el núcleo del proceso educativo*.

En un solo párrafo conecta la tecnología digital con el rol y el potencial de profesores (libres para elegir el modelo más adecuado) y alumnos en todos los entornos educativos; hace referencia a modelos docentes innovadores que puedan aportar nuevos itinerarios de aprendizaje, incidiendo en las repercusiones que esto puede tener en la sociedad, en el acceso a la propia tecnología, en los efectos inclusivos de la misma y dota a la educación digital de la capacidad de ser la llave para que los ciudadanos puedan adquirir las competencias básicas para la vida.

A pesar de esta formidable declaración de intenciones, y de la total implantación de la educación en línea o de herramientas digitales en la educación presencial en los diversos niveles educativos, todavía no existe una regulación específica y vinculante en la UE que haya abordado el derecho a la educación digital. Aún no hay estadísticas fiables en cuanto a la educación primaria, secundaria o bachillerato, pero en países como España, en 2019 (antes de la pandemia de COVID-19) las universidades no presenciales tuvieron 245.421 matriculados lo que entonces suponía el 15,4% del total de alumnos[37]. Parece razonable pensar que en los últimos tres cursos académicos esta cifra haya aumentado considerablemente, máxime teniendo en cuenta la situación de pandemia vivida desde marzo de 2020 hasta mitad del año 2022.

El derecho a la educación digital tiene su raíz en una realidad social imparable que necesita, como casi todo lo que atiene a internet o a lo digital, una regulación específica y homogénea que vincule de manera directa a los estados miembros. El Espacio Europeo de Educación Superior debiera ser un vector idóneo para canalizar esta ordenación tan urgente como necesaria, especialmente después de las experiencias sufridas en la pandemia.

4.3 México: una experiencia latinoamericana

La regulación del derecho a la educación digital en Latinoamérica varía sensiblemente de un país a otro. Algunos países todavía no han incorporado referencia alguna a su normativa; otros, como México, han modificado sus leyes en materia de educación

[37] Datos y cifras del sistema universitario español. Disponible en: https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:b9e82c7a-1174-45ab-8191-c8b7e626f5aa/informe-datos-y-cifras-del-sistema-universitario-espa-ol-2019-2020-corregido.pdf. Ref. 25 abril de 2022.

con el objetivo de promover la educación digital como parte esencial de sus sistemas educativos.

Pero ¿cómo se está haciendo esta transición? El punto de unión entre el derecho a la educación y la regulación del derecho a la educación digital está siendo la garantía de la calidad; y en este punto es pertinente la pregunta que formulan, BÁEZ CORONA y RUÍZ MÉNDEZ, ¿El derecho a la educación de calidad se encuentra suficientemente protegido por el sistema jurídico mexicano, cuando se trata de la educación virtual?[38] En su artículo sobre el marco regulatorio de la educación virtual subrayan, con acierto, que el marco jurídico diseñado principalmente *para regular la educación presencial no es suficiente para otras modalidades como la soportada en tecnologías de la información y la comunicación*. Esto es lo que ha llevado a México a introducir una serie de modificaciones legislativas que permitan regular algunos aspectos básicos del derecho a la educación digital.

El punto de partida es que en México no existe una norma que regule el derecho a la educación digital de manera específica y mucho menos de forma integral. Al igual que en España, el punto de partida es la Constitución que, en su artículo 3, reconoce el derecho a la educación[39]. Asimismo, desarrolla esa regulación en otras normas como la Ley General de Educación y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; y es en estas normas donde se han introducido algunos aspectos importantes relacionados con la educación digital, a través del derecho al acceso a las TIC y su función inclusiva.

Así, en el Capítulo vigésimo de la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes, se compromete la acción del Estado para garantizar la integración de los menores en la sociedad de la información y del conocimiento, acorde a los fines establecidos en el artículo 3 de la constitución, mediante una política de inclusión digital universal en condiciones de equidad, asequibilidad, disponibilidad, accesibilidad y calidad (artículo 101 Bis 1); o reconociendo el acceso seguro de estos a internet como medio efectivo para ejercer, entre otros derechos, el de la educación (artículo 101 Bis 2).

Por su lado, la Ley General de Educación, hace una primera referencia a la educación digital en su Capítulo III, que dedica a la equidad y a la excelencia educativa; es en su artículo 9, apartado 5 donde encomienda a las autoridades educativas para que, *en el ámbito de sus competencias, y con la finalidad de establecer condiciones que permitan el ejercicio pleno del derecho a la educación de cada persona, con equidad y excelencia, realicen, entre otras, la acción de dar a conocer y, en su caso, fomentar diversas opciones educativas, como la educación abierta y a distancia, mediante el aprovechamiento de las plataformas digitales, la televisión educativa y las tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje digital;* o bien *proporcionar a los educandos los libros de texto gratuitos y materiales educativos impresos o en formatos digitales* (apartado XII).

La misma ley incluye, en la orientación integral que ha de recibir cada mexicano dentro del Sistema Educativo Nacional, *el conocimiento tecnológico, el empleo de tecnologías de la información, comunicación, conocimiento y aprendizaje digital, manejo de diferentes lenguajes y herramientas de sistemas informáticos, y de comunicación* (artículo 18, apartado III). Y suma a esto otra serie de referencias, en diversos preceptos, que fomentan el aprendizaje digital y el uso de los dispositivos necesarios para ello.

Para demostrar la importancia que el legislador otorga a la educación digital, la Ley dedica un capítulo entero al aprendizaje digital[40] que contempla la aprobación de una futura Agenda Digital Educativa que oriente los nuevos modelos pedagógicos

[38] BÁEZ CORONA, J.F. y RUÍZ MÉNDEZ, O. *Educación virtual y su marco regulatorio en México ante la emergencia sanitaria por COVID-19.* Educación virtual y su marco regulatorio en México ante la emergencia sanitaria por COVID-19, p.4. Xalapa, Veracruz, México 2020.

39 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

40 Capítulo XI de la Ley General de Educación: De las Tecnologías de la Información, Comunicación, Conocimiento y Aprendizaje Digital para la formación con orientación integral del educando

aprovechando las ventajas de las tecnologías de la información y la comunicación. El precepto no olvida la capacitación del profesorado, indispensable para favorecer todo el proceso (artículo 86).

Por último, conviene reseñar la mención expresa que hace de la educación a distancia[41] , afirmando que las autoridades educativas *fortalecerán los sistemas de educación a distancia, mediante el aprovechamiento de las multiplataformas digitales, la televisión educativa y las tecnologías antes referidas.*

Más allá del mayor o menor acierto en la innovación normativa, resulta evidente que tanto la doctrina como el propio legislador, encuentran en la tecnología una herramienta idónea para transformar la educación, hacerla accesible para todos y facilitar la inclusión. También la pandemia aceleró este proceso en México, no solo propiciando o acelerando cambios en la regulación sino también con algunas acciones como la creación del *Programa Aprende en Casa*, que consistió en la transmisión de contenidos educativos a través de televisión y plataformas en línea. Esta iniciativa buscó garantizar el acceso a la educación durante el cierre de las escuelas. Además, existen programas como "México Conectado" e "Internet para Todos", que buscan ampliar el acceso a Internet en zonas rurales y comunidades marginadas. Todas estas iniciativas han contribuido a proporcionar conectividad y reducir la brecha digital en el país.

5. Conclusiones

La regulación del derecho a la educación digital es un proceso necesario. Ya en algunos países comienza a ser una realidad. Es, además, el resultado lógico de la implementación de la tecnología e internet en los procesos de enseñanza y aprendizaje. Y es la respuesta a una necesidad que ha sido aún más acuciante a partir de la pandemia de 2020.

Desde el año 2000 hasta hoy se ha ido preparando el camino para alcanzar esta regulación; primero con pasos tímidos e inseguros, luego aunando esfuerzos y alcanzando diversos consensos internacionales dirigidos a la consecución real y efectiva del derecho a la educación digital como pieza clave para mejorar la calidad de esta, la inclusión y el acceso universal a la sociedad del conocimiento.

Las experiencias son dispares según países; incluso según continentes. Si atendemos a lo analizado en los epígrafes anteriores, en España, el legislador ha querido diseñar una garantía para el derecho a la educación digital (en la línea de lo que hace con el resto de *los derechos digitales* que recoge la norma) en lugar de una regulación integral del derecho. Por su parte, Europa aún necesita una regulación específica, homogénea y vinculante para los estados miembros y, como se ha dicho, tenemos en el Espacio Europeo de Educación Superior el vector idóneo para canalizar esta ordenación tan urgente como necesaria.

El fenómeno es mundial y en Latinoamérica también hay ejemplos de regulación. La realidad es que la crisis provocada por la COVID-19 afectó allí con más virulencia que a otras zonas del mundo y evidenció la necesidad de una recuperación necesariamente inclusiva. Antes aún que la calidad, se ha buscado un mayor acceso digital y un decidido apoyo de la educación en línea como piedras de esta agenda que requiere políticas ambiciosas que propicien una regulación cierta que sirva de fundamento para ejecutar mayores inversiones en infraestructura (tanto de hardware como de software) y capacitación. El ejemplo de México, que ha llevado a cabo modificaciones legislativas importantes para afrontar la transición hacia la educación digital, demuestra que la sola regulación no es suficiente. Garantizar un verdadero derecho a la educación digital requiere disponer de todos aquellos aspectos necesarios para ponerlo en práctica y esto incluye atender diversos frentes: abarca la calidad en todo el proceso de enseñanza-aprendizaje, el acceso en condiciones de

[41] Por alguna razón, todavía no se usa el término "educación en línea" que resulta, sin duda, más adecuado y que, como ya se explicó en la nota al pie nº 33, no es lo mismo que la educación a distancia.

igualdad, la disponibilidad de los dispositivos necesarios, el planteamiento y aprendizaje de nuevos modelos docentes y la debida capacitación de los profesores.

En cuanto a España, la pandemia también demostró que el sistema educativo no estaba preparado para garantizar un efectivo derecho a la educación digital. La administración pública no tenía una estrategia preparada para cumplir con el mandato de la ley. A esto se sumó la escasa preparación de docentes y discentes que carecían de los conocimientos necesarios para, aprovechando las ventajas de internet y la tecnología digital, seguir abordando los programas y planes de estudio con normalidad. También quedó en evidencia la desigualdad en el acceso a los dispositivos para conectarse a internet. Queda mucho por hacer pues el derecho a la educación digital, tal y como queda recogido en la LOPDGDD, tan solo recoge la declaración de algunas garantías mínimas que requieren de un desarrollo normativo específico, adecuado y con una dotación de recursos suficiente como para que este derecho pueda ser real y efectivo.

6. Bibliografía

ABADÍA G.ª DE VICUÑA, O., CAZURRO BARAHONA, V., SEGURA MARRERO, SÁNCHEZ BURÓN, A., GIL MEDIAVILLA, M. *Evaluación de la calidad del proceso de enseñanza-aprendizaje online: un estudio preliminar.* Experiencias en la adaptación al EEES. Coordinador RODRÍGUEZ TORRES, J. Colección "Innovación y vanguardia universitarias". Ediciones Universitarias McGraw-Hill. Madrid, 2014.

BÁEZ CORONA, J.F., RUÍZ MÉNDEZ, O. Virtual education and its regulatory framework in Mexico in the face of the health emergency due to COVID-19. UNIVERSOS JURÍDICOS. Revista de derecho público y diálogo multidisciplinar. Año 8, No. 14, mayo-octubre. Xalapa, Veracruz, México 2020.

CAZURRO BARAHONA, V. *Derecho a la educación digital; artículo 83 LOPDGDD*. Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de pandemia: perspectiva multidisciplinar / coord. por Juan Francisco Rodríguez Ayuso; Madrid, 2022.

CONTRERAS MANCERA, J.A, CIFUENTES MEDINA, J.E. Importance of human rights education for basic secondary students. Revista REDIPE 9 (12) (78-92). Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2020.

JOVE VILLARES, D., The right to digital education in Spain. Legal regulation and its importance for the preservation of the democratic rule of law. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, Vol. 25 (2021), pp. 94-1102021

LÓPEZ GARRIDO, D. (coord.), SERRANO PÉREZ, Mª M., FERNÁNDEZ ALLER, C., Derechos y
obligaciones de los ciudadanos/as en el entorno digital, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 195/2017

Observatorio sobre la FP en España. Informe 2022. Una nueva Ley de FP para unos nuevos tiempos. Observatorio de la Formación Profesional. Análisis anual. CaixaBank – dualiza – Instituto Vasco de Competitividad (Fundación Deusto).

Orientaciones para la Comisión Europea 2019-2024. Agenda para Europa de Ursula von der Leyen.

PLS Ramboll Management, *Virtual Models of European Universities Aarhus: PLS Ramboll Management A/S/European Commission DG Education and Culture,* Dinamarca, 2004.

RALLO LOMBARTE, A., «Del derecho a la protección de datos a la garantía de nuevos derechos digitales», Tratado de Protección de Datos. Actualizado con la Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Tirant lo blanch, Valencia 2019

SERRANO PÉREZ, M.M., *La educación digital constitucional como contenido esencial del derecho fundamental a la educación*. Revista DH/ED Derechos Humanos y Educación. *1*(4), Pgs. 113–135. Editorial Universitas, Madrid, 2021.

SOTO GARCÍA, M. El derecho a la educación digital. De lo digital en la educación al derecho a la educación digital (comentario al artículo 83, a la disposición final octava, a la disposición final décima y a la disposición adicional vigesimoprimera LOPDGDD) Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales. TRONCOSO REIGADA, A. Director. Tomo II. Ed. CIVITAS – THOMSON REUTERS, Pamplona, 2021.

Cadernos de Dereito Actual nº 21. Núm. Ordinário (2023), pp. 327-363
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A adoção de uma teoria geral do processo penal e seus reflexos na jurisdição, ação e processo: em busca de um equilíbrio entre a necessidade de novas categorias e a desnecessidade de abandonar toda a construção teórica civilista

The adotion of a General Theory of Criminal Procedure and its reflections on jurisdiction, action and process: in search of a balance between the need for new categories and the unnecessary abandonment of all civilist theoretical construction

Rodrigo Régnier Chemim Guimarães[1]
Universidade Positivo

Sumário: 1. Introdução; 2. Francesco Carnelutti e a sua teoria geral do processo; 3. As críticas a Carnelutti e o seu abandono da teoria geral unitária; 4. A importação brasileira do discurso de uma teoria geral unitária; 5. A necessidade de se construir uma teoria geral do processo penal; 6. Jurisdição na teoria geral do processo penal; 7. Ação na teoria geral do processo penal; 8. Processo na teoria geral do processo penal; 9. Conclusões; 10. Referências.

Resumo: A discussão sobre a adoção de uma teoria geral específica para o processo penal e o abandono da teoria geral unitária desenvolvida por Francesco Carnelutti ainda é controversa. Enquanto alguns autores defendem a visão unitária, há justificativas para adotar uma teoria geral dualista no processo penal, levando em consideração suas particularidades e princípios específicos. Embora existam pontos de contato entre os processos penal e civil e certos fundamentos filosóficos possam ser aplicáveis a ambos os ramos processuais, é fundamental reconhecer as diferenças em seus objetos ("lide" *versus* "caso penal"). Ademais, no processo penal, a jurisdição desempenha uma dupla função: garantir os direitos do cidadão e julgar o caso penal. O papel do juiz difere do processo civil, pois ele deve considerar a presunção de inocência do acusado e, simultaneamente, proteger as vítimas de crimes. O equilíbrio desses interesses é essencial na atuação do juiz no processo penal no Estado Democrático de Direito que se orienta pela dupla funcionalidade de proibição de excessos e de proibição de proteção insuficiente. O artigo propõe avançar na discussão dos limites da criação de uma teoria geral para o processo penal em relação à jurisdição, à ação e ao processo, levando em conta a presunção de inocência, a ampla defesa e ressaltando a necessidade de proteger as vítimas de crimes por meio de medidas cautelares pessoais adequadas. Discute-se, em suma, a necessidade de se buscar um equilíbrio entre as abordagens do processo penal e civil, a fim de diferenciá-los e determinar quais inovações teóricas já propostas são relevantes e quais podem ser prejudiciais.

[1]Doutor em Direito de Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor Titular de Direito Processual Penal da graduação e do Mestrado Profissional em Direito da Universidade Positivo, em Curitiba, Paraná, Brasil.

Recibido: 02/04/2023
Aceptado: 15/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8043870

Palavras-chave: Teoria geral do processo. Processo Penal. Jurisdição. Ação. Processo. Carnelutti.

Abstract: The discussion on the adoption of a specific general theory for the criminal process and the abandonment of a unitary general theory desenvolved by Francesco Carnelutti is controversial. While some authors defend a unified view, there are justifications for adopting a general dualist theory in criminal proceedings, taking into account their particularities and specific principles. While there are points of contact between the criminal and civil trials and certain philosophical foundations can be applied to both the trial branches, it is fundamental to recognize the differences between these objects ("lide" versus "criminal case"). Furthermore, in the criminal trial, the jurisdiction performs a double function: guaranteeing the rights to the citizen and judging the criminal case. The role of judge differs from the civil process, since it must consider it the presumption of innocence of the accused and, simultaneously, protect the victims of crimes. The balance of interests is essential in the implementation of justice in the criminal process in the Democratic State of Law which is oriented towards the dual functions of the prohibition of excesses and the prohibition of insufficient protection. The article proposes to advance the discussion of the limits of the creation of a general theory for the criminal trial in relation to the jurisdiction, to the action and to the trial, lifting the count from the presumption of innocence, a broad defense and ressalting the need to protect the victims of crimes through appropriate personal precautionary measures. It discusses, in short, the need to strike a balance between criminal and civil process approaches, in order to differentiate them and determine which theoretical innovations already proposed are relevant and which may be harmful.

Keywords: General process theory. Criminal process. Jurisdiction. Action. Process. Carnelutti.

1. INTRODUÇÃO

A discussão em torno da adoção de uma teoria geral especialmente voltada para o processo penal e o abandono de uma teoria geral unitária, pensada nos moldes desenvolvidos pelo jurista italiano Francesco Carnelutti, na primeira metade do século XX, é tema ainda controvertido na doutrina nacional.

Não obstante o criador da teoria unitária já tenha admitido, há mais de oitenta anos, que não é possível seguir pensando o processo penal a partir do processo civil, dado que seus objetos são distintos, ainda há autores que insistem na visão unitária.

É certo, por outro lado, que não é possível abandonar completamente a trajetória de aperfeiçoamento científico que vem sendo desenvolvida primordialmente a partir do processo civil há cerca de duzentos anos. É certo, também, que é possível identificar fundamentos filosóficos que sirvam a ambos os ramos processuais. Assim, ainda que muitas categorias tenham sido pensadas para a realidade que envolve as discussões de natureza civil – e, portanto, não sirvam para o transporte puro e simples para o processo penal – não há como abandonar categorias, conceitos, princípios e fundamentos que hoje ainda desempenham papel científico relevante no âmbito penal. Assim, por exemplo, a distinção entre ação e pretensão (fruto da famosa discussão travada entre Windscheidt e Müther, no século XIX) ainda serve de base para pensar o mesmo tema no processo penal. O mesmo se diga, sempre a título de exemplo, a respeito do conceito de jurisdição como poder ou da distinção entre ação e processo, ou, ainda, da ideia do procedimento com contraditório ser característica marcante e definidora dele como um processo (como prega Elio Fazzalari).

Desta forma, na mesma toada de encontrar um equilíbrio entre novas categorias pensadas para o processo penal – e que são, sim, diferentes e necessárias dada as diversidades de objetos entre o processo penal e o civil – é preciso considerar

que nem sempre a inovação, por si só, é necessária e/ou pertinente para o processo penal, como se tudo que viesse do processo civil fosse, desde sempre, imprestável. E, noutro prisma, é preciso ter coerência quando se defende a ideia de que objetos distintos implicam em análises distintas. Ou seja, há casos nos quais a visão da razão de ser do processo penal transcende sua compreensão como mero instrumento de aplicação do direito penal material, ou como instrumento de garantia apenas do acusado contra possível abuso por parte do Estado, servindo, igualmente, a outros propósitos de natureza política que visam proteger cautelarmente a vítima.

O presente artigo, então, visa, inicialmente, resgatar a origem histórica da discussão entre se manter uma teoria geral unitária (que sirva para qualquer ramo processual) e criar uma teoria especialmente voltada para o processo penal. Discute, também, como esse tema chegou ao Brasil e quais as dificuldades que aqui ainda se enfrenta seja entre quem aceita a teoria unitária e quem prega a teoria dualista. E, uma vez compreendidos os limites da origem histórica da discussão, o artigo parte para a análise do que já se admite como necessariamente diferente entre o processo penal e o civil. Visa, assim, identificar as sugestões teóricas em grande parte já consolidadas, para, em seguida, explorar em quais campos de discussão no âmbito da jurisdição, da ação e do processo, é interessante seguir diferenciando o processo penal do civil e em quais temas a novidade teórica pode representar mais do que um avanço, um prejuízo hermenêutico e de política criminal.

2. FRANCESCO CARNELUTTI E A SUA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Na primeira metade do século XX, mais precisamente entre os anos de 1926 e 1941, o jurista italiano Francesco Carnelutti desenvolveu uma teoria geral do processo, sustentando a possibilidade de ela ser empregada tanto para o processo civil quanto para o processo penal[2].

Carnelutti partiu da noção central da "*lide*" como razão de ser da jurisdição. A palavra "*lide*", vem do latim "*litis*" ou "*lis*" e era empregada pelos romanos antigos como equivalente, ora à "*coisa deduzida em juízo*" (*res in iudicium deducta*), ora à "*ação*", como se vê referido no Digesto de Justiniano, em citação a Ulpiano, no livro 23, e na fórmula: "*D. 50.16.36: Litis nomen omnem actionem significat, sive in rem sive in personam sit*" ("*Lide significa o nome dado a qualquer ação, seja real, seja pessoal*")[3]. Diante dessa disparidade conceitual, os autores do século XIX em diante, seguiram compreendendo a lide também sob a ótica de diferentes sentidos e, portanto, de forma não muito precisa, ora como equivalente de "ação", ora como equivalente ao "processo" (*v.g. litispendência, in limine litis, litisaestimatio, litisconsortium, litiscontestatio* e *litisdenuntiatio*). No entanto, a "*ação*" deixou de ser considerada o mesmo que "*lide*", ganhando contornos mais precisos após a famosa polêmica entre Windscheidt e Müther, ainda no século XIX[4]. A ação, então, passou a ser considerada, no âmbito do processo civil, como o direito de se invocar a tutela jurisdicional. Por sua vez, o "*processo*" também não se confunde com a "*lide*". Processo é o continente, o meio de se chegar à sentença, enquanto a lide, assim compreendida hoje, pode ser o conteúdo desse processo.

O certo é que, com Carnelutti, em 1926, o significado de "*lide*" ganhou uma definição mais precisa e técnica na doutrina de processo civil, sendo considerada

[2]Não foi o único a defender a ideia de uma teoria geral unitária. Outros autores já haviam se dedicado a isso, a exemplo de: Agostino Diana (DIANA, A. *L'unitá del processo e della dottrina processuale*, Stab. Arti Grafiche Lazzari, Siena, 1914, p. 06), D'AGOSTINO, G. *L'unità fondamentale del processo civile e penale*, Tip. ed. Moderna Bevilacqua, Nicastro, 1920, *passim)*, RENDE, D. L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale, *Rivista di diritto pubblico* e *della pubblica amministrazione in Italia.*, vol. I, Società ed. Libraria, Milano, 1921, pp. 372 ss).

[3]BUZAID, A. "Da Lide: estudo sobre o objeto litigioso (1980)", Estudos e pareceres de direito processual civil, *Revista dos Tribunais*, pp. 72-132, São Paulo, 2002, pp. 76-77.

[4]WINDSCHEIDT, B. & MÜTHER, T. *Polémica sobre la "actio"*, (Tradução do alemão para o espanhol de Tomás A. Bbanzhaf), Ed. Juridicas Europa-america, Buenos Aires, 1974.

equivalente a um "*conflito de interesses qualificado por uma pretensão e por uma resistência a esta*"[5]. Esse conceito foi aprimorado ainda no mesmo ano, por ocasião da sugestão de redação dos artigos 86 e 87, do *Projeto de Código de Processo Civil para a Itália*, elaborado por Carnelutti. O Projeto se organizava em torno da lide, com regras que definiam o papel do juiz como sendo o de julgar a lide, como se vê no artigo 86, no qual Carnelutti estabeleceu a lide como conteúdo do processo e razão de ser do exercício do poder jurisdicional: "*Ninguém pode pedir ao juiz que se pronuncie sobre uma questão, se desta não dependa a decisão de uma lide*"[6]. E, no artigo 87, deu um conceito de lide: "*Duas pessoas estão em lide quando uma delas pretende que o direito tutele imediatamente o seu interesse em conflito com um interesse da outra e esta contrasta a pretensão, ou, mesmo não a contrastando, não a satisfaz*"[7]. Carnelutti ainda esclareceu que essa definição é "*mais complexa do que aquela que havia proposto nas Lezioni"*, dizendo que, "*mais exatamente*", existe "*a lide quando alguém pretende que a tutela de um seu interesse em contraste com o interesse de outra pessoa e esta resiste a essa pretensão mediante a lesão do interesse ou mediante a contestação da pretensão*"[8].

Assim, para Carnelutti, a lide é a razão de ser da jurisdição. Ou seja: enquanto houver uma lide a jurisdição opera, cessada a lide, cessa a atividade jurisdicional. E Carnelutti dizia que isso era assim tanto no processo civil quanto no processo penal, razão pela qual seria possível construir uma teoria geral unitária do processo, que servisse aos dois ramos processuais[9]. Nas palavras de Carnelutti: "*A função essencial do juiz é aquela de decidir uma lide. Esta, é para mim, tanto a função do juiz civil, como a do juiz penal*"[10].

No entanto, ele sofreu duras críticas de seus colegas italianos.

3. AS CRÍTICAS A CARNELUTTI E O SEU ABANDONO DA TEORIA GERAL UNITÁRIA.

O primeiro a criticar a ideia de uma teoria geral unitária do processo, já em 1927, foi Eugenio Florian, com sua obra "*Principi di Diritto Processuale Penale*"[11]. Ele entendia ser inadmissível a tese do uso de uma teoria geral para ambos os processos (civil e penal). Em suas palavras:

---

[5]Tradução livre de trecho em italiano: "*La lite è un conflitto di interessi qualificato da una pretesa e da una resistenza a questa". In*: CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. 1, Cedam, Padova, 1926, p. 302.

[6]Tradução livre de trecho em italiano: "*Nessuno può domandare che il giudice pronunci intorno a una questione, se da questa non dipenda la decisione di una lite*" (...). *In:* CARNELUTTI, F. *Progetto del codice di procedura civile: presentato alla sotto commissione reale per la riforma del codice di procedura civile - Parte prima - Del processo di cognizione*, Cedam, Padova, 1926, p. 92.

[7]Tradução livre de trecho em italiano: "*Due persone sono in lite quando l'una pretende che il diritto tuteli immediatamente un suo interesse in conflitto con un interesse dell'altra e questa contrasta la pretesa o, pur non contrastandola, non vi soddisfa*". *In:* CARNELUTTI, F. *Progetto del codice di procedura civile: presentato alla sotto commissione reale per la riforma del codice di procedura civile - Parte prima - Del processo di cognizione* (...), Ob. Cit., p. 92.

[8]Tradução livre de trecho em italiano: "*più complessa di quella, che ho proposto nelle Lezioni; ora mi pare, che potrei dire, ancora più exatamente, esistere la lite quando taluno pretenda la tutela di un suo interesse in contrastro con l'interesse di un altro e questi vi resiste mediante la lesione dell'interesse o mediante la contestazione dela pretesa*". *In*: CARNELUTTI, F. "Lite e funzione processuale (postilla)", *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1928, p. 29.

[9]CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Volume II (...), *Ob. Cit*., p. 148.

[10]Tradução livre de trecho em italiano: "*La funzione essenziale del giudice è quella di decidere una lite. Per me questa à così la funzione del giudice civile come del giudice penale". In:* CARNELUTTI, F. "Sulla `reformatio in peius'", *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1927, pp. 183-184.

[11]O título da obra foi traduzido para edição espanhola em 1934: "*Elementos de Derecho Procesal Penal*".

