

REVISTA

Judiciária, DO PARANÁ

ANO XVII - NOVEMBRO 2022

Bonijuris^{Editora}



AMAPAR
Associação dos
Magistrados
do Paraná

24



IMAGEM DA CAPA



Rubens Gennaro
Palácio Belvedere, 2022
Pintura em aquarela 50x70

Rubens Gennaro, arquiteto e urbanista, formado pela UFPR em 1986, é cartunista, aquarelista e produtor de cinema e filmes publicitários. Na sua juventude, foi morador da Casa do Estudante Universitário e da Casa do Estudante Luterano Universitário, já participando das diretorias de ambas. Iniciou sua vida profissional em 1984, antes mesmo de se formar, prestando serviços de marketing e publicidade.

Atuou em diversas campanhas políticas no Paraná, nas áreas de coordenação, criação e produção audiovisual. Criou e gerenciou eventos de agrobusiness (feiras agropecuárias, cooperativas etc.). Fundou a Laz Audiovisual Ltda., em 1988, realizando vários eventos cinematográficos em Curitiba/PR.

Em 1995 foi eleito presidente da Associação de Cinema e Vídeo do Paraná. De 1996 a 1998, dedicou-se exclusivamente à produção de Oriundi, filme de longa-metragem estrelado por Anthony Quinn. Dirigiu o documentário de longa-metragem “A Congada da Lapa” (2005). Desde 2006 está distribuindo no Brasil e no exterior o longa-metragem Cafundó, dirigido por Paulo Betti e Clóvis Bueno, do qual também é produtor. Produziu e está distribuindo desde 2013 a obra Anita Garibaldi, filme e minissérie para TV. Produziu o documentário Dário Vellozo (2017), e finalizou Águas Selvagens (2017-20), coprodução com a Argentina. Atualmente desenvolve projetos de filmes de longa-metragem e séries para TV.

É cidadão honorário do Estado do Paraná; Cavaliere della Repubblica Italiana; presidente da CooperaCOM - Cooperativa de Comunicação e Formação; membro da Associação Giuseppe Garibaldi; criador e presidente do IBRICS - Instituto Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul e participante do Urban Sketchers Curitiba e Croquis Urbanos, desde o início (2013).



AUTORES DESTA EDIÇÃO

Denise ANTUNES
Renata Estorilho BAGANHA
Julia BOTTINI
Lucimara Segala CALDAS
Joscelito Giovani CÉ
João Vitor Oliveira CÉ
Lucas Guimarães CHAGAS
Robson Marques CURY
Luís Mauro Lindenmeyer ECHE
Antônio Carlos EFING
Mário FROTA
José Sebastião FAGUNDES CUNHA
Janaina Helena de FREITAS
Margarita Orozco GONZÁLEZ
Sandra Mara Maciel LIMA
Rodrigo de Oliveira LOTZE
Emanuely Guzinski LUSTOSA
Rita Borges de Area Leão MONTEIRO
Eduardo NOVACKI
Suane Moreira OLIVEIRA
Tiago Pedrozo OMANCINI
Gabriel Lemke de PAOLA
Guillermo Orozco PARDO
Gabriela Amorim PAVIANI
André Peixoto de SOUZA
Emerson Luciano Prado SPAK
Jorge de Oliveira VARGAS



REVISTA
Judiciária,
DO PARANÁ



ISSN 2316-4212

REVISTA
Judiciária
DO PARANÁ

Diretor
Joatan Marcos de Carvalho

Editor
Luiz Fernando de Queiroz

24

www.revistajudiciaria.com.br



Revista Judiciária do Paraná – Ano XVII – n. 24 – Novembro 2022

Versão digital: www.revistajudiciaria.com.br

Periodicidade: Quadrimestral (novembro, março e julho)

Realização: Associação dos Magistrados do Paraná – Amapar

EDITOR RESPONSÁVEL

Luiz Fernando de Queiroz

COORDENAÇÃO DE CONTEÚDO

Geison de Oliveira Rodrigues

Pollyana Elizabethe Pissaia

REVISÃO

Dulce de Queiroz Piacentini

Noeli do Carmo Faria

PRODUÇÃO GRÁFICA

Jéssica Regina Petersen

DIAGRAMAÇÃO

Josiane C. L. Martins

ESTAGIÁRIAS

Fernanda Feitosa

Thays Alves

CAPA

Priory

Edição, Publicação e Distribuição

EDITORA BONIJURIS LTDA.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

41 3323-4020 / 0800-645-4020

sac@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Revista Judiciária do Paraná / Associação dos Magistrados do
Paraná.— v. 1, n. 1— , (jan. 2006)— . — Curitiba :
AMAPAR, 2006.

Quadrimestral

ISSN 2316-4212

1. Poder Judiciário – Paraná. 2. Juízes – Paraná.

CDD (20. ed.) 347.8162

CDU (2. ed.) 347.96(816.2)



“

Escreva para a

Revista Judiciária

#25

30/12
último dia

”

[Clique aqui](#)



e envie seu artigo



REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ

EQUIPE EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Luiz Fernando de Queiroz

CONSELHO EXECUTIVO

Presidente

Jederson Suzin

Diretor

Joatan Marcos de Carvalho

Membros

Alberto Junior Veloso

Clayton de Albuquerque Maranhão

José Sebastião Fagundes Cunha

Rogério de Vidal Cunha

Rosana Andriguetto de Carvalho

EDITORES EXECUTIVOS

Albino de Brito Freire

Ana Lúcia Lourenço

Anita Zippin

Clèmerson Merlin Clève

Denise Hammerschmidt

Edson Ferreira Freitas

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Fernando Antônio Prazeres

Frederico Mendes Júnior

José Laurindo de Souza Netto

Laurentino Gomes

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Roberto Portugal Bacellar



CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Antônio César Bochenek – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Cláudia Lima Marques – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Fábio Dutra – Escola Nacional da Magistratura – IMB
Francisco de Oliveira Cardoso – Centro Universitário de Curitiba
Gregório Assagra de Almeida – Universidade de Itaúna
Hermes Zanetti Júnior – Universidade Federal do Espírito Santo
Ingo Wolfgang Sarlet – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Ilton Garcia da Costa – Universidade Estadual do Norte Pioneiro
Ives Gandra da Silva Martins – Universidade Mackenzie
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho – PUC/RS
Jean Carlos Dias – Centro Universitário do Pará
Jorge de Oliveira Vargas – Centro Universitário do Brasil
Juarez Cirino dos Santos – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Luiz Edson Fachin – Universidade Federal do Paraná
Manoel Caetano Ferreira Filho – Universidade Federal do Paraná
Marco Félix Jobim – Centro Universitário Lasalle
Rafael Padilha dos Santos – Universidade do Vale do Itajaí
René Ariel Dotti “in memoriam” – Universidade Federal do Paraná
Ricardo Hasson Sayeg – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Sérgio Luiz Kukina – Ministro do Superior Tribunal de Justiça
Soraya Regina Gasparetto Lunardi – Universidade Estadual Paulista
Teresa Arruda Alvim – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Wagner Menezes – Universidade de São Paulo
Wallace Paiva Martins Júnior – Universidade Católica de Santos

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Adriana Orocú Chavarria – Universidad Nacional de Costa Rica
Alex Sander Xavier Pires – Universidade Autónoma de Lisboa
Antonio A. Martino – Universidades de Pisa e Nacional
de Lanus – Itália
Asdrúbal Aguiar Aranguren – Universidade Central da Venezuela
Bernabel Moricete Fabián – Escuela Nacional de Magistratura – República
Dominicana
Edwin Figueroa Gutara – Universidad San Martín de Porre – Peru
Francisco Chico Cepeda – Universidad de Girona – Colômbia
Francisco Dario Lobo Lara – Universidade de Honduras
Francisco Miranda Molina – Universidad Nacional de San Agustín – Peru
Gerardo Eto Cruz – Universidad Nacional de Trujillo – Peru
Guillermo Orozco Pardo – Universidad de Granada – Espanha
Krupskaya Ugarte Boluarte – Universidad Nacional San Marco – Peru



Luís Roberto José Salas Di Menza – Universidade Nacional de
La Pampa – Argentina
Manuel Jesus Miranda Canales – Universidad San Luis Gonzaga – Peru
Mário Ângelo Leitão Frota – Professor da Universidade Paris XII
Milenka Gutiérrez Antezana – Bolívia
Nain Isaac Monge Segura – Colegio de Abogados e Abogadas de Costa Rica
Pablo Dario Villalba Bernié – Universidade Católica – Paraguay
Ramsis Ghazzaoui – Ministro do Tribunal Supremo da Venezuela (no exílio) –
Universidade Católica Andrés Bello
Raúl Andrade Osorio – Universidad Autónoma de Puebla – México

PARECERISTAS PERMANENTES

Alúísio Gonçalves de Castro Mendes – Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Brenda Guisela Alvarado Urbina – Universidad San Carlos – Guatemala
Bruno Augusto Sampaio Fuga – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Diego Nunes – Universidade Federal de Santa Catarina
Dierle Nunes – Universidade Federal de Minas Gerais
Edgardo Torres Lopez – Escola da Magistratura do Peru
Eduardo Arruda Alvim – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Francisco Artemio Távara Córdova – Universidad Nacional de Trujillo – Peru
Guillermo Orozco Pardo – Universidad de Granada – Espanha
Gustavo Rabay – Universidade Federal da Paraíba
José Eduardo de Resende Chaves Junior – Universidade Federal de Minas Gerais
José Maurício de Lima – Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
José Palomino Manchego – Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Peru
Juan Marcelino González Garcete – Universidad Nacional de Asunción – Paraguai
Luis Andres Cucarella Galiana – Universidad de Valência – Espanha
Marco Antonio Baldivieso Jlénes – Bolívia
Manuel Alejandro Pérez Vallejo – Universidad Católica de Colômbia
Miguel Angel Martin Tortabu – Universidad Católica de Venezuela
Nagib Slaibi Filho – Diretor da Escola Nacional da Magistratura – Univ.
Salgado Filho
Luciene Dal Ri – Universidade do Vale do Itajaí
Luiz Rodrigues Wambier – Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Marcos Noboru Hashimoto – Universidade Estadual de Maringá
Ricardo Gagliano Herani – Faculdade Autônoma de Direito
Roberto Pagés Lloveras – Universidad Católica de Cuyo – Argentina
Rodrigo Pires da Cunha Boldrini
Rosa María Virolés Piñol – Espanha
Samuel Sales Fonteles
Sérgio Augusto Pereira Borja – Universidade Federal do Rio Grande do Sul



APOIO INSTITUCIONAL

Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil – **ACGB**

Associação dos Magistrados do Paraná – **AMAPAR**

(www.amapar.com.br)

Associação dos Magistrados do Trabalho – **AMATRA**

(www.amatra9.org.br)

Associação Paranaense dos Juízes Federais – **APAJUFE**

(www.apajufe.com.br)

Escola da Magistratura do Paraná – **EMAP**

(www.emap.com.br)

Escola de Magistratura Federal do Paraná – **ESMAFE**

(www.esmafe.com.br)

Escola dos Magistrado do Trabalho do Paraná – **EMATRA**

(www.ematra9.org.br)

Escola Judicial da América Latina – **EJAL**

(www.ejal.org)

Rede Latino-Americana de Juízes – **REDLAJ**

(www.redlaj.net)

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – **TJPR**

(www.tjpr.jus.br)

União Ibero-americana de Juízes



ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ – AMAPAR

DIRETORIA

PRESIDENTE

Jederson Suzin

1º VICE-PRESIDENTE

Clayton de Albuquerque Maranhão

2º VICE-PRESIDENTE

Franciele Narciza Martins de Paula Santos
Lima

3º VICE-PRESIDENTE

Mauro Henrique Veltrini Ticianelli

4º VICE-PRESIDENTE

Marcel Ferreira dos Santos

5º VICE-PRESIDENTE

João Maria de Jesus Campos Araújo

6º VICE-PRESIDENTE

Jaqueline Allievi

1º SECRETÁRIO

Márcio José Tokars

1º TESOUREIRO

César Ghizoni

DIRETORES EXECUTIVOS

Antônio Lopes de Noronha Filho

Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes

Eduardo Casagrande Sarrão

Eduardo Novacki

Fábio Ribeiro Brandão

Fernando Bueno da Graça

Frederico Mendes Júnior

Geraldo Dutra de Andrade Neto

Guilherme de Paula Rezende

Jeane Carla Furlan

Luciani de Lourdes Tesseroli Maronezi

Luiz Eduardo Asperti Nardi

Marcel Guimarães Rotoli de Macedo

Marco Vinicius Schiebel

Mariana Gluszcynski Fowler Gusso

Mario Luiz Ramidoff

Rafael Velloso Stankevycz

Roberto Antônio Massaro

Rodrigo Fernandes Lima Dalledone

Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do

Amaral

APOIO E VALORIZAÇÃO AO MAGISTRADO

Alarico Francisco Rodrigues de Oliveira Junior

Beatriz Fruet de Moares

Jailton Juan Carlos Tontini

Rogério de Vidal Cunha

Vitor Toffoli

DEPARTAMENTOS

SEGURANÇA – DIRETOR

José Orlando Cerqueira Bremer

SEGURANÇA – VICE-DIRETOR

Leonardo Bechara Stancioli

SEGURANÇA – MEMBROS

Celso Jair Mainardi

Fernando Bardelli Silva Fischer

BOAS PRÁTICAS – DIRETORA

Bruna Richa Cavalcanti de Albuquerque

BOAS PRÁTICAS – VICE-DIRETOR

Marcelo Quentin

BOAS PRÁTICAS – MEMBRO

Marcelo Marcos Cardoso

APOSENTADOS – DIRETOR

Antonio Lopes de Noronha

APOSENTADOS – VICE-DIRETOR

Antonio Ivair Reinaldin

APOSENTADOS – MEMBRO

Edison Luiz Trevisan



ASSUNTOS INSTITUCIONAIS – MEMBROS

Bruno Régio Pegoraro
Diego Santos Teixeira

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – DIRETOR

Marcelo Pimentel Bertasso

ASSUNTOS LEGISLATIVOS – MEMBROS

Fernando Andreoni Vasconcellos
Glaucio Alessandro de Oliveira
Marcel Ferreira dos Santos
Paulo Fabrício Camargo
Pedro Roderjan Rezende
Rafael Altoé
Rafhael Wasserman

ASSUNTOS PREVIDENCIÁRIOS

Marcos Antonio da Cunha Araújo

COMUNICAÇÃO SOCIAL – DIRETOR

Rogério Ribas

COMUNICAÇÃO SOCIAL – VICE-DIRETOR

Ferdinando Scremin Neto

COMUNICAÇÃO SOCIAL – MEMBRO

Marcelo Pimentel Bertasso

CONVÊNIO – DIRETOR

Daniel Ribeiro Surdi de Avelar

CONVÊNIO – VICE-DIRETOR

Ricardo Augusto Reis de Macedo

CULTURAL – DIRETOR

Antônio Evangelista de Souza Netto

CULTURAL – VICE-DIRETOR

Malcon Jackson Cummings

CULTURAL – MEMBROS

Marcella de Lourdes de Oliveira Ribeiro
Rafaela Zarpelon

RECURSOS HUMANOS – DIRETORA

Luciana Benassi Gomes Carvalho

RECURSOS HUMANOS – VICE-DIRETORA

Adriana Benini

GESTÃO DE SERVIÇOS JUDICIÁRIOS – DIRETOR

Antônio Sérgio B. David Hernandes

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – PRESIDENTE

Marcel Ferreira dos Santos

COMENDA ALCESTE RIBAS DE MACEDO – MEMBROS

Eduardo Casagrande Sarrão
Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO

FERREIRA DA COSTA – PRESIDENTE

Marcel Ferreira dos Santos

COMISSÃO MEDALHA ANTONIO FRANCO

FERREIRA DA COSTA – MEMBROS

Eduardo Casagrande Sarrão
Marcos Antonio de Souza Lima

COMISSÃO LOCAÇÃO

Marcos Antonio da Cunha Araújo

COMISSÃO LOCAÇÃO – MEMBROS

Francisco Carlos Jorge
João Maria de Jesus C. Araújo

DIVULGAÇÃO E REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ –

DIRETOR

Joatan Marcos de Carvalho

DIVULGAÇÃO E REVISTA JUDICIÁRIA DO PARANÁ –

MEMBROS

Alberto Junior Veloso
Clayton de Albuquerque Maranhão
Rogerio de Vidal Cunha
Rosana Andriquetto de Carvalho

ATLETISMO

Fernanda Karam de Chueiri Sanches

ESPORTE FEMININO – DIRETORA

Cristine Lopes

ESPORTE FEMININO – VICE-DIRETORA

Julia Maria Tesseroli de Paula Rezende

DEPARTAMENTO DE GÊNEROS – DIRETORA

Jaqueline Allievi

DEPARTAMENTO DE GÊNERO – MEMBROS

Cintia Graeff
Fernanda Karam de Chueiri Sanches
Franciele Narciza Martins de Paula S. Lima
Jeane Carla Furlan
Malcon Jackson Cummings
Priscila Soares Crocetti

INFORMÁTICA

Antonio Sergio B. D. Hernandes



INTEGRAÇÃO – Curitiba, RMC e Litoral
Sigret Heloyna R. de Camargo Vianna

INTEGRAÇÃO – Interior
Rafaela Zarpelon

JURÍDICO – DIRETOR
Antonio Mansano Neto

DIREITOS HUMANOS
Mayra dos Santos Zavattaro

MEMÓRIA E ARQUIVO – DIRETORA
Chloris Elaine Justen de Oliveira

MOTOCICLISMO
Edgard Fernando Barbosa

MÚTUA – DIRETORA
Themis de Almeida Furquim

OBRAS – DIRETOR
Luiz Carlos Bellinetti

OUVIDORIA
Thiago Bertuol de Oliveira

PATRIMÔNIO
Francisco Carlos Jorge

PENSIONISTA – DIRETORA
Marília de Oliveira Viel

SEDES

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR
Ederson Alves

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR
Alexandre Waltrick Calderari

GUARATUBA – DIRETOR
João Maria de Jesus Campos Araujo

GUARATUBA – VICE-DIRETOR
Marco Antonio da Cunha Araújo

LONDRINA – DIRETOR
Elias Duarte Rezende

PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO
Roberto Luiz Santos Negrão

RELAÇÕES INTERNACIONAIS – DIRETORA
Flavia da Costa Viana

SERSOCIAL – DIRETOR
Joel Pugsley

SERSOCIAL – MEMBROS
Andre Carias de Araujo
Gilberto Ferreira
José Luiz Dosciatti

SOCIAL – DIRETORA
Nilce Regina Lima

SOCIAL – VICE-DIRETORA
Vanessa Jamus Marchi

SOCIAL – MEMBROS
Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa
Luciane Pereira Ramos

FUTEBOL – DIRETOR
Bruno Henrique Golon

TÊNIS – DIRETOR
Daniel Tempski Ferreira da Costa

TÊNIS – VICE-DIRETOR
Arthur Cezar Rocha Cazella Junior

MARINGÁ – DIRETOR
Antonio Mansano Neto

MARINGÁ – VICE-DIRETOR
José Camacho Santos

PIRAQUARA – DIRETOR
Davi Pinto de Almeida

PIRAQUARA – VICE-DIRETOR
João Vicente de Oliveira

PONTA GROSSA – DIRETORA
Noeli Salete Tavares Reback



CONSELHO FISCAL

PRESIDENTE

Ricardo Henrique Ferreira Jentzsch

MEMBROS

Cíntia Graeff

Denise Terezinha Corrêa de Melo

Eduardo Villa Coimbra Campos

Elisa Matiotti Polli

Fernanda Monteiro Sanches

Horacio Ribas Teixeira

Marcella de Lourdes de Oliveira Ribeiro

Patricia Reinert Lang

Patricia Roque Carbonieri

Priscila Soares Crocetti

Sandra Lustosa Franco

Tatiane Bueno Gomes

William George Nichele Figueroa

COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

PRESIDENTE

Ariel Nicolai Cesa Dias

MEMBROS DA COMISSÃO

Carlos Eduardo Mattioli Kockanny

Carlos Henrique Licheski Klein

Oswaldo Soares Neto

Rafaela Mari Turra

COMISSÃO ANÁLISE FINANCEIRA – MEMBROS

Diego Santos Teixeira

Glauco Alessandro de Oliveira

EMAP

DIRETOR GERAL

Oswaldo Canela Junior

SUPERVISORA PEDAGÓGICA

Rafaela Mattioli Somma

COORD. GERAL DE CURSOS

Alberto Junior Veloso

COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Mario Augusto Quinteiro Celegatto

MEMBROS DA COORD. CURSO EXTERNO E EAD

Antonio Evangelista de Souza Netto

Marcelo Quentin

CURITIBA – DIRETORA

Carolina Fontes Vieira

CURITIBA – VICE-DIRETOR

Diego Paolo Barausse

CASCAVEL – DIRETOR

Oswaldo Alves da Silva

CASCAVEL – VICE-DIRETOR

Rodrigo Rodrigues Dias

FOZ DO IGUAÇU – DIRETOR

Wendel Fernando Brunieri

FOZ DO IGUAÇU – VICE-DIRETOR

Rodrigo Luis Giacomini

LONDRINA – DIRETOR

Mauro Henrique Veltrini Ticianelli

LONDRINA – VICE-DIRETOR

Rodrigo Afonso Bressan

MARINGÁ – DIRETOR

Claudio Camargo dos Santos

MARINGÁ – VICE-DIRETOR

Carmen Lucia Rodrigues Ramajo

PONTA GROSSA – DIRETORA

Laryssa Angelica Copack Muniz

PONTA GROSSA – VICE-DIRETORA

Heloisa da Silva Krol Milak



JUDICEMED

PRESIDENTE

Jederson Suzin

VICE-PRESIDENTE

Luciano Carrasco Falavinha Souza

DIRETOR FINANCEIRO

Luís Carlos Xavier

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Diego Santos Teixeira

CONSELHO FISCAL - PRESIDENTE

Fernando Wolff Bodziak

CONSELHO FISCAL – MEMBROS

José Candido Sobrinho

Luciana Luchtenberg Torres Dagostim

CONSELHO FISCAL – SUPLENTE

Fabrizio Voltare

CONSELHO GESTOR – PRESIDENTE

Nilson Mizuta

CONSELHO GESTOR – MEMBROS

Antonio Loyola Vieira

Hayton Lee Swain Filho

Shiroshi Yendo

SUPERINTENDENTE

Anna Carolina Miranda Petry Soares

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO PARANÁ

www.amapar.com.br

Rua Alberto Folloni, 541/543 – Juvevê

CEP: 80.540-000 – Curitiba – Paraná

Fone: (41) 3017-1600 / (41) 3017-1623

ENVIO DE ARTIGOS PARA A REVISTA

www.revistajudiciaria.com.br



APRESENTAÇÃO

O futuro nem sempre é como se pensa ou como gostaríamos que fosse. Na verdade, gostaríamos de continuar a ter a nossa revista impressa em papel e poder tê-la às mãos e folheá-la como vimos fazendo ao longo dos anos; mas, a despeito das considerações a respeito das vantagens e desvantagens de cada um dos meios – físico e digital –, é preciso assentar que fatores como os custos e a circulação são determinantes para que qualquer publicação se viabilize e atinja mais plenamente seus permanentes objetivos. Por essas razões e outras que foram objeto de longas e detidas considerações, a cúpula da nossa AMAPAR assentou pela implantação das novas mudanças, que certamente haverão de trazer maior visibilidade e penetração da nossa revista, além de se prestar ao objetivo de atender mais apropriadamente aos desígnios da Escola da Magistratura do Paraná, tradicional instituição de altos estudos jurídicos que, de há muito renomada e consolidada, prepara-se para o oferecimento de formação em todos os níveis superiores.

O número 24 da *Revista Judiciária do Paraná* (RJP) será o primeiro a ser publicado exclusivamente em meio digital. A tradicional publicação da Associação dos Magistrados do Paraná, com essa nova denominação, teve seu primeiro número publicado em janeiro de 2006. Só passou a ser oferecida em meio impresso e digital a partir de seu quarto número, em novembro de 2012, totalmente renovada e com excepcional projeto editorial e edição da conceituada Editora Bonijuris. Pode-se dizer que a RJP passa a viver um novo momento, cedendo às circunstâncias e à presente realidade. Agora, torna-se publicação digital interativa, modelo contemporâneo de periódico que facilitará, em muito, sua distribuição e utilização.



No formato digital, a RJP estará vinculada, preferencialmente à Escola da Magistratura do Paraná, e amplamente voltada para a disseminação de sua produção científica, o que não significa dizer que deixará de publicar os demais conteúdos doutrinários e jurisprudenciais de todos os autores, como sempre tem feito. Inicia-se um novo momento, preservando-se a experiência adquirida ao longo de décadas, assim como os apoios institucionais, especialmente da Editora Bonijuris, que continuará a editá-la. É propício o momento para agradecer penhoradamente à longa, produtiva, competente e gentil parceria.

Agradecemos, igualmente, ao Des. José Sebastião Fagundes Cunha, que sempre foi um grande colaborador e que torna-se um dos importantes gestores das mudanças que se inicia. Somos gratos também ao Dr. Osvaldo Canela, diretor da EMAP que não mediu esforços e contribuiu decisivamente para que ocorressem essas significativas mudanças. Restam agradecimentos a todos que ao longo dos últimos anos contribuíram com as edições de nossa revista, especialmente aos colaboradores da AMAPAR, da Editora Bonijuris, do Tribunal de Justiça.