> *A nosso juízo, o processo penal e o civil são duas instituições distintas.*
> *1. O objeto essencial do processo penal é, como vimos, uma relação de direito público, porque nele se desenvolve outra relação de direito penal.*
> *Em troca, no processo civil o objeto é sempre ou quase sempre uma relação de direito privado, seja civil ou mercantil. A diferença apontada quanto ao objeto dos dois processos tem uma repercussão de grande transcendência sobre o conteúdo dos mesmos, como teremos a ocasião de demonstrar em seguida.*
> *2. O processo penal, como já se disse, é o instrumento normalmente indispensável para a aplicação da lei penal em cada caso; o civil, ao contrário, não é sempre necessário para fazer atuar as relações de direito privado; até tal ponto que a diminuição das causas nos assuntos civis é um indicativo de civilização jurídica.*
> *3. O poder dispositivo das partes é muito restrito no processo penal, enquanto é grande aquele do juiz; inversamente, no processo civil é grande das partes e mínimo o do juiz, como veremos em seguida, dada a diversidade de objeto.*
> *4. No processo civil o juízo está regido exclusivamente por critérios jurídicos puros, com abstenção, quase sempre, da qualidade das pessoas e prescindindo de critérios e apreciações discricionais, de equidade e éticas; em sentido contrário, no processo penal o juiz deve julgar um homem e, por isso mesmo, deve inspirar-se em critérios ético sociais.*
> *(...)*
> *Mas há muito mais. O processo penal requer valorações de caráter técnico (psicológico, antropológico) e sociológico, como algo que tem cada vez mais que se desenvolver em torno à personalidade e à periculosidade do acusado.*
> *(...)*
> *De todos os modos, na questão assim colocada, oculta-se um equívoco, porque se toma em consideração o menos pelo mais, isto é, tomam-se em consideração algumas formas comuns de mínima importância, enquanto se descuidam de elementos diferenciais, que são os mais decisivos. (...)*
> *De outra parte, o triunfo da tese contrária conduziria à absorção da ciência do processo penal pela do civil, com o que o primeiro perderia a sua autonomia, resultando profundamente alterado em sua concepção e estrutura*[12]*.*

[12]Tradução livre do trecho em espanhol: "*A nuestro juicio, el proceso penal y el civil son dos instituciones distintas. 1. Objeto esencial del proceso penal es, como vimos, una relación de derecho público, porque en él se desenvuelve outra relación de derecho penal. En cambio, en el proceso civil el objeto es siempre o casi siempre una relación de derecho privado, sea civil o mercantil. La diferencia apuntada en cuanto al objeto de los dos procesos tiene una repercussión de gran transcendencia sobre el contenido de los mismos, como tendremos ocasión de demostrar seguidamente. 2. El proceso penal, como se ha dicho, es el instrumento normalmente indispensable para la aplicación de la ley penal en cada caso; el civil, en cambio, no es siempre necesario para actuar las relaciones de derecho privado; hasta tal punto que es un índice de civilización jurídica la disminuición de las causas en los asuntos civiles. 3. El poder dispositivo de las partes es muy restringido en el proceso penal, mientras es grande el del juez; inversamente, en el proceso civil es grande el de las partes y mínimo el del juez, como veremos em seguida, dada la diversidad de objeto.4. En el proceso civil el juicio está regido exclusivamente por criterios jurídicos puros, con abstención casi siempre de la cualidad de las personas y prescindiendo de criterios y apreciaciones discrecionales, de equidad y éticas; por el contrario, en el proceso penal el juez ha de juzgar a un hombre y, por lo mismo, inspirarse en criterios eticosociales. (...) Pero aun hay más. El proceso penal requiere valoraciones de carácter técnico (psicológico, antropológico) y sociológico, como cosa que tiende cada vez más a desenvolverse en torno a la personalidad del justiciable y la peligrosidad. (...) De todos modos, en la cuestión así planteada se oculta un equívoco, porque se toma en consideración el menos por el más, esto es, se tomam en consideración algunas formas comunes de mínima importância, mientras se descuidan elementos diferenciales, que son los decisivos. (...) De*

Florian ainda fez explícita crítica à tese de Carnelutti de querer adotar a lide como ponto comum entre os dois processos, dizendo que "*por ser o processo penal o instrumento normalmente necessário para a realização do direito penal, deve ter lugar sempre, inclusive nos casos em que não exista oposição e o contraste que seria o conteúdo da 'litis'*"[13]. Acrescentou, por fim, que o processo penal italiano da época seria diferente do civil dado que o juiz teria mais poderes instrutórios e, também, que no processo penal o interesse é sempre um só: "*a determinação da verdade, em torno da qual pode surgir, ou não, a controvérsia*"[14].

Foi, no entanto, a partir da crítica de Piero Calamandrei, em texto intitulado "*Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti*" (*O conceito de "lide" no pensamento de Francesco Carnelutti*)[15], publicado no ano seguinte, em 1928, que a postura contrária à tese de Carnelutti começou a ganhar maior repercussão. Como destaca Jacinto Coutinho, foi a partir das críticas de Calamandrei, que não era um professor de processo penal, que os penalistas passaram a se opor à tese de Carnelutti[16].

Como referido acima, Carnelutti sustentava que a jurisdição depende de uma "*lide*", e o fazia ao argumento de que, caso ela não exista, o juiz estaria operando no plano administrativo, de uma "*jurisdição voluntária*", a exemplo do divórcio consensual. Assim, dizia ele, ou o processo tem lide e jurisdição, ou é caso de jurisdição voluntária.

Calamandrei, por sua vez, ponderou que a aplicação da pena não pode ser efetivada na esfera administrativa, criticando a ideia de que o juiz, ao condenar, possa estar atuando como se fosse uma jurisdição voluntária. Disse ele:

> *E mais ainda, em seu bom senso prático, ficaria surpreso e desorientado o juiz criminal se lhe dissesse que quando ele, em um julgamento em que o M.P. concluiu pela absolvição do acusado, for em sentido oposto e o condenar, não julga, mas o faz, sem perceber - como aquele personagem de Molière, que sem perceber fazia prosa -, uma jurisdição voluntária*[17]*!*

Assim, Calamandrei apontou que, no processo penal, não há necessariamente uma lide como razão de ser da jurisdição. Exemplificou com a situação não admitida no processo penal italiano, de uma composição amigável entre o acusador e o acusado, dizendo que não há espaço para essa possibilidade pois "*a punição do culpado não pode ocorrer senão através do pronunciamento jurisdicional*"[18]. Sustentou, então, que no processo penal, "*o conceito de lide não é*

---

otra parte, el triunfo de la tesis contraria conduciría a la absorción de la ciência del proceso penal por la del civil, con lo cual el primero perderia su autonomía, resultando profundamente alterado en su Concepción y estructura". In: FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, (Tradução do italiano para o espanhol de L. Pietro Castro), Bosch, Barcelona, 1934, pp. 20-23.

[13]Tradução livre do trecho em espanhol: "*por ser el proceso penal el instrumento normalmente necesario para la realización del derecho penal, ha de tener lugar siempre, aun en los casos en que no exista la oposición y el contraste que sería el contenido de la 'litis'*". *In:* FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal* (...), Ob. Cit., p. 24.

[14]FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal* (...), Ob. cit., p. 24.

[15]CALAMANDREI, P. "Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti"*, Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, Parte I, Cedam, Padova, 1928, pp. 03-22.

[16]COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, Juruá, Curitiba, 1989, p. 40.

[17]Tradução livre de trecho em italiano: "*E più ancora resterebbe, nel suo buon senso pratico, sorpreso e disorientato il giudice penale, se gli dicesse che quando egli, in un processo in cui il P.M. abbia concluso per l'assoluzione dell'imputato, va in contrario avviso e lo condanna, egli non giudica, ma fa senza avverdersene - come quel personaggio di Moliere, che senza avverdersene faceva della prosa - dalla giurisdizione volontaria"! in:* CALAMANDREI, P. Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti (...) Ob. Cit., p. 15.

[18]CALAMANDREI, P. Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti (...), Ob. Cit., p. 16.

utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão de que os interesses, ao regulamento dos quais é preordenada a intervenção do juiz, não são disponíveis por aqueles que figuram como parte no processo"[19]. Em outro texto, argumentou, ainda, que, se a lide penal se desse no conflito de interesses entre o autor do delito, que quer manter seu "*status libertatis*", e o Ministério Público, que quer exercer seu "*ius puniendi*", bastaria que o réu confessasse o crime, por exemplo, para que o conflito de interesses deixasse de existir[20]. E se a jurisdição, nesses casos, segue atuando (até porque não é o fato de que o réu confessou e de que o Ministério Público concorde com essa confissão, que, por si só, permita-se conduzir o caso à condenação), é porque ela não depende de uma "*lide*". A "*lide*", portanto, não pode ser considerada o conteúdo do processo penal.

Carnelutti resistiu a essa crítica (1928) argumentando que quando pensou na lide para o processo penal, não teria imaginado o conflito entre o Ministério Público e o autor do delito, mas entre este e a vítima. Diferenciou, assim, a lide e a contradição com o Ministério Público, a quem considerou ser não um "*sujeito da lide*", mas um "*sujeito da ação*"[21]. Esse esclarecimento, no entanto, soou ainda pior aos críticos de Carnelutti. Se ele estava sustentando que o conflito de interesses se daria com a vítima e o autor do delito, como justificar a atuação jurisdicional nos crimes em que não há uma vítima direta? Quem seria a vítima de um crime de tráfico de drogas ou de porte ilegal de arma de fogo? Não há uma vítima direta. Costuma-se dizer: é a coletividade, ou é o Estado, em última análise. Porém, nesse caso, retorna-se ao modelo crítico anterior, isto é, ao fato de que a coletividade é representada pelo Estado-Ministério Público.

Nesse sentido, e incorporando as observações de Calamandrei, a proposta de Carnelutti, de introduzir um conceito de lide, na redação do artigo 87 do projeto de novo Código de Processo Penal italiano, foi criticada por Giulio Paoli, que considerou que "*a lide não serve para caracterizar a função jurisdicional penal*", seja "*entre o M.P. e o imputado, seja entre o imputado a parte lesada*"[22]. Giulio Paoli anotou que Carnelutti não considerara que o Ministério Público não tem um interesse necessariamente conflitante, pois ele só se interessa em condenar "*o culpado*" e apenas caso ele exista, além do que há crimes sem vítima, como já destacado. Assim, se "*o acusado for inocente, o Ministério Público tem interesse em sua absolvição*", diz Paoli[23].

Carnelutti respondeu insistindo que não há lide entre o Ministério Público e o imputado, pois o Ministério Público seria um sujeito da relação processual ("*sujeito da ação*") e não da relação material protegida pelo tipo penal e vinculada à lide. A lide, segundo essa resposta de Carnelutti, "*não diz respeito à relação processual, mas, sim, à relação material; e digo 'tem relação' e não que ela 'é', porque a lide está tão distante da relação quanto da pretensão do direito*". [24] Carnelutti ainda criticou o argumento de Paoli de que o Ministério Público teria uma pretensão de condenar "o culpado" e não "o imputado", indagando: "*Mas que tipo de pretensão é essa? Uma pretensão não contra uma pessoa determinada, mas contra o culpado? Uma pretensão que não pode ser jamais infundada? Me faça o favor, então, o Prof.*

---

[19]Tradução livre de trecho em italiano: "*il concetto di lite non è utilizzabile come elemento distintivo della funzione giurisdizionale, per la semplice ragione che gli interessi, al regolamento dei quali è preordinato il necessario intervento del giudice, non sono disponibili da coloro che figurano come parti nel processo*". In: CALAMANDREI, P. Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti (...), Ob. Cit., p. 17.

[20]CALAMANDREI, P. "Linee fondamentali del processo civile inquisitório", *Opere Giuridiche*, Morano, Napoli, 1966, p. 159.

[21]CARNELUTTI, F. Lite e funzione processuale (postilla) (...), Ob. Cit., p. 31.

[22]PAOLI, G. La nozione di lite nel processo penale, *Rivista di diritto processuale civile*, vol. VII, Parte I, Cedam, pp. 63-74, Padova, 1930, p. 65.

[23]PAOLI, G. La nozione di lite nel processo penale (...), Ob. Cit., p. 67.

[24]Tradução livre de trecho em italiano: "*la lite non riguardail rapporto processuale, sibbene il rapporto materiale; dico 'riguarda' e non 'è', perchè la lite dista dal rapporto quanto la pretesa del diritto*". *In:* CARNELUTTI, F. La nozione di lite nel processo penale (Postilla), *Rivista di diritto processuale civile*, vol. VII, Parte I, Cedam, pp. 74-77, Padova, 1930, p. 75.

Paoli, de me esclarecer as suas ideias sobre a pretensão?"[25] E ainda acrescentou que "*o Ministério Público, como sujeito da ação e não da lide, personifica o Estado acusador e não o Estado lesado*", argumentando que sobre essa distinção reside "*toda a teoria do processo, aliás, toda teoria do direito*"[26].

Invocando a discussão que se travou entre Giulio Paoli e Carnelutti, Francesco Invrea investiu contra os dois. Disse que o "*ponto fraco*" da tese de Paoli seria invocar crimes sem parte lesada, endossando a crítica de Carnelutti nesse aspecto[27]. Por outro lado, Invrea argumentou que a tese da lide como conteúdo do processo, proposta por Carnelutti, deve ser descartada no processo penal, por razões diversas daquelas apontadas por Paoli. Aduziu que no processo penal não há necessariamente uma pretensão da vítima que seja anterior ao processo. E deu o seguinte exemplo:

> *Tizio (que eu nem conheço de vista) é acusado (por denúncia de um terceiro) de ter roubado alguns cachos de uvas à noite na minha vinha. Antes do furto eu nunca sustentei contra Tizio alguma pretensão à inviolabilidade da minha propriedade. Depois de ocorrido o furto, eu nunca sonhei em sustentar contra ele alguma pretensão, também porque (a partir de informações obtidas) estou convencido de que ele é inocente; na audiência declaro considerá-lo inocente; o pretor, endossando as conclusões consistentes do M.P., absolve Tizio por não ter cometido o crime. Encontrar neste processo alguma pretensão minha contra Tizio é, verdadeiramente, impossssível*[28]*.*

Esse exemplo veio em reforço a outro que ele havia dado em outro texto, do mendigo que não possui parentes e é morto quando está dormindo. Esse mendigo sequer tomou consciência de que estava sendo agredido. Não haveria, nesse caso do mendigo, uma lide como relação material[29]. E, de resto, a pena tem caráter público, é monopólio do Estado, o que não permite ao particular (vítima) ser o titular da pretensão punitiva. Aliás, completou Invrea, no processo penal italiano da época, de matriz ainda inquisitória, era possível haver condenação mesmo quando o Ministério Público pedisse a absolvição, o que remete à ideia de que o conceito de lide seria absolutamente estranho ao processo penal[30].

Nesse debate, Carnelutti insistiu em dizer que a lide se preserva, pois o argumento de Invrea, de que a lide não existe necessariamente no processo penal, porque a vítima possa não ter pretensão alguma a ser assegurada, serviria também para alguns casos civis, a exemplo da dissolução do matrimônio proposta pelo

---

[25]Tradução livre de trecho em italiano: "*Ma che razza di pretesa è mai questa? Una pretesa non contro una persona determinata, ma contro il colpevole? Una pretesa, che non può mai essere infondata? Mi vuol fare il piacere, allora, il prof. Paoli di mettermi in chiaro le sue idee sulla pretesa?". In:* CARNELUTTI, F. La nozione di lite nel processo penale (Postilla) (...), Ob. Cit., p. 75.

[26]Tradução livre de trecho em italiano: "*Il pubblico ministero è soggetto dell'azione, non della lite appunto perchè impersona lo Stato accusatore, non lo Stato leso; e su questa distinzione gioca la intera teoria del processo, anzi la intera teoria del diritto*". In: CARNELUTTI, F. La nozione di lite nel processo penale (Postilla) (...), Ob. Cit., p. 75.

[27]INVREA, F. "La servitù del giudicato", *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, pp. 223-244, Padova, 1930, p. 225.

[28]INVREA, F. La servitù del giudicato (...), Ob. Cit., p. 226.

[29]Tradução livre de trecho em italiano: "*Tizio (che io non conosco neppure di vista), è imputato (su denunzia di un terzo) di avermi rubato pochi grappoli d' uva di notte in una mia vigna. lo non ho mai contro Tizio elevato prima del furto alcuna pretesa all' inviolabilità della mia proprietà; dopo avvenuto il furto io non mi sono mai sognato di elevare contro di lui pretesa alcuna, anche perchè (da informazioni assunte) mi sono persuaso che egli è innocente; all'udienza dichiaro di ritenerlo innocente; il pretore, su conformi conclusioni del P. M., assolve Tizio per non avere commesso il reato. Trovare in questo processo una qualsiasi pretesa per parte mia contro Tizio è veramente impossibile". In:* INVREA, F. Il torto e l'azione, *Rivista del diritto commerciale*, Fasc. 3-4, Parte I, Vallardi, pp. 153-183, Milano, 1930, p. 181.

[30]INVREA, F. La servitù del giudicato (...) Ob. Cit., p. 227.

Ministério Público e que, assim, ou bem a lide existe também no processo penal, ou não existe nem mesmo no processo civil[31]. Seguiu dizendo que a afirmação do direito pode ser sustentada por quem não seja o seu titular e que, nesse caso, ele considerava o Ministério Público como substituto processual da vítima[32]. Assim, sustentou Carnelutti, no exemplo do furto das uvas, o Ministério Público somente pôde acusar o ladrão, porque sustentou que a propriedade era de outra pessoa, do contrário não haveria crime[33]. Invrea, então, repetiu o argumento de que, no processo italiano da época, o Ministério Público podia se manifestar pela absolvição do acusado sem afastar a possibilidade de o juiz julgar condenando o acusado[34].

Todas essas críticas foram minando a resistência de Carnelutti, até porque eram de diversas ordens, ficando cada vez mais difícil sustentar a ideia de uma teoria geral unitária. Assim, a partir da publicação de sua obra "*Istituzioni del processo civile italiano*"[35], em 1941, Carnelutti finalmente compreendeu que não podia seguir sustentando sua ideia de uma teoria geral do processo para todos os ramos processuais. Disse que o conteúdo do processo penal não é uma lide, mas a verificação de uma pretensão (mesmo não resistida). E, daí em diante, em postura digna dos grandes juristas que sabem a importância de não se insistir em teorias ou teses que não se sustentam racionalmente, assumiu o equívoco e detalhou a diferença de conteúdo entre o processo penal e o civil:

> *Se nas primeiras tentativas de uma sistematização de uma Teoria Geral do Processo, desde o ponto de vista da função, pareceu-me que também o processo penal tem caráter contencioso, isto se deriva em primeiro lugar da falta de distinção de seu duplo conteúdo, penal e civil: ademais, como logo se verá, da confusão, em que eu mesmo caí, entre "lide" e "controvérsia". Meu ponto de vista era exato quanto a seu conteúdo civil, mas equivocado quanto a seu conteúdo penal*[36].

O problema é que Carnelutti, a essa altura e não obstante as críticas já referidas, também contava com seguidores de seu pensamento em torno da ideia de uma teoria geral unitária do processo. E muitos não assimilaram a mudança de pensamento de Carnelutti, como se deu, por exemplo, com Enrico Tullio Liebman, professor mais jovem que Carnelutti e que, não obstante o criticasse em alguns aspectos, não era contrário à ideia de uma teoria geral unitária. Aliás, foi pelas mãos de Liebman que essa ideia foi acolhida no Brasil.

4. A IMPORTAÇÃO BRASILEIRA DO DISCURSO DE UMA TEORIA GERAL UNITÁRIA.

Como esclarece Jacinto Coutinho, foi com a chegada de Enrico Tullio Liebman ao Brasil, fugindo do regime fascista italiano, que a teoria geral do processo de Carnelutti foi difundida por aqui[37]. Liebman saiu da Itália em 1938, portanto, ainda antes de Carnelutti mudar sua forma de pensar a teoria geral do processo. Liebman veio para a América Latina e fixou residência em São Paulo, onde lecionou na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP) entre os anos de 1940 e 1946. Durante sua estadia acabou colaborando para fundar aquilo que se usou denominar de "*Escola Paulista de Processo*", servindo de grande referência para o

[31]CARNELUTTI, F. "Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla)", *Rivista di diritto processuale civile*, Vol. VII, Parte I, Cedam, pp. 245-248, Padova, 1930, p. 245.
[32]CARNELUTTI, F. "Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla)" (...), Ob. Cit., p. 245.
[33]CARNELUTTI, F. "Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla)" (...), Ob. Cit., p. 246.
[34]INVREA, F. "La sentenza e le azioni nel processo penale", *Rivista Penale*, Libreria del Littorio, Roma, 1931, p. 80.
[35]CARNELUTTI, F. "*Istituzioni del processo civile italiano"*, 5ª ed., Soc. Ed. del "Foro Italiano", Roma, 1956, p. 25.
[36]CARNELUTTI, F. *Lições Sobre o Processo Penal - Volume 1*, (Tradução de Francisco José Galvão Bruno), Bookseller, Campinas, 2004, pp. 147-148.
[37]COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal (...)*. Ob. Cit., p. XV.

aprimoramento do estudo do direito processual civil. Liebman também contribuiu para difundir, entre os professores brasileiros, o conceito de lide carneluttiano, compreendida como objeto do processo, ainda que tenha criticado o pensamento de Carnelutti para sustentar que o objeto do processo seria o "*pedido do autor*"[38]. Relegou, então, a lide de Carnelutti a uma "*causa remota*", antecedente ao processo[39]. Seja como for, Liebman seguiu empregando a referência à lide, por ele compreendida como o "*conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir*"[40]. Com esse conceito, Liebman, mesmo involuntariamente, contribuiu para a difusão de uma teoria geral unitária pensada a partir do processo civil, esclarecendo que, "*assim modificado, o conceito de lide torna-se perfeitamente aceitável na teoria do processo*"[41]. Isso se deve ao fato de que o processo penal sempre ficou relegado a um segundo plano no estudo científico. O processo penal acaba sendo comparado àquela "*irmã pobre*", que deve se contentar com as sobras das irmãs ricas (leia-se, particularmente, do processo civil), para usar a referência metafórica do clássico infantil "Cinderela" promovida pelo próprio Carnelutti:

> *Era uma vez três irmãs que tinham pelo menos um dos pais em comum: chamavam-se a 'ciência do direito penal', a 'ciência do processo penal', a 'ciência do processo civil'. Ora, aconteceu que a segunda, em comparação com as outras duas, que eram muito bonitas e prósperas, teve uma infância e adolescência infelizes. Com a primeira ela teve que dividir, por muito tempo, o mesmo quarto; e aquela pegou o bom e o melhor para si mesma. (...)*
> *Em uma palavra, a teoria do processo penal ainda está em uma fase de dependência líquida da teoria da processo civil (...)*
> *O certo é que Cinderela se contentava com as roupas deixadas por suas irmãs mais afortunadas. (...)*
> *Cinderela é uma boa irmã, a quem não lhe ocorre se levantar de seu canto para confinar as outras em seu lugar; portanto, não é uma pretensão de superioridade, que se opõe às ciências contíguas, mas apenas uma afirmação de paridade. (...)*
> *Se o estudo do processo penal contraiu certas dívidas perante a ciência processual civil, em breve poderá pagá-las com usura*[42]*.*

Esse "*contentar-se com as roupas das irmãs mais afortunadas*" foi reforçado, no Brasil, a partir dos professores paulistas que se reuniam aos finais de semana na casa de Liebman para discutir temas de processo civil, como destaca Ada Pellegrini Grinover:

> *Reunindo os jovens discípulos nas tardes de sábado na modesta residência da Alameda Rocha Azevedo, discutia os seus estudos,*

[38]LIEBMAN, E.T. "O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito", *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, Saraiva, pp. 107-152, São Paulo, 1947, p. 132.
[39]LIEBMAN, E.T. "O Despacho Saneador e o Julgamento (...), Ob. Cit., p. 131.
[40]LIEBMAN, E.T. "O Despacho Saneador e o Julgamento (...), Ob. Cit., p. 137.
[41]LIEBMAN, E.T. "O Despacho Saneador e o Julgamento (...), Ob. Cit., p. 137.
[42]Tradução livre de trecho em italiano: "*C'erano una volta tre sorelle, che avevano almeno in comune uno de' genitori: si chiamavano la scienza del diritto penale, la scienza del processo penale, la scienza del processo civile. Ora accadde che la seconda, al confronto con le altre due, ch'erano assai belle e prospere, abbia avuto un'infanzia e un'adolescenza infelice. Con la prima le toccò dividere, per lungo tempo, la medesima stanza; e quella si prese il buono e il meglio per sè. (...) In una parola, la teoria del processo penale è ancora in una fase di netta dipendenza dalla teoria del processo civile (...) Cenerentola, giusto, si contentava delle vesti smesse dalle sue più fortunate sorelle (...) Cenerentola à una buona sorella, alla quale non passa per il capo di levarsi da suo cantuccio per confinar ele altre al posto suo; no è dunque uma pretesa di superiorità, che essa opponga alle scienze contigue, ma un'affermazione di parità, solamente. (...) Se lo studio del processo penale ha contratto certi debiti verso la scienza processuale civile, presto sarà in grado di pagarli ad usura". In:* CARNELUTTI, F. "Cenerentola", *Rivista di diritto processuale*, Vol. 1, Parte 1. Cedam, Padova, 1946, pp. 73-78.

> *aprofundava as discussões e se prodigalizava em inigualáveis lições utilizando o método científico até aquele momento desconhecido do processualista brasileiro. Talvez nem o próprio Liebman soubesse com precisão quais seriam os resultados daqueles encontros. Talvez não o soubessem nem os discípulos dos sábados à tarde: Vidigal, o primeiro a conquistar a cátedra; Buzaid, com os seus escritos rigorosamente científicos e caracterizados por profundas considerações históricas e de direito comparado; José Frederico Marques, que se preparava para a cátedra na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Bruno Afonso de André e Benvindo Aires, com sua inteligência penetrante e profundo preparo humanístico. Mas tais resultados estão vivos até hoje (...)*[43]*.*

Repita-se a parte final da citação acima, para reforçar que, desses encontros, como disse Ada, "*os resultados estão vivos até hoje*". E isso decorre das obras de muitos processualistas que passaram a adotar uma postura de divulgação de uma teoria geral unitária, isto é, de pensar o processo penal a partir das categorias construídas para o processo civil. Vale, como exemplo, citar José Frederico Marques, que conseguiu, num lapso temporal de três anos de diferença, escrever tanto uma obra intitulada *Instituições de Direito Processual Civil*, em 4 volumes[44], quanto uma obra sobre os *Elementos de Direito Processual Penal*, também em 4 volumes[45]. Já na primeira edição de suas *Instituições de Direito Processual Civil*, publicada em 1958, Frederico Marques defendeu uma teoria geral unitária:

> *O processo, como instrumento compositivo de litígios, é um só, quer quando tenha por pressuposto uma lide penal, quer quando focalize uma lide não-penal.*
> *Instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquele da justiça penal. Direito Processual Civil e Direito Processual Penal são divisões de um mesmo ramo da Ciência do Direito, que é o Direito Processual. E isto porque o "processo", em sua essência, é um só, tanto na jurisdição civil como na jurisdição penal. (...)*
> *Entre processo civil e processo penal, a diferença é apenas de grau e não de natureza. Se razões de ordem prática aconselham a divisão do Direito Processual em civil e penal, certo é que ambos os ramos do processo apresentam um fundo comum. Uno, portanto, é o Direito Processual, pelo que pode ser construída uma "teoria geral do processo" com os postulados e linhas mestras construídos segundo a metodologia da Dogmática do Direito*[46]*.*

Três anos depois, por ocasião da publicação do manual de processo penal, em 1961, Frederico Marques abriu um capítulo para tratar especificamente da "*lide penal*"[47], citando Carnelutti e o fazendo para explicar a lide como conteúdo do processo penal[48]. E seguiu considerando o processo penal e o processo civil como similares em diversos aspectos, adotando, em moldes muito similares à exposição feita nas *Instituições de Direito Processual Civil*, também aqui, expressamente, a teoria geral do processo:

---

[43]GRINOVER, A.P. *O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil* (...), Ob. Cit., p. 99.
[44]FREDERICO MARQUES, J. *Instituições de Direito Processual Civil*, Volume 1, Forense, Rio de Janeiro, 1958.
[45]FREDERICO MARQUES, J*. Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. 1, 2ª ed., Millenium, Campinas, 2000.
[46]FREDERICO MARQUES, J. *Instituições de Direito Processual Civil* – Vol. 1, (...), Ob. Cit., pp. 32-33.
[47]FREDERICO MARQUES, J*. Elementos de Direito Processual Penal* - Vol. 1, (...), Ob. Cit., p. 06.
[48]FREDERICO MARQUES, J*. Elementos de Direito Processual Penal* – Vol. 1, (...) Ob. Cit., pp. 09 e 15.

> *Em suas linhas mestras, a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco, comum, que é a teoria geral do processo. O poder jurisdicional e o processo em nada diferem, quer se projetem sobre uma lide de direito privado, quer atuem no campo da pretensão punitiva em conflito com o direito de liberdade*[49]*.*

Em caminho similar, também merecem destaque: Galeno Lacerda[50], Hélio Tornaghi[51], Magalhães Noronha[52], Tourinho Filho[53], Mirabete[54], dentre outros[55], que seguiram adotando a teoria geral unitária. É interessante a análise de Hélio Tornaghi, pois ele expressamente se referiu a Carnelutti, citando suas obras de 1920 e 1931, e dizendo que elas "*marcam o início de um novo período, o da Teoria Geral do Processo*", mas não considerou a mudança de pensamento de Carnelutti, em 1941[56]. Tourinho Filho, por sua vez, até esclareceu "*não ser pacífico falar em 'lide' no campo processual penal*", apresentando as críticas de Giulio Paoli, mas optou, em seguida, por dizer: "*sem embargo, a doutrina majoritária fala de 'lide penal'*"[57].

É certo que alguns poucos autores brasileiros arriscaram uma crítica à teoria geral do processo, antes mesmo da Constituição brasileira de 1988. Destaca-se o artigo pioneiro de Adhemar Raymundo da Silva, publicado em 1957[58]. Adhemar Raymundo explorou a evolução do pensamento de Carnelutti, destacando, inclusive, sua mudança de entendimento em torno da lide penal. Ao final, firmou posição discordando de Carnelutti, pois, considerava "*coisas diversas o objeto do processo penal, que é a imputação de um fato tido como criminoso a determinada pessoa,*

---

[49]FREDERICO MARQUES, J*. Elementos de Direito Processual Penal* – Vol. 1, (...), Ob. Cit., p. 11.

[50]LACERDA, G. "Considerações Sobre a Reforma Processual", *Revista dos Tribunais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975, p. 13.

[51]TORNAGHI, H. *Instituições de Processo Penal, Vol. I*, Forense, Rio de Janeiro, 1959, pp. 54 e ss.

[52]MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de Direito Processual Penal*, 28ª ed., (atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha), Saraiva, São Paulo, 2002, p. 07.

[53]TOURINHO FILHO, F.D.C. *Processo Penal – Vol. 1*, 33ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011, p. 21.

[54]MIRABETE, J.F. *Processo Penal*, 16ª ed., Atlas, São Paulo, 2004, p. 27.

[55]Alguns autores mais jovens, que publicaram seus manuais após a Constituição de 1988, seguem adotando a visão de teoria geral unitária, endossando a ideia de "lide penal". Por exemplo: Renato Marcão (MARCÃO, R. *Curso de Processo Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016, p. 54), Fernando Capez (CAPEZ, F. *Curso de Processo Penal*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000, p. 02), José Lisboa da Gama Malcher (DA GAMA MALCHER, J.L. *Manual de Processo Penal*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 07), Ana Flávia Messa (MESSA, A.F. *Curso de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014, p. 49), Marcellus Polastri Lima (LIMA, M.P. *Curso de Processo Penal*, Vol. 1, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2002, p. 05), Edilson Mougenot Bonfin (BONFIN, E.M. *Curso de Processo Penal*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 47), Vicente Greco Filho (GRECO FILHO, V. *Manual de Processo Penal*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012, p. 23), Hidejalma Muccio (MUCCIO, H. *Curso de Processo Penal – Vol. 1,* Edipro, Bauru, 2000, p. 44), Djalma Eutímio de Carvalho (DE CARVALHO, D.E. *Curso de Processo Penal*. Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 01), André Nicolitt (NICOLITT, A. *Manual de Processo Penal*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 48), Leonardo Barreto Moreira Alves (MOREIRA ALVES, L.B. *Manual de Processo Penal*, JusPodivm, São Paulo, 2021, pp. 69 e ss).

[56]TORNAGHI, H. *A Relação Processual Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1987, p. 84.

[57]TOURINHO FILHO, F.D.C. *Processo Penal – Vol. 1, (...)* Ob. Cit., pp. 29-30.

[58]SILVA, A.R. "O Processo Penal à Luz do Pensamento 'Carneluttiano'", *Estudos de Direito Processual Penal,* Progresso, Salvador, 1957, pp. 43-54.

para que se declare a procedência (condenação) ou improcedência daquele (absolvição), e os possíveis efeitos civis do ato jurisdicional condenatório".[59]

Em 1970, também foi relevante a contribuição de Luciano Marques Leite, em texto no qual ele endossou a crítica de Calamandrei à Carnelutti[60]. Luciano Marques Leite concluiu que a "*lide, como conceito de 'teoria geral do processo', na forma inicial pretendida por Carnelutti, e isto procuramos ter demonstrado, é inaplicável ao processo penal*". E complementou dizendo que Carnelutti pretendeu "*fazer uma 'soldadura' entre 'lide' e 'controvérsia'*", mas, "*essa soldadura, ademais de não ser autógena, mas sim heterógena, não engendrou esses inseparáveis irmãos siameses que Carnelutti nos apresenta, mas sim, ao final, um irmão (litígio civil) e uma irmã (controvérsia penal), gêmeos, que podem caminhar separadamente, ainda que sua origem tenha sido comum*"[61]. Ao final, Luciano Marques Leite, embasado em Giovanni Leone, sugeriu o abandono do conceito de "*lide*" propondo, em seu lugar, a expressão "*conflito de direitos subjetivos*" ('*direito de punir*' e '*direito de liberdade*')", argumentando que este conflito seria "*artificial, criado pelo próprio Estado para que o processo penal possa funcionar, como processo de partes*"[62]. Assim, não obstante tenha acertado na crítica à ideia de lide para o conteúdo do processo penal, não conseguiu romper integralmente com essa mesma ideia, já que, ao falar em "*conflito de direitos subjetivos artificial, criado pelo Estado*", pareceu apenas repaginar o conceito carneluttiano de lide, que, agora com nova roupagem, seguiria sendo adotado no processo penal.

Seja como for, as críticas à ideia de uma teoria geral unitária para o processo não foram assimiladas pela *Escola Paulista de Processo*, a tal ponto que, em 1973, a Universidade de São Paulo acabou instituindo uma nova disciplina intitulada, não à toa, *Teoria Geral do Processo*. A professora Ada Pellegrini Grinover foi convidada para lecionar à turma matutina, ao passo que o professor Antônio Carlos de Araújo Cintra foi convidado para a turma da noite[63]. Logo que as aulas tiveram início, os alunos reclamaram da ausência de uma obra que fizesse a abordagem de uma teoria geral unitária do processo. Atendendo ao reclamo, Ada e Antônio Carlos elaboraram apostilas manuscritas para que os alunos pudessem acompanhar a matéria. Essas apostilas foram um "sucesso" entre os alunos. Ada e Antônio Carlos, então, convidaram seu colega Cândido Rangel Dinamarco para que, os três em conjunto, transformassem as apostilas num livro, mais aprimorado em seu conteúdo[64]. Lançaram, assim, em 1974, o primeiro livro de "*Teoria Geral do Processo*", no Brasil[65]. Era uma obra que ainda considerava a teoria geral unitária proposta por Carnelutti e difundida no Brasil por Enrico Tullio Liebman e por João Mendes de Almeida Júnior[66]. O prefácio da obra foi escrito por Luís Eulálio de Bueno Vidigal, também ele professor da USP e mestre dos três autores. Ada Pellegrini conta que Luís Eulálio não era grande adepto da teoria geral do processo, tendo escrito o prefácio "*não muito convicto do acerto metodológico, diante das perplexidades geradas, por exemplo, pela busca de uma lide penal...*"[67]. Mesmo assim, os três autores justificaram a opção, seja pela inspiração pioneira de João Mendes de

[59]SILVA, A.R. "O Processo Penal à Luz do Pensamento 'Carneluttiano'" (...), Ob. Cit., pp. 53-54.
[60]LEITE, L.M. "O Conceito de 'Lide' no Processo Penal - um tema de teoria geral do processo", *Revista Justitia*, vol. 70, São Paulo, 1970, pp. 181-195.
[61]LEITE, L.M. "O Conceito de 'Lide" no Processo Penal (...)", Ob. Cit., p. 192.
[62]LEITE, L.M. "O Conceito de 'Lide" no Processo Penal (...)", Ob. Cit., p. 194.
[63]ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil - Passado, presente e futuro*, Malheiros, São Paulo, 2013, p. 16.
[64]ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no (...),* Ob. Cit., p. 16.
[65]DE ARAUJO CINTRA, A.C; GRINOVER, A.P. & DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
[66]DE ARAUJO CINTRA, A.C; GRINOVER, A.P. & DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do (...),* Ob. Cit., p. 108.
[67]ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no (...),* Ob. Cit., p. 16.

Almeida Júnior, seja pela contribuição decisiva da passagem de Liebman por São Paulo:

> *João Mendes Júnior, certamente o mais genial de todos, tratou do processo penal e do processo civil à luz de regras comuns a ambos, numa verdadeira teoria geral do processo, ciência que principiou a despontar entre nós, com real pujança, há menos de vinte anos.*
> *(...)*
> *Mas o ingresso do método científico na ciência processual brasileira só pôde ter lugar mesmo, definitivamente, a partir do ano de 1940, quando para cá se transferiu o então jovem Enrico Tullio Liebman, já àquela época professor titular de direito processual civil na Itália. Nos seis anos que esteve entre nós, tendo inclusive sido admitido como professor visitante na Faculdade de Direito de São Paulo, foi Liebman o portador da ciência europeia do direito processual. Fora aluno de Chiovenda, o mais prestigioso processualista italiano de todos os tempos. Conhecia profundamente a obra dos germânicos, a história do direito processual e o pensamento de seus patrícios, notadamente do genial Carnelutti.*
> *(...)*
> *A "Escola Processual de São Paulo" caracterizou-se pela aglutinação dos seus integrantes em torno de certos pressupostos metodológicos fundamentais, como a relação jurídica processual (distinta e independente da relação substancial, ou res in judicium deducta), autonomia da ação, instrumentalidade do direito processual, inaptidão do processo a criar direitos e, ultimamente em certa medida, a existência de uma teoria geral do processo"*[68].

Importante destacar que a faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP sempre foi uma referência no Brasil, dado o seu pioneirismo no ensino jurídico. Assim, quando a USP instituiu essa nova disciplina, boa parte das demais faculdades de Direito no país, não querendo ficar para trás, acabaram copiando a USP e criaram suas respectivas disciplinas com igual conteúdo[69]. No entanto, como explica Luciano Marques Leite, em texto de 1979, não havia professores em número suficiente e com o domínio dos diferentes ramos do processo (civil e penal) para lecionar:

> *A literatura especializada sobre o assunto é quase inexistente; poucas Faculdades mantêm um curso de Teoria Geral do Processo; faltam professores que dominem o conjunto dos diversos ramos do processo, "a fim de que possam captar bem as identidades, afinidades e divergências entre os mesmos"; ainda não foi fixado o seu conteúdo e nem há unanimidade na determinação dos seus conceitos fundamentais*[70].

Diante da carência de publicações sobre o tema, o livro de Ada, Antônio Carlos e Dinamarco, foi amplamente difundido no Brasil, levando o discurso de uma teoria geral unitária a ser uma referência nas academias brasileiras. Chegou-se a publicar uma "edição comemorativa" do livro, após quarenta anos e trinta edições da teoria geral do processo no Brasil[71].

O interessante é que no mesmo ano em que Ada, Antônio Carlos e Dinamarco publicaram a primeira edição de sua "*Teoria Geral do Processo*", ou seja, em 1974, Antônio Acir Breda fez críticas à adoção da palavra "*lide*" no projeto de novo Código

---

[68]DE ARAUJO CINTRA, A.C; GRINOVER, A.P. & DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do (...),* Ob. Cit., pp. 109-111.
[69]ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no (...),* Ob. Cit., p. 18.
[70]LEITE, L.M. "A Teoria Geral e o Processo Penal", *Revista da Faculdade de Direito*, Ano 3, nº 01, Taubaté, 1979, pp. 27-39.
[71]ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no (...), Ob. Cit.*

de Processo Penal brasileiro. Citando Xavier de Albuquerque[72] e Adhemar Raymundo da Silva[73], Breda disse que "*o conceito carneluttiano, na doutrina processual penal, via de regra, ou é ignorado ou é repelido*" [74]. Suas críticas contribuíram para a retirada das referências à "*lide*" que constavam do projeto, propondo que ela fosse substituída pela palavra "*causa*". Jacinto Coutinho, ao comentar essa proposta, disse ter sido um avanço para o direito brasileiro, mas ainda não era uma palavra ideal para explicar o conteúdo do processo, dado que é controvertida em seu significado. Disse Jacinto que "*o importante, além de uma substituição das palavras, é identificar a relação semântica, de modo a, da melhor forma possível (segura não há nenhuma, tratando-se de lei), garantir ao acusado seus direitos no processo penal*"[75].

Quase dez anos depois, em 1983, destacou-se a contribuição crítica de Fábio Luiz Gomes, com o texto *Teoria Unitária e Dualista do Direito Processual*[76]. As críticas, como se vê, eram feitas em artigos esparsos, sem conseguir convencer a grande maioria dos doutrinadores de manual. Como já destacado, a doutrina de processo penal seguia, majoritariamente, adotando e difundindo a ideia da teoria geral unitária. As críticas passaram a ganhar maior adesão doutrinária a partir da publicação dos livros de Rogério Lauria Tucci (*Jurisdição, Ação e Processo Penal - subsídios para uma teoria geral do direito processual penal*[77]), em 1984, e de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (*A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*[78]), em 1989.

Rogério Lauria Tucci propôs o que denominou de uma "*Teoria do Direito Processual Penal",* visando "*conferir ao Direito Processual Penal a exigível dignidade científica, mostrando-o (como, na realidade, se apresenta) de todo despregado do Direito Processual Civil*" [79].

Jacinto Coutinho contribuiu de maneira bastante significativa para que a doutrina mais moderna de processo penal passasse a repensar a ideia de uma teoria geral unitária e começasse a se preocupar com a construção de uma teoria geral para o processo penal, desvinculada do pensamento civilista. Ele ainda propôs a adoção da expressão "*caso penal*"[80] no lugar de "*lide*", a qual, seguramente, é melhor do que a insistência de querer enxergar, necessariamente, uma lide no processo penal como conteúdo do processo.

Seguindo as lições de Jacinto Coutinho, Aury Lopes Júnior, em 2007[81], e Alexandre Morais da Rosa, em 2013[82], incorporaram a crítica à teoria geral unitária em seus manuais, consolidando a necessidade de se construir uma teoria geral do processo penal. Também em 2007, Gustavo Badaró apresentou crítica à ideia de "lide penal" e, assim, da adoção de uma teoria geral do processo[83] [84]. Já Eugênio Pacelli de Oliveira publicou a primeira edição de seu manual em 2002, ainda sem enfrentar uma crítica mais direta à ideia de uma teoria geral do processo, não obstante já

---

[72]XAVIER DE ALBUQUERQUE, F.M. "Conceito de Mérito no Direito Processual Penal", *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, pp. 302-314, Rio de Janeiro, 1962, p. 306.
[73]DA SILVA, A.R. "O Processo Penal à Luz do Pensamento 'Carneluttiano'" (...), Ob. Cit.
[74]BREDA, A.A. "Sugestões ao novo Código de Processo Penal", *Revista do Ministério Público do Paraná*, nº 04, Curitiba, 1974, p. 107.
[75]COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*., Ob. Cit., p. 128.
[76]GOMES, F.L. "Teoria unitária e dualista do direito processual", *Teoria Geral do Processo Civil*, Lejur, Porto Alegre, 1983.
[77]TUCCI, R.L. *Jurisdição, Ação e Processo Penal - subsídios para uma teoria geral do direito processual penal*, Cejup, Belém, 1984.
[78]COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal* (...), Ob. Cit.
[79]TUCCI, R.L. *Teoria do Direito Processual Penal. Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 11.
[80]COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal* (...),Ob. Cit., pp. 134 e ss.
[81]LOPES JR., A. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, Vol. 1*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 33 e ss.
[82]DA ROSA, A.M. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2013.
[83]BADARÓ, G.H. *Direito Processual Penal - Tomo 1*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007.
[84]BADARÓ, G.H. *Processo Penal*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, pp. 565 e ss.

dissesse que a noção carneluttiana da "lide" para o processo penal não servia[85]. Em artigo publicado em 2009, para comentar sua participação na Comissão de Notáveis que elaborou o anteprojeto de novo Código de Processo Penal (da qual também participou Jacinto Coutinho), voltou a anotar a "'*mea culpa' feita por Carnelutti (1971), em manifestação em que reconheceu o equívoco de seu entendimento anterior, via do qual afirmava ser possível adaptar-se o conceito de pretensão, como exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio, ao âmbito do processo penal*"[86]. E explorou a necessidade de se pensar o processo penal a partir de uma estrutura dialética, mas ponderou que ainda o fazia "*sem adentrar o movediço campo da possibilidade de adequação das categorias essenciais do processo penal a uma teoria geral do processo*"[87]. Em edições posteriores de seu manual, ao menos a partir de 2013, a crítica foi sendo encorpada[88], embora ele ainda não dispense a teoria geral do processo para algumas questões[89]. E seguiu reforçando a necessidade de se pensar uma teoria para o processo penal que leve em conta a "*estrutura dialética do processo*", com a "*potencialização da ampla defesa*"[90].

5. A NECESSIDADE DE SE CONSTRUIR UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL

Por conta de toda essa influência que o discurso da teoria geral do processo teve na doutrina brasileira, ainda é controvertida a ideia de que se deva construir uma teoria geral especificamente voltada para o processo penal. Mas a controvérsia não é exclusividade nossa. Na doutrina estrangeira há quem siga insistindo no discurso de uma teoria geral unitária, ainda que sob novas premissas, a exemplo do que faz, na Itália, Elio Fazzalari, ao identificar o contraditório como ponto comum entre os dois processos (civil e penal)[91].

Elio Fazzalari analisa inúmeros ramos processuais procurando traçar uma teoria que sirva para todos, não necessariamente na linha de Carnelutti (com a lide como razão de ser da jurisdição), mas num percurso no qual o contraditório é a "peça-chave" da identificação do processo, permitindo se construir, a seu modo, uma teoria unitária. Diz o autor:

> *As informações detalhadas fornecidas até agora valem, talvez, para esclarecer melhor a nossa tarefa. Esta consiste – como anunciado – na identificação, reconhecimento e sistematização das "normas" que disciplinam os "processos", bem como "atos" e as "posições subjetivas" que se derivam: as quais resultam, em abstrato, em nosso ordenamento. E aqui está o plano da exposição. Vamos tentar, primeiro, aprofundar a noção de "processo" do ponto de vista formal, isto é, isolado como um "esquema" (ou "tipo") da teoria geral. (...) Como anunciado anteriormente, essas "instituições" cobrem um setor de conhecimento – regras fundamentais dos vários tipos de processo e noções relacionadas –, que pode ser especificado como "direito processual geral" (ou "direito processual" tout court: como está no título deste livro)*[92]*.*

---

[85]PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.

[86]PACELLI DE OLIVEIRA, E. "O processo penal como dialética da incerteza", *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, v. 183, pp. 67-75, Brasília, 2009, p. 69.

[87]PACELLI DE OLIVEIRA, E. "O processo penal como dialética (...)" Ob. Cit., p. 68.

[88]PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal*, 17ª ed., Atlas, São Paulo, 2013, pp. 100 e ss.

[89]PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal* (...), Ob. Cit., p. 99.

[90]PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal* (...), Ob. Cit., pp. 95 e ss.

[91]Outro exemplo é encontrado na doutrina mexicana de: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. & LEVENE HIJO, R. *Derecho Procesal Penal* - Volume 1, Guilhermo Kraft, Buenos Aires, 1945, pp. 46-47.

[92]Tradução livre de trecho em italiano: "*I ragguagli fin qui forniti valgono, forse, a chiarire meglio il nostro compito. Il quale consiste – come enunciato – nella individuazione, ricognizione e sistemazione delle 'norme' che disciplinano i 'processi', nonché degli 'atti' e delle 'posizioni*

Já em Portugal prevalece a posição de Jorge de Figueiredo Dias, contrária à ideia de uma teoria geral unitária:

> *No que toca ao processo, os resultados de uma teoria geral em nada conseguiriam esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura ou, sobretudo, aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização.*
> (...)
> *A conclusão pessimista a que acaba de chegar-se quanto à viabilidade de uma teoria geral do processo não deve, porém, obstar a que se reconheça o altíssimo valor de uma consideração comparatista dos diversos tipos de processo, levada a cabo ou como hipótese geral de investigação, ou a propósito de singulares problemas processuais. Ela mostra com inexcedível clareza como os diferentes tipos de processo são, no fundo, determinados pela especificidade do objecto processual e como é este quem comanda a construção geral e a regulamentação concreta próprias de cada tipo de processo*[93]*.*

No Brasil há autores que fazem um esforço retórico para seguir justificando a adoção de uma teoria geral unitária. Fredie Didier Jr., por exemplo, argumenta que as críticas à teoria geral do processo seriam infundadas, considerando que essa disciplina teria uma pretensão filosófica, epistemológica, aproximando-se da teoria geral do direito[94]. Didier Jr. argumenta que "*essas críticas partem do equívoco metodológico de confundir o produto da Filosofia do Processo (especificamente, da Teoria Geral do Processo) com o conjunto de normas jurídicas processuais, elas mesmas objeto de investigação pela Ciência Dogmática do Processo*"[95]. Leonardo Barreto Moreira Alves segue esse entendimento de Didier Jr. e acrescenta que seriam "*exemplos desses conceitos comuns, a competência, a demanda, legitimidade, prova, decisão, etc., sendo o processo o conceito fundamental primário da Teoria Geral do Processo*"[96].

A discussão ganhou a dimensão de polêmica em 2014, quando Afrânio Silva Jardim resolveu rebater um artigo escrito por Aury Lopes Jr. e recebeu o apoio, em forma de "*comentário*", de Ada Pellegrini Grinover[97].

No dia 27 de junho de 2014, Aury publicou, em sua coluna "*Limite Penal*", no *site* Consultor Jurídico - Conjur, o artigo intitulado "*Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do processo penal*"[98]. Nesse artigo Aury elencou os

---

soggettive' che ne derivano: quali risultano, in astratto, nel nostro ordinamento. Ed ecco il piano dell'esposizione. Cercheremo, innanzitutto, di approfondire la nozione di 'processo' dal punto di vista formale, cioè isolato quale 'schema' (o 'tipo') di teoria generale. (...) Come preannunciato, queste 'istituzioni' coprono un settore di conoscenza – regole fondamentali dei vari tipi di processo e relative nozioni – il quale può indicarsi come 'diritto processuale generale' (o 'diritto processuale' tout court: così nel titolo di questo libro)". *In:* FAZZALARI, E. *Istituzioni di Diritto Processuale*, *Settima Edizione*, CEDAM, Padova, 1994, pp. 67 e 69.

[93]FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Processual Penal* (...), Ob. Cit., pp. 54-55.

[94]DIDIER JR., F. "Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo, Ciência do Direito Processual e Direito Processual: aproximações e distinções necessárias". *In*: ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil. Passado, presente e futuro*, Malheiros, pp. 334-355, São Paulo, 2013, p. 349.

[95]DIDIER JR., F. "Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo (...), Ob. Cit., pp. 349-350.

[96]MOREIRA ALVES, L.B. *Manual de Processo Penal* (...), Ob. Cit., p. 71.

[97]LOPES JR., A; JARDIM, A.S. & GRINOVER, A.P. *Uma Polêmica Sobre a Teoria Geral do Processo: um debate com Aury Lopes Jr., Afrânio Jardim e Ada Pellegrini*, disponível em https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo-aury-afranio-e-ada.pdf, acesso em: 23 mai. 2022.

[98]LOPES JR., A. "Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal", *Consultor Jurídico – Conjur*, publicado em: 27 jun. 2014, disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal, acesso em: 23 mai. 2022.

institutos que considera mereçam ser compreendidos de forma diversa, quando pensados para o processo penal em comparação ao civil. Referiu, assim, à não adoção da instrumentalidade das formas no processo penal; à necessidade de se abandonar a compreensão da "ação" e adotar uma "*teoria da acusação*"; ao fato de que as condições da ação no processo penal são diferentes; à dificuldade de se falar em lide no processo penal; à compreensão da jurisdição como limite de poder; à necessidade de se interpretar as regras de competência sempre em termos absolutos; à ideia de que o juiz penal não pode ir em busca de provas; à compreensão de que o ônus da prova é integral da acusação; à presença do "*in dubio pro reo*" como regra de tratamento; à não compatibilidade das máximas latinas "*fumus boni iuris*" e "*periculum in mora*" para a questão das cautelares pessoais no processo penal; ao fato de que o juiz não deve ter poder geral de cautela no processo penal; à indevida adoção do termo revelia no processo penal, pois não se consideram provados os fatos pela ausência de contestação; à necessidade de empregar efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário; e à ideia de que toda nulidade no processo penal seria absoluta, sem a necessidade de demonstração de prejuízo pela parte interessada.

Uma semana depois, em 04 de julho de 2014, Afrânio Silva Jardim publicou no mesmo *site* Conjur, o artigo intitulado "*Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe*"[99]. Afrânio criticou o texto de Aury, ponderando que não há como abandonar o caráter instrumental do processo penal, pois este só existe para permitir a aplicação democrática do Direito Penal; que se pode até não gostar da Teoria Geral do Processo mas ela existe espelhada em inúmeros livros escritos a respeito; que o direito penal também pode ser obedecido sem o processo, pois as pessoas geralmente não matam, não roubam e não estupram da mesma forma que pagam suas dívidas, respeitam a posse e propriedade dos outros; que o princípio da necessidade também pode reger o processo civil, como ocorre nas "ações constitutivas necessárias", isto é, anulação de casamento, interdição e hipóteses de jurisdição voluntárias; que o direito processual penal abriga também ações penais não condenatórias, a exemplo do *Habeas Corpus*, da Revisão Criminal, do Mandado de Segurança e da reabilitação na execução penal; que, assim como ocorre no processo penal, também no processo civil e trabalhista a legalidade das formas dos atos e procedimentos processuais são maneiras de limitar o poder do Estado-juiz; que não vê como possível uma "teoria da acusação" no *Habeas Corpus*, na ação de Revisão Criminal, na reabilitação e no Mandado de Segurança em matéria penal; que é possível seguir adotando as condições da ação construídas no processo civil, pois a possibilidade jurídica do pedido deve ser observada, haja vista que não se admitiria que um pedido de pena de açoite ou de morte seria juridicamente possível, o interesse de agir pode deixar de existir quando se pensa em prescrição retroativa em perspectiva; que a exigência de suporte probatório mínimo para o exercício da ação não guarda relação com a possibilidade jurídica do pedido, mas sim, deve ser lido como uma quarta condição da ação; que a originalidade deve ser uma quinta condição da ação; que o essencial para que exista o processo (como categoria autônoma) é a pretensão e não a lide, o que vale tanto para o processo civil, quanto penal e trabalhista; que a existência de um poder-dever de prestar a jurisdição em nada seria incompatível com a garantia do juiz natural; que a maior ou menor atuação do juiz no campo probatório no processo penal, civil ou trabalhista não infirma a existência de um conceito unitário de processo; que a circunstância do ônus da prova ser distribuído diversamente no processo penal não nega a Teoria Geral do Processo e que esse ônus pode ser similar à distribuição entre as partes nas ações penais não condenatórias; que juiz natural e imparcial são temas comuns a vários ramos do processo; que as expressões "*fumus boni iuris*" e "*periculum in mora*" podem ser usadas sim nas medidas cautelares penais, pois são expressões

[99]JARDIM, A.S. "Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe", *Consultor Jurídico – Conjur*, publicado em: 04 de julho de 2014, disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe, acesso em: 23 mai. 2022.

tradicionais no Direito há anos e não caberia uma tradução literal; que a existência ou não do poder geral de cautela no processo penal não infirma a Teoria Geral do Processo; que o fato de a revelia não autorizar a presunção de veracidade dos fatos alegados na denúncia em nada prejudica a Teoria Geral do Processo, inclusive porque, no processo civil, a revelia não conduz a tal presunção quando o direito for indisponível, quando a parte for incapaz e quando um litisconsorte unitário contestar; que a não adoção de efeito suspensivo nos recursos especial e extraordinário em nada colide com a Teoria Geral do Processo e que a existência desses recursos para todos os ramos, confirma a Teoria Geral; e que, a existência, ou não, de nulidades relativas no processo é um tema da Teoria Geral do Processo e gostar delas ou não, não seria culpa da Teoria Geral do Processo.

Após o texto de Afrânio, a professora Ada Pellegrini Grinover, em "*comentário*" à polêmica entre ele e Aury Lopes Jr., reforçou os argumentos de Afrânio e, inclusive, defendeu a ideia, lançada por ele, de se criar uma "*neo-teoria geral do processo*". Ada sustentou que a Teoria Geral do Processo seria mais um método para a análise do processo e não uma disciplina autônoma. Para ela, "*não há mais qualquer sentido na controvérsia (Chiovenda-Carnelutti) sobre a teoria dualista ou monista do processo O importante é não perder de vista sua instrumentalidade pois o processo deve ser concebido como instrumento para a realização do direito material*"[100]. Disse, ainda, que "*o conceito de lide não se aplica ao processo penal, assim como não se aplica ao processo civil utilizado no tratamento de direitos indisponíveis, nem à justiça conciliativa*"[101]. Por fim, Ada invocou a doutrina de Elio Fazzalari para explicar o processo como procedimento em contraditório e que, assim, deveria haver contraditório também nos inquéritos civis e penais.

Afrânio e Ada, portanto, tentaram promover aproximações entre o processo civil e o penal, sustentando a necessidade de se seguir adotando uma Teoria Geral unitária, para todos os ramos processuais.

Os argumentos de Fredie Didier Jr., Afrânio Silva Jardim e Ada Pellegrini Grinover, em defesa de uma teoria geral unitária, são importantes, pois promovem um olhar a partir de uma visão epistêmica e filosófica e indicam pontos de contato entre os dois processos (civil e penal) que não podem ser desconsiderados. Porém, a justificativa para se adotar uma teoria geral dualista e não unitária se relaciona com a necessidade se ter presente que o processo penal não pode ser pensado, invariavelmente, a partir das categorias próprias do processo civil. E isso se deve tanto à divergência de objetos ("*lide*" para o processo civil, e "*caso penal*" para o processo penal[102]), quanto a diferentes outros fatores diferenciais em suas premissas principiológicas que impactam nos três pilares de sustentação da teoria geral do processo: jurisdição, ação e processo. E isso não significa dizer que em vários pontos os dois ramos processuais se toquem, tendo institutos e conceitos em comum, mas, sim, apenas reforça a ideia de que se considerem as estruturas do processo penal

[100]GRINOVER, A.P. "Comentário", in: *Uma Polêmica Sobre a Teoria Geral do Processo: um debate com Aury Lopes Jr., Afrânio Jardim e Ada Pellegrini*, disponível em: https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo-aury-afranio-e-ada.pdf, acesso em: 23 mai. 2022, p. 12.