Agradecemos aos apoiadores, patrocinadores e às entidades parceiras e, por fim, agradecemos ao nosso Conselho Editorial e aos nossos autores. Gostaríamos de saudar os colegas e amigos que passam a fazer parte dos novos conselhos da RJP, desde logo agradecendo a gentileza de suas importantes e inestimáveis contribuições.

Jederson Suzin

Presidente

Joatan Marcos de Carvalho

Diretor



Acesse as edições anteriores da Revista Judiciária



[CLIQUE AQUI](#)



SUMÁRIO

ANÁLISE

1. Direito internacional contemporâneo: qual marco teórico será fundamental? 24
José Sebastião Fagundes Cunha

DOCTRINA

2. O Direito Administrativo Sancionador na Lei de Improbidade Administrativa 53
Luís Mauro Lindenmeyer Eche
3. Um estudo sobre o uso das TICs pelo Poder Judiciário brasileiro: da origem à pandemia 70
Lucimara Segala Caldas
Tiago Pedrozo Omancini
Rodrigo de Oliveira Lotze
4. Condução coercitiva e vitimização secundária: Uma releitura da condução coercitiva da vítima de violência doméstica, sexual e de gênero sob a óptica da dignidade da pessoa humana 83
Emerson Luciano Prado Spak
Lucas Guimarães Chagas
Emanuelly Guzinski Lustosa
5. A História do Poder Judiciário Paranaense e o Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira 97
Robson Marques Cury
6. Direito à saúde baseado em evidências 104
Suane Moreira Oliveira
7. REDUFLAÇÃO é só um mero “palavrão” com um forte sabor a lesão... ou algo de descomunal, com um requintado “primor” que muito afeta, afinal, a carta de direitos do consumidor? 135
Mário Frota



8. A teoria crítica dos direitos humanos de Herrera Flores – uma práxis voltada ao real e à política	154
<i>Denise Antunes</i>	
9. A decisão judicial e a (in)certeza no direito	175
<i>Eduardo Novacki</i>	
10. Uma análise do necessário cumprimento ao disposto no artigo 104-A do Regimento Interno do STJ para padronização dos precedentes	186
<i>Renata Estorilho Baganha</i> <i>Sandra Mara Maciel Lima</i>	
11. Aportes teóricos sobre o controle de constitucionalidade no Brasil	205
<i>Rita Borges de Area Leão Monteiro</i> <i>Janaina Helena de Freitas</i>	
12. Do consumo ao consumismo de ativismo e a importância do direito à informação	218
<i>Antônio Carlos Efig</i> <i>Julia Bottini</i>	
13. Crimes tributários e fraude à Constituição	229
<i>André Peixoto de Souza</i> <i>Gabriel Lemke de Paola</i>	
14. Responsabilidade civil do Estado pela prisão preventiva indevida.....	254
<i>Jorge de Oliveira Vargas</i>	
15. Breves notas sobre a estrutura do <i>endowment</i> e o histórico legislativo	267
<i>Joscelito Giovani Cé</i> <i>João Vitor Oliveira Cé</i>	
16. Criminologia e estamento ideológico: fins da punição	280
<i>Gabriela Amorim Paviani</i>	

EM DESTAQUE

17. La privacidad ante el reto de la ciudad vigilada: videovigilancia, Inteligencia Artificial y derechos digitales	292
<i>Guillermo Orozco Pardo</i> <i>Margarita Orozco González</i>	



MARCELO SOARES DE OLIVEIRA

Leiloeiro público oficial com registro na Junta Comercial - PR 08/011-L e dedicação exclusiva no âmbito judicial, mediante autorização de nomeação para os atos expropriatórios.

- LEILÕES JUDICIAIS
- REMOÇÃO E GUARDA DE BENS
- EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS E INTIMAÇÕES
- AMPLA DIVULGAÇÃO E PUBLICIDADE



ACESSE O
CATÁLOGO ELETRÔNICO.

www.oleiloes.com.br

RECEBA AVISOS DE
LEILÕES PELO WHATSAPP
41 **99870 7000**





ANÁLISE



Direito internacional contemporâneo: qual marco teórico será fundamental?

José Sebastião Fagundes Cunha¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Três graus de latitude modificam toda a jurisprudência, um
mediano decide acerca da verdade; com poucos anos de
domínio, as leis fundamentais mudam; o direito tem suas
épocas, a entrada de Saturno em Leão nos assinala
a origem de determinado crime.

Curiosa justiça que um rio delimita!
Verdade aquém dos Pirineus, erro além.

Pascal

Introdução

O direito internacional pode ser entendido como um conjunto de fundamentos e normas elaborados para a regulação das relações internacionais dos Estados e outros entes que nele são reconhecidos como sujeitos de direito. Essa relação internacional entre sujeitos acontece desde a antiguidade, já que seus povos mantinham relações internacionais de comércio, tratados, territórios etc. Com base nisso, o objetivo deste trabalho é uma reflexão em aporia, buscando entender o ponto de partida e a possível missão do direito internacional na contemporaneidade, seus fundamentos, mudanças e importância social.



Em *O Direito Internacional Contemporâneo e a Teoria da Transnormatividade*, Wagner Menezes (2007, p. 135) discorre a respeito das teorias clássicas sobre a relação do direito internacional com o direito interno. Segundo esse autor:

O primeiro estudo, que procurou enfrentar o problema sobre a relação do Direito Internacional com o Direito Interno, foi realizado por CARLLO HEINRICH TRIEPEL, em 1899, na obra *Volkerrcht und Landesrecht*, publicada em Leipzig, e foi responsável por construir a teoria pluralista ou dualista, que foi seguida por vários Estados, valendo destacar OPPENHEIM, STRUPP e DIONÍZIO ANCILOTTI.

Menezes relata que o autor baseia-se no princípio de que o direito internacional e o direito interno são dois sistemas distintos, duas ordens jurídicas independentes uma da outra, não possuindo qualquer tipo de inter-relação jurídica, sendo em razão dessa distinção, inclusive, inconcebível o conflito entre as duas ordens jurídicas por estarem em campos separados no momento de sua aplicação.

Os fundamentos elencados para dar sustentação à essa afirmação são que os ordenamentos se encontram em esfera de igual importância e hierarquia, integram parte de sistemas jurídicos independentes e autônomos, envolvem diversidade de fontes, de sujeitos, além de manterem campos de atuação e aplicação diversos.

O contraponto do dualismo é estabelecido pelo que eclodiu na Escola de Viena, a teoria monista, preconizada por Hans Kelsen, que entende existir a divisão entre duas ordens jurídicas diferentes. Para a teoria monista, o direito internacional e o direito interno integram um único sistema, o mesmo complexo jurídico, defendendo existir a hierarquia que subordina um ordenamento jurídico ao outro, com identidade de fontes e de sujeitos. Assevera que em razão da unidade sistêmica o direito internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, pois são relações de interpenetração.

Pelo dissenso entre as duas teorias surgiram teorias conciliatórias buscando amenizar os entendimentos. Gustav Adolf Walz afirma que



no caso de responsabilidade internacional do Estado o conflito com norma de direito interno estaria ela derogada. Alfred Verdross, em uma interpretação do monismo defendido por Kelsen, constrói a ideia do “monismo moderado”.

Tais teorias, quer nos parecer, enfocam a soberania do Estado e, em uma análise contemporânea precipitada, nos conduz a muitos equívocos, o primeiro deles em razão de vivermos em tempos de república, de democracia, de preponderância da Constituição Federal que informam todo o pensamento jurídico contemporâneo a interpretação dos dados que sinalizam ser demasiadamente complexa a história do direito internacional. Assim, há necessidade de uma profunda reflexão do momento histórico em que surgiu sua consolidação na Idade Média, sua evolução e a necessidade premente de uma autêntica revolução dos marcos teóricos que encaminham para a valorização do direito internacional diante da sociedade planetária cosmopolita de relações instantâneas que se apresenta.

Wagner Menezes adverte que Philippe Brailard, em estudo sobre a caracterização da sociedade transnacional, definiu-a como um sistema de interação, num domínio particular, entre atores sociais pertencentes a sistemas nacionais diferentes, visualizando que no interior de cada sistema nacional as interações são decididas por elites não governamentais e continuadas diretamente pelas forças sociais, econômicas e políticas nas sociedades de que fazem parte.

Prosseguindo, alerta que Philip Jessup, na década de 1950, destacava a relação entre direito internacional e direito interno não de forma dualista ou monista, pois “os conflitos e os direitos são obra do homem, assim como suas teorias”, mas como relações decorrentes de situações transnacionais que podem envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados ou outros grupos, que produzem um direito transnacional, o qual definia como o conjunto de “normas que regulam

O objetivo deste trabalho é uma reflexão em aporia, buscando entender o ponto de partida e a possível missão do direito internacional na contemporaneidade, seus fundamentos, mudanças e importância social



atos ou fatos que transcendem fronteiras nacionais, tanto do direito público quanto do privado, bem como outras normas que não se enquadram inteiramente nas categorias clássicas” (MENEZES, 2007, p. 140).

Há quem sustente a evolução do direito internacional de coexistência ao direito internacional de cooperação discutindo a mudança dos fundamentos, conforme Liliana Lyra Jubilut e Alberto do Amaral Júnior (2003):

Surgido em 1648 com os tratados de Münster e Osnabruck, que consagram a Paz de Westphalia, o Direito Internacional clássico se ocupava, sobretudo, de estabelecer normas de coexistência entre os Estados soberanos.

A Paz de Westphalia estabeleceu os princípios que caracterizam o Estado moderno, destacando-se as normas da soberania, da igualdade jurídica entre os Estados, da territorialidade e, por consequência, de não-intervenção.

Tais normas traziam, em sua maioria, obrigações de não fazer, de mútua abstenção, e se fundavam na vontade soberana dos Estados, os quais, exatamente por serem soberanos, eram tidos como irresponsáveis no cenário internacional.

Em função da existência da ideia de soberania absoluta passou-se a indagar o porquê do respeito às normas de Direito Internacional, ou seja, a se questionar acerca dos fundamentos do Direito Internacional. Como à época se verificava uma unidade ética², os doutrinadores buscavam um equilíbrio entre aspectos intrínsecos ao sistema (soberania dos Estados) e extrínsecos (justiça e valores comuns). É, assim, que HUGO GROTIUS irá falar em uma sociedade internacional baseada no Direito Internacional e fundada em regras de convivência baseadas no consenso.

Verifica-se, neste início do Direito Internacional, a busca de uma fundamentação que valoriza o contexto internacional (na figura do consenso) e, ao mesmo tempo, se preocupa com as questões éticas (ao se falar em uma sociedade internacional fundada nos ideais de justiça e em valores compartilhados).

Com a evolução do Direito Internacional e as mudanças no cenário

internacional, principalmente após o advento do positivismo jurídico³, verifica-se uma minimização dos elementos extrínsecos da fundamentação e a busca de critérios de legitimidade interna ao próprio Direito^{4 5}.

Até então, em face da unidade ética:

[o] fundamento da legitimidade era buscado fora do sistema do Direito, dado que o que se verificava era a existência da unidade ética na vida humana, na qual todos os ramos (Direito, Religião, Economia) estavam ligados pelo mesmo fundamento e pela busca da concretização dos mesmos valores. [...]

É preciso entender profundamente o marco aceito por boa parte dos que enfrentam o estudo do direito internacional, ou seja, a Paz de Westfália como um acontecimento histórico da assinatura de dois tratados de paz nas cidades alemãs de Münster e Osnabrück, em 1648, e que colocou fim à guerra dos trinta anos (1618-1648), conflito que marcou o século 17 como um dos mais sangrentos da história. As principais motivações da guerra foram as questões religiosas, que tiveram seu ápice com a Reforma Protestante. Em 1648, a Europa estava devastada, marcada pelos últimos 30 anos, assim a Paz de Westfália foi importante para determinar o fim do conflito, instaurar a paz e estabelecer uma nova ordem mundial.

Contexto histórico

No século 16, a Igreja Católica era uma entidade política poderosa por possuir terras, riquezas e ocupar o topo da pirâmide social. Naquela época, a Igreja passou a ser acusada de abusar de sua autoridade. O caso mais conhecido é a *venda de indulgências*, ou seja, a Igreja vendia aos fiéis e religiosos a remissão dos pecados.

Ir contra as ideias da Igreja era um pecado e quem o cometia era severamente punido, razões pelas quais figuras importantes que estavam



infelizes com as imposições da Igreja Católica se manifestaram contra essas regras; as mais importantes manifestações foram de Martinho Lutero e João Calvino, dois líderes do protestantismo. Dessas insatisfações nasceu o movimento e, conseqüentemente, a Reforma Protestante. Também não podemos nos esquecer que a Igreja Católica era considerada uma instituição política na época, e não ficou satisfeita com as manifestações contrárias às suas ideias. Assim, o conflito de ideias entre católicos e protestantes, somado a outros fatores secundários, deu origem à guerra dos trinta anos, em 1618.

Aconteceu por uma reivindicação dos protestantes por uma liberdade religiosa. Fatores políticos e territoriais também contribuíram para o início da guerra, que teve como atores principais o Império Sacro-Germânico, território que hoje pertence a diversos países (Alemanha, Áustria, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, República Checa, Eslováquia, Eslovênia, parte do território da França, Itália e Polônia) e também à França, Suécia e Espanha.

Em 1648, o continente europeu, naufragado em gravíssimos problemas advindos da guerra que já havia durado 30 anos, com milhões de mortes, precisava de paz e de um período de reconstrução.

A chegada da Paz de Westfália

No ano de 1641 – sete anos antes do fim do conflito – os representantes dos três principais atores desse embate bélico – Sacro Império Germânico, França e Suécia – acordaram que a Europa precisava de paz.

O acordo não foi estabelecido em uma única reunião entre os representantes das potências mais importantes da época. Os tratados de Westfália surgiram de diversos acordos assinados em cidades diferentes da Westfália (região da Alemanha). As duas cidades que marcaram a existência da Paz de Westfália foram Münster e Osnabrück.

A paz ocorreu com o consenso: a busca pela “paz na cristandade”, objetivo cumprido com a assinatura dos tratados principais, que declaravam “paz e a amizade cristã, universal, perpétua, verdadeira e sincera.”

Consequências e transformações da Paz de Westfália

Na busca da pacificação na Europa, os tratados que deram origem à Paz de Westfália estabeleceram algumas regras cogentes; entre elas, a imposição de nivelar o poder dos países e garantir a diplomacia permanente. O tratado internacional determinou que, a partir dele, haveria um equilíbrio internacional de poderes, assegurando a anti-hegemonia.

Os historiadores assinalam que há uma mudança que teria sido imposta pelos tratados com o fim dos impérios ou dinastias e o nascimento do Estado moderno. O que não nos parece de todo verdadeiro, pois Portugal, Espanha, França e tantos outros países permaneceram com o sistema monárquico.

O Estado *moderno no contexto das relações internacionais pode ser entendido* como uma maneira específica de organização política de uma comunidade humana, que tenha elementos comuns, por exemplo, um idioma ou cultura, e que conta com três elementos-chave: autoridade, soberania e legitimidade. Há uma aparente antinomia, pois se em 1648 ficou definido que os Estados seriam soberanos, ponto que atribuiu a cada um o direito de escolher a própria organização interna e sua orientação religiosa, não deixaram de existir as monarquias e os reinos.

Como grande consequência da Paz de Westfália, há quem afirme, foi o nascimento das relações internacionais, o que nos parece um exagero fundamental, já que, a contar desse marco, segundo afirmam, os países tinham liberdade para a tomada de decisões no âmbito interno e para firmar acordo de paz, o que também não nos parece correto, posto que as relações internacionais sempre existiram, o que passa a vigor é um modelo novo de regulamentação, e de se destacar que o mote central era a religião como o marco definidor.

Os princípios mais importantes da Paz de Westfália indicados pela doutrina foram:

- Estados soberanos (superioridade interna e insubmissão externa);
- não ingerência nos assuntos internos de outros estados;
- Estados iguais em direitos e obrigações;
- *Pacta sunt servanda* (respeito pelos compromissos internacionais).



Em síntese, os Estados poderiam tomar as próprias decisões, sem que outro Estado exercesse qualquer influência em tal decisão, mas de fato isso já ocorria conforme a história demonstra. Para além disso, nenhum Estado teria mais poder que o outro e todos teriam os mesmos direitos e obrigações.

Portanto, nessa sintética perspectiva histórica, dos ensaios para

O enfraquecimento do conceito de soberania como atributo do soberano, com a transmutação do interesse da nação *versus* o interesse do Estado (do soberano), evoluiu em decorrência do advento da república e da democracia

axiologicamente entender o direito internacional em relação ao direito interno, os entendimentos do que representam as informações mencionadas devem ser mensurados considerando que, em 1648, o Estado era o rei, o rei não era eleito democraticamente, por evidente, ao contrário, os Estados eram constituídos pelo parcelamento do solo decorrente da luta armada, pela força do arco e da espada, em que os interesses predominantes não eram os dos povos, que sequer poderiam ser nominados como nação, mas eram os servos do rei e quer nos parecer o neófito descon sidera o contexto histórico em que nasceu o que se denomina direito internacional, o que pretendia a hegemonia do cristianismo e a religião do Estado, a fim de evitar guerras e manter a harmonia do convívio entre os Estados (leia-se reis e seus servos).

A soberania (que já diz soberano) é um conceito que emana da figura do rei, não do Estado, conforme disse Napoleão na frase tão citada “O Estado sou Eu!” O sofisma histórico é apresentar a soberania como atributo de um Estado organizado, quando, em verdade, até pela etimologia está umbilicalmente atado à figura do soberano que era o imperador, o rei ou o tirano que ocupava a liderança, não poucas vezes através das armas.

O enfraquecimento do conceito de soberania como atributo do soberano, com a transmutação do interesse da nação *versus* o interesse do Estado (do soberano), evoluiu em decorrência do advento da



república e da democracia em história muito recente da humanidade, que resultou nos países mais desenvolvidos na aspiração que o Estado deixe de ser o ator que explora ou tutela a nação para ser aquele que proporciona bem-estar social, com a evolução dos direitos fundamentais e a promessa de que o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

O confronto do Estado contemporâneo com uma nova realidade social, em relações sociais instantâneas decorrentes das novas tecnologias, quando o projeto arquitetônico de um edifício é realizado durante o dia em uma cidade do Brasil e o projeto estrutural no período noturno em uma cidade da Índia em razão de baixar custos, isso para citar apenas um exemplo emblemático, dificultam ao direito positivo prever soluções dos direitos trabalhistas. Quando o planeta a cada dia se torna apenas uma nave onde todos habitam e necessitam de ecossistemas integrados, a água potável é um bem cada vez mais raro, com a previsão de que será fonte de conflitos em data próxima, uma vez que os aquíferos sem visa avançam por vários países, por vezes um deles com legislação ambiental para preservá-lo, outros sem legislação adequada para permitir fossas assépticas e exploração predatória, atitudes que prejudicam os que habitam no país com regulação da exploração. As reservas e biomas naturais que necessitam ser preservados e estudados para produção futura de alimentos e de fármacos clamam por solução jurídica que desborda na própria sobrevivência da humanidade; relações comerciais que demandam blocos econômicos nos países dito desenvolvidos, que dizimaram suas florestas e utilizam sistematicamente combustíveis fósseis poluidores de grande intensidade, são vetores que ocasionaram a evolução do direito para a tutela dos direitos humanos fundamentais, o surgimento do pouco evoluído direito da integração regional, do direito comunitário. Ao que parece, aguardam do direito internacional uma mudança revolucionária para assumir uma nova postura e alterar seus marcos teóricos para atingir objetivos superiores que, hoje, são empiricamente explorados pelo direito da integração regional e o direito comunitário, aparentemente reservado ao Direito Internacional uma missão institucional muito além daquela anteriormente colimada e que atualmente exercita.



No trabalho intitulado “Unasul e a Cidadania Cosmopolita”⁶, sustentamos que realizamos um périplo do México à Argentina, Portugal e Espanha questionando e propondo repensar o direito internacional, utilizando a expediência da União das nações da América do Sul (Unasul) como microcosmo, em especial no que toca à fundamentação do desiderato embasado não do capital, mas do interesse das nações que a integram.

Nesse sentido, realizou-se uma conferência magna no VI Congresso Ibero-Americano de Cooperação Judicial – “*Justicia sin frontera: desafíos al crimen organizado, interculturalidad y familia*”, promovido pela Red Latinoamericana de Jueces – Redlaj e realizada na Escola Judicial do México, em 29 de novembro de 2012. As ideias aqui defendidas, na verdade, têm como base reflexões também hauridas de conferências proferidas desde a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, em conferência sob os auspícios da Corte Centro-Americana de Justiça, do Tribunal de Justiça da Comunidade Andina e do Tribunal Permanente do Mercosul, e em outra quando do lançamento da Escola Judicial do Mercosul; como em Manágua, capital da Nicarágua, onde se encontra a sede da Corte Centro-Americana de Justiça, no encontro de todas as cortes comunitárias do planeta, em que realizamos a conferência de abertura enfrentando tais questões, com o apoio e a presença da Corte de Justiça da União Europeia; também em conferências realizadas em diversos países, como Uruguai, Chile, Paraguai, Peru, Colômbia, Portugal, Espanha e outros.

No Brasil, realizamos conferências em diversos estados, em especial em eventos promovidos pela Escuela Judicial de América Latina e pelo Copedem – Colégio de Presidentes da Escola da Magistratura, como em Santa Catarina e no Mato Grosso, em Poconé, nas quais estiveram presentes algumas das mais altas autoridades acadêmicas a respeito de direito da integração regional e direito comunitário. Destaca-se, sobremaneira, o seminário realizado em Brasília, com a presença de ministros, desembargadores e juízes de 19 países, promovido pela Escuela Judicial de América Latina, do qual resultou a *Carta de Brasília*, com a proposta da criação de um tribunal para a Unasul.



Proferimos conferência questionando os fundamentos da Unasul e a necessidade da fixação do referencial da cidadania cosmopolita no seminário “O Direito nos Tribunais Superiores”, realizado em Foz do Iguaçu, em homenagem ao ministro Sérgio Luiz Kukina, do Superior Tribunal de Justiça, nos dias 13 e 14 de março de 2015, ocasião em que foi lançado o livro *O Direito nos Tribunais Superiores*, com capítulo titulado “Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano; a necessidade de harmonização legislativa ambiental e de criação de um tribunal para a Unasul”⁷.

A convite do professor Wagner Menezes lançamos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo o livro *Um Tribunal para a Unasul – Justiça à Cidadania e ao Meio Ambiente*, em 5 de dezembro de 2011.

O questionamento dos marcos teóricos da Unasul e a proposição de um tribunal é referendada pelo professor Valério de Oliveira Mazzuoli, com extensos, sérios e excelentes fundamentos. Em seu estudo, prova o professor a real possibilidade de criar um tribunal de justiça para o bloco, sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-Americana de Justiça, medida premente à integração jurídica da América do Sul e capaz de contribuir para a real integração dessa privilegiada região do planeta⁸.

Tudo isso leva a crer na possibilidade de entender o planeta sob a óptica de uma cidadania cada vez menos hermética e mais cosmopolita, como se verá nas linhas que seguem, sobretudo um microcosmo que demonstra a necessidade um novo direito internacional voltado para a realidade das relações sociais na era da informática.

Mundialização e direitos transnacionais

Apesar de muitos entenderem que o processo denominado globalização é um fenômeno de história recente, ligeira revisão histórica demonstra que o relacionamento entre os povos foi construído na busca de riquezas através do escambo e da mercancia, singrando mares e descobrindo novos continentes; com a industrialização, sofisticadas tais relações⁹.



Ao longo do século que se findou, a humanidade experimentou uma intensa transição de paradigmas, permeada por imponentes rupturas ideológicas, pela insatisfação do ser humano com sua própria condição, pelos grandes desafios de uma época em que as transformações operam-se na velocidade da fibra ótica, em que informações cruciais são transmitidas no tempo real da Informática. As respostas de antes se entremostam insuficientes para preencher o grande vazio despertado pela atual reformatação do saber e da cultura, tomados de assalto pelas perplexidades contemporâneas, que assinalam a ocorrência de fenômenos incomensuravelmente impactantes, tais como a *globalização* e a *integração de blocos econômicos*, a imposição da *cultura organizacional* das empresas multinacionais, destruindo valores secularmente construídos.

Para além da mera concepção de uma interface econômica mantida por diversos atores internacionais e da possibilidade real de cingir-se distância e tempo, o processo em destaque comporta inúmeras variáveis compreensivas¹⁰.

Conceitualmente, é extremamente delicado falar nesses termos. Não é todo e qualquer problema compartilhado por uma fração da chamada comunidade planetária que preenche o conceito de globalização. O fenômeno é, em si mesmo, muito mais complexo, pois pressupõe nuances culturais, econômicas e ideológicas¹¹.

Alguns utilizam o vocábulo “globalização” para designar esses processos recentes, mas optamos pelo termo “mundialização”, que melhor representa um processo que alcança toda a história da humanidade¹².

É que desde tempos imemoriais o homem procura a expansão do comércio e busca riquezas, especiarias, pedras preciosas, ouro e minerais, singrando mares e descobrindo continentes. A América Latina é resultado de tal processo histórico.

A mundialização, no sentido que lhe atribui Giddens (1997, p. 61), se refere ao “processo de alargamento no concernente aos métodos de conexão entre diferentes contextos sociais ou regiões que se convertem em uma rede ao longo de toda a superfície da terra”. Nesse particular, “pode definir-se como a intensificação das relações sociais em todo



o mundo pelas quais se enlaçam lugares distantes, de tal maneira que os acontecimentos locais estão determinados por acontecimentos que ocorrem a muitos quilômetros de distância e vice-versa”.

O Estado moderno, ainda que capitalista, continua a manter suas bases no conceito de nação, o que confronta com o processo de mundialização, em que há a remoção de fronteiras através da intensificação das relações pessoais e empresariais, necessitando com urgência a expansão da consciência dos atores (individuais ou coletivos), quanto à diferenciação e ampliação dos sistemas ou organizações, com a consentânea harmonização do regramento de condutas. A crescente internacionalização dos mercados financeiros, de capitais e de trabalho precipitam dessincronias entre governos nacionais, na limitada margem de manobra que possuem em contraposição aos imperativos surgidos das relações estabelecidas de forma mundial com o predomínio das empresas frente ao homem, e não pelo homem.

O Estado moderno, ainda que capitalista, continua a manter suas bases no conceito de nação, o que confronta com o processo de mundialização

À margem de tais questões, existe uma gama de direitos e interesses jurídicos que aspiram existência e condição que colidem com os mecanismos hoje existentes, desde então surgiu a necessidade de adaptação dos sistemas jurídicos nacionais às complexidades das relações internacionais até como meio de *sobrevivência* do Estado no contexto mundial. Apenas a fundamentação da abordagem é que vem se alterando com o tempo: o que antes possuía natureza predominantemente política passou, em um segundo momento, a dedicar especial atenção ao aspecto econômico ou de *mercado*, sem preocupação com cidadania e meio ambiente, sem preocupação com a cultura nacional ou regional¹³.

Conquanto tais ameaças se afiguram cada vez mais concretas, assiste razão a Habermas, quando aponta com lucidez, em seu célebre ensaio sobre a constituição da Europa, o papel que o conceito de dignidade humana desempenha na justificação e na prática dos direitos humanos, por um lado, e o processo de unificação (europeia), por outro, demonstrando a incapacidade, por parte da política, de controlar a economia



e, portanto, de reagir às crises econômicas e financeiras desencadeadas justamente por essa falta de controle, a consequente perda de sentido e de legitimação da política diante dos cidadãos¹⁴ – do que são prova, em nosso entender, a crise de Portugal, da Grécia, de Espanha, além de outras nações.

De mais a mais, apenas um movimento de mundialização reflexivo permitirá uma reação à crise, consubstanciada no resgate da participação democrática dos indivíduos, quer nos processos decisórios supranacionais, quer na gestão das políticas econômicas e financeiras. Habermas, portanto, propõe um ensaio central com uma proposta de reforma institucional em âmbito mundial, preocupada em criar uma sociedade global mais justa, não somente no sentido de garantir as liberdades básicas, mas também de garantir mais igualdade e uma vida digna a todos os seres humanos, o que, ele salienta e decorre toda a força moral para uma maior justiça global. Em suas palavras:

A União deve assegurar aquilo que a Lei Fundamental da República Federal Alemã designa (artigo 106, alínea 2) por “homogeneidade das condições de vida”. Essa “homogeneidade” assenta apenas numa estimativa das situações de vida social que seja aceitável do ponto de vista da justiça da repartição – e não no nivelamento das diferenças culturais. Acontece que é necessária uma integração política baseada no bem-estar social para que a pluralidade nacional e a riqueza cultural do biótopo da “velha Europa” possam ser protegidas do nivelamento, no seio de uma globalização cuja progressão é tensa.¹⁵

Entretanto, a proposição que se assemelha a um discurso romântico, engloba nuances de confronto entre os interesses das nações individualmente, dos blocos de nações e da humanidade, o que implica hierarquização de interesses, com legislações conforme o interesse preponderante, o que, em nossa modesta leitura, não pode em qualquer momento deixar de ser observado, do que muito mais se dirá adiante. Em semelhante contexto é importante verificar como pode o direito auxiliar na preservação da identidade nacional e da cultura local e regional.



Maristela Basso (2022) assevera que “no panorama Global Pós-Westfaliano, no qual as relações de poder não estão mais adstritas ao âmbito nacional e, por isso, devem ser pensadas tendo como paradigma uma sociedade global interconectada e interdependente, o desafio que se apresenta diz respeito a como construir uma sociedade global mais justa e equitativa”.

Se Thomas Hobbes em *Leviatã* (1651) já defendia a necessidade de um governo justo para uma sociedade forte, John Rawls, quando publicou *A Law of People*” (1993) e, logo após, *A Theory of Justice* (1999), tornando-se o panteão dos grandes teóricos da filosofia política contemporânea, expôs sua máxima: “justiça com equidade rawlsiana”, muito se escreveu e tentou para melhorar a condição de vida das pessoas e dos povos. Contudo, os resultados precisam ser repensados.

Em tempos de John Rawls se discute o que pode ser considerada uma concepção de política do “correto” e da “justiça”, que se aplique aos princípios e práticas do direito internacional do século 21. Não há justiça sem observância dos direitos humanos básicos (civis, sociais e políticos) de cada cidadão. O dever de assistência, o reconhecimento do princípio da responsabilidade internacional dos Estados, a revisão do conteúdo e extensão do princípio da não ingerência nos assuntos internos, são temas fundamentais para a construção de uma teoria de justiça mais compreensível internacionalmente.

Tomando como base a análise acerca da justiça entre particulares, em 1971, Rawls ampliou sua perspectiva de análise, em 1993, para o âmbito internacional, dando início a uma profícua discussão sobre a impossibilidade de obter “justiça nacional/doméstica” sem uma “justiça global”.

Com os aportes e críticas dos também filósofos Thomas Pogge (1994) e Charles Beitz (1999), discípulos de Rawls, teve lugar uma verdadeira revolução no pensamento filosófico-político no final do século 20 e início do 21, culminando em importantes teorizações sobre o tema da “justiça global” e da “justiça com equidade”.

No panorama global pós-westfaliano, no qual as relações de poder não estão mais adstritas ao âmbito nacional e, por isso, devem ser pensadas tendo como paradigma uma sociedade global interconectada e



interdependente, o desafio que se apresenta diz respeito a como construir uma sociedade global mais justa e equitativa.

Para Thomas Pogge, a “justiça global” deve levar em consideração os diversos problemas, nuances e pluralidades existentes no mundo atual e se alicerçar em uma nova “teoria de moralidade global” e suas implicações em um mundo cada vez mais interdependente. Ela concluindo, afirma peremptoriamente: “Não há dúvida de que a ordem estrutural global atual é injusta. A desigualdade tende a aumentar.”

Entende que as causas da pobreza não são puramente domésticas. Se fosse verdadeira essa assertiva, a mera assistência aos necessitados estrangeiros apaziguaria os dilemas morais enfrentados pelos cidadãos dos países ricos e perfectibilizaria o dever de assistência rawlsiano.

Há necessidade de uma ordem global mais justa pode auxiliar os mais pobres, sem que haja prejuízos, ou que estes sejam mínimos, aos mais prósperos.

Não resta dúvida que no plano internacional o individualismo normativo deve ser deixado de lado, e a responsabilidade moral dos indivíduos deve abranger a dos “povos”.

Segundo Maristela Basso (2022):

Essas ações deveriam ser moralmente compulsórias para que todos tivéssemos um mundo mais justo. Se o direito internacional não buscar novos princípios, fundamentos e paradigmas na doutrina filosófico-político-jurídica neocontemporânea da “justiça global com equidade”, corre o risco de perecer pelo embaraço de sua ineficiência e incapacidade de apresentar soluções e respostas aos desafios do século XXI.

Para Amartya Sen, justiça pressupõe o respeito às liberdades e capacidades das pessoas, sendo que ambas estão interligadas, e que deve ser resguardado a todos a liberdade de escolha e oportunidades, para que, assim, levem a vida que desejem levar, sem que essa “vida boa” lhes seja imposta pelo Estado ou por um contrato original.

O bem-estar não é uma noção abstrata, mas inclui a análise concreta de todos os elementos e variáveis referentes às pessoas e às sociedades,



incluindo-se suas necessidades, suas capacidades de transformação de recursos, suas liberdades e suas realizações – apesar de Sen entender que a justiça não pode pautar exclusivamente ou finalisticamente nas realizações, devendo enfocar primordialmente as liberdades e capacidades, que permitiriam a realização do que as pessoas desejassem, sendo-lhes resguardadas oportunidades e escolhas.

A importância da detecção e erradicação de injustiças está entre o que Sen entende como justiça. Não necessariamente instituições perfeitas, mas a observância de situações de grave injustiça e a intervenção para que tais situações não mais ocorram. O exemplo repisado durante toda a obra é a fome, considerada por Sen uma das maiores injustiças globais. Para a indignação e resistência à injustiça, as pessoas precisam racionalizar e adotar as soluções eficazes para o seu fim. A justiça pressupõe a eliminação da grave injustiça, que pressupõe a argumentação racional para a adoção das medidas possíveis para tal.

Talvez o foco mais relevante da justiça em Amartya Sen seja o reconhecimento do pluralismo e da diversidade. Ao aceitar que pessoas diferentes levam vidas diferentes, e que isso deve influenciar na perspectiva de um “acordo” sobre justiça, bem como na definição do que seria justo, Sen permite a inclusão da perspectiva das mais diversas sociedades em que a diversidade é o principal pano de fundo das vidas das pessoas. A possibilidade de que vários valores e princípios concorram entre si para um grau de importância não quer dizer que dessa pluralidade não se possa obter uma teoria de justiça possível globalmente.

Nesse cenário, surge a missão mais importante do direito internacional como atributo contemporâneo: a necessidade premente de entender o consenso a respeito da mudança do antropocentrismo para assumir o planeta, a denominada Mãe Terra como o centro de onde decorre a vida e, a partir da vida, os direitos.

A *Conferência Mundial dos Povos sobre Mudanças Climáticas e direitos da Mãe Terra* trouxe à luz a *Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra*. A inovação conduz a uma revolução em que são proclamados princípios e fundamentos que alteram substancialmente o que informará as relações jurídicas entre os povos.



Destacando alguns de tais princípios, consideramos que todos somos parte da Mãe Terra, uma comunidade indivisível vital dos seres interdependentes e inter-relacionados com um destino comum; reconhecemos com gratidão que a Mãe Terra é fonte de vida, alimento, ensino e fornece tudo aquilo que nós necessitamos para viver bem; reconhecemos que o sistema capitalista e todas as formas de depredação, exploração, abuso e contaminação causaram grandes destruições, degradações e alterações à Mãe Terra, pondo em risco a vida tal como a conhecemos hoje, produto de fenômenos como a mudança do clima; convencidos de que numa comunidade de vida interdependente não é possível reconhecer somente os direitos dos seres humanos, sem provocar um desequilíbrio na Mãe Terra.

Entendemos que, quando afirmam necessário também reconhecer e defender os direitos da Mãe Terra e de todos os seres que a compõe para garantir os direitos humanos, e que existem culturas, práticas e leis que o fazem, principia uma mudança de paradigma do antropocentrismo para uma cosmovisão de que sem uma complexidade de direitos a serem reconhecidos há risco à sobrevivência humana no planeta.

Conscientes da urgência de realizar ações coletivas decisivas para transformar as estruturas e sistemas que causam as mudanças climáticas e outras ameaças à Mãe Terra, proclama a *Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra*, e fazem chamado à Assembleia Geral das Nações Unidas para adotá-la como propósito comum para todos os povos e nações do mundo, com a finalidade de que tanto os indivíduos como as instituições se responsabilizem por promover através do ensino, a educação e a conscientização o respeito para com direitos reconhecidos na declaração e, assim, assegurar através de medidas e mecanismos efetivos e progressivos de caráter nacional e internacional seu reconhecimento e aplicação universal entre todos os povos e países.

Ora, a profundidade do parágrafo anterior reclama um repensar do conteúdo que deve integrar o direito internacional, desde logo assinalamos que entendemos tanto o direito da integração regional como o direito comunitário, como partes do sistema de direito internacional e quase nada há de estudos e ensaios a respeito.



A mencionada declaração tem afirmações consistentes que demandam todo o repensar que propomos, por exemplo, assinala que a Mãe Terra é um ser vivo, é uma única comunidade, indivisível e autor-regulada, de seres inter-relacionados que sustentam, contêm e reproduzem a todos os seres que a compõem. Cada ser se define pelas suas relações como parte integrante da Mãe Terra. Os direitos inerentes da Mãe Terra são inalienáveis porque derivam da fonte de mesma existência. A Mãe Terra e todos os seres que a compõem são titulares de todos os direitos inerentes reconhecidos na declaração sem nenhum tipo de distinção, como pode ser entre seres orgânicos e inorgânicos, espécies, origem, usos para os seres humanos, ou qualquer outro status.

Assim como os seres humanos possuem direitos, todos os demais seres da Mãe Terra também possuem direitos específicos da sua condição e apropriados para o seu papel e função dentro das comunidades nas quais existem.

Propõe que os direitos de cada ser são limitados pelos direitos dos outros seres, e qualquer conflito entre esses direitos deve ser resolvido de maneira que seja mantida a integridade, equilíbrio e saúde da Mãe Terra.

Ademais, ainda propõe obrigações dos seres humanos para com a Mãe Terra, afirmando que todos os humanos são responsáveis de respeitar e viver em harmonia com a Mãe Terra; mas não apenas os seres humanos, todos os Estados e todas as instituições públicas e privadas devem: atuar de acordo com os direitos e obrigações reconhecidos nesta declaração; reconhecer e promover a aplicação e a plena implementação dos direitos e obrigações estabelecidos na declaração; promover e participar na aprendizagem, análise, interpretação e comunicação sobre como viver em harmonia com a Mãe Terra; asse-

Somente através
do direito
internacional
será possível
estabelecer entre
as nações o
arcabouço legal
para respeitar,
proteger,
conservar e,
onde seja
necessário,
restaurar a
integridade dos
ciclos, processos e
equilíbrios vitais da
Mãe Terra



gurar que a procura do bem-estar humano contribua ao bem-estar da Mãe Terra, agora e no futuro; estabelecer e aplicar efetivamente normas e leis para a defesa, proteção e conservação dos direitos da Mãe Terra.

Ora, somente através do direito internacional será possível estabelecer entre as nações o arcabouço legal para respeitar, proteger, conservar e, onde seja necessário, restaurar a integridade dos ciclos, processos e equilíbrios vitais da Mãe Terra, garantindo que os danos causados pelas violações humanas dos direitos inerentes reconhecidos nessa declaração sejam corrigidos e que os responsáveis prestem contas para restaurar a integridade e a saúde da Mãe Terra; autorizar a todos os seres humanos e as instituições a defender os direitos da Mãe Terra e de todos os seres que a compõe; estabelecer medidas de precaução e restrição para prevenir que as atividades humanas conduzam à extinção das espécies, à destruição dos ecossistemas ou a alteração dos ciclos ecológicos.

A reflexão é realizada, como dito, como aporia para repensar os fundamentos para o Direito Internacional.

Boaventura Sousa Santos, nosso orientador no pós-doutorado do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, tem intensa pesquisa a respeito da mudança paradigmática na América Latina, posto que ela foi por muito tempo esteve dominada pela visão eurocêntrica de mundo. No subsequente processo de descolonização surgiu uma corrente de pensamento crítico que defendia ruptura com essa visão, promovia resistências e transformações paradigmáticas. Esse movimento em direção a um conviver mais ecológico, plural e intercultural se instalou em alguns países latino-americanos que aparentemente se influenciaram pela própria cultura ancestral.

Nesse contexto, eclodiu a cosmovisão andina e o novo constitucionalismo latino-americano, com seu fundamento ecocêntrico, que já fundamenta um novo paradigma constitucional.

No novo constitucionalismo latino-americano surgiram as novas constituições na América Latina, como a da Bolívia e do Equador, e por fim verifica-se a emergência de um novo paradigma ecojurídico constitucional.



De fato, existem muitos outros fundamentos para um repensar do direito internacional, a força extraordinária das multinacionais que alteram costumes e impõe suas políticas privadas acima do interesse público esmagando a vontade das nações assinalam a complexidade das relações que necessitam de um urgente repensar.

Conclusão

A concepção tradicional do Estado moderno como principal agente regulador de suas políticas internas e externas precisa ser revista e redefinida na atualidade, em que as estruturas e os processos de dominação econômicos, políticos e sociais parecem não mais respeitar as fronteiras nacionais. Emerge não apenas indicar, mas garantir pela proteção efetiva dos direitos humanos no plano internacional, o que corresponde a um imperativo que suscita não apenas a atenção de Estados isolados, mas da sociedade como um todo.

Os institutos tradicionais de direito internacional público devem passar por um processo de redefinição e readequação, a fim de atender de forma satisfatória aos novos desafios e imposições do mundo contemporâneo.

Impõe-se, portanto, uma releitura de institutos clássicos de direito internacional público, de modo a adequá-los à sociedade internacional contemporânea, que se encontra em contínuo processo de transformação, em uma velocidade anteriormente não imaginável.

A existência dessa nova ordem global, no entanto, pressupõe uma profunda compreensão de soberania em que os Estados deixem de centrar-se apenas em seus interesses específicos, em prol da integral proteção do planeta, do meio ambiente, da pessoa humana, dos animais não humanos, em um cenário em que os direitos que a protegem estão em processo contínuo de internacionalização.



Notas

1. José Sebastião Fagundes Cunha. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (1980). Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Doutor pela Universidade Federal do Paraná (2001) e Pós PhD pela Universidade de Coimbra – CES. Orientador Boaventura de Sousa Santos, projeto: “Acesso à Justiça: novas tecnologias e atendimento aos princípios constitucionais processuais”. Professor titular da Faculdade de Direito do CESCAGE, da qual é fundador e autor do projeto filosófico-didático-pedagógico com Conceito A da SESu do MEC, dos Conselhos Federal e Estadual da OAB. Autor do projeto filosófico-didático-pedagógico da Faculdade de Direito de Porto Alegre. Ex-coordenador-geral pedagógico do CESCAGE. Autor dos projetos da Escola Judicial do Mercosul e da Escola Judicial da América Latina, das quais é um dos fundadores. Diretor-geral da Escola Judicial da América Latina e ex-diretor pedagógico da Escola Judicial do Mercosul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Conselho Editorial da Revista de Processo da Editora *Revista dos Tribunais*, da *Revista Galha Azul*, da Escola Judicial do TJPR, e da *Revista Judiciária da AMAPAR*. Associado do Instituto Brasileiro de Política e Direitos do Consumidor. Membro efetivo do Centro de Letras do Paraná. Membro efetivo de Academia de Letras José de Alencar. Titular da Cadeira 19 da Academia de Letras dos Campos Gerais. Membro do Centro de Estudos da América Latina do Colégio de Presidentes das Escolas de Magistratura Estaduais – COPEDEM. Membro do Grupo de Pesquisa Justiça e Política da Universidade Federal da Paraíba. Membro do Grupo de Pesquisa PRUNART-UFGM. Programa Universitário de Apoio às Relações do Trabalho e à Administração da Justiça. Ex-pesquisador do TJPR, coordenador-geral do projeto de pesquisa em Processo Penal para o Instituto Konrad Adenauer, com elogio em ficha funcional, e do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq). Finalista dos *Prêmios Innovare* do Conselho Nacional de Justiça (novas tecnologias para o processo eletrônico). Ex-professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa (1984-2002). Ex-presidente da Turma Recursal Única do Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Poder Judiciário do Estado do Paraná, com publicação de anuário com artigos e precedentes relevantes. Pesquisador a respeito das novas formas de resolução dos litígios, em especial os Juizados Especiais Cíveis e Criminais com inúmeros artigos e livros publicados. Medalha de Honra da Maçonaria - Grande Oriente do Paraná. Medalha de Honra da Itaipu Binacional. Fundador da Ação Popular Ong (Apong), que atua em defesa dos direitos humanos. Fundador da Fundação Cultural e Educacional Cescage, mantenedora da Rádio Educativa Cescage FM. Vice-presidente financeiro da Rede Latino-americana de Juizes. Membro Honorário da Associação Nacional de Magistrados do Peru. Conferencista no Brasil, na Argentina, Chile, Colômbia, Espanha, Luxemburgo, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Portugal e Uruguai. Autor de



vários livros. Experiência em Direito Processual Civil (aporia jurídica, direito comunitário, juizados especiais, Unasul e direitos humanos). Membro-fundador do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (Cebamar). Ex-presidente do Instituto Paranaense de Direito Processual e atual diretor do Conselho Científico da Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Medalha da Assembleia Maçônica do Paraná. Professor Visitante do Doutorado da UENP. Medalha da Escola Judicial do Tocantins serviços ensino jurídico. Membro da Academia Internacional de Jurisprudência e de Direito Comparado. Ex-presidente do IMB-Paraná, atual vice-presidente do IMB-Paraná, medalha do mérito cultural do Instituto dos Magistrados do Brasil.

2. Sobre o tema da história dialética da ética da humanidade, veja-se COMPARTO, 2006.
3. *Ibid*, p. 350 e ss.
4. Sobre o tema da legitimidade e, sobretudo da legitimidade internacional, cf. JUBILUT; AMARAL JR. (2003).
5. Na verdade, com o positivismo há a minimização do tema da legitimidade que passa a se confundir com o tema da legalidade, no sentido de que o que é legal é legítimo. Sobre o tema cf. JUBILUT; AMARAL JR. (2003, p. 56).
6. O presente texto é resultado de conferência proferida no seminário “O Direito nos Tribunais Superiores”, da Escuela Judicial de América Latina, realizada em Foz do Iguaçu, no dia 14 de março de 2015, em homenagem ao ministro Sérgio Luiz Kukina, do STJ, sob inspiração do novo instituto da cooperação judicial inserida no novo Código de Processo Civil sancionado no dia 16 do mesmo mês.
7. FAGUNDES CUNHA, J. S.; RABAY GUERRA, Gustavo. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano; a necessidade de harmonização legislativa ambiental e de criação de um tribunal para a Unasul. *In*: FAGUNDES CUNHA, J. S. *O direito nos tribunais superiores: homenagem ao Ministro Sérgio Luiz Kukina*. Curitiba: Bonijuris, 2015, p. 458-472.
8. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Por um Tribunal de Justiça para a Unasul: a necessidade de uma corte de justiça para a América do Sul sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-Americana de Justiça*. Brasília: Senado Federal/Secretaria de Editoração e Publicações, 2014 [o mesmo estudo encontra-se reproduzido na Parte I, Capítulo I, desta obra].
9. FAGUNDES CUNHA; RABAY, Op. cit.
10. Cf. IANNI, 1995; e BEDIN, 2003.
11. Segundo André-Jean Arnaud, é possível anotar algumas condições para se obter um discurso afinado à ideia de interação global cientificamente erigida: a) uma mudança nos modelos de produção, que facilita as transferências de algumas atividades específicas de um país para outro; b) o aparecimento de mercados de capitais transfronteiriços, isto é, o desenvolvimento de mercados fora do âmbito das nações; c) a expansão das empresas multinacionais, beneficiadas por aquilo que se convencionou chamar de economia planetária; d) o desenvolvimento de



acordos comerciais entre nações que formam blocos econômicos regionais, calcadas numa integração supranacional, tal como ocorre com a União Europeia, com o Mercosul e ALCA; e) um ajuste estrutural das funções do aparelho estatal, diminuindo-se sua intervenção com processos como a privatização das empresas públicas, em que “as próprias estruturas jurídicas são afetadas e adaptadas à interação econômica”; f) a hegemonia do neoliberalismo econômico, mormente ocasionada pelo mercado privatizado, pelo livre mercado internacional, desregulação, não intervencionismo estatal, práticas, enfim, que hoje se difundem em todos os continentes; g) uma tendência generalizada à democratização, à proteção dos direitos humanos, a um renovado interesse pelo Estado de direito; h) o surgimento de atores supranacionais e transnacionais promovendo essa democracia e essa proteção dos direitos humanos, tais como as Organizações Não-governamentais (ONGs). (ARNAUD, 1999, p. 12-14).

12. O termo *globalização*, que em regra é visto como um fenômeno econômico que deve ser combatido, pelas suas consequências nocivas para os países pobres em vias de desenvolvimento, se presta a várias interpretações. Vidal Villa esclarece que o termo *globalização* é mais comum nos países anglo-saxônicos, sendo, entretanto, utilizado pelos europeus continentais o vocábulo “*mundialização*”, com mais amplo sentido que o anterior (VIDAL VILLA, 1997, p. 13). Na França, a expressão ganhou força, em relação ao termo mais usual, que resiste particularmente à conta da dimensão geográfica e tentacular, sem abandonar, no entanto, o sentido original.
13. Pessoas utilizam *marcas* como sinais de *status* social e não *produtos* por suas qualidades, conforto e durabilidade, perdendo dia a dia a capacidade de discernimento e se submetendo ao massacre da mídia.
14. HABERMAS, 2012, *passim*. A obra (*Zur Verfassung Europas: Ein Essay*), escrita em 2011, no contexto da crise europeia, já foi publicada em mais de 20 países. Na edição portuguesa, há controvertido prefácio do professor Gomes Canotilho, de leitura extremamente recomendada.
15. HABERMAS, *Op. cit.*, p. 11.