[101]GRINOVER, A.P. "Comentário" (...), Ob. Cit., p. 12.

[102]Adota-se, aqui, a sugestão teórica de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, ao cunhar a expressão "*caso penal*" como sendo o conteúdo do processo penal. Em suas palavras: "*Para expressar essa reconstituição que se efetiva no processo penal – geralmente de forma conflitual, mas não sempre -, e tem importância prática já na primeira fase da persecução penal, o ideal seria uma expressão ainda não comprometida com outros significados relevantes: caso penal, por exemplo. Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. Caso penal cumpre o requisito a contento. Com ele estamos diante de uma situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal. Em não sendo autoexecutável a sanção, não há outro caminho que o processo para fazer o acertamento do caso penal". In:* COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal* (...), Ob. Cit., pp. 134-135.

como orientadas por balizas de princípios que operam em alcances diferentes num e noutro.

Desta forma, mesmo que se considerem os conceitos de jurisdição – como poder de aplicação da lei ao caso concreto –, de ação – como direito de invocar a tutela da jurisdição –, e de processo – como meio ou instrumento através do qual se fará o acertamento do caso penal, como inerentes tanto ao processo civil quanto ao penal, ainda assim, não é recomendável seguir pensando a partir de uma teoria geral unitária, pois esses três pilares ganham tons diferentes quando se avalia um processo que é voltado prioritariamente para o "*ter*" (processo civil) em comparação ao processo que é voltado para o "*ser*" (processo penal)[103].

6. JURISDIÇÃO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL

Tome-se, inicialmente, o caso da jurisdição, que é unitária, e que espelha uma dupla função no papel do juiz: atuar como garante dos direitos do cidadão e julgar o caso penal. Numa leitura apressada do que se acabou de expor, essas referências poderiam dar a entender que o papel do juiz seria absolutamente equivalente no processo penal e no civil. No entanto, o juiz civilista, no exercício do poder jurisdicional, não precisa se preocupar com a "presunção de inocência" de uma das partes, que deve ser levada em conta como norma de comportamento do juiz e de tratamento apenas de uma das partes no processo: o acusado. O juiz civilista também não precisa se preocupar em tomar decisões, quando provocado, que visam proteger terceiras pessoas na relação jurídica processual, ou seja, as vítimas de potenciais reiterações de comportamentos delitivos. Nesse ponto, os interesses em jogo no processo penal transcendem aqueles do caso concreto e a atuação jurisdicional cautelar pró-vítima pode evitar crimes anunciados (fácil de visualizar em casos de violência doméstica contra a mulher e em casos de violência sexual reiterada[104]). Como, para além da atuação da jurisdição, ela também impacta no processo, mais à frente se retomará essa discussão com abordagem mais detalhada.

Assim, a atuação do juiz com jurisdição penal deve observar essa natural disparidade entre as partes, até porque a preservação da presunção de inocência é condição de validade do exercício do poder e as vítimas de crimes também merecem tratamento de proteção do Estado-juiz. A presunção de inocência e evitação de revitimização, portanto, mudam todo o olhar que se deve ter em relação à jurisdição penal e, assim, ao grau de imparcialidade do juiz (a equidistância das partes, aqui, não é a mesma que se tem no processo civil) e exige uma análise dos limites do poder que deve ser orientada para os propósitos do processo penal.

De resto, como já dito, há pontos em comum, claro. Tanto no processo penal quanto no processo civil, a jurisdição deve ser exercida observando a ideia fundante da República Federativa do Brasil, isto é, o Estado Democrático, compreendido em sua dupla funcionalidade: de proibição de excessos e proibição de proteção insuficiente. Seguindo a trilha do que já foi dito, no âmbito do processo penal se deve proibir excessos no exercício do poder punitivo contra o acusado, sem olvidar da necessidade de se atentar à proibição de proteção insuficiente das vítimas de crimes. O juiz que atua no processo penal, portanto, deve se portar como quem assegura a efetivação das garantias processuais que visam proteger os direitos fundamentais do acusado e da vítima.

---

[103]Essa, claro, é uma visão reducionista, pois no processo penal posso ter discussões patrimoniais (*v.g.* medidas cautelares reais e a questão do valor de indenização à vítima fixado na sentença penal) e no processo civil posso ter discussões em torno do ser humano (*v.g.* ações que envolvem direitos personalíssimos), mas serve, aqui, para ilustrar a essência predominante num e noutro.

[104]Sobre esse aspecto, recomendo a leitura de uma crônica que escrevi explicando como é o drama real da necessidade de evitação de novos delitos no cotidiano dos casos criminais. *In*: CHEMIM GUIMARÃES, R.R. "Crônica de Estupros e Mortes Anunciadas e a Tese de que a 'Prisão Preventiva para Garantir a Ordem Pública é Inconstitucional'", *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, ano 4, nº 7, Curitiba, Dez. 2017, pp. 109-122.

7. AÇÃO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL

Feitas essas considerações em relação à jurisdição, passa-se, agora, à análise de uma teoria geral dualista em relação a ação. No âmbito da ação penal não é possível seguir a conceituação construída a partir do processo civil, de que ação seria um direito público, subjetivo e abstrato de invocar a tutela jurisdicional do Estado.

De regra, no processo penal, nos crimes de ação penal pública, a ação é mais um poder-dever do que um direito. A distinção que Afrânio faz, seguindo a lição de Frederico Marques, por exemplo, entre direito e exercício do direito de ação, não parece fazer muito sentido[105]. O que se quer discutir com a ação é saber se é possível invocar a tutela do Estado-juiz. A tutela da jurisdição somente pode ser feita com o exercício da ação. E, no processo penal orientado tanto pelo princípio da necessidade, quanto pelo princípio da igualdade, do qual decorre a obrigatoriedade da ação, a ação deve ser exercitada todas as vezes em que estejam preenchidas suas condições. Portanto ela é um dever, como regra. Se fosse um direito poderia ser exercitada apenas se o seu titular quisesse. Seria discricionária. O dever, como dito, é algo do qual não se pode abdicar.

A ação penal também não é subjetiva, isto é, não é inerente a qualquer cidadão, como se dá com a ação civil. No direito processual civil qualquer pessoa que queira discutir a propriedade de um determinado objeto, pode, querendo, exercitar a ação. No direito processual penal, não é assim. Não é possível, por exemplo, que uma pessoa assista à notícia de um crime na televisão e resolva ela mesma exercitar a ação penal. Não terá legitimidade jurídica para tanto, já que a Constituição de 1988 estabelece que o exercício da ação penal pública é privativo do Ministério Público (art. 129, I).

Também não é possível afirmar que a ação penal seja abstrata em relação ao direito material, como se prega no processo civil a partir da contribuição das chamadas "*teorias abstratas da ação*", originadas com a polêmica Windscheidt *versus* Muther[106], entre 1856 e 1857, e aperfeiçoadas por Degenkolb (1877) e Plòsz (1876)[107]. Se, no processo civil, é possível exercer a ação e informar ao juiz que depois se provará o direito material (daí porque ela se diz abstrata, isto é, não dependente de prévia demonstração da materialidade), no processo penal o cenário é diferente. Para o exercício da ação penal é necessário investigar e colher elementos de convicção preliminares que apresentem, pelo menos, indícios mínimos de autoria e prova da materialidade do crime. É o que Afrânio Silva Jardim denominou de "*justa causa*", como uma "*quarta condição para o regular exercício da ação penal condenatória*"[108], isto é, uma necessidade de se ter um lastro probatório mínimo que dê suporte ao fato narrado na petição inicial.

Tudo isso, no entanto, não significa dizer que não seja importante considerar o conceito civilista de ação também para algumas situações anômalas no processo penal, como se dá com a ação penal privada (exercida pela vítima, como um direito) e com as ações autônomas de impugnação: *Habeas Corpus*, Revisão Criminal e Mandado de Segurança criminal.

A ideia de pretensão, igualmente, não pode ser considerada como o conteúdo da ação penal, caso se leve em conta sua conceituação elaborada a partir da compreensão civilista com as contribuições de Carnelutti sobre a lide[109].

---

[105]JARDIM, A.S. *Direito Processual Penal*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 94.

[106]WINDSCHEIDT, B. & MUTHER, T. *Polemica sobre la "actio"*, (Tradução do alemão para o espanhol de Tomás A. Banzhaf), EJEA, Buenos Aires, 1974.

[107]Esclarece Chiovenda, que o livro do húngaro Alexander Plòsz foi publicado originalmente na Hungria, em 1876, antes do livro de Heinrich Degenkolb ser publicado na Alemanha, em 1877. Em 1880, o livro de Plósz foi traduzido para o alemão. *In*: CHIOVENDA, G. *A Ação no Sistema dos Direitos*, (Tradução de Hiltomar Martins Oliveira), Líder, Belo Horizonte, 2003, p. 87.

[108]JARDIM, A.S. *Direito Processual Penal*. 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 100.

[109]CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el proceso penal – Vol. 1,* (Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Melendo), Libreria "El Foro", Buenos Aires, 2002, p. 191.

Carnelutti, pensando a pretensão no contexto da lide, sustentava que ela seria a "*exigência de subordinação de um interesse a outro interesse superior*"[110]. E, com o olhar voltado para o processo penal, Carnelutti definiu que, na análise da "*pretensão penal*" (...), "*não se trata de verificar a suspeita do delito, mas de exigir seu castigo*". Para ele, então, a pretensão é de "*exigência de submissão de alguém à pena*" [111]. Porém, esse raciocínio, que parte do direito civil, como refere Franco Cordero, estaria vinculado a "*velhas fórmulas*" que "*evocavam um 'direito de punir' ou a 'pretensão punitiva', assimilando o fenômeno do direito penal ao crédito*"[112].

Na já referida polêmica Windscheidt *versus* Muther, na Alemanha, ficou bem definida, por Muther, a diferença entre "ação" e "pretensão". Sempre com o olhar voltado para os textos romanos antigos, Muther ponderou que o termo "*actio*", em latim, não é equivalente a "*Anspruch*", em alemão (pretensão, em português[113] [114]):

> *É lógico que o pretor só faça essa promessa se concorrem certos pressupostos que são entendidos por si mesmos. Um deles é que o gestor solicite a fórmula; mas outro é, com igual segurança, que o dono dos "negotia" se recuse a cumprir o que o "nogotiorum manager" exige dele. Porque se A.A. leva a N.N. na presença do pretor, e N.N. declara que quer pagar a A.A. tudo o que ele pede, o pretor negará a fórmula. É, portanto, uma condição prévia para a concessão da fórmula, ou da "actio", que o requerido não tenha satisfeito previamente, sem julgamento, o pedido do requerente. Portanto, deve haver uma pretensão antes da "actio". O pretor não confere, então, através da "actio", uma pretensão, mas a pretensão preexiste à "actio", o que também decorre do fato de que se o requerido paga voluntariamente e sem ser acionado, é certo que que ele não poderá repetir o que foi pago por meio de uma "conditio indebiti". Assim, o pretor, ao conferir "ações", não cria pretensões, mas dá "ações" para tutelar as pretensões das quais já antecipou reconhecer sua legitimidade. Essas pretensões se baseiam, sim, na "tuitio Praetoris", ou seja, na promessa do pretor de que as protegeria, mas não passam a existir apenas quando as medidas protetivas são efetivamente aplicadas: a pretensão é o "prius", a "actio" o "posterius", a pretensão é o gerador, o "actio" o gerado*[115]*.*

---

[110]CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el proceso penal - Volumen 1 (…),* Ob. Cit., p. 191.

[111]CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el proceso penal - Volumen 1 (...),* Ob. Cit., p. 191.

[112]Tradução livre de trecho em italiano: "*vecchie formule evocavano un 'diritto di punire' o una 'pretesa punitiva', assimilando il fenomeno penalistico al credito*". *In:* CORDERO, F. *Procedura Penale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 14.

[113]Importante anotar que, na "*Introdução*" a essa *Polêmica* entre Windscheidt e Muther, Giovanni Pugliese destacou a necessidade de se "*aclarar o conceito de 'Anspruch', que se traduz aproximadamente em nossa linguagem jurídica por "pretensão" (melhor do que por "razão", como alguém já propôs no passado)*". *In:* PUGLIESE, G. "Introducción". *In:* WINDSCHEIDT, B. & MUTHER, T. *Polemica sobre la "actio"* (…), Ob. Cit., p. XXVI.

[114]Tradução livre de trecho em espanhol: "*...aclarar el concepto de 'Anspruch', que se traduce aproximativamente en nuestro lenguaje jurídico por 'pretensión' (mejor que por 'razón', como alguien había propuesto en el pasado)". In:* PUGLIESE, G. "Introducción" (…), *Idem.*

[115]Tradução livre de trecho em espanhol: "*Es lógico que el pretor sólo haga esa promesa si concurren ciertos presupuestos que se entienden por sí sólos. Uno de ellos es que el gestor solicite la fórmula; pero otro es, con igual seguridad, que el dueño de los 'negotia' se niegue a cumplir lo que el 'nogotiorum gestor' le reclama. Porque si A. A. lleva a N. N. en presencia del pretor, y N. N. declara querer pagar a A. A. todo lo que pide, el pretor denegará la fórmula. Es pues condición previa para que se otorgue la fórmula, o la 'actio', que el requerido no haya satisfecho antes, sin proceso, la pretensión del postulante. Por lo tanto, deberá haber una pretensión antes de la 'actio'. El pretor no confiere pues, mediante la 'actio', una pretensión, sino que la pretensión preexiste a la 'actio', lo que se desprende también del hecho de que si el requerido paga voluntariamente y sin ser accionado, es seguro que no podrá repetir lo pagado mediante una 'conditio indebiti'. Así, pues, el pretor, al conferir 'actiones', no crea pretensiones, sino que da 'actiones' para tutelar las pretensiones de las que ya antecipó que reconocería su legitimidad. Esas pretensiones se fundan, sí, en la 'tuitio Praetoris', o sea en la promesa del pretor de que las tutelaría, mas no adquieren su existencia sólo cuando las*

Assim, a palavra alemã "*Anspruch*" costuma ser traduzida na doutrina italiana de direito penal como "*pretesa punitiva*"[116] e, em português, é traduzida como "*pretensão punitiva*"[117]. A construção de uma "*pretensão punitiva*", como vinculada à ideia de que o Estado teria o "*direito de punir*" quem comete um delito, costuma ser atribuída a Karl Binding[118], em livro de 1872, no qual ele desenvolve uma diferenciação entre a indenização pelo ato ilícito (devida à vítima) e o direito de punir por esse mesmo ilícito, vinculado ao Estado:

> *O fato de a indenização não ser de forma alguma uma punição explica como a lei pode aplicar tranquilamente o fato de que, no caso de crimes relativamente menores, como furto e fraude, o perpetrador tem que pagar regularmente uma indenização além da punição (...). Seria injusto e implacável se a lei permitisse dupla punição nesses casos, uma das quais seria determinada pela gravidade do ato culposo e a outra pela extensão do dano à propriedade do assaltado. De acordo com o entendimento correto, no entanto, a pena não deve levar em conta essa obrigação de indenização, que supostamente decorre da infração como tal, nem de obrigações contratuais que o ladrão ainda tem que cumprir com a pessoa roubada no momento da sentença.*
> *Se a pena substitutiva fosse imposta, não seria o Estado, mas a parte lesada que teria o direito de reclamar do delito. A punição é sempre um direito do Estado: ele sempre tem direito à punição*[119]*.*

E essa ideia do "*direito de punir*" decorre ainda mais primitivamente da contribuição de Feuerbach, em 1847, no sentido de que as normas penais integram um direito subjetivo, do particular ou do Estado[120]. Então, na visão de Feuerbach, o Estado ou o particular (nas ações penais privadas, mas agindo "em nome do Estado"), atuam no sentido de fazer cumprir essa pretensão de punir o autor do delito[121].

No entanto, como esclarece James Goldschmidt, amparado em Schoetensack, "*no processo penal nenhum direito se 'outorga' ao acusador. A parte*

---

medidas tutelares efectivamente se aplican: la pretensión es el 'prius', la 'actio' el 'posterius', la pretensión lo generador, la 'actio' lo generado". *In:* MUTHER, T. "Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestatio y de la sucesion singular en las obligaciones" *(…)* Ob. Cit., p. 223.

[116]*v.g.* FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal* (...), Ob. Cit., nota 3, p. 175,

[117]*v.g.* ESPÍNOLA FILHO, E. *Código de Processo Penal Brasileiro - Vol. 1*, 6ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1965, p. 322.

[118]*v.g.* LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*, 14ª ed., Saraiva, São Paulo, 2017, pp. 49-50.

[119]Tradução livre de trecho em alemão: "*Nur darans, dass die Ersatzleistung in keiner Beziehung Strafe ist, erklürt sich, wie das Recht ruhig zusechen kann, dass bei relativ leichten Verbrechem, wie Diebstahl und Betrug, der Thäter regelmässig neben der Strafe noch Ersatz zu leistein hat (...). Es wäre eine ungerechte Rücksichtslosigkeit, wollte in diesen Fällen das Recht eine Doppelbetrafung zulassen, deren Eine sich bestimmte nach der Schwere der schuldhaften That, für deren Andere die Grösse der Vermögensbeschädigung des Bestohlenen maassgebend wäre. Nach der richtingen Auffassung aber darf die Strafe auf diese Ersatzverbindlichkeit, die angeblich aus dem Delikt als solchem fliesst, ebenso wenig Rücksicht nehmen, als auf Vertragsverbindlichkeiten, die der Dieb zur Zeit des Strafurtheils etwa dem Bestohlenen noch zu erfüllen hat. Aus dem Delikt würde, wäre der Ersatz Strafe, nicht der Staat, sondern der Geschädigte forderungsberechtigt. Die Strafe ist stets ein Recht des Staates: er hat immer einen Anspruch auf die Strafleistung*". *In:* BINDING, K. Die *Normen und Ihre Übertretung*, Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872, pp. 218-219.

[120]FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*, (Tradução para o espanhol de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeier), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 58-59, pp. 64-65, e pp. 315 e ss.

[121]FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Tratado de Derecho Penal Común (...),* Ob. Cit., pp. 325-326.

acusadora não reclama nenhum direito. Somente solicita que a justiça estatal aplique o Direito Penal ou, melhor ainda, que cumpra com seu dever de impor penas"[122].

Ademais, a vinculação do conceito de pretensão à ideia de lide e, assim, à ideia de exigência de um direito material, já nos moldes carneluttianos, também impede que ele seja emprestado, pronto, para o processo penal, no qual, como já dito, a lide não é, necessariamente, o seu conteúdo. Soma-se a isso, o fato de que o Ministério Público, no processo penal, não tem interesse ou direito próprio capaz de ser imposto a alguém. Muito menos quer a condenação a qualquer custo. Aliás, não interessa ao Ministério Público a punição de inocentes. A pretensão, no processo penal, então, deve ser lida não como uma "*pretensão punitiva*", ou seja, uma exigência contra o réu, mas sim uma pretensão em relação ao juiz, isto é, uma "pretensão ao acertamento do caso". Pretender, então, no processo penal, se desvincula de seu sentido formal de exigência do direito, para se ligar apenas à ideia de querer, almejar, ter a intenção de algo. Então, o que o Ministério Público quer quando exercita a ação penal? Ele não quer, como já destacado, exigir do réu uma submissão ao seu interesse ou à uma pena, até porque, sendo o Ministério Público fiscal da lei, não lhe interessa uma submissão a quem não tenha culpa e esta somente será definida após a instrução probatória, ao final do processo.

Diante disso, Aury Lopes Jr., por exemplo, quando discute essa questão fazendo-o a partir do que considera ser o "*objeto do processo*", afasta a concepção de "*pretensão punitiva*" e sugere que a pretensão seja "*acusatória, isto é o poder de proceder contra alguém*"[123]. É possível concordar que o Ministério Público, ao exercitar a ação, tem a intenção de proceder contra alguém, mas também é possível dizer que essa intenção vai mais além, ou seja, alcança a intenção de obtenção de uma resposta à imputação fática formulada na petição inicial e imputada ao acusado (seja ela a condenação, absolvição ou desclassificação). Não há uma "pretensão de proceder" por proceder. É preciso identificar a ligação com o que esse proceder visa: no caso, o que os italianos costumam chamar de "*accertamento*" do caso penal. E por "*accertamento*" eles compreendem o esforço para eliminar a incerteza objetiva presente no momento do exercício da ação e demonstrar uma possível correspondência entre o fato imputado ao acusado e o que possa ter ocorrido no passado. É nesse sentido a lição de Calamandrei quando critica a ideia carneluttiana de lide como centro do processo:

> *Para isso veio a doutrina, colocando a finalidade da fase de cognição não na resolução de um litígio, mas na eliminação do estado de incerteza (isto é, como dizem, no acertamento) em que existe uma relação jurídica entre pessoas que não o juiz.*
> *Esse objetivo de acertar, ou seja, de fixar a regulação jurídica de uma dada relação de maneira não mais controversa, encontra-se invariavelmente em todos os processos de cognição: e a apuração é o efeito essencial de todas as sentenças, ainda que com ela, em certos tipos especiais de sentenças, podem ser cumulados outros efeitos acessórios, cuja verificação é, em todo o caso, a premissa necessária*[124]*.*

---

[122]Tradução livre de trecho em espanhol: "*Puedo coincidir com Schoetensack en que, en el proceso penal, ningún derecho se concede, se 'otorga' al acusador. La parte acusadora no reclama ningún derecho, sólo solicita que la justicia estatal aplique el Derecho penal o, más bien que cumpla con su deber de imponer penas*". *In:* GOLDSCHMIDT, J. *Derecho, Derecho Penal y Proceso. III - El Proceso como Situación Jurídica - Una crítica al pensamento procesal*, (Tradução para o espanhol de Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015, p. 269.

[123]LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*, 14ª ed., (...), Ob. Cit., pp. 49-50.

[124]Tradução livre de trecho em italiano: "*A ciò la dottrina è giunta, ponendo lo scopo della fase di cognizione non già nella risoluzione di una lite, ma nella remozione dello stato di incertezza (cioè, come si dice, nell'accertamento) in cui si trova un rapporto giuridico vertente tra persone diverse dal giudice. Questo scopo di accertare, cioè di fissare in modo non più legalmente controvertibile, il regolamento giuridico di un determinato rapporto, si riscontra*

Em sentido aproximado, ainda que criticando a ideia de Calamandrei, Carnelutti indaga e responde: "*Acertamento, o que significa? Eliminação da incerteza. Agora, quando há incerteza? Quando alguém está em dúvida (sobre a existência de uma relação jurídica)*"[125]. Assim, é possível dizer que o "acertamento" é uma aposta na verificação ou falsificação das hipóteses imputadas ao acusado na denúncia[126]. Ainda que não exista uma palavra equivalente em sentido na língua portuguesa[127], é possível adotar uma tradução literal e emprestar o sentido italiano, para dizer que a pretensão que se tem com o exercício da ação – e que se projeta no processo – é de acertamento do caso penal. Tudo isso demonstra, que a teoria geral unitária realmente apresenta problemas e não merece ser empregada cegamente.

As condições da ação são igualmente reveladoras de como é necessário buscar uma teoria geral para o processo penal que não se organize a partir das categorias do processo civil. No processo civil as condições da ação "clássicas" são frutos da contribuição de Liebman. Elas restaram positivadas no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil de 1973, e se resumiam à "*possibilidade jurídica do pedido*" (lida em seu sentido negativo, isto é, será juridicamente possível tudo o que não for vedado pelo ordenamento jurídico[128]), ao "*interesse de agir*" (necessidade e utilidade do exercício da ação, ou seja, não possibilidade de solução da "lide" de forma extrajudicial) e à "*legitimidade de parte*", (no novo Código de Processo Civil, de 2015, em seu art. 330, ficaram circunscritas apenas às duas últimas). Já no processo penal incorporar essas condições da ação, com as correspondentes construções conceituais de como se compreende cada uma delas, mais atrapalha do que ajuda. Assim, a doutrina "mais moderna" de processo penal tem sustentado, a partir da leitura às avessas do hoje revogado art. 43, do Código de Processo Penal[129], que as condições

---

immancabilmente in tutti i processi di cognizione: e l'accertamento è effetto esseziale di tutte le sentenze, anche se con esso, in certi speciali tipi di sentenze, possono andar cumulati altri effetti accessori, dei quali l'accertamento è in ogni caso la necessaria premessa". *In:* CALAMANDREI, P. Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti (...), Ob. Cit., pp. 19-20.

[125]Tradução livre de trecho em italiano: "*Accertamento, cosa vuol dire? Eliminazzione dela incerteza. Or quando si ha incerteza? Quando taluno è in dubbio (intorno alla esistenza di un rapporto giuridico)*". *In:* CARNELUTTI, F. Lite e funzione processuale (postilla) (...), Ob. Cit., p. 24.

[126]*In verbis*: "*O sistema de acertamento visa a formação de uma disposição incontroversa, destinada a dirimir a questão relativa à culpa e, se for o caso, sobre a pena a ser executada*". Tradução nossa. No original, em italiano: "*Il sistema d'accertamento mira alla formazione di un provvedimento incontrovertibile, destinato a risolvere il quesito riguardante la colpevolezza e, se del caso, circa la pena da eseguire". In:* MANCUSO, E.M. *Il giudicato nel processo penale. Trattato di Procedura Penale, XLI.1*, (diretto da Giulio Ubertis e Giovanni Paolo Voena), Giuffrè, Milano, 2012, p. 22.

[127]Aproximadamente se poderia falar em "apuração" ou "verificação".

[128]MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Comentários ao Código de Processo Civil* - Tomo II, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983, pp. 521 e ss.

[129]A redação original do art. 43, do Código de Processo Penal estava assim posta: "*Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.*" Do inciso I se extrai a ideia de tipicidade (ou criminosidade) aparente. Do inciso II a ideia de punibilidade concreta. E do inciso III a exigência de legitimidade da parte somada à eventuais condições específicas da ação que possam ser definidas em lei para casos específicos. Na definição das condições da ação, esse artigo se completava com o art. 18 do mesmo Código (ainda vigente), do qual se extraiu o conceito de "justa causa" como quarta condição da ação. Diz o art. 18 na parte que interessa: "*Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia...*". A "base" probatória mínima exigida para a denúncia é a "justa causa". Em 2008, o legislador brasileiro revogou o art. 43 e não colocou nada no lugar. Fez mais: criou uma confusão legislativa com a nova redação do art. 395, que até refere à necessidade de se observar as condições da ação, mas não diz quais sejam... A questão, hoje, é resolvida apenas no plano doutrinário e jurisprudencial.

da ação penal seriam: tipicidade (ou criminosidade) aparente, punibilidade concreta, legitimidade de parte e justa causa[130].

De resto, o "pedido" é fundamental no processo civil. Sem um pedido preciso, o juiz deve indeferir a petição inicial (art. 330, §1º, I, do CPC). É o pedido que baliza tanto a discussão processual, quanto o exercício da jurisdição. O juiz deve julgar nos limites do pedido formulado na denúncia. Já no processo penal, o pedido em si não muda. Ainda que alguns promotores peçam a "condenação" na petição inicial, o mais indicado é que o Ministério Público peça que o juiz profira uma decisão de mérito, faça o "acertamento" do caso, como já destacado. A condenação do acusado não é um pedido que aqui se exige, até porque, no processo penal, o Ministério Público é, ao mesmo tempo, parte autora e fiscal da lei. E, repita-se: não pretende punir a qualquer custo. Assim, frise-se: não interessa ao Ministério Público que um inocente seja condenado, razão pela qual o pedido mais detalhado deve vir ao final da instrução probatória, em sede de alegações finais, ocasião em que, o Ministério Público pode também pedir a absolvição do acusado. E se, para usar o exemplo de Afrânio, na crítica a Aury, acima destacado, um promotor de Justiça resolver pedir a pena de açoite ou de morte, o juiz, por força de lei, deve ignorar tal pedido e não está a ele vinculado. A correlação no exercício da jurisdição penal não é com o pedido do autor, mas, para usar uma expressão construída no processo civil, com sua "*causa de pedir*", no caso, aqui, com o fato imputado ao acusado.