Referências

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Jean Piaget, 2005.
- ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- AYLLÓN, Bruno. La cooperación internacional para el desarrollo: fundamentos y justificaciones en la perspectiva de la teoría de las relaciones internacionales. *Carta internacional*, v. 2, n. 2, p. 32-47, out. 2007.
- BASSO, Maristela. Desafios para uma ordem global justa. Na Pauta Online, 24 set.



2022. Disponível em: <https://napautaonline.com.br/desafios-para-uma-ordem-global-justa/2022/09/24/>. Acesso em: 22 out. 2022.
- BEDIN, Gilmar Antonio. O fenômeno da globalização do mundo e as possibilidades de realização da sociedade atual: é possível construir uma nova ordem mundial justa e solidária? *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo: Unisinos, v. 36, n. 97, p. 5-34, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- CUNHA, J. S. Fagundes. *Um tribunal para a Unasul – Tribunal das Nações da América do Sul – justiça à cidadania e ao meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2011.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Le Relatif et l'universel*. Paris: Le Seuil, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FAGUNDES CUNHA, J. S.; RABAY GUERRA, Gustavo. Crises e perspectivas do desenvolvimento latino-americano; a necessidade de harmonização legislativa ambiental e de criação de um tribunal para a Unasul. In: FAGUNDES CUNHA, J. S. *O direito nos tribunais superiores: homenagem ao Ministro Sérgio Luiz Kukina*. Curitiba: Bonijuris, 2015.
- FARIA, Werter Rottuno. *Harmonização legislativa no Mercosul*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas; Porto Alegre: Associação Brasileira de Estudos da Integração, 1995. (Estudos da Integração, v. 8)
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Teresa Albero et al. 2. ed., Madrid: Alianza, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Sobre a constituição da Europa: um ensaio*. Tradução de Denilson Luís Werle e Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Unesp, 2012.
- IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- JABILUT, Liliana Lyra; AMARAL JR., Alberto do. *A legitimidade da não intervenção em face das resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de São Paulo, 2003.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente: o direito brasileiro e a convenção de Aarhus. *Rev. Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 297-327, 2012.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Por um Tribunal de Justiça para a Unasul: a necessidade de uma corte de justiça para a América do Sul sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-Americana de Justiça*. Brasília: Senado Federal/Secretaria de Editoração e Publicações, 2014
- MENEZES, Wagner; MARCOS, H. J. B. Apresentação da obra *Direito Internacional: ensino e pesquisa no Brasil*. Belo Horizonte, 2022. (Prefácio, Pós-fácio/ Apresentação)>.
- MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em expansão*. Belo Horizonte: Ar-raes Editores, 2021, v. 20.
- MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em expansão*. Belo Horizonte: Ar-



- raes Editores, 2021, v. 21.
- MENEZES, Wagner. O direito internacional contemporâneo e a teoria da transnormatividade. *Pensar*, Fortaleza, v. 12, p. 134-144, mar. 2007.
- RABENHORST, Eduardo. Direitos humanos e globalização contra-hegemônica: notas para o debate. In: LYRA, Rubens Pinto (org.). *Direitos humanos: os desafios do século XXI – uma abordagem interdisciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- SMOLARECK, Adriano Alberto; MENEZES, Wagner (coord.); NUNES FILHO, A. A.; OLIVEIRA, P. H. R. (org.). *Tribunais Internacionais e a garantia dos direitos sociais*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Internacional, 2021.
- VENTURA, Deisy; BARALDI, Camila. A Unasul e a nova gramática da integração sul-americana. *Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável*, v. 4, n. 3, ago. 2008.
- VIDAL VILLA, José Maria. Mundialización y estados nacionales. In: *Masstricht y el futuro de Europa*. Barcelona: Serbal-Fundación Pere Ardiaca, 1997.



Bonijuris



Você sabia

que agora é possível
acessar a Revista
Bonijuris em formato
digital?

[Clique aqui](#)

e acesse agora



  | [revistabonijuris](#)

www.editorabonijuris.com.br 

41 3323 4020  |  0800 485 4020



ESCLARECIMENTO

Diferentemente do que foi publicado no artigo “Cabimento de compensação por danos morais nos casos de abandono afetivo de filhos”, de autoria de Fabiane Lima Eloy Nogueira (Revista Judiciária do Paraná – Ano XVII – n. 23 – Maio 2022 – págs. 132 a 155), o trecho “As fundamentações do Tribunal Superior se baseiam no sentido de que as obrigações do dever de cuidado para com a prole advêm do poder familiar, e que apenas poderá ser exigido após o reconhecimento da paternidade, tendo em vista que antes do reconhecimento não existe o poder familiar daquele pai para com aquele filho, assim não havendo que se falar no descumprimento do dever de cuidado. Portanto, **não descumprindo** os requisitos da responsabilidade civil, o que se reflete na impossibilidade de compensação pecuniária pelos danos sofridos” foi transcrito incorretamente, o referido parágrafo segue agora em sua versão correta: “As fundamentações do Tribunal Superior se baseiam no sentido de que as obrigações do dever de cuidado para com a prole advêm do poder familiar, e que apenas poderá ser exigido após o reconhecimento da paternidade, tendo em vista que antes do reconhecimento não existe o poder familiar daquele pai para com aquele filho, assim não havendo o que se falar no descumprimento do dever de cuidado, portanto, **não cumprindo** os requisitos da responsabilidade civil, refletindo na impossibilidade de compensação pecuniária pelos danos sofridos.”



DOCTRINA



O Direito Administrativo Sancionador na Lei de Improbidade Administrativa

Luís Mauro Lindenmeyer Eche¹

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná

Introdução

O Direito Administrativo Sancionador (DAS) não encontra no ordenamento jurídico uma regulamentação precisa. No âmbito nacional, há doutrina esparsa sobre o tema, boa parte dela fundada no direito comparado, onde a matéria é tratada com grande profundidade há décadas.

Ocorre que, com o advento da Lei 14.230/21, que incorporou, sem regulamentar, o DAS às ações de improbidade administrativa, é mister que o tema seja analisado de forma científica e com a correta atenção aos preceitos inerentes à tutela da moralidade administrativa², enquanto direito fundamental metaindividual.

É impositivo que fique clara a inexistência de simetria integral entre direito penal e o DAS, o que impede, em sentido contrário ao que a doutrina nacional majoritária tem apregoado, a simples incorporação dos princípios do direito penal para o âmbito do direito administrativo sancionador.

Como se tentará evidenciar no presente estudo, atento aos limites próprios dessa espécie de análise, embora o direito penal possa subsidiar o desenvolvimento do DAS enquanto disciplina autônoma, a incorporação dos princípios daquele ramo reclama o emprego de um juízo de proporcionalidade e finalidade. Hão de ser adaptados os princípios do direito penal, quando pertinentes ao DAS, à própria finalidade e essência dessa disciplina integrante do direito administrativo, sob pena de subversão da sua finalidade.



1. Um conceito inicial de Direito Administrativo Sancionador

O Direito Administrativo Sancionador pode ser tradicionalmente definido como a *expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado*³.

Esse conceito se revelava suficiente em certa medida, porque se prestava a diferenciar o DAS do direito penal: enquanto aquele se ocupava do direito de punir estatal na órbita administrativa, este materializava o *ius puniendi* na seara judicial, mais precisamente perante o juízo criminal.

Contudo, essa definição não mais compreende a exata extensão do que se entende por direito administrativo sancionador. A “administrativização” do direito penal verificada nos últimos anos – reflexo da hipertrofia do direito penal – tornou necessário que condutas socialmente relevantes, mas que não mereciam a tutela da *ultima ratio*, passassem a ser tratadas pelo Poder Judiciário em seara distinta da penal. Daí porque o DAS extrapolou os limites internos da administração pública passando a irradiar efeitos junto a processos judiciais que tivessem por escopo a apuração de infrações cíveis-administrativas que reclamavam uma punição por parte do Estado por meio do Estado-juiz.

É dessa evolução e do entendimento de que, por decorrer do *ius puniendi*, há de ser garantido ao réu um plexo mínimo de direitos e garantias que o estudo do DAS passa por uma nova fase, fase essa acelerada por ter sido a disciplina expressamente incorporada pelo legislador pátrio no âmago das ações que versam sobre improbidade administrativa (§ 4º do art. 1º da Lei 8.429/92).

Dessa feita, num primeiro momento, no desiderato de se diferenciar o DAS e o direito penal, considerando a inexistência de diferença qualitativa e quantitativa de penas, e levando-se em conta esse novo momento legislativo, podemos, de forma preliminar, conceituar o DAS como a *expressão do efetivo poder punitivo do Estado, direcionada à responsabilização do servidor público em sentido amplo e/ou do particular, em órbita não penal*.



2. O Direito Administrativo Sancionador e sua autonomia frente ao direito penal: da correta alocação do DAS no âmbito do direito administrativo

Fixado um conceito inicial, é de ser reforçada a dissociação do direito administrativo sancionador do direito penal de modo a evitar equívocos corriqueiros no estudo do tema.

De fato, no seu nascedouro, o DAS sofreu forte influência da evolução do direito penal. Isso porque se partiu de uma ideia equivocada de que o DAS seria um fragmento do direito penal, uma vez que ambos decorrem do *ius puniendi* estatal, que é uno. Tanto assim o é que inicialmente o DAS era denominado como direito penal administrativo.

Todavia, essa premissa errônea se deveu ao próprio ineditismo da matéria e a falsa apreensão de que, por ambos decorrerem do *ius puniendi*, não seria outra a natureza se não a penal da disciplina que estava sendo desenvolvida.

A evolução do tema, entretanto, revelou a impropriedade da nomenclatura, ensejando a adoção da expressão Direito Administrativo Sancionador. E essa alteração, antes de mera adequação semântica, representou verdadeira ruptura com a doutrina até então vigente, que identificava uma similitude entre o direito penal e o DAS. *La utilización de esta denominación [DAS] implica, pues, una ruptura deliberada con concepciones del pasado: se abandonan los campos de la Policía y del Derecho Penal para asentarse en el Derecho Administrativo. La expresión adquiere así el valor de un emblema y de una confesión doctrinal*⁴.

Veja-se que, ainda que vigore, com predominância, a teoria do *ius puniendi* unitário, isso não leva à conclusão de uma suposta subordinação ou vinculação do DAS ao direito penal e seus predicados. Isso porque percebeu-se que *esses sistemas sancionatórios não guardam similitude de lógica operativa e, embora os ordenamentos sancionatórios possam constituir manifestações de ius puniendi, seus perfis singulares exigem um esforço para caracterizar o campo em que eles podem ser utilizados*⁵. Logo, não há falar em simetria integral entre o direito penal e o DAS. E aqui jaz o ponto nodal do presente estudo: os perfis das



disciplinas são únicos e se encontram alicerçados em searas distintas do direito.

Com efeito, o *ius puniendi* se presta como raiz comum para ambas as disciplinas, mas cada qual se ocupa de uma faceta desse poder diante de suas singularidades, o que, antes de confundi-los, reforça a autonomia entre eles. Como brilhantemente destacam José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti,

a identidade do DAS em face do Direito Penal não depende apenas da concepção que se tenha do primeiro. Ela é reflexo também do que se perfilha cientificamente sobre a identidade do Direito Penal. Não há como fugir desta constatação. Para quem admite e aceita que o Direito Penal possa expandir seu terreno normativo para proteção de bens jurídicos metaindividuais e mesmo acolhe a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, a conclusão poderia se voltar para uma diferenciação fraca entre DP e DAS, totalmente dependente da liberdade de confirmação do Poder Legislativo. Esta conclusão deve ser afastada, porque os dois ramos – DP e DAS – não se confundem, sendo que cada um ostenta uma teleologia própria no direito positivo. É complexo estabelecê-las, mas no Estado de Direito Constitucional a necessidade de contenção de arbitrariedades é sempre o ponto de partida, inclusive na configuração do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador.⁶

O DAS é direito público administrativo. Tem por escopo primordial a tutela do coletivo, a qual se sobrepõe ao interesse singular ou, ao menos, deve com ele ser cotejado e ponderado no exame da aplicação da legislação e dos princípios inerentes a esse sistema. Como leciona Alejandro Nieto:

Em suma, contra todas as probabilidades, deve-se afirmar que o Direito Penal Administrativo é, como o próprio nome indica, um Direito Administrativo embutido diretamente no direito público estatal e não um Direito Penal vergonhoso; da mesma forma que o poder sancionatório administrativo é o poder anexado a qualquer



poder atribuído à Administração para a gestão do interesse público. Não é por acaso, claro, que até o nome do antigo Direito Penal Administrativo foi substituído há muitos anos pelo mais próprio Direito Administrativo Sancionador (tradução livre).⁷

Alice Voronoff, que também aponta a natureza administrativa do DAS, além de tecer fortes críticas ao aspecto unitário do *ius puniendi*, deixa clara as peculiaridades que permeiam o DAS e que devem conduzir sua interpretação. Segundo a doutrinadora, *este ramo é dotado de singularidades que buscam um “equilíbrio fino” (“legitimação híbrida”)*, destacando: (1) *as particularidades finalísticas e operacionais do DAS, atinentes à realização de objetivos de interesse público, sob enfoque prospectivo e conformativo, dissociado, como regra, de juízo de reprovação ético-social; (2) a instrumentalidade da sanção administrativa, que é compreendida como meio de gestão, e não fim em si mesmo. Instrumento de gestão e ferramenta institucional, governado por lógica de incentivos de conformidade, visando a efetividade dos objetivos de interesse público; (3) o componente funcional, que (...) se desdobra no elemento funcional estático (órgão ou ente da Administração) e elemento funcional dinâmico (exigências impostas ao modus operandi da Administração)*⁸.

Além disso, não se pode esquecer que, a partir da Constituição Federal de 1988, o direito administrativo ganhou novos contornos. Abandonou-se a ideia de que a disciplina se prestava a regular a relação administrador-administração, passando a compreender que ela se destinava a tutelar, acima de tudo, o interesse público enquanto direito fundamental metaindividual. Pimenta Oliveira e Musetti Grotti bem apreenderam essa questão, ao afirmarem que

a Constituição reconhece o valor jurídico diferenciado do interesse público como categoria própria e não assimilável aos meros interesses pronunciados por administradores públicos ou meramente associados aos órgãos e entes públicos e governamentais, por lei ou atos infralegais. Não se trata de mero conceito jurídico indeterminado que a teoria da linguagem possa esgotar como operacionalizá-lo. O interesse público é um conceito recepcionado na Constituição. Isto

se faz no capítulo próprio dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 19, inciso I), no capítulo dedicado à Administração Pública, em seu significado funcional (art. 37, inciso IX), na disciplina das leis (art. 66, parágrafo 1º), na atividade de gestão da função pública na Magistratura (art. 93, inciso VIII e art. 95, inciso II) e no Ministério Público (art. 128, parágrafo 5º, inciso I, alínea b), e na distinção do campo da legalidade (tal como cristalizado na própria Constituição) do preceituado como próprio ao interesse público, em seu ADCT (art. 51 ADCT). Esta presença constitucional significa que aos intérpretes não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional.⁹

Logo, não há dúvidas que o DAS se cuida de uma disciplina própria, com predicados particulares e inserido no âmbito do direito administrativo. E, ainda que o direito penal possa fornecer instrumentos para o desenvolvimento da disciplina, é absolutamente incongruente defender a tese de uma transposição pura e simples do arcabouço principiológico do direito penal para o direito administrativo sancionador. Tal agir engendraria uma verdadeira subversão dos valores e dos princípios próprios desse ramo do direito. Isso porque, na órbita administrativa propriamente dita, o DAS visa a preservação do interesse coletivo e dos princípios da administração pública; já, na órbita judicial, particularmente na seara da Lei 8.429/92, a essas finalidades se agrega principalmente a tutela da moralidade administrativa enquanto direito fundamental, finalidades essas não tuteladas pelo direito penal com a mesma profundidade.

Assim sendo, pode-se densificar o conceito do DAS proposto inicialmente, agregando esses elementos que lhe particularizam ainda mais frente ao direito penal. Dessarte, o Direito Administrativo Sancionador pode ser compreendido como a *expressão do efetivo poder punitivo do Estado, direcionada à responsabilização do servidor público em sentido amplo e/ou do particular, em órbita não penal, que tenha atentado contra o interesse coletivo, os princípios da administração pública e/ou a moralidade administrativa.*



Com o conceito ora proposto, o DAS estará corretamente alocado no ramo do direito administrativo, o que destaca as prerrogativas próprias dessa disciplina em detrimento do direito penal.

3. Os princípios do Direito Administrativo Sancionador

Não é objeto do presente artigo elencar e esgotar a análise de todos os princípios aplicáveis ao DAS. Porém, alguns apontamentos se fazem necessários, até mesmo para se superar a doutrina tradicional que, sem cientificidade adequada, conclama pela aplicação dos princípios do direito penal ao DAS como se houvesse uma integral simetria entre essas disciplinas, o que inexistente.

Inicialmente, não há dúvidas de que, em um regime democrático, deve ser assegurado ao destinatário do *ius puniendi* um plexo de direitos e garantias fundamentais garantindo-lhe um devido processo legal substantivo. Logo, princípios elementares do direito penal como o da legalidade (tipicidade), da culpabilidade (no sentido de se evitar a responsabilidade objetiva) e da pessoalidade da pena podem – e devem – ser incorporados como princípios próprios do DAS.

Em sentido semelhante, Gustavo Binenbojm¹⁰ e Denise Luz¹¹ sustentam que, além das cláusulas do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, compõem o núcleo comum do direito administrativo sancionador: o princípio da legalidade, sob o viés da tipicidade; os princípios da segurança jurídica e da irretroatividade; os princípios da culpabilidade e da pessoalidade da pena; o princípio da individualização da sanção; e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No entanto, enquanto alguns desses princípios podem ser simplesmente transplantados da órbita penal para o DAS, outros deverão suportar ajustes de modo a acomodar a própria teleologia do DAS, sob pena de desvirtuar o instituto. Como já assentado, o interesse público possui envergadura constitucional, de forma que à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – na feliz expressão cunhada por Peter Häberle¹² – não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema



jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional.

Reafirmamos: ainda que o direito penal possa contribuir, por meio de seus princípios, na elaboração de instrumentos a fomentar o DAS, é inviável que não seja sopesado que o DAS possui finalidades outras e que está alicerçado em uma gama principiológica própria que, muitas vezes, não converge com aquela que fomenta o direito penal. É da natureza

O DAS e o direito penal possuem diferentes caracteres institucionais e constitucionais, não se encontrando na mesma posição ante o direito

do direito administrativo sancionador o *predicado de ser uma ordem jurídica parcial da atividade do Estado e, logo, está irremissivelmente engatilhado a instrumentalizar a ótima realização de interesses públicos*¹³. A *diretriz é contribuir para integrar; e não desnaturar a índole administrativista dos sistemas sancionadores administrativos*¹⁴. O DAS deve *avaliar com o devido rigor científico as contribuições desses ramos do Direito Público, sem jamais abandonar a sua índole de regime jurídico-administrativo instrumental de tutela de interesses públicos*¹⁵.

Na nossa ótica, mostra-se absolutamente simplista e equivocada a tese apresentada por parte da doutrina¹⁶ que aponta para uma pura transposição dos princípios do direito penal para o DAS. Primeiro porque parte de uma premissa equivocada, no sentido da existência de uma suposta simetria integral entre o direito penal e o DAS – o que já foi afastado nos capítulos antecedentes; segundo, essa teoria deixa de lado todas as prerrogativas e peculiaridades que impregnam a tutela do coletivo, objeto último do DAS.

O DAS e o direito penal possuem diferentes caracteres institucionais e constitucionais, não se encontrando na mesma posição ante o direito. Não há como sustentar que no âmbito do direito administrativo sancionador haja uma prevalência dos direitos do réu tal qual ocorre no âmbito do direito penal. Os valores e interesses em litígio possuem notas distintivas que, inclusive, ensejaram a ruptura do DAS e do direito penal como disciplinas de um mesmo ramo jurídico.



Na seara do direito administrativo, a prevalência é do coletivo. E isso, de forma alguma, importa em reconhecer hipótese de juízo de exceção, ditatorial ou, ainda, que ao réu não serão conferidos os direitos e garantias que lhes são próprias. Serão! Todavia, os direitos e as garantias que lhes são devidas estão dentro de um contexto de devido processo judicial que envolve matéria de direito administrativo e cujas penas não envolvem privação da liberdade.

Hão de ser devidamente ponderados os valores que guiam a razão de ser do DAS e, a partir dele, e não do direito penal, avaliar com o devido rigor científico a pertinência ou não da incorporação dos princípios do direito penal, sem jamais abandonar a sua índole de regime jurídico-administrativo instrumental de tutela de interesses públicos, os quais possuem *status* de direito fundamental metaindividual. O direito penal não é a matriz do direito administrativo sancionador, mas sim o direito público, o que explica a aproximação desse ramo jurídico com o direito criminal, porém sem a completa transposição dos princípios garantistas¹⁷.

Aduza-se que esse debate sobre a incorporação dos princípios do direito penal para o DAS é absolutamente atual no plano internacional, havendo intensa divergência sobre a matéria.

No Tribunal Constitucional Espanhol, como aponta Vicenç Aguado Cudolà, há uma tendência jurisprudencial de flexibilizar a aplicação dos princípios do direito penal no âmbito do DAS, tornando tais princípios muito mais restritivos e, até mesmo, excluindo alguns desses princípios diante da sua incompatibilidade com a natureza do processo administrativo sancionador. Anota o doutor Vicenç Aguado Cudolà:

Agora, passada essa fase eminentemente garantista, como consequência lógica da lógica da reação à situação jurídica existente no regime anterior, pode-se observar uma tendência jurisprudencial do Tribunal Constitucional [da Espanha] de natureza mais restritiva na medida em que redireciona a plena aplicação das garantias do artigo 24.2 ao seu ambiente natural – o processo –, enquanto exclui a validade de alguns deles no procedimento de sanção administrativa com base em sua incompatibilidade com sua natureza.¹⁸ (tradução livre)



Na França¹⁹ e na Itália²⁰ o entendimento prevalente é pela independência do DAS frente ao direito penal, inclusive sendo admitida a dupla penalização pelos mesmos fatos, uma vez que, para esses ordenamentos, a disparidade da natureza das esferas (penal e administrativa) legitima essa penalização dúplice. Ou seja, se nega a aplicação do princípio do *ne bis in idem* (próprio do direito penal).

No âmbito supranacional europeu, embora haja precedente concluindo pela aplicação dos princípios penais ao âmbito do DAS²¹, também é possível encontrar precedente indicando a impertinência dessa providência. É o que se afere, por exemplo, do precedente do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Aklagaren vs Hans Akerberg Fransson*, que versava sobre condenação nas esferas tributária e criminal por declarações falsas em relação a impostos devidos. Na ocasião, manifestou-se o tribunal pela inocorrência de violação ao princípio do *non bis in idem* pois as sanções não possuíam a mesma natureza²².

Ainda, há de ser levado em consideração que, no Brasil, o direito administrativo sancionador possui um campo de incidência absolutamente particular. Trata-se da improbidade administrativa. Não há, no direito europeu, o qual é usualmente utilizado como referência para o estudo do DAS pela doutrina nacional, situação equivalente à do Brasil, que trata o combate à corrupção administrativa por meio de um processo judicial autônomo, em seara diversa do direito penal, processo esse que tem por escopo, antes de penalizar o réu, promover a tutela da moralidade administrativa enquanto direito fundamental metaindividual. Aliás, o constituinte originário impôs, no âmbito interno, verdadeiro mandado de penalização do agente ímprobo em seara não penal (§ 4º do art. 37 da Constituição Federal).

Nessa perspectiva, considerando as peculiaridades que permeiam o DAS, há de ser realizada uma verificação de pertinência dos princípios do direito penal em etapas argumentativas, tendo as duas primeiras etapas como objetos a validade de fins (finalidade constitucional da medida) e a adequação de meios (meios adequados para realizar os fins constitucionais). No tocante à última etapa, a atenção volta-se à intensidade e à proporcionalidade em sentido estrito²³.



Aliás, esse juízo interpretativo é inerente à ciência jurídica. Somente por meio dele se viabiliza que haja o devido calibramento dos princípios oriundos de outros ramos aos bens jurídicos que passarão a tutelar no âmbito do DAS, respeitando, sobretudo, a própria finalidade dessa disciplina.

Apenas a título de exemplo, para comprovar que a proposta ora apresentada nada de inovadora possui, na Espanha há a denominada *Teoría de las matizaciones o flexibilizaciones*. Essa teoria prega, de forma muito resumida, a adoção de um processo jurídico-cognitivo visando adequar os princípios penais às características próprias do DAS quando da sua incorporação, resguardando-se e ponderando-se a natureza peculiar de tutela a que se destina o DAS. Essa teoria, aliás, vem sendo usualmente aplicada pelo Tribunal Constitucional espanhol, conforme aponta Alejandro Nieto:

O próprio Tribunal Constitucional – que, na sua condição de intérprete supremo da Constituição, declarou-se, às vezes, o mais fanático defensor das formas – acabou reconhecendo a inviabilidade do sistema e conseqüentemente tem admitido sua flexibilização mediante aplicação de certos matizes ou modulações dos princípios do Direito Penal quando aplicados ao Direito Administrativo Sancionador (tradução livre).²⁴

Contudo, como ressalva Alejandro Nieto²⁵, desse processo muitas vezes surge um novo princípio que muito pouco carrega da sua formulação original do âmbito penal. A extração do adequado sentido da norma não revela qualquer violação ao ordenamento jurídico constitucional. Ao contrário, reafirma a higidez e coerência do sistema jurídico porque garante a autonomia e a finalidade do DAS como disciplina vocacionada para a tutela do coletivo.