8. PROCESSO NA TEORIA GERAL DO PROCESSO PENAL

Feitas as análises quanto à jurisdição e à ação, passa-se à discussão em torno do processo. No âmbito do processo, como instrumento de verificação do "*caso penal*", é preciso considerar que o direito penal material somente se realiza através dele. Isso é diferente do que, em regra, costuma ocorrer no direito civil e no processo civil. Quem é proprietário de uma coisa não precisa, necessariamente, do processo para exercer seu direito material de propriedade. O direito civil material não depende do processo para se efetivar. Já a pena prevista no direito penal material somente pode ser aplicada ao final de um processo, pressupondo o exercício da ação e o atuar da jurisdição. É o que se costuma chamar de princípio da necessidade do processo, ou da inafastabilidade ou da indefectibilidade da jurisdição. Mais uma vez cabe observar que a crítica de Afrânio, nesse ponto, ao dizer que o direito penal também é respeitado independentemente do processo, por todos que não matam, não roubam

[130]Essa construção teórica teve início com Fernando N. Bittencourt Fowler (FOWLER, F.N. B. "Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma", *Revista do Ministério Público do Paraná*, nº 7, Curitiba, 1977). E ganhou corpo com a contribuição de Antônio Acir Breda (BREDA, A.A. "Efeitos da declaração de nulidade no processo penal", *Revista do Ministério Público do Paraná*, ano 9, nº 9, Curitiba, 1980, pp. 171-189). Depois foi adotada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal* [...], Ob. cit., pp. 148-149), seguido de Denilson Feitosa Pacheco (PACHECO, D.F. *Direito Processual Penal: crítica e práxis*. Belo Horizonte: Delta Fenix, 1997). Depois por João Gualberto Garcez Ramos (RAMOS, J.G.G. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 1998, pp. 258 e ss.), e por João Pedro Gebran Neto (GEBRAN NETO, J.P. *Inquérito Policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade*, Juruá, Curitiba, 2001, p. 41). Ainda, Vladimir Stasiak (STASIAK, V. *As Condições da Ação Penal: perspectiva crítica*, Sérgio Antonio Fabris editor, Porto Alegre, 2004, pp. 181 e ss.), e Marco Aurélio Nunes da Silveira (NUNES DA SILVEIRA, M.A. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2005, pp. 55 e ss.), depois Aury Lopes Júnior (LOPES JR., A. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. 1*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 351 e ss.) e Alexandre Morais da Rosa (MORAIS DA ROSA, A. Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos, 4ª ed., Empório do Direito, Florianópolis, 2017, pp. 643 e ss).

e não estupram, não é uma crítica adequada. O que se quer dizer com necessidade do processo é que a pena prevista na Lei Penal material para quem mata, rouba ou estupra, não pode ser imposta fora do processo.

Outro aspecto que destaca a diferença do processo penal com o civil é que, no processo penal, a presunção de inocência impacta em diferentes campos, a exemplo do que já se disse em torno do ônus da prova, que, no processo penal, é integral de uma das partes (de quem acusa). O réu não tem ônus de provar sua inocência, pois isso é presumido constitucionalmente. Assim, ainda que o art. 156, do Código de Processo Penal diga que "*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*", essa regra não foi recepcionada pela Constituição de 1988, não sendo admissível que se imponha ao réu o ônus de provar sua inocência. Portanto, não opera aqui, a possibilidade de distribuição do ônus da prova entre as partes. Assim, a máxima latina *onus probandi alegandi incubit* (o ônus da prova incumbe a quem alega), que também vigora no art. 373, do Código de Processo Civil, aplica-se ao processo civil, mas não ao penal.

Ainda em sede de desdobramento da ideia de presunção de inocência e de seu impacto no processo penal, outras garantias se apresentam ao acusado no processo penal que não necessitam ser observadas no processo civil. Havendo dúvida razoável a respeito da interpretação da prova ou do fato, deve-se favorecer o réu e ele não pode ser constrangido a produzir provas contra si.

No processo penal também não se considera provado um fato pela simples ausência de contestação, como se dá com o processo civil. Costuma-se adotar a mesma palavra "*revelia*" para explicar, tanto no processo civil, quanto no penal, o desatendimento à uma citação ou intimação formalizada, mas, no processo penal, a revelia não produz o efeito de se presumirem verdadeiras as alegações formuladas pelo autor, como o faz o art. 344, do Código de Processo Civil.

É interessante anotar que, no processo penal brasileiro, as redações originais dos arts. 366 e 369, do Código de 1941 referiam expressamente à revelia, seguindo uma tradição que já vinha dos Códigos estaduais[131] e até mesmo do *Code d'instruction criminelle* de Napoleão, de 1808[132]. Dizia o art. 366: "*O processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado*". E a ideia se complementava com a redação do art. 369: "*Ressalvado o disposto no art. 328, o réu, depois de citado, não poderá, sob pena de prosseguir o processo à sua revelia, mudar de residência ou dela ausentar-se, por mais de oito dias, sem comunicar à autoridade processante o lugar onde passará a ser encontrado*".

Com a reforma de 1996, a palavra deixou de ser usada para referir às situações que até então eram chamadas de "revelia" e elas foram aglutinadas na redação do novo artigo 367, do Código de Processo Penal, que estabelece que o processo seguirá "*sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo*".

O termo "revelia", portanto, não guarda o mesmo significado no processo civil e no penal e, até no plano das reformas legislativas recentes, vem sendo abandonado. Aliás, é bom que se deixe de adotar o termo no processo penal, em primeiro lugar porque a palavra, em si, etimologicamente, comunica uma situação de "resistência", de "rebeldia", dando a entender que "revel" é aquele que não se

---

[131]O Código do Processo Criminal do Estado do Paraná, por exemplo, de 1920, já usava a referência à revelia em seu artigo 75, conforme explica Rodrigo Régnier Chemim Guimarães em "Código do Processo Criminal do Estado do Paraná (Leis nº 1916, de 23 de fevereiro de 1920, com as emendas da Lei n. 2012 de 21 de março de 1921): texto legal e breves apontamentos históricos", Ed. Thoth, Londrina, 2021, p. 68.

[132]No original, em francês: *Article 149 - Si la personne citée ne comparait pas au jour et à l'heure fixés par la citation, elle sera jugée par défaut.* Tradução livre do artigo francês: "*Se a pessoa citada não comparecer no dia e hora fixados pela citação, ela será julgada à revelia*". *In*: ANDRADE, M.F., (Organizador). *Código de Instrução Criminal Francês de 1808*, Juruá, Curitiba, 2008, p. 54.

submete, que não acata ordens. Não faz sentido, num processo penal democrático e orientado pelas garantias da autodefesa (que é renunciável) e da não autoincriminação, considerar a citação e/ou a intimação do acusado como uma "ordem" de comparecer ao processo. Assim, o termo não é o mais adequado para expressar o que se passa no processo penal, dado que o réu não pode ser constrangido a comparecer aos atos processuais. Essa, aliás, foi a posição da Suprema Corte brasileira, em 2018, ao julgar as ADPFs 395 e 444, e considerar não recepcionada a expressão "*para o interrogatório*", constante do art. 260 do Código de Processo Penal, e "*declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado*"[133]. E, em segundo lugar, porque o uso da palavra "revelia" no processo penal, pode comunicar uma leitura equivalente àquela empregada no processo civil, formando na cabeça do juiz uma equivocada ideia de presunção de veracidade dos fatos narrados na denúncia ou na queixa[134].

Assim, melhor seria se fosse empregada uma palavra diversa da hoje consagrada "revelia". Seria melhor falar em "ausência", pois o réu, ciente da existência do processo, não se apresenta para acompanhar os atos processuais, estando apenas ausente. Assim, "réu ausente" poderia ser adotado, aqui, em substituição à ideia de "réu revel". E, para não confundir com a figura criada com a reforma do art. 366, do Código de Processo Penal, que trata da suspensão do processo na hipótese do acusado não ter sido citado pessoalmente porque não foi localizado, esta situação poderia ser chamada de "réu não localizado"[135].

A ampla defesa também difere quando se analisa o processo penal em comparação ao processo civil. No processo penal a ampla defesa engloba, necessariamente, oportunidades de autodefesa e de defesa técnica e, no júri, ainda é alargada para se exigir uma defesa técnica completa, que conjugue conhecimento técnico jurídico com a capacidade de oratória e de didática, dado que o diálogo se dará entre um técnico (o advogado) e um grupo de leigos (os jurados). Assegura-se, assim, a garantia da plenitude de defesa no júri. A ampla defesa também exige que o processo seja suspenso, caso o acusado não seja localizado para ser citado pessoalmente. Portanto, também aqui não faz sentido importar a ideia de uma citação ficta, decorrente da não localização do acusado e de seu não comparecimento

---

[133]STF. *ADPF nº 395 e ADPF nº 444* – Plenário, (Relator ministro Gilmar Mendes, Julgado em: 14 jun. 2018, disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068, acesso em: 17 jun. 2022.

[134]É preciso considerar, aqui, a sistemática da carreira na magistratura, que, em seu início, em Comarcas com vara única, exige que o juiz atue, simultaneamente, em processos civis e criminais. Ademais, ao longo da carreira, possibilita-se a promoção ou remoção do mesmo magistrado, de uma vara cível para outra criminal. E, ainda, é de se considerar que possa um juiz que estava, por exemplo, há anos atuando numa vara cível em primeiro grau, ter sido promovido a desembargador e, agora, venha a atuar numa câmara criminal em segundo grau de jurisdição. Nesses casos todos, a possibilidade de a influência das categorias do processo civil operarem no modo de pensar desse julgador quando está julgando casos criminais é algo a ser considerado. Daí porque, melhor seria não falar em "revelia" no processo penal, mas sim, em "ausência".

[135]Vale anotar que a doutrina vem empregando o termo "réu ausente" para essa situação do art. 366, do CPP, fazendo uma distinção, justamente, com o "réu revel". Porém, o termo "ausência" é melhor empregado como substituto do termo "revelia", devendo ser adotada nova terminologia para o réu não localizado para ser citado. São temas diferentes: uma coisa é o réu ter ciência de que existe um processo contra si e não querer acompanhar os atos processuais (réu ausente); outra, é ele não ter sido localizado para ser citado e, assim, ignorar a existência do processo (réu não localizado). Na primeira situação a consequência é que o juiz não mais se preocupará em intimá-los dos demais atos processuais (sem que isso impeça o réu de, querendo, novamente se fazer presente nos demais atos). Na segunda situação a consequência é a suspensão do trâmite processual até que o réu seja localizado e informado da existência do processo contra si.

após citação por edital. Aliás, falar em "citação por edital" deveria representar tão somente uma forma de se tentar citar o acusado e não uma efetivação da citação pela inércia do acusado, dado que é muito improvável que ele fique sabendo da existência do processo através de um edital afixado na porta do Fórum.

E no plano das medidas cautelares pessoais também é imperioso promover uma distinção com o processo civil. No contexto civilista se costuma apontar que as medidas cautelares visam acautelar o processo. Humberto Theodoro Júnior, seguindo a posição de Carnelutti[136], bem esclarece a visão do processo cautelar no processo civil:

> *Trata-se de processo contencioso, como o de cognição e o de execução, pois seu pressuposto é também a lide. Mas ao invés de preocupar-se com a tutela do direito (composição da lide) – função principal da jurisdição –, o processo cautelar exerce função auxiliar e subsidiária, servindo à tutela do processo, onde será protegido o direito.*
> *A atividade jurisdicional cautelar dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e do profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição*[137]*.*

Assim, nessa linha, somente fazem sentido as medidas cautelares que, de alguma forma, se relacionam com a tramitação processual propriamente dita.

Aury Lopes Jr. vê essa construção civilista como capaz de orientar também o processo penal, trabalhando, aqui, à luz da teoria geral do processo (não obstante ele seja defensor de uma teoria geral própria para o processo penal). Para Aury, portanto, a prisão em flagrante não seria uma "medida cautelar", já que ela "*não está dirigida a garantir o resultado final do processo*"[138]. Seguindo esse raciocínio, para Aury somente as modalidades de prisão preventiva, previstas no art. 312 do Código de Processo Penal brasileiro, que se prestem a "*servir ao processo de conhecimento*", tal como se fosse um "*instrumento a serviço do instrumento processo*", é que seriam legítimas[139]. Assim, ele considera que as prisões para garantia da ordem pública e para garantia da ordem econômica, seriam indevidas, não apenas pela vagueza conceitual[140], mas pelo fato de que não se relacionam com o resultado do processo e sim com a proteção da vítima e com o interesse social de evitar reiteração de comportamentos delitivos.

Como se vê, ele raciocina o processo penal a partir de uma categoria pensada para a realidade do processo civil. Ainda que não diga, acaba sendo adepto de uma teoria geral unitária nesse ponto. Sucede que não é possível pensar o processo penal como exclusivamente um fim em si mesmo. E, até mesmo na doutrina de processo civil, é possível enxergar fins diversos do acautelamento do processo principal, como se vê nos processos cautelares que visam proteger as pessoas, a exemplo do afastamento cautelar do lar conjugal, da guarda provisória de crianças ou adolescentes, da regulamentação de visitas e dos alimentos provisionais. Como

---

[136]CARNELUTTI, F. *Diritto e Processo*, Morano Editore, Napoli, 1958, pp. 353 e ss,
[137]THEODORO JÚNIOR, H. *Processo Cautelar*, 2ª ed., Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1976, pp. 41-42.
[138]LOPES JR., A. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2004, p. 214.
[139]LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*, 20ª ed., (...) Ob. Cit., p. 774.
[140]A esse respeito já escrevemos que a expressão "ordem pública" é muito vaga e mereceria ser substituída pela ideia de reiteração de comportamento delito, que é o conteúdo interpretativo predominantemente aceito na jurisprudência. Enquanto isso não for feito no plano legislativo, vale a exigência de interpretação restritiva para não se admitir argumentos vazios de sentido na decretação de uma prisão cautelar. Para compreensão da necessidade de se ter regra nestes termos, vide: CHEMIM GUIMARÃES, R.R. *Crônica de estupros e mortes anunciadas e a tese de que a prisão preventiva para garantir a ordem pública é inconstitucional*, (...) Ob. Cit.

destaca Humberto Theodoro Júnior, "*quanto às medidas cautelares sobre pessoas, o perigo que se intenta evitar refere-se à própria pessoa, dizendo respeito à sua segurança e tranquilidade*"[141]. Os interesses sociais e das vítimas devem igualmente ser considerados no âmbito do processo penal, à luz de um dos princípios balizadores do Estado Democrático de Direito: a proibição de proteção insuficiente.

Em decorrência das inúmeras situações evidenciadas no cotidiano dos processos criminais, é necessário compreender que as vítimas de crimes nem sempre podem ficar aguardando o trânsito em julgado de futura condenação, que normalmente leva anos para se verificar dada a generosa quantidade de recursos previstas no ordenamento jurídico brasileiro, para, só então, serem efetivamente protegidas com a prisão-pena de seu agressor. Em determinados casos, é muito provável que as vítimas não estejam mais vivas quando se der o trânsito em julgado. E elas não podem ficar à mercê do acusado que responde o processo em liberdade e se aproveite disso para ainda ameaçá-las, externalizando a vontade de seguir praticando crimes contra elas. O Estado não pode dar às costas às vítimas de crimes, desprotegendo-as a tal ponto que a própria notícia do delito dada pela vítima passe a ser um fator de risco de sua própria vida (como é comum de observar em casos de violência doméstica ou em crimes de natureza sexual).

Em que pese soe como "heresia" aos ouvidos de alguns doutrinados, a segurança pública é um direito fundamental previsto no "*caput*" do artigo 5º, da Constituição Federal (no sentido individual) e no "*caput*" do art. 6º, da mesma Constituição (no sentido coletivo). E o direito penal e o processo penal são instrumentos que o Estado possui também para essa finalidade de assegurar o direito à segurança pública. Do contrário deixa de fazer sentido dizer que matar alguém, estuprar alguém e roubar alguém, por exemplo, sejam crimes e que o Estado possa processar criminalmente alguém e puni-lo. Deixa de fazer sentido pensar em punir como forma de prevenção geral. Processo sem direito penal é um ritual para o nada. Não é possível pensar as funções da pena e do direito penal dissociadas do processo e vice-versa. Há, como já referido por Figueiredo Dias, uma relação mútua de complementaridade entre ambos. Daí porque a categoria civilista de uma medida cautelar que vise apenas garantir o resultado do processo, não serve para o processo penal. Porque, aqui, para além de se poder pensar uma medida cautelar com esse propósito, é imprescindível que se pense, também, em medidas que visem acautelar os direitos das vítimas, evitando a revitimização que se dá, por exemplo, quando existem elementos concretos capazes de aferir, com ampla probabilidade, que o acusado em liberdade tenda a reiterar o comportamento delitivo[142].

---

[141]THEODORO JÚNIOR, H. *Processo Cautelar* (...), Ob. Cit., p. 47.

[142]Nesse ponto, Aury chega a ser irônico ao dizer que o risco de reiteração de delitos seria "*um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal)*" (LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*, 20ª ed., [...] Ob. Cit., p. 780). Essa afirmação, para além de uma ironia despicienda, é falaciosa, bastando estar atento ao cotidiano do que se noticia de casos nos quais o acusado – presumidamente inocente e tecnicamente primário – mesmo após sua prisão em flagrante, anuncia, de público ou ao juiz, que ao ser solto seguirá matando, roubando ou estuprando. Ou, ainda, dos milhares de casos nos quais o histórico de reiteração de comportamento delitivo denota que, em liberdade, o acusado encontra os mesmos estímulos que o levaram a delinquir para seguir praticando crimes. Para ilustrar um pouco, é interessante relembrar alguns casos famosos que se deram nos últimos tempos. O caso do atirador de Oslo, na Noruega, em 22 de julho de 2011, é bem elucidativo do problema e, não obstante tenha ocorrido na Noruega, poderia, facilmente, ter ocorrido no Brasil. O ultradireitista Anders Behring Breivik, após elaborar um plano de extermínio de um grupo de pessoas por razões ideológicas, e publicar um "*manifesto*" de 1.500 páginas detalhando sua ideologia anti-muçulmana, deu início ao seu intento homicida. Deixou uma caminhonete com quase uma tonelada de explosivos em frente à torre de 17 andares que abrigava o escritório do primeiro-ministro da Noruega e explodiu o prédio, matando oito pessoas e deixando dezenas de feridos. Em seguida, disfarçado de policial e munido de um fuzil e uma pistola, dirigiu-se à ilha de Utoeya, na qual estava ocorrendo um encontro de jovens adolescentes da "*juventude trabalhista*", e, ao longo de 72 minutos de ação e disparando mais de 180 vezes, matou outras 69 pessoas, totalizando 77 mortos. No curso dessa ação, por duas vezes ele

ligou para a polícia dizendo que já tinha cessado sua missão e que queria se entregar. Porém, logo em seguida a essas ligações, seguiu matando mais pessoas. Só cessou sua sanha homicida quando foi preso em flagrante. Pois, mesmo preso, seguiu dizendo que precisaria terminar o que começou, explicando que seu objetivo era matar todos os integrantes do governo norueguês e todas as 564 pessoas que estavam na ilha e não "apenas" as 69 lá vitimadas. No Brasil, um dos casos mais marcantes quanto à ampla probabilidade de reiteração de comportamento delitivo, foi o famoso caso do "*maníaco do Parque*", em 1998. Ele estuprou e matou diversas mulheres e foi condenado pela morte de 11 delas. Algumas conseguiram escapar da morte e o reconheceram. Depois de preso, confessou a morte de nove delas e, quando indagado como matava as pessoas, disse: "*Com o cadarço dos sapatos ou com uma cordinha que às vezes eu levava na pochete (...) Eu tenho um lado ruim dentro de mim. É uma coisa feia, perversa, que eu não consigo controlar. Tenho pesadelos, sonho com coisas terríveis. Acordo todo suado*". Outro caso cristalino: em dezembro de 2008 foi divulgado um vídeo no qual o acusado estava sendo interrogado durante um júri, pelo juiz no Fórum de Limeira, interior de São Paulo, e disse ser integrante do PCC, tendo ameaçado todos que estavam na audiência: da vítima, ao promotor, chegando ao juiz e aos jurados. Em 2014, Francisco das Chagas, no caso conhecido como "*Caso dos meninos emasculados*", foi condenado pela morte de três crianças. Ele foi acusado de ter matado e mutilado 42 meninos entre os anos de 1989 e 2004, somente cessando seus crimes quando foi preso. Soma-se a esses, o caso de Pedro Rodrigues Filho, conhecido por "*Pedrinho Matador*", que revelou ter iniciado sua vida de homicida ainda aos 13 anos de idade. Chegou a ser condenado pela morte de 71 pessoas, mas confessava orgulhoso que teriam sido mais de cem as suas vítimas, inclusive o próprio pai, quando já cumpria pena. Outro caso famoso é o do "*maníaco da corrente*". Nos anos 1990 ele foi preso e condenado por matar cinco prostitutas e travestis estranguladas com correntes. Foragido do sistema matou seis outras pessoas e tentou matar outras duas. Em 2008 foi preso novamente. Outro caso que ganhou notoriedade, mais recente, é de 2021, envolvendo um sujeito que, no Paraná e em Santa Catarina, por razões homofóbicas, matou três pessoas. A quarta vítima conseguiu fugir, tão logo ouviu de seu algoz: "*Eu sou o serial killer da TV. Eu sou como o Coringa, eu gosto de matar*". Nesse mesmo ano de 2021, outro caso de repercussão foi o de Lázaro Barbosa. Ele ficou muito conhecido pela mobilização da polícia – acompanhada pela mídia – que promoveu uma verdadeira "caçada" na tentativa de prendê-lo. Ele já tinha histórico de crimes sexuais e após a chacina de três pessoas de uma mesma família, sequestrou a mulher dessa mesma família, estuprou-a, cortou-lhe a orelha ainda viva e depois a matou. Em seguida empreendeu fuga e, nesse contexto, roubou um veículo, incendiou-o, atirou em quatro pessoas, incendiou uma casa, e obrigou um refém a se drogar. Só cessou sua sequência de delitos quando foi morto em confronto com a polícia. Casos assim abundam Brasil afora. E olha que nem chegamos no contexto dos inúmeros casos de integrantes de notórias organizações criminosas, de estilo aproximado ao mafioso, que fazem do crime, inclusive do crime violento, sua rotina (em Curitiba, por exemplo, com dados oficiais colhidos na DHPP, 78% dos homicídios são relacionados ao tráfico de drogas). Enfim, exemplos de casos concretos não faltam. Em todos esses casos o ponto em comum é que antes de serem presos eram todos tecnicamente primários e inocentes no sentido técnico de não ter contra eles uma sentença condenatória transitada em julgado. Teria sido adequado deixá-los todos responder aos processos em liberdade? Seria "*impossível*" prever que, uma vez soltos, dariam sequência aos estupros, homicídios e feminicídios anunciados? São perguntas retóricas, claro. Desconsiderar esses abundantes elementos concretos evidenciados em inúmeros casos no dia a dia para lançar a falácia de que seria "*absolutamente impossível*" fazer um "*diagnóstico*" que antecipe a ampla probabilidade de reiteração delitiva, é atuar como uma espécie de "*Pilatos jurídico*", parafraseando a expressão adotada por Nilo Barros de Brum (DE BRUM, N.B. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 82). E dizer que evitar a reiteração de comportamentos delitivos seria uma "*função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal*" (LOPES JR., A. [...] Ob. Cit., p. 780) é desconsiderar que a polícia não é onipresente, não tem – nunca teve e nunca terá – estrutura suficiente para policiar preventivamente todas as inúmeras vítimas de crimes que se encontrem em potencial risco de serem alcançadas, além de desconsiderar o papel complementar do sistema de justiça criminal, no caso, através do processo penal e operando à luz da prisão preventiva como *garantia* dos *direitos* fundamentais à segurança pública, à vida e à propriedade, nos termos do art. 5º, *caput* e incisos LXI e LXVI. De resto, não se trata de discutir se o sujeito cometeria realmente o delito amanhã ou depois (até porque, assim como referia David Hume, ainda que seja impossível ter a certeza de que o sol nascerá amanhã, a probabilidade dele seguir nascendo amanhã é elevadíssima...), mas de levar em conta as

Se a ideia de que a medida cautelar somente possa ser adotada quando for para acautelar o próprio processo, todas as medidas cautelares protetivas da mulher nos casos de violência doméstica[143] seriam igualmente indevidas. Assim como seriam indevidas, também, as medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319, do Código de Processo Penal[144].

Por fim, no caso do flagrante, é evidente a sua necessidade para acautelar a vida, a integridade física, a liberdade sexual, o patrimônio, enfim, os bens jurídicos cujo titular é a vítima e que estão sendo violados no "calor" do momento.

Todas essas diferenças de estrutura na compreensão da jurisdição, da ação e do processo, revelam que é melhor pensar o processo penal a partir dele mesmo e não simplesmente importando categorias pensadas para o processo civil. É nesse sentido que falar numa teoria geral para o processo penal é adequado.

No entanto, é preciso considerar que essa necessidade de ter um olhar do processo penal para pensar sua teoria geral, não significa dizer que se deva, necessariamente, abandonar toda e qualquer construção teórica vinda do processo civil. E não significa que se deva ficar inventando categorias que não façam sentido no processo penal apenas para seguir a trilha de uma teoria geral autônoma para o

---

circunstâncias do caso concreto já conhecidas e que permitem antever, com ampla margem de probabilidade, que essa reiteração delitiva possa acontecer. Os milhares de casos de violência doméstica cotidianos também servem para ilustrar e compreender como não é difícil antever que um reiterado agressor possa chegar no feminicídio caso não seja cautelarmente contido. Ciente disso, o Estado deve agir para proteger a vítima. A inércia estatal, aqui, revela a violação da proibição de proteção insuficiente. Assim, para evitar que aconteçam novos crimes anunciados é que se toma a medida cautelar da prisão preventiva no curso de um processo concreto. Ela, como o nome diz, visa prevenir, isto é, antecipar o que possa acontecer de modo que se evite o delito que se desenha pelo histórico e pelo comportamento externalizado e já documentado nos autos.

[143]*Art. 22 – Lei nº 11.340/2006: Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio*.

[144]*Art. 319 - Código de Processo Penal: São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.*

processo penal. É preciso, pois, cuidado para não cair em armadilhas de se pensar uma categoria nova, apenas para diferenciá-la do processo civil.

9. CONCLUSÕES

Considerando o que se expôs ao longo do texto e visando retomar as perguntas iniciais no intuito de explorar em quais campos de discussão no âmbito da jurisdição, da ação e do processo, é interessante seguir diferenciando o processo penal do civil e em quais temas a novidade teórica pode representar mais do que um avanço, um prejuízo hermenêutico e de política criminal, é possível elencar algumas conclusões a respeito de como se deve pensar a construção de uma teoria geral para o processo penal. São elas:

Primeira conclusão: Ainda que a discussão sobre a adoção de uma teoria geral específica para o processo penal seja controversa, trata-se de tema urgente que merece ser enfrentado, pois existem diferenças fundamentais nos objetos, em estruturas e em alguns fundamentos entre os processos penal e civil.

Segunda conclusão: Mesmo que seja defensável a criação de uma teoria geral para o processo penal, certos fundamentos filosóficos podem ser aplicáveis a ambos os ramos processuais, o que implica em dizer que nem tudo que vem do processo civil deva ser, necessariamente, abandonado no processo penal.

Terceira conclusão: No processo penal brasileiro, fundado na ideia do Estado Democrático de Direito, que se organiza pela dupla funcionalidade de proibição de excessos e de proibição de proteção insuficiente, o exercício da jurisdição deve equilibrar a presunção de inocência do acusado e a proteção das vítimas de crimes.

Quarta conclusão: Levando em conta o princípio da igualdade no exercício do poder, a ação penal deve ser lida não como um mero direito facultativo, mas como um poder-dever exercido pelo Ministério Público, exigindo elementos de convicção preliminares, já que a pretensão penal busca a aplicação correta do direito penal e não a condenação a qualquer custo.

Quinta conclusão: A pretensão, no processo penal deve ser lida não como uma "*pretensão punitiva*", ou seja, uma exigência contra o réu, mas sim uma pretensão em relação ao juiz, isto é, uma "pretensão ao acertamento do caso". Essa pretensão ao acertamento visa promover o esforço para eliminar a incerteza objetiva presente no momento do exercício da ação e demonstrar uma possível correspondência entre o fato imputado ao acusado e o que possa ter ocorrido no passado.

Sexta conclusão: O direito penal material, que prevê penas para as condutas que seleciona como crimes, depende de uma sentença penal condenatória transitada em julgado no curso de um devido processo legal para se realizar, ao contrário do direito civil material que pode ser exercitado independentemente de um processo.

Sétima conclusão: A presunção de inocência no processo penal coloca o ônus da prova sobre quem acusa, não sobre o réu, sendo inadequado o transporte do brocardo "*ônus probandi alegandi incubit*" que orienta a distribuição equitativa da carga probatória no processo civil.

Oitava conclusão: A revelia no processo penal não implica na presunção de veracidade das alegações como ocorre no processo civil. Assim, o termo "revelia" deve ser substituído por "ausência" no processo penal, para evitar o tratamento civilista e a má-compreensão das consequências que da ausência do réu advém no processo penal.

Nona conclusão: A ampla defesa no processo penal inclui a autodefesa e a defesa técnica, o que a torna mais ampla do que a defesa empregada no processo civil.

Décima conclusão: As medidas cautelares pessoais no processo penal não devem ser pensadas a partir da visão reducionista própria do processo civil, de considerá-las apenas uma forma de acautelamento do processo em si. Elas devem ser pensadas também como necessárias para a proteção das vítimas de crimes no curso do processo penal.

10. REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. & LEVENE HIJO, R. *Derecho Procesal Penal* - Volume 1, Guilhermo Kraft, Buenos Aires, 1945.