Assim, se propõe que a aplicação dos princípios do direito penal no DAS passe, obrigatoriamente, por um juízo de proporcionalidade para se averiguar se (i) dado princípio penal tem sua incidência adequada ao âmbito do DAS considerando a finalidade constitucional da disciplina e do ramo do direito a que vinculada; se (ii) a aplicação de



do princípio penal se mostra necessária para a tutela dos direitos e garantias constitucionais do réu que responde por uma infração civil-administrativa; e, vencidos os juízos de adequação e necessidade, se (iii) o princípio penal não demanda remodelação do seu alcance e/ou da sua essência, de modo a compatibilizá-lo com os preceitos do DAS enquanto instrumento da defesa do interesse público, mediante juízo de proporcionalidade em sentido estrito.

É evidente que a proposta ora apresentada reclamará um trabalho muito mais aprofundado dos operadores do direito. Porém, parece-nos a forma correta de entender e interpretar o DAS como uma disciplina autônoma vinculada ao direito público administrativo, com viés constitucional de promoção da tutela do coletivo e que não guarda simetria integral com o direito penal. A própria evolução dos estudos envolvendo o direito administrativo sancionador enquanto disciplina autônoma alocada em ramo diverso do direito penal exige um passo adiante em prol da sua “maioridade” dogmática, devendo ser descartado o direito penal como uma “muleta” a que se recorre diante de uma carência de regulamentação legislativa sobre a matéria. A própria ordem constitucional e o profundo desenvolvimento do direito administrativo no âmbito interno se revelam mais do que suficientes a nutrir o desenvolvimento dessa dogmática carente de positivação mais minuciosa.

Conclusão

O Direito Administrativo Sancionador cuida-se de uma disciplina vinculada ao ramo do direito público administrativo. Embora possa se valer do direito penal para fomentar o desenvolvimento da disciplina, é absolutamente incongruente defender a tese de uma transposição pura e simples do arcabouço principiológico do direito penal para o DAS. Tal agir engendraria uma verdadeira subversão dos valores e dos princípios próprios desse ramo do direito.

Por essas razões, a incorporação de princípios da esfera penal para o âmbito do DAS exige um juízo prévio de admissibilidade e adequação. A partir dos preceitos que lhe são próprios, deve-se avaliar com



o devido rigor científico as contribuições do direito penal, sem jamais abandonar a sua índole de regime jurídico-administrativo instrumental de tutela de interesses públicos, e, somente então, decidir pela pertinência dessa apropriação.

No âmbito das ações de improbidade administrativa, o DAS assume, ainda, um caráter constitucional peculiar porque serve de instrumento para a tutela da moralidade administrativa enquanto direito fundamental metaindividual. Por ser obrigação do Estado a adoção de postura proativa no desiderato de proteger e promover esse direito que serve como fundamento da república, impõe-se que análise dos princípios do direito penal eventualmente incidentes na seara do DAS tenha em conta essas características peculiares.

Notas

1. Luís Mauro Lindenmeyer Eche. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Paraná.
2. Para fins do presente estudo, moralidade e probidade serão tidos como expressões equivalentes, na linha do defendido pelos professores José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.088-1089) e Maria Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014 p. 901).
3. GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da Constituição de 1988. *Revista Estudos Institucionais*, v. 7, n. 2, maio/ago. 2021, p. 468. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>, acessado no dia 03/12/21.
4. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4a. ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 172.
5. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020, p. 90. Disponível em <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em 03/12/21.
6. Ob. cit., p. 106.
7. Ob. cit., p. 27.
8. *Apud* OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 116.



9. Ob. cit., p. 87.
10. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, p. 470, disponível em <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>, acessado no dia 30/11/2021.
11. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado: improbidade administrativa e o devido processo – aproximações e distanciamentos do Direito Penal*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 195.
12. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*, tradução Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
13. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 103.
14. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 116.
15. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Ob. cit., p. 108.
16. Cita-se, por exemplo, OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n. 2, abr./jun. 1993.
17. KRUSSEWSKI, Cristina. *Direito Administrativo Sancionador: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o Direito Penal*, p. 115. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24039/Versao%20Digital%20Dirce%20Posbanca.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acessado em 26/11/21.
18. *Apud* KRUSSEWSKI, Cristina. Ob. cit., p. 123.
19. Em decisão envolvendo a legislação de mercado de capitais e a autoridade administrativa encarregada de sua aplicação (COB), o tribunal constitucional francês afirmou a total independência entre as instâncias considerando a diferente natureza dos procedimentos (*Conseil Constitutionnel*, de 28/07/89, déc. n° 89-260 DC).
20. Também envolvendo infração da legislação de mercado de capitais (manipulação de mercado), no conhecido como “Grande Stevens”, o Tribunal de Apelação de Turim e a *Cortedi Cassazione* italiana mantiveram a condenação dos investigados tanto em sede administrativa como em sede criminal por entender inaplicável o princípio do *non bis in idem*, considerando a inexistência de identidade entre as searas.
21. Conforme refere Paulo Burnier da Silveira em O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir



- do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência (Disponível em <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/84>, acessado no dia 05/12/21), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em 2014, entendeu, no caso “Grande Stevens”, pela aplicação do princípio *non bis in idem* obstaculizando a investigação criminal contra o investigado uma vez que já havia sido condenado pelos mesmos fatos no âmbito administrativo.
22. SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio *non bis in idem* na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência, p. 12. Disponível em <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/84>, acessado no dia 05/12/21.
 23. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 116-118 e 588-594.
 24. Ob. cit., p. 370.
 25. Ob. cit., p. 47.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, disponível em <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>. Acessado no dia 30/11/2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 1, n.2, abr./jun. 1993.
- GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. *Revista Estudos Institucionais*, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>. Acesso em 03/12/21.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.
- KRUSSEWSKI, Cristina. *Direito Administrativo Sancionador: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o Direito Penal*. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24039/>

- Versao%20Digital%20Dirce%20Posbanca.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acessado em 26/11/21.
- LUZ, Denise. *Direito Administrativo Sancionador Judicializado*: improbidade administrativa e o devido processo – aproximações e distanciamentos do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2014.
- NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. *Interesse Público* – IP, Belo Horizonte, ano 22, n. 120, p. 83-126, mar./abr. 2020. Disponível em <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/CEJUR%20-%20PGM/CEJUR%20Clipping/5%C2%AA%20Edi%C3%A7%C3%A3o/Artigos/3.pdf>. Acesso em 03/12/21.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PIETRO, Maria Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência Disponível em <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/139/84>. Acessado no dia 05/12/21.



30 ANOS

UMA HISTÓRIA
CONSTRUÍDA
DESDE 1991,
SOBRE 4 PILARES
FUNDAMENTAIS:

1
Garantia
de receita

2
Segurança
financeira

3
Confiança
no trabalho

4
Respeito ao
condômino



DUPLIQUE
condomínios

SC

Balneário
Camboriú
Campeche
Canasvieiras
Chapecó
Criciúma
Estreito
Florianópolis
Joinville

São José

PR

Curitiba
Desembargador
Executive
Generoso
Nova

RJ

Atlântica
Carioca
Predial
Rio

SP

Desembargador
Do Vale
Guarulhos
Sampa
Solution
Sorocaba

MG

Triângulo

Um estudo sobre o uso das TICs pelo Poder Judiciário brasileiro: da origem à pandemia

Lucimara Segala Caldas¹

Discente do curso Mestrado Profissional em Saúde e Educação, da Universidade de Ribeirão Preto

Tiago Pedrozo Omancini²

Discente do curso Mestrado Profissional em Saúde e Educação, da Universidade de Ribeirão Preto

Rodrigo de Oliveira Lotze³

Docente do curso Mestrado Profissional em Saúde e Educação, da Universidade de Ribeirão Preto

Resumo: O presente artigo consiste numa análise histórica do uso das tecnologias da informática e da comunicação por parte do Poder Judiciário brasileiro. Realizamos uma pesquisa nos bancos de dados Google Acadêmico e Scielo com o objetivo de levantarmos artigos referentes a essa temática. Após a leitura desse material, produzimos esse texto descrevendo a história do uso das TICs pelo Judiciário brasileiro desde sua instalação no começo do século 20 até o período atual, marcado pela influência da pandemia.



Introdução

O presente artigo constitui-se num estudo acerca da aplicação das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) nos serviços dos órgãos públicos, com ênfase no Poder Judiciário brasileiro dentro do contexto da pandemia.

Na primeira parte, descreveremos o conceito de TICs como algo inerente ao surgimento da internet e dentro da perspectiva da unificação, ou seja, tornar o globo terrestre um único local no qual todos os seres humanos se encontram inseridos, ocorrendo desse modo a superação das distâncias geográficas.

Na segunda parte, apresentaremos uma visão histórica sobre o uso das TICs pelo Poder Judiciário. Perceberemos que em nosso país as TICs foram usadas inicialmente no decorrer da década de 1970, dentro do universo da Administração Pública. Em seguida, apresentaremos o uso das TICs no âmbito do Judiciário, sendo que tal uso começou a ser observado por volta dos anos 2000.

Na terceira parte, descreveremos o uso das TICs pelo Poder Judiciário dentro do contexto da pandemia, momento marcado pelo isolamento social e fechamento dos locais públicos, entre eles os relacionados à Justiça.

Por fim, esperamos com este artigo mostre a importância das tecnologias da informação e comunicação para o funcionamento da administração pública, bem como seu uso pelo Poder Judiciário como um modo de garantir aos cidadãos o acesso à Justiça.

1. A terminologia “tecnologia da informação e comunicação”

Nossa análise neste artigo começa com uma descrição sobre cada um dos termos presentes no conceito de Tecnologias da Informação e Comunicação, ou seja, abordaremos de um modo separado, os conceitos: tecnologia, informação e comunicação.

Os autores Anjos e Silva ajudam-nos a perceber as tecnologias como instrumentos que nos permitem realizar a comunicação de um



modo ágil e ilimitado quando pensados nas categorias espaço e tempo. Segundo eles,

as tecnologias são artefatos que viabilizam ações, serviços, produtos, processos que ampliam as possibilidades de comunicação de um para um, um para muitos e de muitos para muitos, produz textos em diferentes tempos e lugares, registra, compila dados com precisão e velocidade, localiza lugares através do georreferenciamento, capta e trata imagens, produz inteligências individuais e coletivas (2018, p. 3).

O autor Lemos convida-nos a ver a diferença entre tecnologia e técnica; contudo, apesar de distintas, elas possuem relação, pois na tecnologia podemos encontrar os objetos técnicos:

Hoje compreendemos por tecnologia os objetos técnicos, as máquinas e seus respectivos processos de fabricação. Do mesmo modo, utilizamos o termo técnica para abranger áreas tão díspares como a dança, a economia, as atividades esportivas, ou mesmo objetos, instrumentos e máquinas. A confusão entre os termos é impressionante (2018. Apud ANJOS; SILVA, p. 4).

Quanto ao conceito informação, inicialmente vejamos o que nos dizem os autores Capurro e Hjørland (2007), para quem o termo informação tem uma multiplicidade de significados, a depender da área na qual ele esteja empregado. Exemplificando, nas ciências naturais, ciências humanas, ciências sociais e na chamada ciência da informação, o termo carrega significados diferentes.

Interessa-nos a reflexão do conceito informação dentro da ciência da informação, uma vez que nosso artigo tem como uma de suas metas o estudo das TICs. Em tal ciência, o conceito de informação está unido ao conceito de conhecimento, ou seja, a informação pode ser compreendida como o ato de comunicar o conhecimento. A ciência da informação ocupa-se com a produção, coleta, sistematização, interpretação, armazenamento, recuperação, transformação, propagação e uso da informação (CAPURRO; HJORLAND, 2007).



Já os autores Anjos e Silva (2018) tratam o conceito de informação como sinônimo de dado. Assim, a informação pode ser compreendida como sinais que são capazes de representar fatos, conceitos ou instruções passíveis de serem codificados, transmitidos, apreendidos e interpretados. Tais sinais podem ser em formatos eletrônicos ou não, analógico ou digital.

Essa definição permite-nos discorrer agora sobre o conceito de comunicação. Na visão dos mesmos autores, as informações constituem-

A terminologia “Tecnologias da Informação e Comunicação” é usada para nomear os procedimentos, métodos e equipamentos utilizados para processar a informação e realizar a comunicação

-se em matéria-prima para os processos de comunicação e interações entre os indivíduos, ou seja, ora somos emissores, ora somos receptores. Dentro do processo de envio e recepção de informação, encontram-se a intenção e a interpretação. Assim, ao emitirmos uma informação carregamos uma intenção e, quando a recebemos, lidamos com a nossa capacidade de interpretá-la.

Sobre o conceito de comunicação, ainda, podemos dizer que ele é polissêmico, ou seja, carrega vários significados. Além da situação de diálogo entre duas ou mais pessoas, por meio dele é possível atividades como ensino, aprendizagem, troca de mensagens e informações e debate de ideias (MARTINO, 2001).

É preciso reconhecer ainda que a comunicação não se restringe aos seres humanos, isto é, há processos de comunicação entre os animais e também entre aparelhos técnicos, como por exemplo, dois computadores ligados por um modem. Por fim, quando pensamos na comunicação, é válido destacar que não se trata somente de fala e sons, mas há também a comunicação visual ou realizada por gestos (MARTINO, 2001).

A terminologia “Tecnologias da Informação e Comunicação” é usada para nomear os procedimentos, métodos e equipamentos utilizados para processar a informação e realizar a comunicação. Trata-se de instrumentos, como o computador, que surgiram dentro do contexto da



criação e desenvolvimento da internet, na segunda metade da década de 1970 e principalmente nos anos 1990, com o objetivo de criar uma Aldeia Global, ou seja, a possibilidade de todas as pessoas do mundo acessarem um fato de modo simultâneo (HASSE; BOFF, 2017).

Ainda segundo Hasse e Boff (2017), as TICs não afetaram somente os campos da tecnologia e comunicação, mas causaram mudanças em aspectos da vida diária dos seres humanos. Houve mudanças no modo do ser humano lidar com os costumes, a introdução de novos hábitos, a maneira de consumir e novos objetos de consumo, o modo de relacionamento do ser humano para com os seus semelhantes, enfim, uma nova sociedade, a Sociedade da Informação.

2. Historicidade do uso das TICs dentro da administração pública no contexto brasileiro

O uso da informática na gestão pública brasileira teve início na década de 1970. Naquele momento, as ferramentas eram usadas como auxiliares de controladores de receitas e despesas. A partir de 1995, verificou-se a necessidade de o Estado brasileiro investir no uso das TICs por parte dos órgãos de governo, como um meio de modernização da administração pública, tendo por base as diretrizes da eficiência, eficácia, transparência e prestação de contas. Ultimamente, o foco encontra-se na ampliação do acesso, na interação e oferta de serviços ao cidadão com qualidade e velocidade (ALVES; GOMES, 2017).

Ainda, segundo Alves e Gomes (2017), sobre a história do uso das TICs dentro da administração pública, é possível catalogá-la em três fases distintas: a) fase das iniciativas individuais; b) fase das iniciativas de padronização da informação; e por fim c) fase das iniciativas de virtualização.

A primeira fase foi marcada por decisões individuais e pontuais por parte dos responsáveis pela gestão dos órgãos públicos que escolhiam à sua maneira o valor do investimento, as tecnologias a serem usadas e as empresas responsáveis por subsidiar tais tecnologias. A segunda fase foi marcada pela tentativa de superar o desnivelamento gerado a partir do momento anterior, no qual os órgãos realizaram investimentos de



modos diversos. A terceira fase, de virtualização, foi marcada pela criação de um sistema virtual nacional aplicado dentro de cada localidade em específico (ALVES; GOMES, 2017).

De um modo geral, nos anos 2000, houve um intenso movimento por parte do governo brasileiro, com promulgação de normas e diretrizes regulamentadoras, a fim de estimular por parte das diferentes esferas (nacional, estadual e municipal) e poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) a criação de páginas institucionais, ou seja, sites de acessibilidade pública para mostrar os serviços prestados e oferecer informações de utilidade para todos os cidadãos (OLIVEIRA ALVES, 2020).

Dentro do universo da administração pública, no ano 2000, surgiu o Programa de Governo Eletrônico no Brasil, conforme decreto presidencial de 3 de abril daquele ano. Tal programa buscou estreitar as relações entre os cidadãos, as empresas e os diversos órgãos do próprio governo. Os objetivos do programa eram melhorar a qualidade dos serviços prestados ao cidadão, promover a interação entre empresas e indústrias, promover a participação cidadã por meio do acesso à informação e, por fim, a eficácia da gestão (HASSE; BOFF, 2017).

Considerando o Poder Judiciário, um fator decisivo para o uso das TICs foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, com as marcas da transparência, prestação de contas e melhoria da gestão. O CNJ foi criado pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, e instalado em 14 de junho de 2005. Ele coordena a atuação dos 91 tribunais de justiça brasileiros, sendo cinco tribunais considerados superiores ou de terceiro grau e 86 tribunais considerados de segundo grau (RUSCHEL; FIGUEIREDO E SILVA; ROVER, 2010).

Tabela 1: Os Cinco Tribunais Superiores ou de 3º Grau:

Nome do Tribunal	Site	Sede
Supremo Tribunal Federal – STF	http://www.stf.jus.br/	Brasília
Supremo Tribunal de Justiça – STJ	http://www.stj.jus.br/	Brasília
Tribunal Superior do Trabalho – TST	http://www.tst.jus.br/	Brasília
Supremo Tribunal Eleitoral – STE	http://www.tse.jus.br/	Brasília
Supremo Tribunal Militar – STM	http://www.tsm.jus.br/	Brasília

Tabela 01 – Tribunais Superiores – Fonte: os Autores (2022)

Tabela 2: Os 86 Tribunais de 2º Grau:

Nome do Tribunal	Quantidade
Tribunais de Justiça Estaduais – TJ	27
Tribunais Regionais do Trabalho – TRT	24
Tribunais Regionais Eleitorais – TRE	27
Tribunais Regionais Federais – TRF	5
Tribunais de Justiça Militar – TJM	3

Tabela 02 – Tribunais de 2º Grau – Fonte: os Autores (2022)

Em 2006, para proporcionar o controle social e com base no acesso à informação e no princípio da transparência, a Lei 11.419/06 regulamentou o uso da informatização referente ao processo judicial, proporcionando ao cidadão as ementas e dados referentes aos processos em curso ou já finalizados, que no vocabulário jurídico recebe o nome de jurisprudência (OLIVEIRA ALVES, 2020).

De igual modo, em 2009 a Resolução 99 do Conselho Nacional de Justiça instituiu o planejamento estratégico para o uso das TICs para que o Judiciário cumprisse a sua tarefa institucional (ALVES; GOMES, 2017).

Por fim, considerando as leis regulamentadoras do uso das TICs pelo Judiciário, ainda temos a Lei 12.527, de 2011, chamada de Lei de Acesso à Informação, ou Lei da Transparência. Segundo Oliveira Alves (2020), tal lei surgiu como um modo de regulamentar a relação Governo e Cidadão, dispôs as condições de acesso dos serviços para o cidadão, as responsabilidades em caso de negativas e a determinação do que é considerado público ou sigiloso.

As primeiras décadas do século 21 estão sendo marcadas pelo uso da tecnologia no Processo Judicial Eletrônico (PJE), que consiste num sistema online, criado pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil, diversos tribunais e outros organismos. O principal objetivo do PJE é permitir aos interessados no processo (sejam os membros do Judiciário e ou os demais cidadãos) acompanhá-lo de modo remoto, a partir de celulares, computadores e outros utensílios que permitem acesso à internet (ALVES; GOMES, 2017).



Outro recurso tecnológico bastante utilizado pelo Judiciário é a inteligência artificial. Trata-se de uma tecnologia controlada por um computador capaz de cumprir tarefas relacionadas a processos intelectuais semelhantes aos existentes nos humanos. Processos como raciocínios, descobertas de significados e generalizações. A tecnologia da Inteligência Artificial possibilita ao usuário pesquisar leis, jurisprudência, regulações, cláusulas e sugestão de estratégias. Enfim, apesar do seu uso ter um custo mais elevado, comparando-a com o PJE, os resultados podem ser plenamente satisfatórios (ARANTES; CAVALCANTE, 2018).

Outro recurso tecnológico bastante utilizado pelo Judiciário é a inteligência artificial

Por fim, segundo Arantes e Cavalcante (2018), o uso das TICs pelo Poder Judiciário, no Brasil, pode garantir alguns princípios essenciais para qualquer sistema de justiça – pilares como a duração razoável do processo, o acesso à Justiça e a economia processual. A saber, tanto à nossa Constituição Federal como o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção de Direitos Humanos) garantem aos cidadãos processos judiciais em tempo razoável.

Assim encontramos na nossa CF, art. 5º, LXXVIII: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

E no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

E no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º: “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

3. O uso das TICs no contexto da pandemia

Conforme consta do relatório emitido pelo Conselho Nacional de Justiça, em setembro de 2021,



a pandemia da covid-19 em 2020, foi um momento de reinvenção dos fluxos de trabalho no âmbito do Poder Judiciário, em que se empregou diversas medidas inovadoras e tecnológicas para a continuidade da prestação jurisdicional. Houve significativos impactos na rotina de prestação jurisdicional, tendo em vista a necessidade de atendimento aos protocolos de saúde sanitários, tanto na fase probatória quanto na execução dos julgados (CNJ, 2021, p. 12).

A adesão à digitalização dos processos assim como o ingresso de novas ações por meios dos sistemas de processo foi recorde. Em atendimento as demandas judiciais ao lado das medidas restritivas, o Judiciário implementou medidas de juízo digital e balcão virtual⁴, garantindo o acesso à justiça.

Nota-se que a digitalização dos processos permitiu que os serventuários e juízes trabalhassem em home office, sem comprometimento do atendimento das demandas judiciais e respeitando as normas de distanciamento social e demais medidas protetivas, resguardando os direitos dos servidores e atendendo de maneira eficaz aos jurisdicionados.

Conforme pesquisa realizada pela *International Association for Court Administration*, o Brasil apresentou alto índice de adequação ao contexto da pandemia, figurando no primeiro quartil amostral, em 9ª posição, num total de 38 países pesquisados (IACA, 2021).

Segundo artigo publicado no site *Jota*, o Tribunal de Justiça de São Paulo, maior tribunal do mundo em volumes de processos, conseguiu adaptar 100% de sua estrutura para o trabalho remoto em apenas dois dias (FLORÃO, 2020).

Ainda em se tratando do relatório do Conselho Nacional de Justiça, durante a pandemia o Judiciário proferiu 40,5 milhões de sentenças e acórdãos, e 59,5 milhões de decisões judiciais (CNJ, 2021).

Assim, levando em conta todas as medidas restritivas, o uso das TICs no Poder Judiciário contribuiu para a adequação da nova realidade que todos enfrentaram no contexto do estado de emergência em razão da pandemia de Covid-19.



Considerações finais

Diante das considerações acima, nota-se que as TICs trouxeram inovações à execução dos serviços públicos, desde o início de sua aplicabilidade na década de 1970, enquanto forma de auxiliar a prestação de contas, e sobretudo agora, em períodos de pandemia, já como recurso para a efetivação dos processos judiciais.

Na realização desse estudo, pode-se averiguar certa rapidez de adequação das tecnologias pelo Poder Judiciário, respondendo à nova realidade nas relações de trabalho advindas da pandemia, tornando os serviços racionais e mais eficazes.

Ao jurisdicionado houve garantia de acesso à Justiça, sendo que os serviços postos à disposição da população aproximaram-se daqueles prestados durante o período da normalidade, fora do contexto da pandemia causada pela Covid-19.

Dessa forma, o uso de TIC pelo Poder Judiciário pode ser considerado um importante mecanismo para que a Justiça desempenhe a sua funcionalidade. Além disso, as TICs garantem o elo entre as partes envolvidas em um processo: litigantes, servidores, advogados, juízes e sociedade civil, contribuindo para uma agenda de justiça inclusiva.

Notas

1. Lucimara Segala Caldas. Discente do curso Mestrado Profissional em Saúde e Educação, da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Bacharel em Direito, Procuradora do Município de Sales de Oliveira – SP. E-mail institucional: lucimara.calda@sou.unaerp.edu.br.
2. Tiago Pedrozo Omancini. Discente do curso Mestrado Profissional em Saúde e Educação, da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Bacharel em Teologia e Licenciado em História e Sociologia. E-mail institucional: tiago.romancini@sou.unaerp.edu.br.
3. Rodrigo de Oliveira Lotze. Docente do curso Mestrado Profissional em Saúde e Educação, da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Bacharel em Ciência da Computação pela Universidade Paulista (2001), Mestrado e Doutorado em Ciências da Computação e Matemática Computacional pela Universidade de São Paulo (ICMC-USP). E-mail institucional: rplotze@unaerp.br.



4. O projeto “Balcão Virtual” tem o objetivo de disponibilizar no sítio eletrônico de cada tribunal uma ferramenta de videoconferência que permita imediato contato com o setor de atendimento de cada unidade judiciária (popularmente denominado como balcão) durante o horário de atendimento ao público (Fonte: CNJ).