ANDRADE, M. F. (Organizador). *Código de Instrução Criminal Francês de 1808*, Juruá Curitiba, 2008.

BADARÓ, G.H. *Direito Processual Penal - Tomo 1*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2007.

BADARÓ, G.H. *Processo Penal*, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015.

BINDING, K. Die *Normen und Ihre Übertretung*, Verlag Von Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1872.

BONFIN, E.M. *Curso de Processo Penal*, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.

BREDA, A.A. "Sugestões ao novo Código de Processo Penal", *Revista do Ministério Público do Paraná*, nº 04, Curitiba, 1974.

BREDA, A.A. "Efeitos da declaração de nulidade no processo penal", *Revista do Ministério Público do Paraná*, ano 9, nº 9, Curitiba, 1980.

DE BRUM, N.B. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUZAID, A. "Da Lide: estudo sobre o objeto litigioso (1980)", Estudos e pareceres de direito processual civil, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002.

CALAMANDREI, P. "Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti"*, Rivista di diritto processuale civile*, Volume V, Parte I, Cedam, Padova, 1928.

CALAMANDREI, P. "Linee fondamentali del processo civile inquisitório", *Opere Giuridiche*, Morano, Napoli, 1966.

CAPEZ, F. *Curso de Processo Penal*, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2000.

CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. 1, Cedam, Padova, 1926.

CARNELUTTI, F. *Progetto del codice di procedura civile: presentato alla sotto commissione reale per la riforma del codice di procedura civile - Parte prima - Del processo di cognizione*, Cedam, Padova, 1926.

CARNELUTTI, F. "Lite e funzione processuale (postilla)", *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1928.

CARNELUTTI, F. "Sulla 'reformatio in peius'", *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1927.

CARNELUTTI, F. "La nozione di lite nel processo penale (Postilla)", *Rivista di diritto processuale civile*, Vol. VII, Parte I, Cedam, Padova, 1930.

CARNELUTTI, F. "Ancora sulla lite nel processo penale (Postilla)", *Rivista di diritto processuale civile*, Vol. VII, Parte I, Cedam, Padova, 1930.

CARNELUTTI, F. "*Istituzioni del processo civile italiano"*, 5ª ed., Soc. Ed. del "Foro Italiano", Roma, 1956.

CARNELUTTI, F. *Diritto e Processo*, Morano, Napoli, 1958.

CARNELUTTI, F. *Lições Sobre o Processo Penal – Vol. 1*, (Tradução de Francisco José Galvão Bruno), Bookseller, Campinas, 2004.

CARNELUTTI, F. *Lecciones sobre el proceso penal – Vol. 1,* (Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Melendo), Libreria "El Foro", Buenos Aires, 2002.

CARNELUTTI, F. "Cenerentola", *Rivista di diritto processuale*, Vol. 1, Parte 1, Cedam, Padova, 1946.

CHEMIM GUIMARÃES, R.R. "Crônica de Estupros e Mortes Anunciadas e a Tese de que a 'Prisão Preventiva para Garantir a Ordem Pública é Inconstitucional'", *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Ano 4, nº 7, Curitiba, dez. 2017.

CHEMIM GUIMARÃES, R.R. "Código do Processo Criminal do Estado do Paraná (Leis nº 1916, de 23 de fevereiro de 1920, com as emendas da Lei n. 2012 de 21 de março de 1921): texto legal e breves apontamentos históricos*", In:* RIBEIRO, D.G. & ANDRADE, M.F., (organizadores). *Coleção Códigos Estaduais,* Ed. Thoth, Londrina, 2021.

CHIOVENDA, G. *A Ação no Sistema dos Direitos*, (Tradução de Hiltomar Martins Oliveira), Líder, Belo Horizonte, 2003.
DE ARAÚJO CINTRA, A.C; GRINOVER, A P. & DINAMARCO, C.R. *Teoria Geral do Processo*, 7ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
CORDERO, F. *Procedura Penale*, 8ª ed., Giuffrè, Milano, 2006.
COUTINHO, J.N.D.M. *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, Juruá, Curitiba, 1989.
DA GAMA MALCHER, J.L. *Manual de Processo Penal*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2009.
D'AGOSTINO, G. *L'unità fondamentale del processo civile e penale*, Tip. ed. Moderna Bevilacqua, Nicastro, 1920.
DA COSTA TOURINHO FILHO, F. *Processo Penal – Vol. 1*, 33ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011.
DA ROSA, A.M. *Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2013.
DE BRUM, N.B. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.
DE CARVALHO, D.E. *Curso de Processo Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 2007.
DE FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1974.
DIANA, A. *L'unitá del processo e della dottrina processuale*, Stab, Arti Grafiche Lazzari, Siena, 1914.
DIDIER JR., F. "Teoria Geral do Direito, Teoria Geral do Processo, Ciência do Direito Processual e Direito Processual: aproximações e distinções necessárias", In: ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L., (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: Passado, presente e futuro*, Malheiros, São Paulo, 2013.
ESPÍNOLA FILHO, E. *Código de Processo Penal Brasileiro – Vol. 1*, 6ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.
FAZZALARI, E. *Istituzioni di Diritto Processuale - Settima Edizione*, CEDAM, Padova, 1994.
FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*, (Tradução para o espanhol de Eugenio Raul Zaffaroni e Irma Hagemeier), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
FLORIAN, E. *Elementos de Derecho Procesal Penal*, (Tradução do italiano para o espanhol de L. Pietro Castro), Bosch, Barcelona, 1934.
FOWLER, F.N.B. "Anotações em torno da ação penal pública no projeto de reforma", *Revista do Ministério Público do Paraná*, nº 7, Curitiba, 1977.
FREDERICO MARQUES, J. *Instituições de Direito Processual Civil* – Vol. 1, Forense, Rio de Janeiro, 1958.
FREDERICO MARQUES, J. *Elementos de Direito Processual Penal* – Vol. 1, 2ª ed., Millenium, Campinas, 2000.
GEBRAN NETO, J.P. *Inquérito Policial: arquivamento e princípio da obrigatoriedade*, Juruá, Curitiba, 2001.
GOLDSCHMIDT, J. *Derecho, Derecho Penal y Proceso. III. El Proceso como Situación Jurídica*. *Una crítica al pensamento procesal*, (Tradução para o espanhol de Jacobo López Barja de Quiroga, Ramón Ferrer Baquero e León García-Comendador Alonso), Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2015.
GOMES, F.L. "Teoria unitária e dualista do direito processual", In: *Teoria Geral do Processo Civil*, Lejur, Porto Alegre, 1983.
GRECO FILHO, V. *Manual de Processo Penal*, 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 2012.
GRINOVER, A.P. "O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil", *Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, São Paulo, 1981.
GRINOVER, A.P. "Comentário", *Uma Polêmica Sobre a Teoria Geral do Processo: um debate com Aury Lopes Jr., Afrânio Jardim e Ada Pellegrini*, disponível em: https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo-aury-afranio-e-ada.pdf, acesso em: 23 mai. 2022.

INVREA, F. "La servitù del giudicato", *Rivista di diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 1930.
INVREA, F. "Il torto e l'azione", *Rivista del diritto commerciale*, Fasc. 3-4, Parte I, Vallardi, Milano, 1930.
INVREA, F. "La sentenza e le azioni nel processo penale", *Rivista Penale*, Libreria del Littorio, Roma, 1931.
JARDIM, A.S. *Direito Processual Penal*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997.
JARDIM, A.S. "Não creem na Teoria Geral do Processo, mas ela existe", *Consultor Jurídico – Conjur*, publicado em: 04 jul. 2014, disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-04/afranio-jardim-nao-creem-teoria-geral-processo-ela-existe, acesso em: 23 mai. 2022.
LACERDA, G. "Considerações Sobre a Reforma Processual", *Revista dos Tribunais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975.
LEITE, L.M. "O Conceito de 'Lide' no Processo Penal - um tema de teoria geral do processo", *Revista Justitia*, vol. 70, São Paulo, 1970.
LEITE, L.M. "A Teoria Geral e o Processo Penal", *Revista da Faculdade de Direito*, Ano 3, nº 01, Taubaté, 1979.
LIEBMAN, E.T. "O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito", *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 1947.
LIMA, M.P. *Curso de Processo Penal* – Vol. 1, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2002.
LOPES JR., A. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. 1*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2007.
LOPES JR., A. *Direito Processual Penal* - 20ª ed., Saraiva, São Paulo, 2023.
LOPES JR., A. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista,* Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2004.
LOPES JR., A. "Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal", *Consultor Jurídico – Conjur*, publicado em: 27 jun. 2014, disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal, acesso em: 23 mai. 2022.
LOPES JR., A; JARDIM, A.S. & GRINOVER, A.P. "Uma Polêmica Sobre a Teoria Geral do Processo: um debate com Aury Lopes Jr., Afrânio Jardim e Ada Pellegrini", disponível em: https://deusgarcia.files.wordpress.com/2019/02/uma-polemica-sobre-a-teoria-geral-do-processo-aury-afranio-e-ada.pdf, acesso em: 23 mai. 2022.
MAGALHÃES NORONHA, E. *Curso de Direito Processual Penal*, 28ª ed., (atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha), Saraiva, São Paulo, 2002.
MANCUSO, E.M. *Il giudicato nel processo penale - Trattato di Procedura Penale, XLI.1*, (diretto da UBERTIS, Giulio e VOENA, Giovanni Paolo), Giuffrè, Milano, 2012.
MARCÃO, R. *Curso de Processo Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016.
MESSA, A.F. *Curso de Direito Processual Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014.
MIRABETE, J.F. *Processo Penal*, 16ª ed., Atlas, São Paulo, 2004.
MONIZ DE ARAGÃO, E.D. *Comentários ao Código de Processo Civil* - Tomo II, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983.
MOREIRA ALVES, L.B. *Manual de Processo Penal*, JusPodivm, São Paulo, 2021.
MUCCIO, H. *Curso de Processo Penal – Vol. 1*, Edipro, Bauru, 2000.
NICOLITT, A. *Manual de Processo Penal*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.
NUNES DA SILVEIRA, M.A. *A Tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2005.
PACELLI DE OLIVEIRA, E. *Curso de Processo Penal*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.
PACELLI DE OLIVEIRA, E. "O processo penal como dialética da incerteza", *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, v. 183, Brasília, 2009.
PACHECO, D.F. *Direito Processual Penal: crítica e práxis*, Delta Fenix, Belo Horizonte, 1997.
PAOLI, G. "La nozione di lite nel processo penale", *Rivista di diritto processuale civile*, Vol. VII, Parte I, Cedam, Padova, 1930.

RAMOS, J.G.G. *A Tutela de Urgência no Processo Penal Brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 1998.

RENDE, D. "L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale", *Rivista di diritto pubblico* e *della pubblica amministrazione in Italia.*, vol. I, Società ed. Libraria, Milano, 1921.

SILVA, A.R. "O Processo Penal à Luz do Pensamento 'Carneluttiano'", *Estudos de Direito Processual Penal,* Progresso, Salvador, 1957.

STASIAK, V. *As Condições da Ação Penal: perspectiva crítica*, Sérgio Antonio Fabris editor, Porto Alegre, 2004.

STF. *ADPF nº 395 e ADPF nº 444* – Plenário (Relator ministro Gilmar Mendes, Julgada em: 14 jun. 2018), disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068, acesso em: 17 jun. 2022.

THEODORO JÚNIOR, H. *Processo Cautelar*, 2ª ed., Livraria e Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1976.

TORNAGHI, H. *Instituições de Processo Penal – Vol. I*, Forense, Rio de Janeiro, 1959.

TORNAGHI, H. *A Relação Processual Penal*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1987.

TUCCI, R.L. *Jurisdição, Ação e Processo Penal - subsídios para uma teoria geral do direito processual penal*, Cejup, Belém, 1984.

TUCCI, R.L. *Teoria do Direito Processual Penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

ZUFELATO, C. & YARSHELL, F.L. (Organizadores). *40 Anos da Teoria Geral do Processo no BrasiL: Passado, presente e futuro*, Malheiros, São Paulo, 2013.

WINDSCHEIDT, B. & MÜTHER, T. *Polémica sobre la "actio"*, (Tradução do alemão para o espanhol de Tomás A. Bbanzhaf), Ed. Juridicas Europa-america, Buenos Aires, 1974.

XAVIER DE ALBUQUERQUE, F.M. "Conceito de Mérito no Direito Processual Penal", *Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria*, Forense, Rio de Janeiro, 1962.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 21. Núm. Ordinario (2023), pp. 363-385
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A jurisdição cooperativa como instrumento de materialização do *ius constitutionale commune* latino-americano (ICCLA) no Brasil

The Cooperative Jurisdiction as an Instrument to materialize the Latin American Ius Constitutionale Commune (LAICC) in Brazil

Thiago Oliveira Moreira[1]
Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Beatriz Lodônio Dantas[2]
Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos gerais do *Ius Constitutionale Comune* Latino-Americano; 2.1. *Ius Constitutionale Commune*: da Europa à América Latina; 2.2. Ferramentas de concretização do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano; 3. As implicações de um modelo de Jurisdição Cooperativa; 3.1. O modelo häberleano de Estado Constitucional Cooperativo; 3.2. Do Estado Constitucional Cooperativo à Jurisdição Cooperativa; 4. A Jurisdição Cooperativa brasileira; 4.1. A análise do diálogo do Supremo Tribunal Federal (STF) com a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH); 4.2. Contributos da Jurisdição Cooperativa brasileira para a materialização do *Ius Constitucionale Commune* Latino-Americano; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo: O Brasil integra o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e, consecutivamente, é um potencial contribuinte para o desenvolvimento do *Ius Constitucionale Commune* Latino-Americano (ICCLA). Além disso, a Constituição Federal de 1988 possui uma cláusula de abertura em seu artigo 5º que sugere compatibilidade com a ideia do Estado Constitucional Cooperativo. Nesse sentido, surge o questionamento: em que medida uma jurisdição cooperativa brasileira contribui para o fortalecimento do ICCLA? Parte-se da hipótese que o desenvolvimento de uma jurisdição cooperativa brasileira muito pode contribuir para o fortalecimento do ICCLA, na medida em que fomenta a aplicação dos Direitos Humanos, o diálogo interjurisdicional vertical, o exercício do controle de convencionalidade e a elaboração de standards protetivos. O objetivo deste artigo é: demonstrar que o esforço no sentido de materialização de uma jurisdição cooperativa brasileira contribui para o fortalecimento do ICCLA. Foi empregado o método dedutivo e as técnicas empregadas utilizadas foram a pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial. Por fomentar a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o constante diálogo interjurisdicional vertical, o exercício do controle de convencionalidade e a criação de standards protetivos, o desenvolvimento de uma Jurisdição Cooperativa brasileira contribui consideravelmente para o fortalecimento do ICCLA no país.

---

[1]Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Doutor em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (UC). Professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

[2]Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade (CNPq/UFRN). Bolsista da CAPES junto ao PPGD/UFRN. beatriz.dantas.77@gmail.com

Recibido: 12/04/2023
Aceptado: 06/06/2023
DOI: 10.5281/zenodo.8045991

Palavras-chave: *Ius Constitucionale Commune* latino-americano – Estado Constitucional Cooperativo – Jurisdição Cooperativa – Constitucionalismo transformador – Jurisdição Cooperativa brasileira.

Abstract: Brazil is part of the Inter-American System of Human Rights Protection and, consecutively, is a potential contributor to the development of the Latin American Ius Constitucionale Commune (LAICC). Moreover, the 1988 Brazilian Federal Constitution has an opening clause in its 5th article that suggests compatibility with the idea of the Cooperative Constitutional State. In this sense, the question arises: to what extent does a Brazilian cooperative jurisdiction contribute to the strengthening of the LAICC? It is assumed that the development of a cooperative Brazilian jurisdiction can contribute to the strengthening of the LAICC, insofar as it promotes the application of human rights, vertical inter-jurisdictional dialogue, the exercise of conventionality control and the elaboration of protective standards. The purpose of this paper is to demonstrate that the effort towards the materialization of a Brazilian cooperative jurisdiction contributes to the strengthening of the LAICC. The deductive method was employed and the techniques used were bibliographic, documentary and case law research. By promoting the application of international human rights law and the creation of inter-American standards, the development of a Brazilian Cooperative Jurisdiction contributes considerably to the strengthening of ICCLA.

Keywords: Latin American Ius Constitucionale Commune – Cooperative Constitutional State – Cooperative Jurisdiction – Transformative Constitutionalism – Brazilian Cooperative Jurisdiction.

1. INTRODUÇÃO

O *Ius Constitucionale Commune* Latino-Americano (ICCLA) consiste em um direito constitucional comum concebido especificamente a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e os demais tratados interamericanos de direitos humanos que, em uma atuação sistemática regida pelo protagonismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), visa atingir um constitucionalismo transformador na região.

Por integrar o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH), o Brasil pertence a uma realidade comum aos Estados Americanos que os convida a buscarem soluções comuns para problemas comuns, não obstante as particularidades culturais de cada país. Ademais, o art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) é uma cláusula de abertura/articulação ao (com) Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) que fomenta a cooperação e o diálogo interjurisdicional.

Tendo em vista que é por meio do diálogo que o ICCLA visa transformar a estrutura social dos Estados da região, em especial o diálogo entre as cortes nacionais e internacionais, indaga-se: em que medida uma jurisdição cooperativa brasileira pode contribuir para o fortalecimento do ICCLA?

A hipótese adotada é que por fomentar a aplicação do DIDH, o constante diálogo interjurisdicional vertical, o exercício do controle de convencionalidade e a criação de *standards* protetivos, o desenvolvimento de uma Jurisdição Cooperativa brasileira poderá contribuir consideravelmente para o fortalecimento do ICCLA no país.

O objetivo do presente escrito é demonstrar que existe um esforço no sentido da materialização de uma Jurisdição Cooperativa brasileira que guarda grande relação com o fortalecimento do ICCLA no Estado brasileiro.

Para tanto, alguns objetivos específicos precisam ser alcançados: compreender as nuances do desenvolvimento do ICCLA; estudar as implicações de um modelo de Jurisdição Cooperativa e averiguar a evolução do Estado Constitucional

Cooperativo à Jurisdição Cooperativa; e, por fim, observar o reforço do ICCLA proporcionado pelo modelo de jurisdição cooperativa brasileira.

A metodologia consiste no emprego do método de abordagem dedutivo, ao partir de premissas gerais sobre a Jurisdição Cooperativa para alcançar conclusões relativas ao Brasil. A técnica de pesquisa é predominantemente bibliográfica em livros e artigos científicos, com ênfase na doutrina latino-americana. A abordagem é qualitativa de viés descritivo e exploratório, ao passo que descreve as características do ICCLA e da Jurisdição Cooperativa e formula um problema e uma hipótese desenvolvendo conceitos e ideias.

Para a escolha das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a serem analisadas, foram empregados os termos "diálogo" e "Convenção Americana"; "diálogo entre Cortes"; e, "diálogo das Cortes" no respectivo buscador de jurisprudência no site do próprio tribunal (https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search).

A pesquisa se justifica por ser o ICCLA um tema relativamente novo e em desenvolvimento na doutrina latino-americana, além de existir uma tradicional resistência ao diálogo por parte dos tribunais brasileiros. Ao final, espera-se contribuir para o desenvolvimento da concretização dos direitos humanos das pessoas em situação de vulnerabilidade, notadamente através da atividade jurisdicional, por ser um tema atual e de acentuada relevância, inclusive culminando na Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022 (Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos), e na adoção da Resolução nº 364, de 12 de janeiro de 2021, ambas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

2. ASPECTOS GERAIS DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINO-AMERICANO

Inicialmente, cabe esclarecer que no âmbito do presente escrito, o ICCLA refere-se aos mínimos comuns aptos a caracterizar os sistemas constitucionais latino-americanos, em razão das crescentes coincidências entre os *standards* aplicáveis aos Estados Partes da CADH relativamente à proteção dos direitos humanos[3].

Doravante, o ICCLA designa um *standard* mínimo e comum, ainda que a tendência seja o seu desenvolvimento expansivo, não podendo ser confundido com a noção de "*corpus iuris interamericano*" (conjunto normativo de convenções ou protocolos aplicáveis que servem de material controlante no controle de convencionalidade)[4].

A seguir, será feita uma análise do cenário na qual o ICCLA se desenvolveu, da sua caracterização, dos seus objetivos, desafios e seus conceitos-chave – tendo como referencial teórico a obra de Armin von Bogdandy –, a fim de que se possa alcançar uma melhor compreensão da sua magnitude e das suas características essenciais.

2.1. IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE: DA EUROPA À AMÉRICA LATINA

Como bem alerta Thiago Oliveira Moreira, a ideia de um direito constitucional comum não é novidade ante a larga experiência europeia quando da discussão acerca da formação da União Europeia, que avançou ainda mais pelo desenrolar de ideias como a abertura estatal, a redefinição do conceito de soberania, a supranacionalidade, a interconstitucionalidade e o constitucionalismo multinível[5].

[3]GARAT DELGADO, M. P. "Ius constitutionale commune interamericano", En: GONZALLO, A. G., *et al* (Org.), *El Control De Convencionalidad: Ius Constitutionale Commune Y Diálogo Judicial Multinivel Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Espanha, 2021, p. 130.
[4]GARAT DELGADO, M. P. "Ius constitutionale (...)", Ob. cit., pp. 130-131.
[5]MOREIRA, T. O. "A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América Latina e os Direitos Humanos Sociais", En: MOREIRA, T. O., et al. (Org.), *Direito internacional na contemporaneidade*, CFOAB, Brasília, 2018, p. 144.

Discorrendo ainda que brevemente sobre o direito constitucional comum europeu, este é fortemente influenciado pelas novas tendências do Direito Público advindas do Direito da União Europeia, pela participação do Tribunal de Justiça da União Europeia na esquematização de uma tradição constitucional e pela força do Direito Europeu dos Direitos Humanos, com destaque para a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH) e para as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)[6].

Assim, inspirados no modelo europeu e com as devidas adaptações teóricas e práticas, além do auxílio dos próprios juristas europeus, os acadêmicos da América Latina iniciaram a construção de um pensamento que lança a base para o ICCLA ao evidenciar a semelhança cultural; as vivências com graves violações aos direitos humanos; a desigualdade social; as proximidades entre as matrizes constitucionais; o fortalecimento do SIPDH; e, por fim, o relevante papel desempenhado pela Corte IDH[7].

Seu surgimento remonta à década de 1970 com a redemocratização após as ditaduras militares e as acentuadas violações dos direitos humanos, sendo certo que no século XXI o ICCLA adquiriu um novo perfil[8]. Neste sentido, a ideia do ICCLA revela um projeto político, jurídico e cultural lastreado na ideia de que somente com um olhar transformador o direito público e sua ciência lograrão êxito perante os desafios contemporâneos[9].

Destaque-se que a ideia de um novo direito público é trabalhada por Armin von Bogdandy, que o conceitua como a imbricação do direito constitucional com o direito internacional em razão da enorme confluência entre os dois campos e ante a necessidade de que os operadores jurídicos conheçam tanto o direito nacional quanto o direito internacional para desenvolver bem o seu trabalho e responder ao seu papel social[10].

Para parte da doutrina, o surgimento do ICCLA está atrelado ao fortalecimento do SIPDH, às emergentes constituições latino-americanas munidas de cláusulas de abertura constitucional e à forte participação da sociedade civil na luta por direitos e justiça[11].

Avançando na análise, o ICCLA adota como premissa a insuficiência estatal e se funda sobre três objetivos: avançar no respeito aos direitos humanos, ao Estado de Direito e a democracia[12-13]. Não que os autores que propagam o ICCLA não reconheçam um papel central às instituições estatais, mas a ressalva é que estas são insuficientes, sendo necessários o Estado aberto e instituições internacionais fortes para proteger os supracitados postulados[14].

---

[6]MOREIRA, T. O. "A Possível (...)", Idem.
[7]MOREIRA, T. O. "A Possível (...)", Idem.
[8]BOGDANDY, A. V, "Ius constitucionale commune", En: MAC-GREGOR, E. F., et al. (Coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2, UNAM, México, 2014, p. 774.
[9]BOGDANDY, A. V, "Ius constitucionale (...)", Idem.
[10]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", En: BOGDANDY, A. V, et al. (Coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2014, pp. 21-22.
[11]PIOVESAN, F. "Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios", *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, p. 1360.
[12]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, pp. 8-9.
[13]Neste sentido: "Para los autores de un nuevo derecho público es axiomático que los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y hasta de la democracia, son de alguna manera relevantes para todas las manifestaciones del ejercicio del poder público, sea éste estatal, supranacional o internacional". BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, p. 11.
[14]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, p. 9.

Mais especificamente quanto ao Estado aberto, este objetivo significa a abertura estatal às normas e instituições internacionais, bem como à comparação jurídica como ferramenta para atingir o progresso, pois com o fim das ditaduras e a democratização os Estados latino-americanos optaram pela abertura ao DIDH para salvaguardar os princípios fundamentais das suas Constituições[15].

Por fim, o objetivo de constituir instituições internacionais fortes e legítimas dá-se em razão da ausência de instituições além do Estado para um melhor desenvolvimento dos princípios fundamentais, sobretudo porque podem contribuir substancialmente para um sólido sistema de direitos humanos por meio do fortalecimento e apoio do exterior[16].

Relativamente aos conceitos-chave sobre os quais o ICCLA se apoia[17], é necessário citar: i) o diálogo[18], aqui limitado ao diálogo entre tribunais, na qual os órgãos jurisdicionais se veem obrigados a embasar suas decisões com argumentos suficientes para convencer outros atores jurídicos e justificar a tomada da decisão; ii) a inclusão, entendida como inclusão em todos os sistemas sociais, como o de saúde, o político, o educacional, o econômico, dentre outros; e, iii) o pluralismo jurídico, por rejeitar o paradigma hierárquico clássico e ser a teoria mais provável de fornecer conceitos para ajudar a entender como advogados, políticos e cidadãos se desenvolvem e atuam nesse campo.

No que diz respeito às características essenciais do ICCLA[19], é possível elencar três: i) a concepção de um direito público já trabalhada anteriormente; ii) a argumentação jurídica baseada em princípios, ou seja, a cultura jurídica que considera as normas mais amplas e de elevado conteúdo ético em detrimento do normativismo tradicional centrado principalmente em regras; e, iii) a comparação jurídica, pois não obstante a América Latina apresente uma grande diversidade, há também similaridades e convergências, experiências e evoluções comuns em diversos países, o que permite que uns evoluam com os outros propiciando um direito comum.

Neste sentido, a expansão do SIPDH fortalece um processo de interamericanização das normas estatais, o que estimula a criação de uma identidade regional de integração multicultural e internacional na América latina[20].

Enfim, o ICCLA pode ser compreendido como um padrão mínimo comum que, muito mais do que uma realidade, demonstra um dever ser que pode ser sintetizado em um objetivo em termos de proteção dos direitos humanos: atingir um padrão latino-americano comum que englobe o padrão compartilhado entre os diversos Estados latino-americanos[21].

Vista a evolução do direito constitucional comum iniciada na Europa até a chegada na América Latina, seus fundamentos, características e conceitos-chave, a seguir serão abordados os "fios condutores" para a realização do ICCLA.

2.2 FERRAMENTAS DE CONCRETIZAÇÃO DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* LATINO-AMERICANO

[15]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, pp. 9-10.
[16]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, p. 11.
[17]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, pp. 14-19.
[18]Bogdandy destaca: "El concepto de diálogo no implica acuerdo o armonía; a menudo hay desacuerdo entre los participantes de un diálogo. En el campo del derecho, el conflicto es un factor permanente y también se presenta en la relación entre tribunales". BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, pp. 15.
[19]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, pp. 21-23.
[20]CYRILLO, C. M. S., et al., "O Estado Interamericano de Direito no constitucionalismo sul-americano", *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos,* v. 42, n. 88, 2021, p. 20.
[21]GARAT DELGADO, M. P. "Ius constitutionale (...)", Ob. cit., p. 131.

Consoante Paola Acosta Alvarado, as profundas alterações experimentadas pelo direito internacional e pelo direito constitucional revelam a crescente interdependência entre ambos os sistemas e, no que tange ao SIPDH, o similar contexto jurídico, o conjunto de normas e os instrumentos jurisprudenciais contribuíram para o desenvolvimento de um diálogo que resulta na construção de uma rede judiciária interamericana ancorada no ICCLA[22].

Neste sentido, a noção de diálogo entendida como o processo comunicativo surgido da necessidade de articulação para a conquista de um objetivo comum tem ganhado muita força, eis que consubstancia um fenômeno generalizado oriundo da crescente judicialização do direito internacional e da marcada interdependência dos diversos sistemas que compõem o atual cenário jurídico mundial[23].

Mais especificamente quanto às normas que permitem o diálogo, de um lado se encontram as normas interamericanas, o princípio da subsidiariedade, as obrigações gerais de respeito, garantia e adaptação, as regras sobre a interpretação, o direito de acesso à justiça, a cláusula sobre reparação integral e as cláusulas sobre o cumprimento e a força vinculante das sentenças; e de outro, estão as cláusulas de abertura do direito constitucional ao direito internacional (incorporação, hierarquia e remissão) e suas cláusulas de articulação (interpretação conforme e cumprimento)[24].