Referências

- ALVES, Simone Tiêssa de Jesus; GOMES, Adalmir de Oliveira. Relação entre Investimento em Tecnologia, Força de Trabalho e Desempenho em Tribunais Estaduais do Brasil. In: SEMINÁRIOS EM ADMINISTRAÇÃO, 10., 2017, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: FEA USP, 2017, p. 1-13
- ALVES, Vânia de Oliveira. A experiência de governo eletrônico do Judiciário brasileiro: estudo de caso dos Tribunais de Justiça. *Internet & Sociedade*, v. 1, n. 1, p. 250-277, 2020. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/a-experiencia-de-governo-eletronico-do-judiciario-brasileiro-estudo-de-caso-dos-tribunais-de-justica/>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- ANJOS, Alexandre Martins; SILVA, Gláucia Eunice Gonçalves. *Tecnologias Digitais da Informação e Comunicação (TDIC) na Educação*. Cuiabá: Secretaria de Tecnologia Educacional, 2018.
- ARANTES, Erika Brenda do Nascimento; CAVALCANTE, Patrícia Silva. A inserção do uso da tecnologia da informação e comunicação no poder judiciário: efetividade. *Revista Jurídica do MPRO*, v. 2, n. 2, p. 31-46, 2018. Disponível em: <http://esmpronet.mpro.mp.br/revistas/2/Artigo%2087.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2022.
- BOFF, Salete Oro; HASSE, Franciane. Implicações do uso das tecnologias de informação e comunicação (TIS's) e da sociedade digital no acesso à justiça no processo judicial eletrônico – PJ. *Revista Jurídica (FURB)*, v. 21, n. 44, p. 161-183, 2017. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/6171>. Acesso em: 19 jan. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 02 fev. 2021.
- CAPURRO, Rafael; HJORLAND, Birger. O conceito de informação. *Perspectivas em Ciência da Informação*, v. 12, n. 1, p. 148-207, 2007. Disponível em: <http://portal-deperiodicos.eci.ufmg.br/index.php/pci/article/view/54>. Acesso em 29 abr. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2021. Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2022.
- FLORÃO, Marcos. O impulso da pandemia à evolução digital da Justiça. *Jota Info*, 16 de junho de 2020. Disponível em: <http://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-pandemia-como-catalisadora-da-evolucao-digital-da-justica-brasileira-16062020?amp>. Acesso em 13 jun. 2022.



- INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR COURT ADMINISTRATION (IACA). *Pesquisa internacional do judiciário durante a pandemia de COVID-19*. São Paulo: iJuspLab, [202-?]. Disponível em: https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/UCIN/inovajusp/IACA/Analise_portugues.pdf. Acesso em: 12 mar. 2022.
- MARTINO, Luiz Cláudio. De qual comunicação estamos falando? In: HOHLFELDT, Antônio, *et al*, (Org). *Teorias da Comunicação: conceitos, escolas e tendências*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- RUSCHEL, Airton José; SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo; ROVER, Aires José. Governo eletrônico na gestão do judiciário. *Revista da ESMEC*, v. 17, n. 23, p. 25-44, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/revistadaesmesc.v17i23.2>. Acesso em: 14 abr. 2022.
- SAN JOSÉ DE COSTA RICA. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”) San Jose de Costa Rica: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/san jose.htm#:~:text=Toda%20pessoa%20ter%C3%A1%20o%20direito,direitos%20e%20obriga%C3%A7%C3%B5es%20de%20car%C3%A1ter>. Acesso em: 16 mar. 2022.



CONDOMÍNIOS
GARANTIDOS

CONTRATANDO UMA GARANTIDORA AFILIADA AOS CONDOMÍNIOS GARANTIDOS

o condomínio assegura que os moradores tenham uma percepção diária de mais segurança, conforto e bem-estar.



E conheça a cobrança com garantia de receita e descubra a garantidora mais perto de você em vivacondominio.com.br/condominios-garantidos



Viver em um condomínio garantido é muito melhor! Dá gosto **compartilhar os momentos felizes!**



Condução coercitiva e vitimização secundária: Uma releitura da condução coercitiva da vítima de violência doméstica, sexual e de gênero sob a óptica da dignidade da pessoa humana

Emerson Luciano Prado Spak¹

Juiz de Direito do Estado do Paraná

Lucas Guimarães Chagas²

Graduado em Direito pela Universidade do Contestado

Emanuely Guzinski Lustosa³

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UGV

Resumo: O artigo que ora apresentamos almeja realizar uma releitura da legitimidade constitucional da condução coercitiva da vítima de violência doméstica, sexual e de gênero à presença da autoridade judiciária. À luz da cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que dela decorrem, sustentamos que essa prática, apesar de pretender assegurar uma maior proteção à vítima, causa o paradoxal efeito de torná-la mais uma vez vítima (vitimização secundária), em razão da intervenção do aparato estatal de investigação criminal. Isso acaba por torná-la um simples instrumento a serviço do processo criminal, violando sua dignidade e sua liberdade moral. Por essa e outras razões que apresentamos no decorrer do artigo,



somos levados à conclusão de que a condução coercitiva nesses casos sofreu um processo de inconstitucionalidade superveniente, mostrando-se, atualmente, A dignidade da pessoa humana foi erigida pela Constituição Federal de 1988 à condição de princípio fundamental e fundamento do estado democrático de direito, nos termos do art. 1º, inciso III, da carta cidadã.

A ideia de dignidade humana surge no apogeu do *cristianismo* medieval⁴ e migra para a *filosofia* durante o iluminismo, ganhando uma justificação baseada na *razão*. Essa fundamentação racional da dignidade do homem encontra sua melhor expressão na obra de Immanuel Kant. Na sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, de 1785, o filósofo escreve a conhecida *fórmula da humanidade*, enunciando: “*age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre [e] ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio*”⁵. Daí resulta que o ser humano é um fim em si mesmo; não possui valor, mas dignidade⁶. Não pode, enfim, servir de instrumento para os desígnios de outrem, por mais valorosos que estes se apresentem.

Pensado o indivíduo como um fim em si mesmo e insuscetível de servir ao propósito alheio, decorre a *autonomia* como o elemento ético da dignidade, significando a “*capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas*”⁷.

Não obstante, a ideia de dignidade da pessoa humana somente se consolida como norma jurídica no segundo pós-guerra⁸. Como todos sabemos, o regime *nazifascista* fez o que fez sob o império da lei positiva. Mostrou-se necessário estabelecer um limite intransponível para a lei enquanto manifestação da vontade do Estado.

Identificada a dignidade humana como princípio jurídico⁹, daí decorrem algumas consequências: (i) o princípio pode ser aplicado de forma direta para a resolução de um caso concreto; (ii) ele irradia seus



efeitos pelo ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das demais normas jurídicas; (iii) o princípio implica na paralisação de atos normativos contrários ao seu espírito.

Em alguma medida, a história da vítima no processo penal se entrelaça com o caminho de consolidação da dignidade humana como norma jurídica. De acordo com a criminologia, a vítima experimentou três fases ao longo da história: (i) a *idade de ouro*, representada pela vingança privada; (ii) a *neutralização da vítima*, decorrente da assunção do monopólio do poder de punir pelo Estado; (iii) o *resgate da vítima*, processo iniciado no segundo pós-guerra e ainda em construção¹⁰.

No direito processual penal brasileiro, a vítima sempre foi vista como mero objeto da prova, mormente nos casos de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação. Uma vez deflagrada a persecução penal pelo titular da ação, a vontade da vítima já não mais se considerava, quer em relação à continuidade do feito, quer no que tange à produção da prova.

Nesse norte, destaca-se o disposto no art. 240, § 1º, alínea g, do Código de Processo Penal, em sua redação original, o qual estabelece ser possível a busca e apreensão domiciliar para “*apreender pessoas vítimas de crimes*”, bem como a impossibilidade de retratação da vítima depois de oferecida denúncia nas hipóteses de ação penal pública condicionada à representação, conforme art. 25 do já citado código.

Note-se, ainda, por exemplo, a hipótese de crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher. A ação correspondente é de natureza pública incondicionada (Súmula 542 do STJ), compreensão extraída da interpretação do art. 41 da Lei 11.340/06.

Nesses casos, a condução coercitiva da vítima é amparada pelo art. 201, § 1º, do Código de Processo Penal, o qual prevê a condução coercitiva do ofendido se, intimado, não comparecer perante autoridade judiciária, cuja regra já foi objeto de aprovação pelo Superior Tribunal de Justiça. Por pertinente, calha trazer à colação o seguinte aresto:

Pensado o indivíduo como um fim em si mesmo e insuscetível de servir ao propósito alheio, decorre a autonomia como o elemento ético da dignidade



Agravo regimental. Habeas corpus. Lesão corporal. Violência doméstica e familiar. Condução coercitiva da vítima. Fase judicial. Previsão legal. Nulidade. Não ocorrência. 1. É cabível a condução coercitiva da vítima para depor em juízo, ainda que esta alegue não ter mais interesse em processar seu companheiro na esfera criminal, pois além de a ação penal ser pública incondicionada, no caso de lesão corporal por violência doméstica e familiar, o próprio Código de Processo Penal prevê a possibilidade de condução coercitiva da ofendida para depor. 2. Não ocorre nulidade no depoimento, em juízo, de vítima conduzida coercitivamente para prestar declarações, sobre lesão corporal sofrida nos âmbitos doméstico e familiar, quando há informações nos autos de que foram respeitadas todas as formalidades legais, no momento da realização de tal ato processual. 3. Agravo regimental não provido (AgRg no HC n. 506.814/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe de 12/8/2019).

Pode-se extrair da razão de ser da condução coercitiva do ofendido o intuito de garantir uma maior proteção à mulher vítima de violência doméstica, impedindo que desista do processo-crime por pressão do agressor.

Não obstante, levada ao extremo, a lei tem causado o paradoxal efeito de revitimizar a mulher, na medida em que obriga sua participação no processo, fazendo-a reviver o episódio de violência mesmo contra o seu expresso desejo. E impor a presença da vítima em juízo, à força, nos casos de violência doméstica, de gênero e sexual, pode configurar uma violação dos direitos personalíssimos da ofendida ainda mais grave que a própria conduta objeto de apuração judicial que se pretende esclarecer com sua presença.

Hodiernamente, em razão de recentes contribuições da vitimologia ao estudo do processo de vitimização, sabe-se que o dano causado à vítima não se esgota com a prática do crime. O sofrimento causado com a apuração do crime pelo aparato estatal de persecução penal (Polícia, Judiciário e Ministério Público) também constitui uma forma de sobrevivimização (denominado de secundária).



A profunda neutralização da vítima no processo penal implica em uma situação na qual a pessoa ofendida “*se sente maltratada pelo sistema legal: percebe o formalismo jurídico, sua criptolinguagem e suas decisões como uma imerecida agressão (vimitização secundária), fruto da insensibilidade, do desinteresse e do espírito burocrático daquele. Tem a impressão, nem sempre infundada, de atuar como mero objeto e não como sujeito de direitos*”¹¹.

Por outro lado, e na esteira do mencionado resgate histórico da vítima, iniciado no segundo pós-guerra, não se pode olvidar que paulatinamente a situação jurídica da vítima vem se alterando no panorama jurídico. Recentes alterações legislativas têm colocado o ofendido em posição de destaque e especial relevância no processo penal.

Nesse aspecto, mostra-se possível citar a Lei 9.099/95, a qual privilegia a composição civil dos danos causados por delito criminal; Lei 11.340/06, comumente conhecida como Lei Maria da Penha, prevenindo todo um arcabouço jurídico protetivo; Lei 11.690/08, que estabelece nova redação do art. 201 do Código de Processo Penal e, dentre outras previsões, estabelece a necessária comunicação à vítima dos atos processuais, espaço reservado para o ofendido quando da audiência, encaminhamento deste para atendimento multidisciplinar nos casos recomendáveis, imposição de segredo de justiça nos feitos pertinentes para salvaguarda da intimidade dos envolvidos; Lei 11.719/08, da qual se extrai a previsão de fixação de indenização mínima para reparação dos danos causados pela infração; Lei 13.964/19, que determina a intimação da vítima a respeito da homologação de acordo de não persecução penal e seu descumprimento.

Mas é no campo da violência doméstica, sexual e de gênero que se pode notar uma alteração substancial tanto do tratamento legal dado à vítima quanto da sua posição perante os atores do processo penal.

É no campo da violência doméstica, sexual e de gênero que se pode notar uma alteração substancial tanto do tratamento legal dado à vítima quanto da sua posição perante os atores do processo penal



Extrai-se da Lei 11.340/06, ao dispor, no seu art. 10-A, inciso III, com redação dada pela Lei 13.505/17, que à autoridade policial se impõe a *“não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada”*.

Recentemente adveio a promulgação da Lei 14.245/21, conhecida como Lei Mariana Ferrer, criada *“para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima”*. Essa nova norma estabeleceu, em suma, que em audiências judiciais, *“em especial nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa”*.

A principal inovação, contudo, foi trazida com o advento da Lei 13.431/17, a qual criou todo um procedimento diferenciado para oitiva de crianças e adolescentes vítimas de crimes violentos ou sexuais, voltado precipuamente para evitar a repetição de depoimentos, mas também para proteção e acolhimento do ofendido pelo Poder Judiciário. Aludida lei estabelece a escuta especializada pela rede de proteção de crianças e adolescentes, bem como o depoimento especial no âmbito judicial, por meio de profissionais treinados e capacitados, sempre em ambiente acolhedor, a fim de evitar ofensa à integridade moral e psicológica dos infantes.

E, dentre as louváveis contribuições trazidas pela aludida lei no campo protetivo, destaca-se a previsão do direito da vítima ao silêncio sobre os fatos apurados. O art. 5º, inciso VI, da Lei 13.431/17 prevê que *“a aplicação desta Lei, sem prejuízo dos princípios estabelecidos nas demais normas nacionais e internacionais de proteção dos direitos da criança e do adolescente, terá como base, entre outros, os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente a ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como permanecer em silêncio”*.

Como é cediço, no sistema processual penal, o direito ao silêncio era garantido precipuamente ao réu, enquanto integrante do polo passivo, e aos *“ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado”*, conforme previsão do art. 206 do Código de Processo Penal.



Note-se que em relação a essa última hipótese, o direito de se negar a prestar depoimento pode ser excepcionado “*quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias*”.

No entanto, quanto à criança e ao adolescente, vítima ou testemunha de violência ou crime sexual, ao menos depois do advento da aludida Lei 13.431/17, o direito ao silêncio se tornou absoluto. Tanto é assim que sua inobservância pode ser considerada uma forma de revitimização. E, ante a recente tipificação da violência institucional (art. 15-A da Lei 13.869/19, com redação dada pela Lei 14.321/22) como crime previsto na Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19) – um importante instrumento de política criminal voltado ao impedimento da sobrevivitização pelos agentes de persecução penal –, aquele que nega o direito ao silêncio à vítima pode incorrer na prática de violência institucional, passível de responsabilização criminal por abuso de autoridade.

Assim, não há dúvida de que a política criminal moderna busca um equilíbrio entre a necessidade de punir do Estado e o igualmente importante interesse de preservar a vítima do crime de novas violências, mesmo aquelas decorrentes das instituições formais (sobrevitimização ou vitimização secundária). É nessa linha que deve se guiar a interpretação atual dos institutos da legislação criminal.

Nesse jaez, se a previsão do direito ao silêncio da criança ou adolescente vítima de crime visa coibir a revitimização e garantir a proteção à incolumidade psicológica da ofendida, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, o mesmo tratamento pode ser conferido àquela vítima adulta, a qual se encontra na mesma situação de especial vulnerabilidade decorrente da violência doméstica, de gênero ou sexual suportada.

Não há dúvida de que a política criminal moderna busca um equilíbrio entre a necessidade de punir do Estado e o igualmente importante interesse de preservar a vítima do crime de novas violências



Assim como a criança ou adolescente, a vítima adulta não pode mais ser considerada pura e simplesmente como objeto da prova penal. Essa postura *utilitarista* viola francamente a dignidade da pessoa que se encontra na posição de vítima no processo criminal, tornando-a um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais (notadamente o direito de punir) e coloca o ofendido a serviço do Estado, quando, na realidade, a lógica deveria ser inversa (isto é, o Estado deveria trabalhar em prol daquele)¹².

Nem mesmo o receio de a vítima estar sendo coagida pelo ofensor para não comparecer em juízo pode ser escusa para a condução coercitiva

Nesse sentido, defende-se que o art. 201 do Código de Processo Penal deve ser lido à luz da cláusula geral da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF) e dos direitos fundamentais que dela derivam, notadamente a intimidade, a privacidade e a liberdade moral (art. 5º, inciso X, da CF), de modo a garantir pelo menos o direito de o ofendido optar entre reviver ou não o episódio de violência. Em última análise, é preciso garantir a ela o direito ao silêncio.

Essa perspectiva se mostra ajustada ao atual cenário normativo e político criminal e acaba por harmonizar a necessidade de se garantir um mínimo de autonomia ao sujeito passivo do crime, em razão da dignidade que lhe é inerente e da também importante necessidade do Estado de exercer o controle social do intolerável.

À luz do princípio da concordância prática, não se pode interpretar a Lei 11.340/06 e os demais atos normativos de proteção à mulher em situação de violência de gênero e sexual de forma a aniquilar a autonomia da mulher e sua dignidade enquanto pessoa humana (art. 1º, inciso III, e art. 5º, inciso X, ambos da Constituição da República) em prol de um ideal de igualdade material ou mesmo de interesse público na correta distribuição da lei penal, desconsiderando, de forma absoluta, o interesse da vítima.

A propósito, nessa toada, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:



Reclamação. Ministério Público. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Condução coercitiva da vítima para depor em juízo. Inviabilidade. Revitimização. Reclamação julgada improcedente. 1. A condução coercitiva da vítima é, de acordo com o artigo 201, § 1º do Código de Processo Penal, uma faculdade, e não uma obrigação do Juízo, ao qual compete analisar o caso concreto para deferir a medida apenas em circunstâncias excepcionais, considerando tratar-se de ato que priva o indivíduo da liberdade de locomoção, submetendo-o ao comparecimento forçado à audiência. 2. Insere-se no conceito de prestação de serviço inadequado (e em revitimização) conduzir coercitivamente a vítima de delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher para reiterar em Juízo a narrativa do evento delituoso ou para justificar a sua opção por permanecer em silêncio, principalmente quando o cenário no qual encontra-se inserida, em sua concepção, já se harmonizou. 3. Reclamação julgada improcedente (Acórdão 1213619, 07147381920198070000, Relator: SILVANO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 31/10/2019, publicado no PJe: 8/11/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada).

Do direito ao silêncio pode-se extrair o direito de não ser conduzido para depor, conforme, a propósito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

O direito ao silêncio (...) constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana. Como se sabe, na sua acepção originária conferida por nossa prática institucional, este princípio proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações. (...) se o paciente não é obrigado a falar, não faz qualquer sentido que seja obrigado a comparecer ao ato (HC 171438, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 14-08-2020 PUBLIC 17-08-2020).



Se ao réu se reconhece o direito ao silêncio e, como consequência dele, a prerrogativa de não ser conduzido coercitivamente para interrogatório, a mesma razão deveria servir para justificar a concessão dessa mesma franquia à vítima do delito. E isso por um motivo bastante elementar e já anunciado alhures: *o ser humano é um valor absoluto e não pode ser instrumento do propósito alheio.*

Em verdade, e à luz da ampla transformação do papel da vítima na ciência criminal do último quarto de século, a vedação para a condução coercitiva da vítima em juízo, sob prisma de garantia ao silêncio e à proteção de sua dignidade, revela-se como essencial para se evitar a hipótese de inconstitucionalidade superveniente.

Isso porque, embora a condução coercitiva do ofendido seja providência até então considerada compatível com o ordenamento, pode-se concluir pela sua incongruência com a ordem constitucional em razão da modificação das relações sociais e da política criminal atualmente plasmada no arcabouço jurídico alhures delineado.

E, segundo Marcelo Novelino, *“uma lei pode ser considerada inicialmente compatível com determinado sentido atribuído ao dispositivo constitucional, mas posteriormente inválida à luz da nova interpretação a ele conferida. Isso ocorre nos casos de mutação constitucional, processo informal de alteração do sentido da constituição, sem modificação de seu texto”*¹³.

Nem mesmo o receio de a vítima estar sendo coagida pelo ofensor para não comparecer em juízo pode ser escusa para a condução coercitiva. Isso porque, em caso de dúvida razoável a respeito da voluntariedade da vítima em não mais depor em audiência, além de existir a possibilidade de nova diligência de intimação pelo Oficial de Justiça, para que este certifique o estado de ânimo da ofendida, pode o juízo se valer de visita e, em sendo o caso, estudo social promovido por assistentes sociais ou psicólogos dos Centros de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, ou órgão correlato, para apuração de eventual vício de consentimento da ofendida.

Note-se que os juízos que detêm competência na área da violência doméstica, familiar e de gênero podem encaminhar decisão de deferimento de medidas protetivas de urgência para o CREAS e órgão gestor,



conforme Recomendação 116/2021 do CNJ, “*para o necessário acompanhamento e suporte à vítima e agressor e erradicação da violência*”. Aludida providência não se revela mera formalidade, senão oportunidade de mútua colaboração entre Judiciário e órgãos de assistência social municipais para o enfrentamento da violência contra crianças e adultos no âmbito doméstico.

Assim, conclui-se que a cláusula da dignidade da pessoa humana reclama a releitura do papel da mulher vítima de violência doméstica, de gênero e sexual no processo penal, reconhecendo-a como sujeito de direitos e não mais como simples objeto da prova, de modo a garantir a ela os direitos fundamentais mais básicos, tal como o direito ao silêncio e a consequente impossibilidade de ser conduzida de forma coercitiva à autoridade judiciária.

Enfim, à luz de nova interpretação constitucional, a condução coercitiva da ofendida para participação em audiência judicial não mais se justifica.

Notas

1. Emerson Luciano Prado Spak. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2007). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná (2008). Especialização pela Escuela Judicial del Poder Judicial de España (2014/2015). Juiz de Direito do Estado do Paraná.
2. Lucas Guimarães Chagas. Graduado em Direito pela Universidade do Contestado (2019). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE/RS. Assessor de Magistrado no Tribunal de Justiça do Paraná.
3. Emanuely Guzinski Lustosa. Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UGV. Estagiária no Gabinete do Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de União da Vitória/PR.
4. A dignidade do ser humano se encontrava consolidada da fórmula: “*o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus*”.
5. *Apud* Marco de Azevedo Granato. Quem Habita a Dignidade Humana? A fundamentação Kantiana. São Paulo, 12 de fevereiro de 2014, p. 10.
6. Na lição de Marco de Azevedo Granato: “*Esse valor absoluto que Kant atribui ao ser humano constitui sua dignidade. Como um fim em si mesmo, ele não pode ser comparado, substituído, compensado por outra coisa. Não pode ser mensurado, precificado, trocado (...). O ser humano não tem um valor relativo, mas íntimo;*



- assim, não tem preço, mas dignidade; é pessoa, não coisa*". (In: Marco de Azevedo Granato. Quem Habita a Dignidade Humana? A fundamentação Kantiana. São Paulo, 12 de fevereiro de 2014, p.12).
7. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 24.
 8. É dizer, *"do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro anti-autoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário"* (In: A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 22).
 9. Adota-se, para os fins deste escrito, a concepção hoje dominante na doutrina de Robert Alexy, o qual divide as normas jurídicas em regras e princípios.
 10. DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução e seus fundamentos teóricos*. São Paulo: RT, 1997, p. 60-68.
 11. DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução e seus fundamentos teóricos*. São Paulo: RT, 1997, p. 67/68.
 12. Luís Roberto Barroso, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 21-22.
 13. NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podium, 2021, pág. 196.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: 1988, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília: 1941, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Brasília: 2006, DF, Disponível em: <http://>



- www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Brasília: 1995, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008*. Brasília: 2008, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008*. Brasília: 2008, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: 2019, DF, 29 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 13.505, de 8 de novembro de 2017*. Brasília: 2017, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13505.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021*. Brasília: 2021, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017*. Brasília: 2017, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019*. Brasília: 2019, DF, 27 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022*. Brasília: 2022, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14321.htm. Acesso em: 12 set. 2022.
- BRASIL. *Recomendação nº 116, de 27 de outubro de 2021*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2217062021110361830a620411b.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.
- DE MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução e seus fundamentos teóricos*. São Paulo: RT, 1997.
- GRANATO, Marcelo de Azevedo. *Quem Habita a Dignidade Humana? A fundamentação Kantiana*. São Paulo, 12 de fevereiro de 2014.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2021.
- SÚMULA nº 542 da Jurisprudência Predominante do *Superior Tribunal de Justiça*. Terceira Seção, julgado em 26.8.2015. DJe de 31.8.2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=542+STJ&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true&tp=T>. Acesso em: 12 set. 2022.



Conheça nossos
LIVROS
JURÍDICOS



[CLIQUE AQUI](#)

e adquira agora o seu!

CANAIS DE VENDA:

 41 3323 4020

 0800 645 4020

 www.livrariabonjuris.com.br



A História do Poder Judiciário Paranaense e o Desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira¹

Robson Marques Cury²

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Exponenci al liderança do Poder Judiciário, por onde passa tem granjeado o respeito e admiração, mercê dos seus dotes de educação, fidalguia e inteligência.