Assim, a crescente interação entre o juiz interamericano e os juízes constitucionais é classificada como um diálogo de natureza formal e vertical, ou dito de outro modo, como um uso mútuo da jurisprudência, resultante da convicção entre ambos os juízes de que existe um objetivo comum e um marco jurídico de referência comum, respectivamente, a proteção dos direitos humanos e a CADH[25].

Dessa forma, seja em virtude de um mandato constitucional ou de uma obrigação internacional, o juiz local será compelido a trabalhar à luz das normas regionais e, reciprocamente, o juiz interamericano levará em consideração as normas e a jurisprudência nacionais: ou seja, para efetivar um conjunto normativo comum, os juízes reconhecem a importância do trabalho da sua contraparte para a realização do seu próprio trabalho[26].

Avançando um pouco mais na análise, do supracitado quadro normativo decorrem as ferramentas jurisprudenciais para o desenvolvimento do diálogo e para a maior interação entre juízes: a interpretação conforme, consubstanciada no exercício hermenêutico exigido de todos os operadores do direito pelo qual as normas de direitos humanos serão interpretadas à luz das obrigações internacionais; e, o controle de convencionalidade, que assegura a compatibilidade entre as normas invalidando, condicionando ou validando a norma nacional no caso concreto[27].

Vale destacar que a interpretação conforme é uma obrigação dos juízes nacionais, posto que devem sempre buscar a interpretação mais favorável – em sintonia com a jurisprudência do juiz interamericano sobre as normas interamericanas – tanto por força de cláusulas constitucionais quanto pelos artigos 1.1, 2 e 29 da CADH[28].

Na hipótese dessa interpretação não lograr êxito e conforme suas próprias competências, deve o juiz nacional abster-se de utilizar a norma ou expulsá-la do ordenamento jurídico (controle de constitucionalidade ou de convencionalidade, a depender se a norma interamericana adquiriu *status* constitucional ou supralegal)[29].

---

[22]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo", En: BOGDANDY, A. V, et al. (Coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2014, pp. 371-372.
[23]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., p. 372.
[24]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., pp. 373-374.
[25]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., p. 373.
[26]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., pp. 375-376
[27]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., pp. 376-377.
[28]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., pp. 377-378.
[29]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Idem.

Certamente a eficácia dos supracitados exercícios de harmonização será determinada pelas normas de hierarquia e interpretação, assim como pelo enquadramento sobre a estrutura e competências do Poder Judiciário nacional, enquanto o seu sucesso será determinante para a garantia de um recurso efetivo e o acesso à justiça[30].

Ademais, o diálogo levou a construção de uma rede judiciária (conjunto de ferramentas, instituições ou pessoas relacionadas ou organizadas para a consecução de determinado objetivo ou fim comum) formada por aqueles investidos na função de administrar a justiça, a nível nacional ou regional, cuja principal competência seja a proteção dos direitos humanos[31]. Tal rede pode ser visualizada sob a imagem de uma teia de aranha: está articulada em vários níveis sem qualquer relação de hierarquia; seu principal objetivo é a harmonização dos sistemas jurídicos em prol da efetiva proteção dos indivíduos; existem interações verticais, tidas como aquelas entre os juízes constitucionais e o juiz regional, e relações horizontais, ocorridas entre os juízes constitucionais de diversos Estados; e, por último, os juízes constitucionais estão no primeiro nível de proteção, guiados pelo papel articulador da Corte IDH que atua como verdadeiro farol da função judicial de proteção na América Latina[32].

Pelas limitações inerentes a esta pesquisa, apenas será analisado o eixo formal e vertical do diálogo. Feita a ressalva e em uma análise mais detida do controle de convencionalidade, Néstor Pedro Sagüés entende que se bem implementado, pode ser uma ferramenta útil para a construção de um direito comum em matéria de direitos humanos no âmbito latino-americano[33].

Nesta ordem de ideias, o controle de convencionalidade constituiria a base para o desenvolvimento de um padrão mínimo de um direito comum interamericano e, na linha da divergência anteriormente apontada, sem prejuízo da margem de apreciação dos tribunais nacionais em matéria de direitos humanos[34].

Portanto, o vínculo do controle de convencionalidade com o ICCLA seria de meio a fim, pois é uma técnica que garante a identificação, a vigência e o desenvolvimento do ICCLA como o padrão mínimo a ser aplicado em virtude da CADH e da caracterização dos Estados latino-americanos como sistemas que protegem os direitos humanos[35].

Por todo o exposto, é perceptível que não existe mais um tribunal que dê a "última palavra", pois tanto a decisão de um tribunal nacional, ainda que seja a Corte Suprema, pode ser controlada pela Corte IDH, quanto a implementação das decisões da Corte IDH pode ser anulada ou rechaçada pelos tribunais nacionais – qualquer resolução de qualquer tribunal pode ser controlada por outro tribunal[36].

No âmbito do diálogo desenvolvido no novo direito público, resta aos órgãos jurisdicionais fundamentarem racionalmente suas decisões para demonstrar que não são arbitrárias e a aptidão de seus argumentos, convencendo outros atores jurídicos[37]. Contudo, tal diálogo não implica obrigatoriamente acordo ou harmonia, pois muitas vezes há discordância entre os interlocutores e o conflito é um fator permanente na relação entre tribunais[38].

---

[30]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., p. 378.
[31]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., pp. 379-380.
[32]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., pp. 380-381.
[33]SAGÜÉS, N. P. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Estudios constitucionales*, v. 8, n. 1, 2010, p. 132.
[34]NOGUEIRA ALCALÁ, H. "El uso del Derecho extranjero y del Derecho internacional por parte del Tribunal Constitucional chileno durante el periodo 2006-2007", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 37, 2011, p. 323.
[35]GARAT DELGADO, M. P. "Ius constitutionale (...)", Ob. cit., pp. 134-135.
[36]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, p. 14.
[37]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Idem.
[38]BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", Ob. Cit, p. 15.

O que não se pode perder de vista é o necessário interesse de ambas as partes no avanço desta comunicação: a Corte IDH não conta com instrumentos próprios para implementar suas decisões, pelo que depende da cooperação das autoridades nacionais para sua execução, enquanto os tribunais nacionais devem assumir suas responsabilidades para que o Estado não se torne inadimplente com suas obrigações assumidas no plano internacional[39].

O resultado do processo de compatibilização das ordens jurídicas fomenta o ICCLA, e este por sua vez propicia a criação de um catálogo constitucional comum – *standard* – de proteção, gerando o diálogo entre diferentes atores do SIPDH e a harmonia do sistema jurídico[40].

Logo, pode-se entender o ICCLA como um dos resultados mais importantes da existência do diálogo e, por conseguinte, da articulação em rede, significando um quadro mínimo de proteção constituído pelo catálogo de direitos e obrigações fundamentais que resulta da convergência entre as disposições constitucionais e os instrumentos regionais[41]. No capítulo a seguir, buscar-se-á compreender a Jurisdição Cooperativa e suas implicações.

3. AS IMPLICAÇÕES DE UM MODELO DE JURISDIÇÃO COOPERATIVA

Na contemporaneidade, novos paradigmas permeiam o Estado, decorrentes principalmente dos fenômenos da globalização e da mundialização. Por sua vez, tais paradigmas alteram substancialmente alguns elementos ou fundamentos estatais, como por exemplo, a soberania, a noção fechada de territórios ou fronteiras e a própria noção de independência[42].

O fenômeno da globalização, além da promoção da livre circulação de bens, produtos, capital, serviços e outras consequências perceptíveis, também gerou consequências negativas, como é o caso da despreocupação por parte das empresas multinacionais ou da minoria que controla o Mercado/Capital com a proteção dos direitos humanos[43].

Para alcançar os problemas advindos da globalização e do surgimento de uma sociedade global, Peter Häberle propõe o modelo do Estado Constitucional Cooperativo, que mais tarde é desenvolvido por Thiago Oliveira Moreira, em continuidade ao pensamento do autor alemão, originando a ideia de uma Jurisdição Cooperativa.

Assim sendo, discorrer-se-á sobre o Estado Constitucional Cooperativo para, posteriormente, verificar como se dá a concretização da Jurisdição Cooperativa, quais são suas características e os seus principais desafios no incentivo de uma maior proteção aos direitos humanos por meio do ideal cooperativo.

3.1 O MODELO HÄBERLEANO DE ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Para lidar com os impactos negativos da globalização o Estado sofreu algumas alterações e, consequentemente, o Direito também foi modificado consoante a nova realidade. Tornou-se necessária a articulação estatal em prol de um

[39]DAIBES RESQUE, R. T. S. "In the times of judicial dialogue, which court is more engaged: the Brazilian Supreme Court or the Inter-American Court?", *Cadernos de Dereito Actual*, n. 19, 2022, p. 256.
[40]CAMBI, E., et al. "O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível", *Suprema-Revista de Estudos Constitucionais,* v. 1, n. 2, 2021, p. 119.
[41]ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune (...)", Ob. Cit., p. 382.
[42]MOREIRA, T. O. "Implicações do Modelo Häberleano de Estado Cooperativo na Jurisdição". En: FRIEDRICH, T. S.; RAMINA, L (Coord.), *Coleção Direito Internacional Multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas*, v. 5, Juruá, Curitiba, 2015, p. 275.
[43]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., pp. 275-276.

movimento de cooperação para a salvaguarda dos direitos humanos, com ênfase naqueles previstos no Direito Internacional[44].

Assim, o modelo de Estado Constitucional Cooperativo proposto por Peter Häberle se abre ao mundo, tratando intensamente da questão de outros Estados, de instituições internacionais e supranacionais e dos cidadãos de outros países[45].

A tal abertura para fora é chamada de cooperação e põe em xeque a distinção entre "externo" e "interno", a ideologia da impermeabilidade e o monopólio das fontes do direito, vez que os Estados Constitucionais e o Direito Internacional se influenciam mutuamente, ambos sendo sujeito e objeto de mudança[46].

Assim, o Estado Constitucional Cooperativo lida ativamente com assuntos de outros Estados, comunidades de Estados e organizações internacionais, tomando para si as estruturas constitucionais do direito internacional comunitário, mas preservando seus contornos[47]. Conforme o Estado nacional vai cedendo atribuições aos entes de outros níveis, as Constituições devem captar a abertura a tais transformações[48].

A previsão de mecanismos para a gradual adaptação estatal, como as cláusulas de abertura e recepção do direito internacional, as de integração regional, as de transferência de competências para os órgãos supranacionais e as que regem as relações internacionais – normas constitucionais de cooperação – são essenciais justamente para inserir o Estado no novo contexto em que está situado[49].

Há que se frisar a compatibilidade do modelo cooperativo com a atual realidade da sociedade contemporânea, posto que há uma urgência na abertura do Estado ao Direito Internacional e ao supranacional, guiada pela ideia de responsabilidade comum com vistas à preservação de bens jurídicos universais e para o enfrentamento de problemas transfronteiriços que demandam a cooperação para que possam ser solucionados ou mitigados[50].

Logo, o texto constitucional munido de normas constitucionais de cooperação consubstancia um robusto indício da natureza cooperativa da Constituição e da adoção do modelo de Estado Constitucional Cooperativo häberleano[51-52].

Em seu modelo, Häberle assevera que o Estado pode participar da ótica cooperativa de duas maneiras: a processual jurídico-formal e a jurídico-material[53]. A

---

[44]Com o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dos veículos e meios de comunicação ao redor do globo ou a "aproximação" de Estados (e pessoas) entre si, tornam-se cada vez mais visíveis, especialmente, as desigualdades econômicas entre eles. À distância, de fato cada vez mais crescente, entre países ricos e pobres ("widening gap") se opõe a exigência, sempre representada incondicionalmente por parte dos países em desenvolvimento, de uma igualdade econômica internacional em uma nova economia mundial. Intensiva cooperação entre os Estados, no sentido descrito, é a única alternativa para se evitar uma inevitável confrontação face a esse conflito. HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2007, p. 23.

[45]HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ob. Cit., pp. 6-7.

[46]HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ob. Cit., pp. 9-11.

[47]HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Idem.

[48]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 284.

[49]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., pp. 284-287.

[50]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 287.

[51]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., pp. 286-287.

[52]Neste sentido: "(...) incluem-se entre as normas de natureza cooperativa as que: a) 'transferem' soberania a organizações supranacionais/comunitárias; b) permitem a recepção do direito estrangeiro como fonte do direito estatal; c) submetem o Estado a Jurisdição de Cortes e Tribunais Internacionais, como o Tribunal Penal Internacional; d) reconhecem e regulam os efeitos das normas advindas de fontes não estatais (pluralismo jurídico), como o Direito Canônico, o Direito dos Povos Ancestrais e o Direito proveniente de minorias organizadas; e, e) estabelecem princípios que regem as relações internacionais do Estado. É evidente que esse rol é apenas exemplificativo, pois outras normas constitucionais podem ser caracterizadas como cooperativas, além das mencionadas por Häberle e as adicionadas acima". MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 290.

[53]HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ob. Cit., p. 8.

primeira trata das disposições para a celebração de acordos e tratados internacionais e para a participação em organismos internacionais, enquanto a segunda versa sobre objetivos solidários realistas, como a proteção da paz mundial, a justiça social e o auxílio para o desenvolvimento de outros países[54]. Os dois aspectos andam juntos, mas geralmente o processo cooperativo precisa preceder o outro, por ser o denominador comum sobre o qual se coopera e por causa do grande dissenso quanto aos objetivos práticos[55]. Assim, a cooperação se inicia por contatos pontuais, a exemplo do diálogo, atinge uma negociação e finda com um contrato[56].

Contudo, em vários aspectos o Estado Constitucional Cooperativo não atingiu uma realidade completa[57]. Muitos Estados continuam fechados para o diálogo com seus pares ou outros sujeitos/atores da sociedade internacional, enquanto outros, embora positivem normas constitucionais de cooperação, não saem de um discurso formal, não concretizando suficientemente a cooperação sob a forma de abertura ao Direito Internacional[58]. Não obstante, como mencionado anteriormente, a cooperação e a abertura não resultam no cessar estatal, pois para praticar os atos de cooperação, como incorporar tratados e submeter-se à jurisdição de Cortes e Tribunais Internacionais, o Estado utiliza de sua própria soberania[59].

Na ótica de Häberle, o Estado Constitucional e o Direito Internacional formam um conjunto, pois "o Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional" e "o Direito Internacional não termina onde começa o Direito Constitucional", sendo os cruzamentos e ações recíprocas intensas a ponto de resultarem em um "Direito Comum de Cooperação"[60].

Enfim, o Estado Constitucional Cooperativo é caracterizado pela abertura ao Direito Internacional, pela participação em entidades supranacionais e pelo reconhecimento do dever de solidariedade, cooperação e responsabilidade para construção da paz[61].

Neste sentido, a cooperação estatal substitui a mera coordenação e a mera coexistência pacífica, consubstanciadas na delimitação dos âmbitos nacionais de soberania entre si, para reconhecer uma abertura ou amabilidade do Direito Internacional em detrimento do estrito esquema interno/externo[62]. Partindo-se da premissa de que o Estado deve adotar o modelo de Estado Constitucional Cooperativo proposto por Peter Häberle, os demais órgãos estatais também seriam influenciados pelas características inerentes ao modelo cooperativo häberleano, o que implicaria na ideia de uma Jurisdição Cooperativa[63].

Verificados os pressupostos do Estado Constitucional Cooperativo häberleano, averiguar-se-á quais são os elementos necessários para a Jurisdição Cooperativa proposta por Thiago Oliveira Moreira.

3.2 DO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO À JURISDIÇÃO COOPERATIVA

Com a adoção do modelo de Estado Constitucional Cooperativo de Häberle, Thiago Oliveira Moreira aduz a tese de que a Jurisdição também precisará ser cooperativa por ser uma função essencial e típica do Estado[64].

Assim, a Jurisdição Cooperativa seria caracterizada por alguns elementos, quais sejam: a abertura ao Direito Internacional, o diálogo das fontes, o reconhecimento da real força normativa dos atos internacionais, a interpretação

[54]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 288.
[55]HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ob. Cit., p. 9.
[56]HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Idem.
[57]HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ob. Cit., pp. 9-11.
[58]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., pp. 287-288.
[59]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 288.
[60]HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ob. Cit., pp. 11-12.
[61]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 289.
[62]HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ob. Cit., p. 47.
[63]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 290.
[64]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 291.

conforme o Direito Internacional, e a proteção do bloco de convencionalidade pelos Tribunais e Cortes Constitucionais[65].

Em relação à abertura ao Direito Internacional, esta seria uma consequência lógica da própria abertura estatal, sendo exigido um diálogo com o Direito Internacional por meio do Diálogo das Fontes[66]. Aqui o intérprete não optará por uma das normas, mas aplicará simultaneamente duas ou mais delas, resolvendo as possíveis antinomias entre o Direito Estatal e o Direito internacional de modo a harmonizar o sistema e fazer prevalecer a norma mais favorável à proteção do indivíduo[67].

É por meio desse diálogo que a real força normativa dos atos internacionais será reconhecida, especialmente no que tange os tratados internacionais e o costume internacional[68]. Tal reconhecimento é imperioso para o robustecimento da proteção aos direitos humanos, sendo igualmente necessária uma interpretação conforme ou interpretação amiga do direito internacional, ou seja, aquela na qual os Tribunais aplicam o direito interno em consonância com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado[69].

Por intermédio desta interpretação, consubstancia-se uma presunção de compatibilidade entre as normas internas e as normas do Direito internacional ou, pelo menos, de uma exegese do direito estatal em relação ao sistema internacional[70]. Consequentemente, à Jurisdição Constitucional não compete apenas a conservação das normas constitucionais, mas de todas as normas que integram o bloco de convencionalidade[71].

Os juízes além de aplicar o conteúdo dos tratados internacionais, os utilizarão para auxiliar a intepretação do direito interno (funcionam como fontes do direito ou como diretrizes interpretativas das normas constitucionais, supralegais, legais ou infralegais)[72]. Além disso, devem conhecer a jurisprudência das Cortes e Tribunais Internacionais[73].

Mais especificamente, tais órgãos precisam saber dos princípios basilares da interpretação dos tratados internacionais, como por exemplo, o da *pacta sunt servanda* e da boa-fé[74]. Em suma, todos os órgãos estatais precisam mentalizar que as obrigações pactuadas devem ser cumpridas – ainda que em detrimento do direito interno – relativamente às normas do sistema internacional internalizadas pelo Estado[75].

Contudo, há que se ter em mente que o modelo de Estado Constitucional Cooperativo häberleano não é uma solução finda para lidar com os males advindos da globalização, mas este modelo sem dúvidas tem o condão de gerar uma maior proteção aos direitos humanos em razão do seu ideal cooperativo e da abertura ao Direito Internacional[76]. Em uma análise mais detida do papel da Constituição no modelo de Jurisdição Cooperativa, viu-se a imperiosa a existência de normas constitucionais que regrem a relação de interdependência entre o Direito Estatal e o Direito Internacional de modo a harmonizar ambos os sistemas jurídicos[77].

Podem ser várias as técnicas de recepção que regem o tratamento constitucional da relação entre os Estados e a ordem jurídica internacional, sendo o

[65]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 292.
[66]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 291.
[67]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Idem.
[68]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Idem.
[69]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 292.
[70]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Idem.
[71]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Idem.
[72]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., pp. 293-294.
[73]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 294.
[74]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 295.
[75]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Idem.
[76]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 296.
[77]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado ao Direito Internacional e a Jurisdição Cooperativa: uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle", En: MENEZES, W. (Org.), *Direito Internacional em Expansão. Anais do XIV CBDI*. Arraes Editores, Belo Horizonte, 2016, p. 41.

emprego de uma cláusula constitucional de abertura ao Direito internacional resultado da escolha legislativa por certo sistema de transformação[78].

Tal engenharia constitucional de abertura do direito estatal por meio da Constituição remonta ao século XVIII, oportunidade em que a IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos trouxe uma norma constitucional com este objetivo[79]. Tendo em vista que a Constituição nunca será suficiente, a exigência da positivação de uma cláusula constitucional de abertura é imprescindível para a ampliação da proteção dos direitos humanos[80].

Outrossim, a abertura constitucional ao DIDH mitiga as chances de conflitos entre normas; alicerça a interpenetração jusconstitucional e jusinternacional entre tribunais internacionais e estatais, devido a cooperação e ao diálogo interjurisdicional; e, enfim, embasa a formação de uma dimensão cosmopolita da Jurisdição, do Estado e do constitucionalismo[81].

Portanto, uma Jurisdição Cooperativa – consequência lógica do modelo de Estado Constitucional Cooperativo häberleano – lastreia-se na abertura ao DIDH e adequa-se à exigência de concretização do Direito Internacional no âmbito estatal, sendo pautada pela aplicação dos tratados internacionais pelos órgãos jurisdicionais, pela prática do diálogo interjurisdicional, especialmente o vertical, e pelo exercício do controle de convencionalidade[82].

Neste sentido, a cooperação entre os Estados para proteger os direitos humanos tem o condão de mitigar os efeitos prejudiciais da globalização e o exercício do controle de convencionalidade proporciona a concretização do Estado Constitucional Cooperativo de Haberle por compatibilizar normas domésticas e internacionais de direitos humanos consoante a aplicação do princípio *pro persona*[83].

Visto como o modelo häberleano de Estado Constitucional Cooperativo resulta em um modelo de Jurisdição Cooperativa, no capítulo a seguir será analisada o desenvolvimento deste modelo no Brasil.

4 A JURIDIÇÃO COOPERATIVA BRASILEIRA

Como pontuado no capítulo anterior, o Direito Constitucional tem o papel de estabelecer os preceitos basilares da relação entre a ordem jurídica doméstica e o Direito Internacional, sendo a Constituição do Estado um elemento de acoplamento entre tais ordem jurídicas[84]. No âmbito desta regulamentação constitucional, a abertura estatal ao Direito Internacional por meio de uma Constituição permeável é um ponto central[85].

A Constituição Brasileira de 1891 já preceituava em seu artigo 78 uma cláusula de não tipicidade dos direitos fundamentais, ainda que sem mencionar expressamente a abertura ao Direito Internacional[86]. Atualmente, a CF/88, não obstante o seu largo rol de garantias e direitos fundamentais previstos no art. 5º, não esgota em seu catálogo constitucional todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente. A opção do constituinte originário brasileiro foi um modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico[87].

Assim, a cláusula aberta de recepção do DIDH pela ordem constitucional brasileira prevista no §2º do art. 5º da Lei Maior desempenha um papel de suma

[78]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., pp. 41-42.
[79]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 42.
[80]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., pp. 44-45.
[81]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 45.
[82]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 48.
[83]DANTAS, B.; MOREIRA, T. "O controle de convencionalidade como ferramenta de concretização do estado constitucional cooperativo de Peter Häberle", En: ALVES, Fabrício et al. (Orgs.), *Direito aplicado: inovação e sociedade*, v. 2, Polimatia, Natal, 2023, p. 250–251.
[84]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 40.
[85]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Idem.
[86]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 42.
[87]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 44.

importância na fusão da ordem estatal com a ordem internacional, funcionando como uma artéria que propaga um contínuo fluxo de diálogo entre as fontes do Direito[88].

Logo, é possível concluir que a CF/88 se enquadra formalmente no modelo de Estado Constitucional Cooperativo de Häberle, pois além da supracitada cláusula constitucional de abertura do §2º do art. 5º, são normas constitucionais cooperativas os arts. 4º e 5º, §§ 3º e 4º.

Não obstante o texto constitucional brasileiro ser formalmente cooperativo, em 2016 Thiago Oliveira Moreira destacou a remanescente resistência por parte dos Tribunais brasileiros quanto à aplicação e concretização do DIDH no país[89]. Constatava-se, paradoxalmente, a abertura estatal e constitucional ao Direito Internacional de um lado, e a relutância dos magistrados em não reconhecer a força normativa dos tratados internacionais e em aplicar diretamente as normas oriundas do DIDH do outro, notadamente por apego aos conceitos clássicos de soberania e monopólio estatal das fontes do Direito e pelo déficit na aprendizagem do Direito Internacional durante a formação acadêmica[90].

Por isso, neste momento do estudo é oportuno relembrar que o modelo de Jurisdição Cooperativa – aberto ao DIDH – impõe a aplicação dos tratados internacionais pelos órgãos jurisdicionais, a realização do diálogo interjurisdicional, com ênfase no vertical, e o exercício do controle de convencionalidade por parte dos órgãos jurisdicionais[91].

Com efeito, é imperioso o reconhecimento da força normativa do Direito Internacional e a imperatividade de suas normas no sistema jurídico brasileiro para além do âmbito meramente formal, devendo os magistrados do país adimplirem as obrigações internacionais assumidas pelo Estado[92].

Em decorrência do vínculo entre as normas cooperativas de natureza processual jurídico-formal e jurídico-material e da prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais, o Brasil tem a obrigação de ratificar os tratados internacionais que protegem os direitos humanos e abster-se de editar normas que os violem[93].

Há ainda que se ter em mente a incumbência das Cortes e Tribunais Constitucionais de proteger as normas integrantes do bloco de convencionalidade, o que implicaria a postura de guardião da Constituição e dos tratados de direitos humanos internalizados pelo Estado Brasileiro ao STF[94].

Outrossim, o respeito à força cogente das normas positivadas nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil não decorre unicamente da possibilidade de responsabilização internacional do Estado, mas da própria CF/88 que elencou tais tratados como fontes do Direito brasileiro (em última análise, um mandado constitucional de aplicação destes tratados)[95].

Nesta linha de raciocínio, mais do que promover uma aplicação direta dos tratados internacionais de direitos humanos durante o exercício da atividade jurisdicional estatal, cabe obrigatoriamente aos magistrados – independente da medida de sua competência – promover a interpretação conforme o Direito internacional, ou seja, interpretar o direito doméstico consoante as obrigações assumidas no âmbito do DIDH[96].

Vistos os pontos principais acerca da Jurisdição Cooperativa brasileira, a seguir serão analisados acórdãos do STF para verificar como o órgão tem se comportado ultimamente quanto ao seu papel de guardião do bloco de convencionalidade.

---

[88]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 45.
[89]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 47.
[90]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Idem.
[91]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Idem.
[92]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 48.
[93]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 288.
[94]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 292.
[95]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 293.
[96]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 50.

4.1 A ANÁLISE DO DIÁLOGO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) COM A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH)

Ao nível do diálogo entre o STF e a Corte IDH, serão analisados os acórdãos encontrados pelos termos de busca "diálogo" e "Convenção Americana"; "diálogo entre Cortes"; e, "diálogo das Cortes", todos encontrados no próprio buscador de jurisprudência do STF, disponível no site *https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search*[97]. Dos resultados da supracitada busca serão analisados: 1 acórdão do único resultado encontrado pelo termo "diálogo das Cortes"; e, 6 acórdãos dos 20 encontrados pelos termos "diálogo" e "Convenção Americana", posto que um resultado da busca anterior se repetiu e os demais acórdãos apesar de mencionarem os termos não o faziam em relação ao diálogo interjurisdicional vertical. Válido ressaltar que nenhum acórdão resultou da busca pelo termo "diálogo entre Cortes".

A Medida Cautelar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 635/RJ julgada em 2020 discutiu o reconhecimento e reparação das graves lesões a preceitos fundamentais da CF/88 praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, especialmente quanto à excessiva e crescente letalidade da atuação policial.

No seu voto, o relator Ministro Edson Fachin citou expressamente como base convencional, lastreada no art. 5º, §2º da CF/88, os seguintes dispositivos: art. 4 da CADH e art. 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) quanto ao direito à vida; e, art. 8 da CADH e art. 14 do PIDCP relativamente ao direito às garantias judiciais. Quanto aos precedentes, foram qualitativamente empregados: o Caso Favela Nova Brasília (reconhecendo seu caráter vinculante para o Brasil por força do art. 68.1 da CADH), da Corte IDH; o Relatório nº 141/11, Casos 11.566 e 11.694, da CIDH; o caso Yasa v. Turquia, da Corte Europeia de Direitos Humanos; e, os Casos Las Palmares, Zambrano Vélez, "Massacre de Mapiripán", Almonacid Arellano, e Sétimo Garibaldi, da Corte IDH; ao final, conheceu parcialmente da ADPF e deferiu a medida cautelar pleiteada em menor extensão.

O relator também considerou o Comentário Geral nº 36 do Comitê de Direitos Humanos; a doutrina de André de Carvalho Ramos sobre o diálogo das Cortes; as Conclusões do Comitê de Direitos Humanos do PIDCP, no Relatório sobre o Estado brasileiro feito em 2004; a Convenção Sobre os Direitos das Crianças; e, discorreu sobre a exigência do exercício do controle de convencionalidade, destacando a condenação do Brasil pela ineficiência e ausência de imparcialidade nas investigações sobre o homicídio de Sétimo Garibaldi.

O Ministro Alexandre de Morais acompanhou integralmente o relator, pontuando o entendimento da Corte IDH quanto ao cumprimento da obrigação de empreender uma investigação séria, imparcial e efetiva no Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil; o Ministro Gilmar Mendes divergiu do relator para deferir a medida cautelar com maior extensão, citando o Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil; e, o Ministro Dias Toffoli acompanhou o Relator, mas com a concessão da liminar em maior extensão. Ao final, por maioria de votos a ação foi parcialmente conhecida e a medida cautelar foi parcialmente deferida, notando-se uma utilização qualitativa de normas, jurisprudência e precedentes advindos do DIDH.

O Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252/MS julgado em 2017 versou sobre a indenização por dano moral causado a um detento pelas ilegítimas e sub-humanas condições a que ficou submetido no cumprimento de pena em estabelecimento

[97]MOREIRA, T. O. "O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana", En: MENEZES, W. (Org.), *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2016, pp. 478-495; MOREIRA, T. O; SILVA, L. "O Diálogo Interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo à luz do pensamento de Vicki Jackson", En: GURGEL, Y.; MOREIRA, T. O. (Coords.), *O Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade*, v. 2, Polimatia, Natal, 2022, pp. 341-362.

prisional. O plenário reconheceu a existência de repercussão geral consubstanciada no Tema 365 "Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária".

Em seu voto, o relator Ministro Teori Zavascki pontuou que a garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos apenados era um dever do Estado que possuía amplo lastro não apenas no ordenamento nacional, mas também na normativa internacional adotada pelo país, fazendo citação direta de um trecho de artigo científico relativo à superlotação carcerária no Brasil e o dever de indenização, no qual a normativa internacional é pontuada; mencionou as medidas emergenciais determinadas pela Corte IDH[98] ao Brasil em relação aos presídios de Urso Branco-RO, Pedrinhas-MA e Presídio Central-RS por suas condições intoleráveis; e, por fim, conheceu do RE e deu-lhe provimento.

O Ministro Roberto Barroso conheceu e deu provimento ao RE, propondo a tese de que a reparação pelos danos morais seria efetivada pela remição de pena na proporção de 1 dia para 3 a 7 dias de pena cumpridos em condições degradantes e, em não sendo possível ou a remição ou tendo o apenado cumprido integralmente a pena, o ressarcimento seria fixado em pecúnia por um juízo cível – apenas citou a violação de tratados internacionais sobre direitos humanos adotados pelo país, como o PIDCP, a CADH e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis e a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos; os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Edson Fachin, Dias Toffoli e Cármen Lúcia acompanharam o relator; os Ministros Luiz Fux e Celso de Mello acompanharam o Ministro Barroso, este último citando a advertência da CIDH em um de seus "Informes sobre os direitos humanos das pessoas privadas de liberdade nas Américas" (2011).

Ao final, o Tribunal conheceu do recurso e deu-lhe provimento nos termos do voto do relator, vencidos os Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello. Mas infelizmente o caso em análise limitou-se apenas a citar a existência de normativa advinda do DIDH, sem sobre ela se debruçar e sem trazer nenhum precedente da Corte IDH – apenas mencionando a existência de medida emergencial desta relativa ao Brasil – enquanto a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos foi efetivamente analisada e cotejada.

O RE 1.209.429/SP julgado em 2021 tratou da responsabilidade civil do Estado quanto ao profissional de imprensa ferido em situação de tumulto, tendo sido reconhecido o Tema 1.055 da repercussão geral "Responsabilidade civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido, em situação de tumulto, durante cobertura jornalística".

Em seu voto, o relator Ministro Marco Aurélio citou a previsão da liberdade de imprensa e o direito à informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no PIDCP e na CADH; a caracterização do trabalho consoante o art. 6 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); o Caso Velez Restrepo e Familiares v. Colômbia da Corte IDH; o Caso Najafli v. Azerbaijão da Corte Europeia de Direitos Humanos; a doutrina do diálogo interjurisdicional capitaneada por Vick Jackson e por Daniel Sarmento; os relatórios da CIDH intitulados "Violência contra Jornalistas e Funcionários de Meios de Comunicação: padrões interamericanos e práticas nacionais de prevenção, proteção e realização da justiça", de 2013, e "Protesto e Direitos Humanos: padrões sobre os direitos envolvidos nos protestos sociais e as obrigações que devem guiar a resposta estatal", de 2019. Ao fim, deu provimento ao recurso para afastar a responsabilidade exclusiva da vítima e assentar a responsabilidade estatal pelo dano causado.

O Ministro Alexandre de Morais acompanhou o relator, mas divergiu quanto a tese proposta; o Ministro Edson Fachin destacou a cláusula de abertura material contida no art. 5º, §2º, pontuando o art. 19 do PIDCP, o art. 13 da CADH, o relatório

[98]Aqui presume-se que o Ministro Teori Zavascki queria se referir a Corte IDH quando diz que "o Brasil, nos últimos 10 anos, foi seguidamente notificado pela Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) para tomar medidas emergenciais em relação a pelo menos três presídios específicos, por conta de suas condições intoleráveis (Urso Branco, em Porto Velho/RO; Pedrinhas/MA; e Presídio Central, em Porto Alegre/RS)".

da CIDH referente a Violência contra jornalistas e, ao final, acompanhou o relator enfatizando os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em favor de uma imprensa livre, divergindo quanto à tese proposta; o Ministro Nunes Marques negou provimento ao recurso; o Ministro Barroso acompanhou o relator em seus fundamentos, deixando para discutir a tese mais ao final; a Ministra Rosa Weber votou pelo provimento do recurso extraordinário com restabelecimento de procedência do pedido indenizatório, mas endossando uma tese mais restritiva; a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o relator; o Ministro Ricardo Lewandowski conheceu e deu provimento ao recurso, deixando para manifestar-se posteriormente quanto à tese; o Ministro Gilmar Mendes votou pelo provimento parcial; o ministro Luiz Fux delineou brevemente em seu voto que a Corte IDH, a Organização das Nações Unidas (ONU) e "vários documentos transnacionais" determinavam o uso de armas não letais por pessoas altamente capacitadas, destacou o art. 13 da CADH e, ao final, acompanhou o relator.

Por maioria o Tribunal, ao apreciar o tema 1.055 da repercussão geral, deu provimento ao RE, fixando também, por maioria, a seguinte tese: "É objetiva a Responsabilidade Civil do Estado em relação a profissional da imprensa ferido por agentes policiais durante cobertura jornalística, em manifestações em que haja tumulto ou conflitos entre policiais e manifestantes. Cabe a excludente da responsabilidade da culpa exclusiva da vítima, nas hipóteses em que o profissional de imprensa descumprir ostensiva e clara advertência sobre acesso a áreas delimitadas, em que haja grave risco à sua integridade física". Neste caso, verificou-se a efetiva utilização do DIDH como fundamento, destacando-se os votos dos ministros Marco Aurélio e Edson Fachin que enfatizaram o diálogo e os compromissos assumidos internacionalmente pelo país e a cláusula de abertura constitucional.

No referendo em medida cautelar na ADPF nº 548/DF, foram suspensos os efeitos de atos judiciais ou administrativos de autoridade pública que permitiam, determinavam ou promoviam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários.

A relatora Ministra Cármen Lúcia deferiu a medida cautelar sem menção ao DIDH; os Ministros Dias Toffoli, Roberto Barroso e Rosa Weber acompanharam a relatora; o Ministro Alexandre de Moraes citou a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso Alves da Silva v. Portugal e acompanhou a relatora; o Ministro Gilmar Mendes acompanhou a relatora, mas pugnando pela maior extensão da medida; o Ministro Fachin acompanhou a relatora, destacando apenas o art. 13 da CADH; o Ministro Ricardo Lewandowski citou o art. 19 DUDH e o art. 19 do PIDCP quanto à liberdade de expressão no âmbito internacional, o art. 13 da CADH sobre a liberdade de expressão e pensamento em âmbito interamericano, colacionou os precedentes Caso Ricardo Canese v. Paraguai da Corte IDH, Caso Sorguç v. Turquia e Caso Sapan v. Turquia da Corte Europeia de Direitos Humanos e acompanhou a relatora; o Ministro Celso de Mello abordou a DUDH (arts. XIX e XX), a CADH (arts. 13 e 15) e o PIDCP (arts. 19 e 21) e ao final acompanhou a relatora.

Por decisão unânime o tribunal referendou integralmente a medida cautelar. Do caso em comento percebe-se que, infelizmente, no voto da relatora seguido pelos ministros à unanimidade não houve reconhecimento da força normativa do DIDH (sequer foi mencionada) e, ainda que de maneira bastante tímida os Ministros Lewandowski e Celso de Mello tenham se referido a algumas normativas do DIDH, a jurisprudência da Corte Europeia chegou a ser mais citada do que a da própria Corte IDH.

O Habeas Corpus (HC) nº 143.988/ES foi manejado para corrigir a situação de superlotação em unidades de cumprimento da medida socioeducativa de internação nos Estados da federação. O relator Ministro Edson Fachin colacionou em seu voto a doutrina de Valério Mazzuoli sobre o relevo da proteção da criança no

sistema global a partir da Convenção Internacional Sobre Direitos da Criança, destacando sua relevância por ser o tratado internacional que contara com o maior número de ratificações; a Opinião Consultiva (OC) nº 17 de 2002 da Corte IDH; cita as diretrizes globais e interamericanas que embasam a doutrina da proteção integral; cita as medidas provisórias já deferidas pela Corte IDH que recomendaram a adoção de medidas imediatas e necessárias para erradicar as situações de risco e proteger a integridade física, psíquica e moral dos adolescentes privados de liberdade; refletiu sobre o Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, o Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, o Caso Mendoza y otros vs. Argentina; e, ao final, concedeu o *habeas corpus* coletivo nos termos da impetração e extensões.

O Ministro Gilmar Mendes citou em seu voto o art. 25 da CADH e o Caso Vélez Loor Vs. Panamá como argumentos favoráveis a impetração de HC como recurso rápido e efetivo à disposição da vítima; em âmbito convencional cita o art. 19 da CADH, o art. 37 da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança; cita o Caso "Instituto de Reeducación del Menor" Vs. Paraguay, o Caso Bulacio, o Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outro e o Caso Cantoral Benavides para apontar a obrigação estatal de garantir a dignidade, a vida e a integridade pessoal dos presos, todos da Corte IDH; as medidas provisórias determinas pela Corte IDH no Caso Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM v. Brasil; e, ao final, acompanhou o relator; o Ministro Ricardo Lewandowski colacionou em seu voto o art. 37 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o item 19 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, o PIDCP, a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes e o art. 38 das Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade; e, ao final, seguiu o voto do relator.

Por unanimidade a turma concedeu a ordem para determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade, nos termos da impetração e extensões. Aqui tem-se uma decisão que não se limitou à meras citações das normativas e jurisprudência, mas cotejou a normativa internacional do DIDH com a normativa doméstica, apontando as concordâncias, como por exemplo, o princípio da proteção integral.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.446/DF debateu a constitucionalidade dos arts. 16, I; 105; 122, II e III; 136, I; 138 e 230 da Lei 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) face aos arts. 5º, LV, e 227 da CF/88. As teses sustentadas eram de que a exclusão da avaliação judicial dos atos infracionais praticados por crianças seria inconstitucional por violação ao devido processo legal e o princípio da proteção integral; que a exigência de reiteração de atos infracionais ou o descumprimento injustificado de outras medidas para a aplicação da medida de internação seria desproporcional; e, que as medidas protetivas cominadas como sanção ao ato infracional praticado por criança e o atendimento da criança infratora por Conselho Tutelar violam a inafastabilidade da jurisdição.

Em seu voto, o relator Ministro Gilmar Mendes discorreu sobre o arts. 1 e 2 da DUDH, o art. 16.2 da Convenção Internacional Sobre os Direitos da Criança, o art. 19 da CADH; ressaltou a cláusula de abertura do art. 5º, §2º, da CF/88 para afirmar a consonância dos dispositivos impugnados com a normativa doméstica e internacional; pontuou que o legislador possuía considerável margem de discricionariedade para definir o tratamento adequado a ser dado à criança em situação de risco criada por seu próprio comportamento e que a opção pela exclusividade das medidas protetivas não era desproporcional, mas alinhava-se com as normas constitucionais e internacionais; e, ao final, votou pela improcedência total da ação.

O Ministro Ricardo Lewandowski destacou em seu voto o dever estatal de respeitar a liberdade dos jovens, e que a CADH proibia em seu art. 7 a detenção e o

encarceramento arbitrários no mesmo sentido; que a pretensão de encarcerar crianças e adolescentes contrariava não apenas a CF/88, mas também a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (arts. 2 e 40) e as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (art. 4); comentou os arts. 13 e 19 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores; e, ao final, seguiu o relator.

Os Ministros Alexandre de Morais, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e Edson Fachin seguiram o relator, este último destacando os Comentários Gerais nº 21 do Comitê sobre os Direitos da Criança, as Regras mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Por unanimidade e realizando uma análise comparada da normativa doméstica e internacional, o Tribunal julgou improcedente o pedido formulado na ADI.

Por fim, no HC nº 152.752/PR discutiu-se acerca da possibilidade de execução provisória da pena na pendência de recursos excepcionais. No mérito, o relator Ministro Edson Fachin destacou a importância da proteção eficiente dos direitos fundamentais, inclusive por meio do Direito Penal, e que organismos internacionais têm questionado o país quanto à ineficiência do seu sistema de proteção penal a direitos humanos básicos, citando Caso Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil e Caso Meninos Emasculados do Maranhão contra a República Federativa do Brasil, da CIDH; o Caso Garibaldi vs. Brasil, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil; citou o Caso Velásquez Rodriguez vs. Honduras para pontuar que é o entendimento da Corte IDH que as condutas violadoras de direitos humanos devem ser investigadas e punidas, evitando-se a reincidência; evidenciou as condenações do país no Caso Favela Nova Brasília e no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil; e, ao fim, por não verificar ilegalidade, abusividade ou teratologia, denegou a ordem.

O Ministro Gilmar Mendes votou no sentido de conceder em parte a ordem de HC para que eventual cumprimento de pena ocorresse somente a partir do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça; o Ministro Alexandre de Moraes argumentou em seu voto que não há exigência normativa na CADH e nem na Convenção Europeia de Direitos Humanos que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória, colacionando citações diretas de um livro que analisa a execução provisória da pena sob a visão da Corte IDH; e, ao fim, seguiu o relator; o Ministro Roberto Barroso ressaltou em seu voto que nenhuma declaração no mundo exige o trânsito em julgado para a condenação (DUDH, Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Carta Africana de Direitos do Humanos e dos Povos, Declaração Islâmica dos Direitos Humanos, PIDCP e a CADH) e seguiu o relator; os Ministros Rosa Weber e Luiz Fux acompanharam o relator; o Ministro Dias Toffoli concedeu a ordem de HC para que o paciente aguardasse em liberdade o julgamento de eventual RE ou agravo em RE; o Ministro Ricardo Lewandowski ao votar invocou a proibição do retrocesso prevista no art. 30 da DUDH – ressaltando seu caráter de *jus cogens* –, e concedeu a ordem de HC para que o paciente aguardasse em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória; o Ministro Marco Aurélio destacou que a presunção de inocência está contida na DUDH, na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, no PIDCP, na CADH e, ao fim, acompanhou o ministro Ricardo Lewandowski; o Ministro Celso de Mello frisou em seu voto que a presunção de inocência mostrou-se presente na DUDH, na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, na CADH, na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, na Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos e no PIDCP, reconheceu expressamente a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, ainda que a Corte adotasse a tese da supralegalidade, ressaltando que o diálogo entre as fontes internacionais e domésticas era necessário para superar eventuais situações de conflito entre ambas e a prevalência da norma mais favorável e, ao final, ponderou

que mesmo sem as declarações e convenções internacionais estabelecerem a exigência do trânsito em julgado – o que é uma antinomia face à CF/88 – o harmonioso diálogo entre as fontes demonstra que a norma doméstica mais favorável deve prevalecer no caso concreto, pois a CF/88 trouxe o requisito adicional do trânsito em julgado, acompanhando o Ministro Ricardo Lewandowski. Em seu voto-vogal a Ministra Cármem Lúcia acompanhou o relator.

O Tribunal por maioria e nos termos do relator denegou a ordem, sendo vencidos em menor extensão os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli e, em maior extensão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Do caso em análise constata-se o reconhecimento da força normativa do DIDH e a realização de um cotejo entre as normas internacionais e internacionais para alcançar a mais favorável ao ser humano, notadamente pelo Ministro Celso de Mello, conquanto os precedentes da Corte IDH pudessem ter sido mais bem explorados.

A seguir, será abordado quais outros elementos podem ser apontados para caracterizar a Jurisdição Cooperativa Brasileira e quais são os principais entraves e soluções para o seu aprimoramento.

4.2 CONTRIBUTOS DA JURISDIÇÃO COOPERATIVA BRASILEIRA PARA A MATERIALIZAÇÃO DO IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE LATINO-AMERICANO

Como visto percebido ao longo desta pesquisa, o modelo de Jurisdição Cooperativa – decorrência lógica do modelo de Estado Constitucional Cooperativo häberleano – está intrinsecamente ligado ao fomento do diálogo das fontes, do diálogo das Cortes (com ênfase para o diálogo vertical formal) e do controle de convencionalidade.

Com efeito, há muito era observada uma postura relutante do STF em se abrir ao diálogo interjurisdicional e reconhecer a real força normativa advinda do DIDH em suas decisões, muitas vezes assumindo uma postura de monólogo e utilizando a jurisprudência da Corte IDH apenas como reforço argumentativo em suas decisões[99].

Também havia críticas no sentido de ser pouca a aproximação do Brasil com os países vizinhos para se colocar a par da situação destes, ou seja, a academia brasileira dialogava muito pouco com as congêneres dos outros Estados latino-americanos, sendo este um problema mais grave ainda na área jurídica[100].

Um reflexo deste entrave era que no ambiente de formação dos operadores do direito brasileiros não eram introduzidas questões relativas ao SIPDH, e essa abstenção repercutiu fortemente na prática dos profissionais, pois consequentemente estes atuavam diariamente como se os sistemas internacionais e suas questões práticas não existissem[101].

O nível de estranheza era tal que nas observações inseridas nas decisões do STF, as decisões oriundas da Corte IDH eram marcadas como "estrangeiras" e quando alguma ementa trazia um precedente com referência expressa era entendido que se tratava de "direito comparado"[102]. Simplesmente não se buscava diferenciar qualitativamente as decisões advindas do SIPDH e as decisões de quaisquer tribunais estrangeiros utilizadas[103].

Contudo, convém lembrar que o modelo de Estado que originou a Jurisdição Cooperativa ignora o debate da primazia do Direito Internacional sobre o Direito Constitucional ou vice-versa: não há que se falar em supremacia da Constituição ou do tratado internacional de direitos humanos, pois Häberle entendia que o DIDH

[99]MOREIRA, T. O. "A Abertura do Estado (...)", Ob. Cit., p. 47.
[100]SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas", *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* ano 16, n. 66, out./dez. 2016, p. 273.
[101]SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais (...)", Idem.
[102]SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais (...)", Ob. Cit., p. 275.
[103]SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais (...)", Idem.

constituía a Lei Maior, não podendo se encontrar abaixo nem acima dela[104]. Assim, a insistência em um modelo hierárquico resta obsoleta no âmbito da Jurisdição Cooperativa.

Outrossim, convém mais uma vez apontar que dentro do paradigma da Jurisdição Cooperativa o Estado não deixa de existir, pois é lastreado em sua própria soberania que pratica os atos cooperantes, como por exemplo, incorporar tratados e submeter-se à Jurisdição de Cortes e Tribunais Internacionais[105].

Quanto ao diálogo entre cortes, faz-se necessário que a interlocução possa ser transmitida pelo texto, ou seja, que haja a referência a outros órgãos, quiçá outros sistemas, para aderir ou refutar os fundamentos que embasaram tais decisões de outros órgãos em casos semelhantes[106]. Eis que as instituições poderão legitimar suas missões de maneira recíproca, sem a necessidade de se sobressair em relação à outra[107].

Não está a se falar aqui da mera submissão de instituições nacionais a vontades externas ao clamar pelo desenvolvimento do diálogo entre instituições nacionais e internacionais[108-109]. Pelo contrário, o que se busca é a aproximação dos debates nacionais dos Estados latino-americanos integrantes do SIPDH, que por sua vez desaguará na aproximação dos padrões de decisão sobre conteúdos relativos aos direitos humanos[110].

Para isso, os órgãos devem acatar o ônus argumentativo quando da fundamentação de seus julgados, levando em consideração os standards de outros órgãos envolvidos naquela temática no que tange à afirmação de direitos[111].

Com efeito, é possível perceber que o STF está evoluindo quanto à real efetivação do modelo de Jurisdição Cooperativa adotado pela CF/88, dado que já é possível perceber alguns ministros mencionando expressamente a cláusula de abertura constitucional contida no art. 5º, § 2º da CF/88, a necessidade do diálogo das fontes, o reconhecimento das normas *de jus cogens*, da responsabilidade do país em honrar seus compromissos internacionais e, em análise mais detida, nota-se o direcionamento da interpretação de dispositivos domésticos em conformidade com as normas do DIDH.

Além disso, ainda que de maneira um pouco tímida, nota-se que alguns ministros já estão fundamentando suas decisões usando precedentes da Corte IDH e, eventualmente, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cotejando os argumentos do caso concreto com a inclinação da jurisprudência interamericana.

Dentro do panorama que foi descrito, é evidente que o modelo de Jurisdição Cooperativa brasileira está se desenvolvendo – paulatinamente – e fomentando o diálogo das cortes, o diálogo das fontes, a interpretação conforme e o controle de convencionalidade: todos basilares para a formação do ICCLA.

Todas essas ferramentas do paradigma cooperativo de Jurisdição vão estimulando e desenvolvendo os *standards* protetivos mínimos comuns que favorecem e reforçam a construção da rede judiciária do ICCLA.

Ademais, a Recomendação nº 123 do Conselho nacional de Justiça, de 7 de janeiro de 2022, aconselhou aos órgãos do Poder Judiciário a observância dos

[104]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 289.
[105]MOREIRA, T. O. "Implicações do (...)", Ob. Cit., p. 288.
[106]SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais (...)", Ob. Cit., p. 276.
[107]SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais (...)", Idem.
[108]SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais (...)", Idem.
[109]Neste sentido: "O que marca os diálogos judiciais no ICCAL é seu propósito de harmonização decorrente de compromissos convencionais assumidos pelos Estados. Muito além da incorporação de influências de outros tribunais para a solução de um dado caso concreto, eles visam elaborar standards comuns que viabilizem a coexistência dos sistemas jurídicos (nacionais e regional), resguardados os espaços necessários à preservação de identidades culturais específicas". LOPES OLSEN, A. C.; KOZICKI, K. "O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, p. 311.
[110]SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais (...)", Idem.
[111]SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais (...)", Ob. Cit., p. 277.

tratados internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte IDH, bem como a necessidade do exercício do controle de convencionalidade, e assinalou em suas considerações a assinatura da DUDH pelo país, a adoção do princípio da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, a cláusula de abertura constitucional do art. 5º, § 2º, da CF/88, o artigo 1º da CADH, dentre outros.

Consecutivamente, com base na supracitada recomendação foi assinado o Pacto Nacional do Judiciário pelos Direitos Humanos, doravante Pacto, que consiste na adoção de diversas medidas voltadas para a concretização dos Direitos humanos no âmbito do Poder Judiciário. Seu escopo é justamente fortalecer a cultura de direitos humanos no Poder Judiciário, com ênfase no controle de convencionalidade.

O Pacto pode ser compreendido como uma iniciativa da Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (UMF), criada em 12 de janeiro de 2021 com o fito de prover e acompanhar a implementação das decisões e deliberações da Corte IDH no âmbito do CNJ.

São pelo menos cinco ações iniciais a que o Pacto se propõe: realizar o "Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos", com ênfase no controle de convencionalidade e na jurisprudência interamericana; incluir a disciplina de Direitos Humanos nos editais dos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todas as esferas do Poder Judiciário nacional, com ênfase no sistema interamericano, na jurisprudência da Corte IDH, no controle de convencionalidade, na jurisprudência do STF em matéria de tratados de Direitos Humanos e diálogos jurisdicionais; fomentar programas de capacitação em Direitos Humanos e controle de convencionalidade em todas as esferas federativas; publicar os "Cadernos de Jurisprudência do STF: Concretizando Direitos Humanos"; e, realizar o Seminário internacional sobre "Direitos Humanos e Diálogos Jurisdicionais: Controle de Convencionalidade.

Por todo exposto, nota-se que o CNJ tem assumido uma posição de vanguarda para modificar a inércia estatal brasileira quanto à efetivação dos direitos humanos no país, sendo estas algumas de suas iniciativas até o momento.

5 CONCLUSÃO

O SIPDH impulsiona constantemente os diálogos no âmbito latino-americano e por ter aderido ao sistema, o Brasil faz parte de uma realidade compartilhada entre os Estados da região que, não obstante as particularidades de cada um, os impulsiona em direção a um constitucionalismo transformador por meio do ICCLA.

Com esta pesquisa, confirmou-se a hipótese de que por fomentar a aplicação do DIDH, o constante diálogo interjurisdicional vertical, o exercício do controle de convencionalidade e a criação e desenvolvimento de *standards* protetivos, o avanço de uma Jurisdição Cooperativa brasileira contribui consideravelmente para o fortalecimento do ICCLA no país.

Neste sentido, vê-se que o CNJ tem ocupado um papel de destaque quanto à implementação de iniciativas que visam desenvolver uma cultura de direitos humanos no Poder Judiciário do Brasil, com ênfase no controle de convencionalidade, no uso da jurisprudência da Corte IDH e na cooperação com a CIDH e com a Corte IDH.

Ademais, o STF parece caminhar em direção a uma postura por meio da qual não se limita a citar normas e jurisprudência internacionais, mas efetivamente as compara e coteja com as normas domésticas. Ainda que em alguns casos os precedentes da Corte IDH pudessem ser mais bem aproveitados, alguns ministros reconhecem a força normativa do DIDH, enfrentam o ônus argumentativo em relação à normativa internacional, destacam a cláusula de abertura constitucional e exercem o diálogo de modo a reconhecer os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Todas as iniciativas pontuadas enquadram-se no modelo de Jurisdição Cooperativa proposto por Thiago Oliveira Moreira a partir do modelo de Estado

Constitucional Cooperativo de Peter Häberle, pelas quais se observa a consonância da postura estatal com a atual realidade do Estado e da sua abertura ao Direito Internacional.

6 REFERÊNCIAS

ACOSTA ALVARADO, P. A. "Ius Commune interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo", En: BOGDANDY, A. V, et al. (Coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2014.

BOGDANDY, A. V, "Ius constitucionale commune", En: MAC-GREGOR, E. F., et al. (Coord.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2, UNAM, México, 2014.

BOGDANDY, A. Von. "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual", En: BOGDANDY, A. V, et al. (Coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2014.

CAMBI, E., et al. "O Supremo Tribunal Federal e a construção do constitucionalismo multinível", *Suprema-Revista de Estudos Constitucionais,* v. 1, n. 2, 2021, pp. 113-150.

CYRILLO, C. M. S., et al., "O Estado Interamericano de Direito no constitucionalismo sul-americano", *Sequência Estudos Jurídicos e Políticos,* v. 42, n. 88, 2021, pp. 1-27.

DAIBES RESQUE, R. T. S. "In the times of judicial dialogue, which court is more engaged: the Brazilian Supreme Court or the Inter-American Court?", *Cadernos de Dereito Actual*, n. 19, 2022, pp. 242-260.

DANTAS, B.; MOREIRA, T. "O controle de convencionalidade como ferramenta de concretização do estado constitucional cooperativo de Peter Häberle", En: ALVES, Fabrício et al. (Orgs.), *Direito aplicado: inovação e sociedade*, v. 2, Polimatia, Natal, 2023, p. 239–254.

GARAT DELGADO, M. P. "Ius constitutionale commune interamericano", En: GONZALLO, A. G., *et al* (Org.), *El Control De Convencionalidad: Ius Constitutionale Commune Y Diálogo Judicial Multinivel Latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Espanha, 2021.

HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2007.

MOREIRA, T. O. "O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana", En: MENEZES, W. (Org.), *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2016, pp. 478-495.

MOREIRA, T. O. "A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América Latina e os Direitos Humanos Sociais", En: MOREIRA, T. O., et al., (Org.), *Direito internacional na contemporaneidade*, CFOAB, Brasília, 2018.

MOREIRA, T. O. "Implicações do Modelo Häberleano de Estado Cooperativo na Jurisdição". En: FRIEDRICH, T. S.; RAMINA, L (Coord.), *Coleção Direito Internacional Multifacetado: convergências e divergências entre ordens jurídicas*, v. 5, Juruá, Curitiba, 2015.

MOREIRA, T. O; SILVA, L. "O Diálogo Interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo à luz do pensamento de Vicki Jackson", En: GURGEL, Y.; MOREIRA, T. O. (Coords.), *O Direito Internacional e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade*, v. 2, Polimatia, Natal, 2022, pp. 341-362.

MOREIRA, T. O. "O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana", En: MENEZES, W. (Org.), *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2016.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. "El uso del Derecho extranjero y del Derecho internacional por parte del Tribunal Constitucional chileno durante el periodo 2006-2007", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 37, 2011, pp. 275-326.

LOPES OLSEN, A. C.; KOZICKI, K. "O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, pp. 302-329.

PIOVESAN, F. "Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios", *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, pp. 1356-1388.

SAGÜÉS, N. P. "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad". *Estudios constitucionales*, v. 8, n. 1, 2010, pp. 117-136.

SANTOS, G. F.; TEIXEIRA, J. P. A. "Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas", *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* ano 16, n. 66, out./dez. 2016, pp. 267-282.