O magistrado Xisto relatou acerca do desembargador Oto Luiz Sponholz, na condição de seu juiz auxiliar: “Como Corregedor-Geral de Justiça esteve praticamente em todas as comarcas, incentivava os magistrados a valorizarem as datas festivas de instalação da comarca e emancipação política dos municípios que a integram, notabilizando-se por ser um corregedor que não tinha a vertente de punir, mas sim de corrigir, de ensinar, de buscar nas pessoas, nos magistrados, o melhor que poderiam oferecer em prol do Judiciário e da sociedade. Também como juiz auxiliar dele no exercício da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná, lembra que o respeito, a cortesia, a parcimônia, eram palavras de ordem. E a construção de bons relacionamentos, fundado na lealdade e seriedade, eram a chave de tudo. Ressalta: “Nunca me esquecerei disso e levo para minha vida todos esses ensinamentos”. E hoje o desembargador Xisto, ex-Presidente do TRE-PR e Presidente do TJ-PR (gestão 2019/2020), destaca: “O desembargador Oto foi meu professor, meu padrinho de casamento e padrinho do meu filho. Eu fui padrinho de casamento de todos os filhos dele. Foi uma pessoa muito importante na minha vida: me estendeu a mão e aí iniciou minha carreira na magistratura. Saudades” (*A História do Poder Judiciário*

Paranaense, v. 1, p. 202, capítulo intitulado Desembargador Oto Luiz Sponholz, autor Robson Marques Cury, Vitória Gráfica & Editora, 2022).

O estimado magistrado Noeval de Quadros prestou candente depoimento intitulado:

UM IRMÃO PARA MIM

Quando o Xisto chegou em Castro, em 1989, como promotor, a empatia foi imediata. Eu era juiz da vara criminal. Tornamo-nos muito amigos, nossas famílias conviveram em perfeita harmonia, não só naquele período em Castro, mas pela vida afora.

Nossos filhos têm quase a mesma idade.

Xisto passou em 1990 no concurso para juiz e foi para o interior. Eu acompanhei a sua carreira, torcendo por ele. Havia vezes em que ele ligava por volta das 23h e ainda estava no Fórum, geralmente elaborando alguma sentença mais complexa, que ele gostava de discutir com o amigo mais antigo na carreira.

Xisto doou sua alma para o Judiciário. Conduziu feitos com muita competência e proferiu sentenças maravilhosas, repletas de conhecimento e humanidade.

Vimos a trabalhar juntos no Tribunal. Ele foi um dos que mais me ajudou na época em que exerci a Corregedoria-Geral de Justiça. Ele diz que eu fui o seu formador, mas depois o aprendiz se tornou o mestre e até hoje o Xisto me ensina muito sobre o direito e sobre a vida.

Eu sabia que ele seria Presidente do Tribunal um dia. Isto estava escrito desde que ele iniciou a carreira porque a vocação e o talento para a magistratura nele eram inatos.

Antes, presidiu o TRE numa época em que sua atuação foi decisiva para que o Estado não perdesse mais zonas eleitorais.

Eu estava aposentado há 6 anos quando em 2019 ele assumiu a Presidência do Tribunal de Justiça e me convidou para trabalhar com ele, numa assessoria especial que criou. Foi uma experiência gratificante que marcou mais ainda a minha vida porque o nome do Xisto sempre foi “trabalho” e sua dedicação ao TJPR emana por todos os poros.

Desde o primeiro dia de sua gestão, ele deu início a uma série de modernizações. Incentivou a inteligência artificial, criou os Encontros da



Administração com Juízes e Servidores (ENCOGE) nas várias regiões do Estado, iniciou as tratativas para a implantação da Usina Fotovoltaica em Campo Mourão, criou pioneiramente o ‘Laboratório de Inovações’ do Tribunal no mesmo dia em que o CNJ baixou regulamentação nesse sentido, fortaleceu a Comissão de Saúde dos Magistrados e Servidores, incentivou a prática da *quick massage* e da meditação, promoveu palestras educativas no Pleno do TJ, realizou eventos semestrais de homenagens a servidores aposentados valorizando a sua contribuição, promoveu melhorias na EMAP e Escola de Servidores, levou o TJPR a destaque no evento nacional Judiciário Exponencial, lançou o livro “130 anos de História do Poder Judiciário”, fez programa de combate ao acervo de processos antigos nas varas, propôs ao Órgão Especial a alteração de denominação e competência de 17 varas judiciais do Estado, para promover uma distribuição mais equitativa dos serviços, bem como a unificação dos quadros e carreiras dos servidores do tribunal e a transformação de diversos cargos de segundo grau em cargos destinados ao primeiro grau, possibilitando a equalização da força de trabalho entre as duas instâncias conforme previa a Resolução 219 do CNJ, criou a Central de Movimentação Processual e unificou as secretarias das diversas varas da fazenda pública da capital, entre outros projetos de igual importância.

Em 2020, tivemos um desafio grande ao enfrentar o primeiro ano da pandemia, quando tudo estava por fazer e as incertezas eram muitas. Diversos planos e projetos tiveram de ser adiados. Xisto soube, com muita habilidade e serenidade, preservar a saúde de todos e ainda organizar a prestação jurisdicional de maneira que os serviços não sofressem paralisação, consolidando o teletrabalho que ele, de maneira sábia e intuitiva, havia implantado em todo o Estado um ano antes da pandemia.

Era sempre um dos primeiros a chegar ao TJ pela manhã e raras vezes o vi sair do TJ antes das 21h ou 22h. Houve vezes em que Xisto pas-

Em 2020, tivemos um desafio grande ao enfrentar o primeiro ano da pandemia quando tudo estava por fazer e as incertezas eram muitas



sou a noite toda no TJ, sem ir para casa, como naquele famoso episódio em 2019 da votação de três cargos para desembargador: enquanto os desembargadores votavam de forma online, sem sair de casa, ele não arredou pé da sua cadeira na Presidência da sessão no TJ, atravessando a noite gelada e concluindo a votação apenas por volta de cinco horas da manhã do dia seguinte.

Pessoa que tem um tino administrativo singular e conhece como poucos a administração pública, Xisto granjeou o respeito e a admiração dos pares, do CNJ e dos tribunais superiores. Nunca quis aparecer nos sites ou jornais, preferindo a discrição dos humildes.

Pai extremoso do Gilbertinho e da Carol, avô do Gregório, Helena e Gael, ao lado da sua esposa Rosane, Xisto tem um grande círculo de amigos. Habilidade também no trato com a bola, esse atleticano é um dos craques da AMAPAR.

Você é uma alma maravilhosa, Xisto, um ser humano raro, um amigo do peito e, mais do que isso, um irmão para mim.

Quero que você seja sempre muito feliz.

Parabéns, Xisto, por sua brilhante trajetória!

O competente jornalista Marden Machado, atendendo ao meu pedido, escreveu o texto sugestivamente intitulado:

ME CHAMA DE XISTO

Conheci o desembargador Adalberto Jorge Xisto Pereira em junho de 1994, quando da realização do II Encontro Estadual da Magistratura Eleitoral, realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, na cidade de Cascavel. Na época, o Dr. Xisto Pereira era juiz na comarca de Toledo. Fui apresentado a ele pelo então presidente do TRE, o desembargador Oto Luiz Sponholz, que havia sido seu professor no curso de direito, na Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Eu o tratei por doutor Xisto e ele, na hora, me corrigiu dizendo: “me chama de Xisto”. Isso me surpreendeu. Afinal, não é comum um magistrado pedir que alguém o chame pelo nome. No caso dele, depois que o conheci melhor, ficou claro para mim que aquele comportamento simples e direto era algo que ele trazia de berço. Nos anos seguintes eu o reencontrei em Ponta Grossa e depois em Curitiba, quando ele atuou como juiz auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça, entre 1997 e 2000.



Três anos depois o revi como juiz auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná. Em 2008, Xisto foi promovido a desembargador e nos encontrávamos, de vez em quando, em eventos do TJ ou do TRE.

Em agosto de 2013, coincidentemente, meu filho caçula e a filha dele concluíram o curso de direito na PUC. Apesar de terem estudado em turmas diferentes, a cerimônia de formatura foi conjunta. Eu o vi no teatro, me aproximei para cumprimentá-lo e disse: “Boa noite, desembargador Xisto”. Mais uma vez, ele devolveu o que já havia me dito quase 20 anos antes: “Me chama de Xisto”.

Mesmo em 2016 e 2017, quando ele assumiu, respectivamente, os cargos de corregedor e de presidente do TRE, sua postura não mudou. E o ano de 2017, no qual ele esteve à frente da presidência do Tribunal Eleitoral, foi bastante intenso. Quando ele assumiu, em fevereiro daquele ano, o Paraná contava com 54% do seu eleitorado revisado biometricamente. Xisto abraçou a causa da biometria e quando terminou seu mandato, um ano depois, o Paraná contava com 90% do eleitorado devidamente revisado pelo novo sistema de identificação através das impressões digitais.

Outro grande feito do presidente Xisto durante sua gestão no TRE-PR foi a manutenção da capilaridade da Justiça Eleitoral do Paraná. Explicando melhor: o Tribunal Superior Eleitoral havia determinado a extinção de 50% das zonas eleitorais do Estado. Ou seja, as 206 existentes deveriam ser reduzidas para 103. Xisto montou um grupo de trabalho e se empenhou pessoal e arduamente em resolver a questão da melhor maneira possível. Foram muitas reuniões com políticos das mais diversas siglas partidárias, além de inúmeras audiências públicas que resultaram em um robusto relatório de 500 páginas que, entregue ao ministro Gilmar Mendes, então presidente do TSE, reduziu em apenas 20 o número de zonas eleitorais extintas no Paraná.

Em novembro de 2018, o desembargador Xisto foi eleito presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná para o biênio 2019/2020 e me convidou para assumir a Diretoria de Comunicação e Cerimonial do TJ durante sua gestão. Foram dois anos de muito trabalho e muita aprendizagem com as ações que foram implementadas, e principalmente pela pronta e eficiente postura adotada em 2020, o primeiro ano



da pandemia da covid-19, que fez com o TJ passasse a funcionar plenamente de maneira remota.

Ainda hoje, depois que terminou seu mandato na presidência do TJ e eu retornei ao TRE, ele me liga regularmente e insiste que eu o chame apenas pelo nome, sem título algum. Confesso que muitas vezes não consigo. Pelo menos quando pessoas estranhas estão por perto. Afinal, existe o que chamamos de “liturgia do cargo”. Porém, se estamos juntos de amigos ou familiares, não tenho como desobedecê-lo. Nessas horas, eu o chamo simplesmente de Xisto.

Notas

1. Adalberto Jorge Xisto Pereira. Natural de Curitiba (PR). Filho de Gilberto de Assis Pereira e Tereza Xisto Pereira. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, turma 1988. Iniciou sua carreira em 1989, após aprovação em concurso público, como promotor de justiça. Ingressou na magistratura em 15 de junho de 1990, após nova aprovação em concurso público, sendo nomeado juiz substituto da Seção Judiciária de União da Vitória. Em 12 de abril de 1991 foi nomeado para o cargo de juiz de direito da comarca de Realeza, julgando, a seguir, nas comarcas de Siqueira Campos, Toledo, Ponta Grossa e Curitiba. Além de professor de Direito Processual Civil, foi diretor da Escola da Magistratura, Núcleo de Curitiba (gestão 2002/2003). Lecionou, também, a mesma disciplina nas Faculdades de Direito da UNIPAR (campus Toledo) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (campus Curitiba). Exerceu, ainda, o cargo de Conselheiro da Escola de Servidores da Justiça Estadual (2007/2009). Foi juiz auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça (gestões 1997/1998 e 1999/2000) e da Presidência do TJPR (gestão 2003/2004). Foi promovido ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná em 22 de setembro de 2008, pelo critério de merecimento. Foi membro da Comissão de Regimento Interno do TJPR (gestões 2009/2010 e 2011/2012) e membro eleito do Conselho da Magistratura (gestão 2011/2012). No Tribunal Regional Eleitoral do Paraná exerceu no ano de 2016, por eleição do pleno do Tribunal de Justiça, os cargos de Vice-Presidente e Corregedor Regional Eleitoral, e no ano de 2017, o de Presidente eleito, assumiu a Presidência do Tribunal de Justiça no dia 01 de fevereiro de 2019 para o biênio 2019/2020.
2. Robson Marques Cury. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.



EXCE LÊNCIA EM TRATAMENTO

MINIMAMENTE INVASIVO
DA COLUNA VERTEBRAL

Médico ortopedista especialista em
cirurgia de coluna minimamente
invasiva e reabilitação de atletas.



Tratamento
da coluna
vertebral



Terapia
percutânea
da dor



Cirurgia
minimamente
invasiva



Dr. Antônio Krieger
Cirurgia da Coluna



QUER SABER MAIS?
ACESSE O QR CODE

www.coluna.net 
[/drantoniokrieger](https://www.facebook.com/drantoniokrieger) 
[drantoniokrieger](https://www.instagram.com/drantoniokrieger) 



Direito à saúde baseado em evidências

Suane Moreira Oliveira¹

Juíza Federal

Resumo: O objetivo do presente trabalho é relacionar o direito à saúde com as evidências de tecnologias da área da saúde. Inicialmente, abordaram-se as evidências, conceituando e expondo sobre saúde, tecnologias em saúde, e medicina baseada em evidências. Na sequência, foi pesquisada e exposta a evolução jurídica – normativa e jurisprudencial – da questão relacionada às evidências de tecnologias em saúde, sendo a pesquisa jurisprudencial reservada ao âmbito nacional. Sucessivamente, identificado o atual estágio normativo e jurisprudencial das evidências em tecnologias em saúde, discutiram-se os principais óbices à sua valoração nas demandas judiciais versando sobre o direito à saúde.

Introdução

A Constituição de 1988 acertadamente qualificou a saúde como direito fundamental social em seu artigo 6º, juntamente com outros direitos fundamentais sociais, tal qual educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança e previdência social. Em que pese a essencialidade de todos esses direitos, arrisca-se a dizer que a saúde, umbilicalmente vinculada à vivência digna², é pressuposto para o exercício dos demais direitos sociais.



O texto constitucional ainda discorreu especificamente sobre a saúde em seus artigos 196 a 200, parametrizando a estrutura e o funcionamento do sistema único de ações e serviços públicos de saúde, sem prejuízo de autorizar a prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada.

Cabe lembrar, para fins do presente estudo, que o texto constitucional vigente elencou como princípios informadores do sistema único de saúde a universalidade, a isonomia e a integralidade, os quais são aqui mencionados por possuírem estreita relação com o aspecto substancial do direito à saúde.

A fim de concretizar os preceitos constitucionais, foi editada a Lei 8.080/90, a qual regulou, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, bem como conceituou e institucionalizou o Sistema Único de Saúde como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

A denominada Lei Orgânica da Saúde também replicou a princiologia constitucional atinente ao SUS, mencionando os vetores da universalidade, da integralidade e da isonomia.

Como consequência desse progresso jurídico, houve expressivo incremento da judicialização de questões afetas à saúde pública, fortemente centrada em tecnologias em saúde não incorporadas ao SUS, exigindo constante aperfeiçoamento dos profissionais da área jurídica, incluindo juízes. A reflexão a respeito de evidências relacionadas a tecnologias em saúde surge nesse contexto de elevada judicialização da saúde pública e demanda análise técnica (evidências em saúde) e jurídica (contexto normativo e jurisprudencial atual).

O escopo deste estudo, portanto, é expor em linguagem estruturada e acessível aos profissionais do sistema de justiça a respeito de evidências de tecnologias em saúde, identificar o respectivo arcabouço normativo e jurisprudencial essencial e verificar se no quadrante técnico e jurídico atual é necessário e adequado valorar evidências no proces-



samento e no julgamento de feitos judiciais versando sobre o direito à saúde no âmbito do SUS.

Adverte-se que o presente trabalho tem por limites de análise (1) a saúde pública (excluindo-se, portanto, a saúde suplementar) e, precipuamente, (2) as demandas judiciais que têm por objeto tecnologias em saúde não avaliadas pelo Ministério da Saúde através da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias em Saúde-CONITEC³.

Além disso, utiliza-se a premissa jurídica de que tecnologias em saúde avaliadas favoravelmente pela CONITEC (por intermédio de relatórios de recomendação final) e incorporadas ao SUS pelo Ministério da Saúde constituem objeto de direito público subjetivo e de que, ao revés, tecnologias em saúde avaliadas desfavoravelmente pela CONITEC (também através de relatórios de recomendação conclusiva) e não incorporadas ao sistema público de saúde pelo Ministério da Saúde não são passíveis de concessão judicial por ausência de requisitos legais (eficácia, segurança, custo-efetividade, viabilidade orçamentária etc.), aplicando-se a essas situações a presunção de juridicidade das decisões administrativas (sob os aspectos formal e substancial) e o princípio da deferência judicial às decisões do gestor público de saúde (política pública de saúde)⁴.

1. Evidências

1.1 Saúde, tecnologias em saúde e evidências

Segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, a *saúde* é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas em ausência de moléstia ou enfermidade^{5 6}.

A expressão tecnologia em saúde não é mencionada na Constituição de 1988, a qual apenas faz referência a “ações e serviços de saúde”, “procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde”, “medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos” e “substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos”, consoante artigos 196 a 200.



No âmbito do direito à saúde, constata-se significativa referência à expressão tecnologia em saúde na Lei 8.080/90, a partir da edição da Lei 12.401/11, a qual incluiu o capítulo “Da Assistência Terapêutica e da Incorporação de *Tecnologia em Saúde*” à mencionada lei orgânica (artigos 19-M a 19-U), citando como espécies de tecnologias os medicamentos, os produtos (órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos) e os procedimentos. Tecnologia da área da saúde, portanto, pode ser qualificada como *gênero* do qual podem ser extraídas diversas *espécies*.

É imperativo reafirmar que a utilização de tecnologias para fins de tratamento da saúde do ser humano acarreta uma série de consequências de índole biológica, física, química e mesmo comportamental (exemplificativamente, fármacos para tratamento de doenças psiquiátricas⁷), as quais são passíveis de mensuração através de metodologia científica.

Segundo a Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde – PNGTS do Ministério da Saúde, instituída pela Portaria GM/MS 2.690/2009⁸, consideram-se tecnologias em saúde, nos termos da Portaria GM/MS 2.510/2005⁹, medicamentos, materiais, equipamentos e procedimentos, sistemas organizacionais, educacionais, de informações e de suporte, e programas e protocolos assistenciais, por meio dos quais a atenção e os cuidados com a saúde são prestados à população.

Evidências ou evidências científicas, no que tange à área da saúde, são informações, indícios ou provas de eficácia, acurácia, efetividade e segurança dessas tecnologias em saúde, os quais são obtidos através de *metodologia* criteriosa ou científica^{10 11}.

Segundo a Lei Orgânica da Saúde, com a redação inaugurada pela Lei 12.401/11, os relatórios de recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, a qual é encarregada da avaliação técnica das tecnologias em saúde para fins de assessoramento do Ministério da Saúde, deverão ser elaborados considerando “as *evidências científicas* sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança” das tecnologias em saúde, sem deslustre dos aspectos farmacoeconômicos de custo-efetividade e de impacto no orçamento público (os quais não são objeto deste artigo).



Constata-se que evidências se relacionam estreitamente com cientificidade, *metodologia*, avaliação estatística e, portanto, com racionalidade e objetividade, em contraposição à ausência de sistematicidade e à subjetividade humana e seus eventuais vieses. Daí a relevância das evidências em qualquer domínio do conhecimento humano, inclusive e sobremaneira no domínio da saúde.

A utilização de evidências, inclusive, é recomendada pela OMS e pela OPAS¹².

1.2 Medicina Baseada em Evidências

A denominada *Medicina Baseada em Evidências – MBE* se traduz no exercício da medicina com respaldo em evidências:

A Medicina Baseada em Evidências (MBE) é um movimento de cientistas, médicos e profissionais da saúde na tentativa de utilizar e desenvolver *métodos* rigorosos que respondam a questões clínicas sobre eficácia, efetividade, eficiência e segurança de determinado tratamento e prevenção, bem como sobre a sensibilidade e especificidade de testes diagnósticos e aspectos prognósticos de certa doença na área da saúde.¹³

O conceito de MBE foi cunhado recentemente, no início da década de 1990, sendo inicialmente utilizado em 1992 por Gordon Guyatt, epidemiologista e cientista da McMaster University, localizada no Canadá¹⁴. Na década de 1960, ensaios clínicos randomizados eram pouco usuais (*oddy*) e, assim, a MBE se estabeleceu como um novo paradigma no campo da saúde no início da década de 1990¹⁵.

A expressão Medicina Baseada em Evidências, outrossim, vem sendo sucedida pelas locuções Prática Baseada em Evidências – PBE, Saúde Baseada em Evidências – SBE e mesmo Saúde Coletiva Baseada em Evidências – SCBE ou Saúde Coletiva Informada pelas Evidências – SCIE, denotando maior amplitude e extensão ao campo da saúde coletiva¹⁶.



A MBE tem como “pilares de aplicação” a “existência de estudos com resultados relevantes, a experiência clínica individual e a preferência dos pacientes”¹⁷. Assim, no âmbito da MBE, evidências são *necessárias*, mas não *suficientes*, ou seja, para fins de prescrição de tratamentos de saúde, diagnósticos e prognósticos deve haver uma *ponderação* entre a experiência clínica do profissional da saúde e as evidências, sem prejuízo do consentimento informado do paciente.

Na expressiva afirmação de David L. Sackett e colegas, *Evidence based medicine is not ‘cookbook’ medicine*¹⁸. E na percuciente colocação de Álvaro Nagib Attalah¹⁹:

A medicina, durante muito tempo, baseou-se nas experiências pessoais, nas opiniões dos indivíduos com maior autoridade e nas teorias fisiopatológicas. A Medicina Baseada em Evidências (MBE) (Sackett et al., 1996) – ou em provas científicas rigorosas – tem por objetivo nortear as tomadas de decisões sobre os cuidados em saúde, ressaltando o compromisso da busca explícita e honesta das melhores evidências científicas da literatura médica, a experiência do médico e a concordância do paciente sem os riscos e com benefícios da conduta informada.

De certa forma, essa concepção de medicina (EBM, 1992) tira a ênfase da prática com base na intuição, na experiência clínica não sistematizada e nas teorias fisiopatológicas, para se concentrar na análise apurada dos métodos por meios dos quais as informações médicas foram ou serão obtidas.

A MBE não induz ao radicalismo racional e científico em detrimento da experiência clínica do profissional da área da saúde, mas, ao revés, complementa a observação clínica e o conhecimento daí advindo, direcionando com maior certeza diagnósticos, intervenções e prognósticos, evitando a adoção de intervenções sabidamente ineficazes e inseguras e reduzindo o risco de vieses ou de decisões subjetivamente tendenciosas (conscientemente ou inconscientemente).

Nessa linha de raciocínio, é intuitivo concluir que médicos que atuam como peritos judiciais ou que integram Núcleos de Apoio



Técnico ao Judiciário elaborarão, respectivamente, laudos periciais e notas técnicas mais qualificadas se houver adesão à MBE.

A mesma ilação se aplica, por consequência, à atuação dos profissionais da área jurídica que atuam em demandas de saúde.

Atualmente, os principais instrumentos de obtenção de evidências na área da saúde são os ensaios clínicos (em especial, randomizados, duplo-cego e *mega trial*) e as revisões sistemáticas (especialmente as RS quantitativas com metanálise), sem deslustre de outros mecanismos com menor qualidade de evidência e menor força de recomendação, tais quais estudos observacionais de corte, estudo de caso-controle, estudo de série de casos e opinião de especialista^{20 21}.

Ensaio clínico são “estudos onde um grupo de interesse em que se faz uso de uma terapia ou exposição é acompanhado comparando-se com um grupo controle”. Nesse tipo de estudo “o pesquisador planeja e intervém ativamente nos fatores que influenciam a amostra, minimizando assim a influência dos fatores de confundimento”, ao contrário do que ocorre nos estudos meramente observacionais²². Para fins de realização do ensaio clínico, um grupo de participantes recebe o tratamento em saúde que é objeto da pesquisa e o outro grupo, denominado grupo controle, recebe o tratamento convencional ou mesmo placebo. EC randomizado é o ensaio clínico no qual ocorre a escolha aleatória ou randomizada dos integrantes dos grupos de tratamento e de controle. ECR duplo-cego é o ensaio clínico aleatorizado no qual ocorre o cegamento ou mascaramento dos integrantes dos grupos de tratamento e de controle e dos pesquisadores, ou seja, quando pesquisados e pesquisadores desconhecem qual grupo recebe o novo tratamento e qual grupo recebe o tratamento convencional ou mesmo o placebo. ECR duplo-cego *mega trial*, por sua vez, é aquele no

É intuitivo concluir que médicos que atuam como peritos judiciais ou que integram Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário elaborarão, respectivamente, laudos periciais e notas técnicas mais qualificadas se houver adesão à MBE



qual há número considerável de integrantes nos grupos de tratamento e de controle, viabilizando a apuração mais fidedigna do desfecho previamente definido.

O primeiro registro de ensaio clínico data de 1747 e é atribuído a James Lind a bordo de um navio cujos tripulantes estavam acometidos de escorbuto; James comparou dietas distintas de 12 tripulantes doentes e concluiu que dietas cítricas foram mais eficazes no combate à doença²³.

Já o primeiro ensaio clínico nos moldes metodológicos contemporâneos é atribuído a Austin Bradford Hill, foi publicado no final da década de 1940 e se refere à estreptomicina para tratamento de tuberculose pulmonar²⁴.

Revisões sistemáticas são trabalhos científicos derivados de estudos clínicos primários e podem ser conceituadas como “investigações científicas” com metodologia previamente definida por um “protocolo”, partindo de “estudos originais” (de tratamento, observacionais, prognósticos e diagnósticos, dentre outros) como matéria-prima²⁵. Têm por finalidade “sintetizar” resultados de estudos clínicos primários de forma metodológica, a fim de evitar “a ocorrência de erros aleatórios e sistemáticos”²⁶. Ademais, podem ser classificadas em quantitativas e qualitativas: são quantitativas quando sumarizam os “resultados de estudos primários sob um único parâmetro clínico-epidemiológico”, sendo a “combinação estatística dos resultados de diversos estudos” denominada de metanálise; são qualitativas quando “apresentam os resultados dos estudos de forma conjunta, mas sem sumará-los”²⁷. Sobressai, assim, a importância das revisões sistemáticas quantitativas com metanálise para fins clínicos e epidemiológicos, observando-se que em razão das inconsistências e da heterogeneidade dos estudos clínicos primários nem sempre é viável a elaboração de uma metanálise (nesses casos, a revisão sistemática também tem por objetivo a identificação das causas dessas inconsistências e heterogeneidades ou mesmo a formulação de novas questões científicas a serem trabalhadas). Por fim, é necessário diferenciar revisão sistemática de revisão meramente narrativa: enquanto essa coincide com uma revisão bibliográfica sem adoção de parâmetros metodológicos previamente estabelecidos, aque-



la pressupõe a eleição prévia de um protocolo e, por tal razão, para fins pragmáticos, qualifica-se como mais fidedigna.

Em que pese a importância das revisões sistemáticas quantitativas, especialmente com metanálise, é imperioso salientar que ela é passível de deficiências sob os aspectos de “qualidade metodológica” (formulação de questão clínica estruturada que abranja os aspectos paciente, intervenção, comparação e objetivo, comumente nominada questão PICO, a qual será a bússola que guiará todo o labor metodológico²⁸; busca e seleção de artigos científicos em bancos de dados diversos e renomados e mesmo na *grey literature*²⁹; critérios de inclusão e de exclusão de estudos previamente definidos e rigorosamente observados; avaliação da qualidade metodológica dos estudos incluídos; processo de extração de informações dos estudos primários de forma padronizada e sem vieses em relação aos respectivos periódicos, autores e resultados), “importância dos resultados” (diversidade e inconsistência) e “aplicabilidade” (perfil do paciente, custo-efetividade e aceitação do paciente)³⁰.

Atualmente é comumente utilizado o sistema GRADE – Grading of Recommendations, Assessment, Development and Evaluations para fins de graduação da qualidade da evidência (confiança na evidência) e da sua força de recomendação (ênfase na adoção ou na rejeição de uma determinada conduta) visando à elaboração de diretrizes clínicas e de revisões sistemáticas e à avaliação de tecnologias em saúde³¹.

2. Direito à saúde baseado em evidências

2.1 Interdisciplinaridade

Avoluma-se o movimento tendente ao entrelaçamento das diversas disciplinas científicas, haja vista o desenvolvimento de tecnologias de comunicação e de informação, proporcionando maior intensidade e rapidez no fluxo de dados. Para fins jurídicos, essa tendência é sobremaneira benéfica, eis que a realidade social é o substrato da realidade jurídica.

No que diz respeito ao direito à saúde, a interdisciplinaridade entre ciências jurídicas e ciências da saúde, especialmente medicina e farmá-



cia, é acentuada. Não há como delimitar com precisão a fronteira entre direito e saúde, porém é inequívoco que, para efeito de processamento e de julgamento de processos judiciais cujo objeto seja a concessão de tecnologias em saúde ainda não avaliadas e inseridas no sistema público, é imprescindível possuir conhecimento jurídico (inclusive sobre política pública de saúde) e técnico (informações atinentes ao quadro clínico do autor e evidências sobre tecnologias em saúde).

Atualmente, o magistrado, ao se deparar com uma demanda de tecnologia em saúde não avaliada e incorporada ao SUS, percorre um *iter* longo e complexo. Como regra, de posse das premissas jurídicas aplicáveis ao caso concreto, inicialmente verifica as informações atinentes à condição clínica do autor, a fim de identificar moléstia³², tratamento de saúde já realizado e condição clínica atual; na sequência, identifica a respectiva política pública de saúde³³ e aprecia a sua observância ou inobservância; sucessivamente, constatando que as opções oferecidas gratuitamente pelo SUS foram esgotadas e não foram eficazes ou não são seguras, verifica se a tecnologia em saúde postulada judicialmente já foi avaliada pela CONITEC; não identificando avaliação da tecnologia em saúde pela comissão legalmente encarregada para tanto, passa à apreciação das evidências sobre a tecnologia em saúde demandada com auxílio técnico de um *expert* nomeado judicialmente ou de um Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-Jus).

Toda a problemática acima mencionada decorre do arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional, assim como da jurisprudência atualmente uniformizada no âmbito dos tribunais – especialmente Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, conforme será abordado adiante –, exigindo do julgador o domínio não apenas do material jurídico, mas também do material relacionado às ciências da saúde, reflexo da acentuada interdisciplinaridade do direito à saúde.

No que diz respeito ao direito à saúde, a interdisciplinaridade entre ciências jurídicas e ciências da saúde, especialmente medicina e farmácia, é acentuada



Todo esse caminho percorrido pelo magistrado se assemelha, guardadas as proporções, ao procedimento extrajudicial adotado pelo gestor público de saúde (Poder Executivo) ao avaliar as tecnologias em saúde, daí exsurgindo significativa responsabilidade ao Poder Judiciário.

2.2 Evolução normativa

A redação original da Constituição de 1988, ponto de partida do Sistema Único de Saúde, nada comenta a respeito de tecnologias em saúde e respectivas evidências, exceto, indiretamente, no inciso V do artigo 200, que prescrevia a competência do SUS, nos termos da lei, para “incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico” (atualmente, com a redação da Emenda Constitucional 85/2015, foi acrescentado o incremento da “inovação”).

Em julho de 2004, durante a 2ª Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde, foi aprovada a Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde-PNCTIS³⁴.

Salienta-se que as políticas nacionais institucionalizadas no âmbito do Ministério da Saúde são instrumentos formais que norteiam a atuação do gestor público de saúde, constituindo importante instrumental de planejamento, orientação e uniformização em todo o território nacional.

Em decorrência da aprovação desse instrumento, em 2006 foi instituída a Comissão para Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde – CITEC pela Portaria GM/MS 3.323/2006³⁵, atualmente revogada pela Portaria GM/MS 2.587/2008³⁶.

Inicialmente, a CITEC – embrião da CONITEC – foi vinculada à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, sendo posteriormente, em 2008, vinculada à Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos desse órgão ministerial. Tal observação é importante, porque demonstra o aperfeiçoamento e a especialização da política pública de saúde no que tange à questão relacionada às evidências.

Já a Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde – PNGTS³⁷, mais um instrumental de significativa relevância no que pertine à valorização das evidências, foi instituída em 2009 pela Portaria



GM/MS 2.690/2009³⁸. Cumpre mencionar que é diretriz da PNGTS a utilização de “evidências científicas para subsidiar a gestão por meio da avaliação de tecnologias em saúde”³⁹. Ainda segundo a PNGTS:

Na saúde, as novas tecnologias tendem historicamente a ser cumulativas, e não substitutivas, e os critérios de obsolescência são de complexa definição. (...)

A frequência com que as decisões judiciais têm obrigado o sistema de saúde a garantir a oferta de procedimentos e medicamentos. Alguns, inclusive, destituídos de evidência científica, causando impacto significativo nas previsões orçamentárias do sistema de saúde. (...)

Considerando estes aspectos, a Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde terá o propósito de garantir que tecnologias seguras e eficazes sejam usadas apropriadamente. Ou seja, não é suficiente saber que o uso de uma tecnologia traz benefício, é necessário também planejar e assegurar que os recursos financeiros destinados à saúde pública sejam utilizados sem prejuízo da equidade e dos princípios de universalidade e integralidade do SUS. Neste sentido, esta Política orientará os diferentes atores do sistema de saúde na decisão sobre as atividades relacionadas à avaliação, incorporação, utilização, difusão e retirada de tecnologias no sistema de saúde.

Observe-se que Austrália e países da América do Norte e da Europa Ocidental adotaram o critério de evidências a partir do início da década de 1990, quando surgiu a medicina baseada em evidências, a fim de definir suas respectivas políticas públicas de saúde⁴⁰.

O coroamento legal de toda a atividade administrativa visando à implementação de uma política pública de saúde pautada em evidências e em uma criteriosa ATS ocorreu com a edição da Lei 12.401/11, a qual acrescentou os artigos 19-M a 19-U à Lei 8.080/90, prevendo a criação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias em Saúde para fins de assessoramento do Ministério da Saúde e disciplinando minimamente a incorporação de TS ao SUS.



O Decreto 7.646/11⁴¹ dispôs sobre a estrutura e o funcionamento da CONITEC e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Mencione-se que Decreto 11.161/22⁴² alterou significativamente o Decreto 7.646/11, substituindo o plenário da comissão por comitês especializados (Comitês de Medicamentos, de Produtos e Procedimentos e de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas); definindo que cada comitê possui 15 membros com direito a voto (representantes das sete secretarias integrantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, do Conselho Nacional de Saúde – CNS, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde – CONASEMS, do Conselho Federal de Medicina – CFM, da Associação Médica Brasileira – AMB e do Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde); determinando que os membros dos comitês tenham experiência profissional e capacitação no campo de avaliação de tecnologias em saúde ou tenham mestrado ou doutorado em áreas relacionadas à avaliação de tecnologias em saúde; autorizando que representantes do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Superior da Defensoria Pública sejam convidados a participar das reuniões da CONITEC (sem direito a voto) e aperfeiçoando o rito do processo administrativo de incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde e de constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, a fim de proporcionar maior transparência, tecnicidade e participação da sociedade a esses procedimentos.

Sobre a colaboração da sociedade na ATS realizada pela CONITEC, importa sublinhar que são instrumentos de participação social utiliza-

O coroamento legal de toda a atividade administrativa visando à implementação de uma política pública de saúde pautada em evidências e em uma criteriosa ATS ocorreu com a edição da Lei 12.401/11



dos pela Comissão a consulta pública, a audiência pública e a enquete, essa especificamente direcionada à elaboração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT.

Recentemente, em 2022, a Lei 8.080/90 foi novamente alterada, desta feita pela Lei 14.313/22⁴³, para dispor sobre os processos de incorporação de tecnologias ao Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre a utilização, pelo SUS, de medicamentos cuja indicação de uso seja distinta daquela aprovada no registro da ANVISA.

No que diz respeito ao tema trabalhado neste artigo, mencione-se que a referida alteração legislativa autorizou expressamente que medicamentos e produtos (espécies de tecnologias em saúde) sem autorização de uso da ANVISA sejam utilizados no âmbito do SUS, desde que esse uso seja recomendado pela CONITEC, “demonstradas as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança, e esteja padronizado em protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde”.

A Proposta de Emenda à Constituição 45/2021⁴⁴, em tramitação no Senado Federal, intenciona acrescentar um significativo parágrafo 7º ao artigo 198 do atual texto constitucional:

§ 7º Para fins de cumprimento da diretriz estabelecida pelo inciso II do caput deste artigo, serão obedecidas as seguintes determinações:
I – a incorporação de novos medicamentos, produtos e procedimentos ao sistema único de saúde será feita obrigatoriamente mediante análise prévia por órgão de âmbito nacional de avaliação da incorporação de tecnologias em saúde, na forma da lei;
II – a dispensação de medicamentos e de produtos de interesse para a saúde, bem como a oferta de procedimentos terapêuticos aos usuários do sistema único de saúde estão adstritas às tecnologias constantes das relações oficiais de medicamentos e de ações e serviços de saúde em acordo à incorporação de que trata o inciso I do § 7º deste artigo.

Segundo a justificção da PEC 45/2021⁴⁵, ela tem por objetivo conter a crescente judicialização da saúde, bem como lhe dar maior concretude, aperfeiçoando o arcabouço jurídico sanitário, aperfeiçoando o SUS



e seu financiamento, impondo limites ao “sistema, não ao direito em si, mas ao que o direito compreende” e impondo “a vinculação do profissional prescritor, no âmbito do SUS, às listagens oficiais”, sob a justificativa de que, “em sistemas universais de saúde, o rol de medicamentos e procedimentos é sempre vinculatório ao profissional de saúde”.

2.3 Evolução jurisprudencial

A crescente submissão de demandas versando sobre direito à saúde ao Poder Judiciário nas últimas décadas, especificamente tendo por objeto tecnologias em saúde não avaliadas e incorporadas ao SUS, vem gerando ampla e constante reflexão jurídica a respeito da melhor interpretação a ser dada às normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas ao tema. Consequentemente, a jurisprudência vem se desenvolvendo e se estabilizando ao longo dos anos, culminando com a fixação de teses jurídicas no âmbito das instâncias judiciais, nomeadamente das instâncias extraordinárias.

O cerne da discussão jurisprudencial é, sem dúvida, o dilema entre (a) a perspectiva individual do direito fundamental social à saúde e (b) a dimensão coletiva do direito à saúde, essa última significativamente irradiada pelos princípios da universalidade, da isonomia e da integridade.

A primeira tese jurídica cunhada pelo Superior Tribunal de Justiça em regime de recursos repetitivos decorreu do julgamento do Recurso Especial 1.657.156⁴⁶, ocorrido em 25 de abril de 2018, Tema 106, para dirimir a questão infraconstitucional “obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS”:

A concessão dos medicamentos não incorporados ao SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;



- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 657.718⁴⁷, ocorrido em 22 de maio de 2019, sob a sistemática da repercussão geral, Tema 500, em que se discutia se, “à luz dos artigos 1º, III; 6º; 23, II; 196; 198, II e § 2º; e 204 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA”, fixou a seguinte tese de direito:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Na sequência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 755.178⁴⁸ (embargos de declaração), ocorrido em 23 de maio de 2019, também sob a sistemática da repercussão geral, Tema 793, em que se debatia “à luz dos arts. 2º e 198 da Constituição Federal, a existência, ou não, de responsabilidade solidária entre os entes federados pela promoção dos atos necessários à concretização do direito à saúde, tais como o fornecimento de medicamentos e o custeio



de tratamento médico adequado aos necessitados”, fixou a seguinte tese jurídica:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Em 2020, no julgamento parcial do Recurso Extraordinário 566.471⁴⁹ pelo Supremo Tribunal Federal, cuja repercussão geral foi reconhecida (Tema 6) e cuja questão constitucional a ser dirimida é “à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”, foram exarados votos e sugeridas teses de direito pelo então Ministro Marco Aurélio (à época relator), pelo Ministro Alexandre de Moraes e pelo Ministro Roberto Barroso, tudo anteriormente ao pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Tanto na tese formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes quanto na tese sugerida pelo Ministro Roberto Barroso, há expressas referências às evidências:

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), que fixava a seguinte tese (tema 6 da repercussão geral): “O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil”; do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que fixava tese no seguinte senti-



do: “Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT’s), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente – inclusive da análise da tutela de urgência –, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em *evidências*; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento”; e do voto do Ministro Roberto Barroso, que fixava a seguinte tese: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em *evidências*; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do



medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”, pediu vista dos autos o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020. (grifos nossos)

Por fim, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.165.959⁵⁰ pelo Supremo Tribunal Federal, também com repercussão geral reconhecida (Tema 1.161), a fim de discutir “à luz dos artigos 196, 197 e 200, I e II, da Constituição da República, o dever do Estado de fornecer medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária”, foi finalizado julgamento em novembro de 2021 e foi fixada a seguinte tese de direito:

Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.

É importante referir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501⁵¹ pelo Supremo Tribunal Federal, relacionado à fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer), ocorrido em outubro de 2020, no qual foi declarada a inconstitucionalidade da Lei 13.269/16:

Saúde – Medicamento – Ausência de registro – Inconstitucionalidade. É inconstitucional ato normativo mediante o qual autorizado fornecimento de substância, sem registro no órgão competente, considerados o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde – artigos 2º e 196 da Constituição Federal.



Esse julgado do STF sacramentou o entendimento de que compete ao gestor público de saúde, na seara do Poder Executivo, tomar decisões na respectiva área técnica.

Em acréscimo, no âmbito das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, há enunciados⁵² que referenciam explicitamente as evidências, destacando-se os de número 12, 18, 29, 59 e 89:

A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de *evidências* (STJ – Recurso Especial Resp. nº 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves – 1ª Seção Cível – julgamento repetitivo dia 25.04.2018 – Tema 106). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019) (Enunciado 12) (grifos nossos)

Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de *evidência* científica emitidas por Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NatJus e/ou consulta do banco de dados pertinente. (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019) (Enunciado 18) (grifos nossos)

Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de *evidências* científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional. (Enunciado 29) (grifos nossos)

As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas



na Medicina Baseada em *Evidências* – MBE. (Enunciado 59) (grifos nossos)

Deve-se evitar a obstinação terapêutica com tratamentos sem *evidências* médicas e benefícios, sem custo-utilidade, caracterizados como a relação entre a intervenção e seu respectivo efeito – e que não tragam benefícios e qualidade de vida ao paciente, especialmente nos casos de doenças raras e irreversíveis, recomendando-se a consulta gestor de saúde sobre a possibilidade de oferecimento de cuidados paliativos de acordo com a política pública. (Enunciado 89) (grifos nossos)

2.4 Problemática judicial relacionada às evidências

Constatam-se duas problemáticas essenciais em relação à valoração de evidências nas demandas judiciais de saúde.

Primeiramente, o infindável debate jurídico entre as dimensões singular e coletiva do direito fundamental social à saúde, ora acarretando decisões judiciais privilegiando o aspecto individual, com cessão de tecnologias em saúde fundamentada primordialmente em relatórios médicos de assistentes técnicos e em laudos médicos judiciais desprovidos de informações consistentes e atualizadas sobre evidências, ora ocasionando decisões judiciais de entrega de tecnologias em saúde somente após constatação de evidências seguras e atualizadas em complementação à documentação médica individual.

Em um segundo momento, sobressai a dificuldade de obtenção, pelo julgador, de informações seguras, atualizadas e em linguagem acessível sobre evidências, pois o magistrado não detém expertise para realizar pesquisa sobre evidências e há reduzido número de profissionais da área da saúde com especialização em MBE e com disponibilidade de atuação no sistema judicial.

A discussão jurídica sobre o conteúdo do direito fundamental social à saúde – e, conseqüentemente, as divergências sobre a valoração de evidências para efeito de julgamento de processos judiciais atinentes a tecnologias em saúde ainda não validadas pelo Poder Executivo para



fins coletivos – é inerente à atividade jurisdicional e, consoante alhures demonstrado, está gradualmente impulsionando o Poder Judiciário a adotar o critério científico em conjugação com a experiência clínica dos profissionais da saúde que atuam como auxiliares dos juízos ou mesmo como assistentes técnicos dos autores.

Os obstáculos à identificação de evidências confiáveis, atualizadas e compreensíveis vêm sendo superados através da disseminação do conhecimento sobre evidências – inclusive entre os membros do Poder

O desafio do presente e do futuro é a ampliação quantitativa e qualitativa dos profissionais da saúde, especialmente médicos e farmacêuticos, que atuam como auxiliares técnicos do Poder Judiciário em demandas de saúde

Judiciário –, da exigência de que laudos médicos judiciais contenham tais elementos e, sobretudo, da criação e ampliação dos Núcleos Técnicos de Apoio ao Judiciário, os chamados NAT-Jus, os quais reúnem profissionais da saúde (médicos e farmacêuticos) que trabalham com evidências na prática clínica e que são especialistas em medicina baseada em evidências.

Mencione-se que em âmbito nacional foi criado o sistema e-natjus e o NAT-Jus Nacional, ambos pelo Conselho Nacional de Justiça⁵³. O e-natjus⁵⁴ é um sistema eletrônico ou plataforma digital que viabiliza a elaboração e o armazenamento (banco de dados digital) de notas técnicas (elaboradas pelos NAT-Jus para subsidiar o julgamento de processos judiciais específicos) e de pareceres técnico-científicos (elaborados pe-

los Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde-NATS do Hospital Sírio Libanês). O NAT-Jus Nacional foi criado posteriormente ao e-natjus e é um núcleo de apoio técnico aos magistrados estaduais e federais de todo o país em demandas com pedido de tutela provisória e alegação de urgência ou emergência⁵⁵; esse núcleo nacional está à disposição de todos os juízes, ininterruptamente, sete dias por semana, vinte e quatro horas por dia, justamente em razão de sua atuação em situações de urgência e emergência.



Além do NAT-Jus Nacional, há diversos NAT-Jus estaduais e regionais, os quais decorrem, usualmente, de convênios firmados entre o Poder Judiciário e universidades públicas.

O desafio do presente e do futuro é a ampliação quantitativa e qualitativa dos profissionais da saúde, especialmente médicos e farmacêuticos, que atuem como auxiliares técnicos do Poder Judiciário em demandas de saúde nas quais seja necessária e adequada a apreciação de evidências (mormente, processos judiciais cujo objeto é uma tecnologia em saúde não avaliada e incorporada pelo sistema público), seja na qualidade de peritos médicos judiciais, seja como integrantes de NAT-Jus.

Frise-se que a medicina baseada em evidências é campo de especialização mesmo para profissionais da área da saúde, por se tratar de matéria técnica e complexa, razão pela qual os juízes necessitam de auxiliares para fins de julgamento de ações judiciais versando sobre direito à saúde.

Ademais, a criação de instrumental que permita quantificar os processos judiciais de saúde e as tecnologias judicializadas com êxito é de extrema relevância, pois permitirá, no futuro, a implantação de um canal de comunicação entre o Poder Judiciário e o Ministério da Saúde que provoque formalmente a avaliação dessas tecnologias em saúde pela CONITEC, desjudicializando a saúde e, caso a tecnologia venha a ser positivamente avaliada e incorporada ao SUS, gerando economia de recursos financeiros aos cofres públicos e, sobretudo, beneficiando a população socioeconomicamente carente que depende das ações e serviços públicos de saúde⁵⁶.

Conclusão

Evidências decorrem de metodologia científica, qualificando-se pela racionalidade e pela objetividade, razão pela qual podem e devem ser acolhidas e aplicadas em todas as áreas do conhecimento, inclusive no campo da saúde (tecnologias em saúde), a fim de evitar e reduzir indesejáveis vieses decorrentes da subjetividade humana.

A medicina baseada em evidências tem por objetivo complementar a experiência clínica do profissional da saúde, revelando-se útil e



necessária para agregar eficácia e segurança ao tratamento de saúde individual, bem como para racionalizar as políticas públicas de saúde e otimizar a aplicação dos respectivos recursos financeiros.

A legislação e a jurisprudência pátrias, em especial dos tribunais superiores, vêm gradualmente admitindo as evidências de tecnologias em saúde como um dos requisitos jurídicos e técnicos essenciais para fins de fornecimento judicial de tecnologias em saúde não avaliadas, incorporadas e padronizadas no sistema público de saúde.

O Poder Judiciário (juiz) atua em substituição ao Poder Executivo (gestor público de saúde) ao analisar demandas cujo objeto é a concessão de tecnologias em saúde ainda não avaliadas, incorporadas e padronizadas no SUS, razão pela qual nesses processos judiciais a análise de evidências pelo magistrado é requisito técnico e jurídico (tal qual ocorre no âmbito administrativo), sem prejuízo da apreciação de normas jurídicas de direito à saúde, da política pública de saúde e da condição clínica do autor.

A análise judicial de evidências de tecnologias em saúde não avaliadas e incorporadas ao SUS concretiza os princípios da universalidade, da isonomia e da integralidade.

O Poder Judiciário necessita de informações qualificadas, atualizadas e em linguagem acessível sobre evidências de tecnologias em saúde para fins de processamento e de julgamento de processos judiciais.

A ampliação de profissionais da área da saúde especializados em medicina baseada em evidências que atuem em auxílio técnico ao Poder Judiciário, em especial daqueles que integram Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário, é premente para a racionalização das decisões judiciais concessivas de tecnologias em saúde não avaliadas e incorporadas ao SUS.

A criação de um canal de comunicação institucional entre o Poder Judiciário e a CONITEC e o Ministério da Saúde com o objetivo de fomentar a avaliação de tecnologias em saúde reiteradamente demandadas e concedidas judicialmente é iniciativa necessária e adequada para fins de redução da judicialização da saúde, de otimização de recursos financeiros públicos e de concretização do direito fundamental social à saúde.



Notas

1. Suane Moreira Oliveira. Juíza federal, pós-graduada em Neurociência Aplicada ao Direito e ao Comportamento Humano pela ESMAFE/PR.
2. Artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2022.
3. Portanto, o presente estudo não abrange as seguintes situações fáticas e processuais: a) demandas de tecnologias em saúde avaliadas negativamente pela CONITEC e não incorporadas ao SUS pelo Ministério da Saúde (neste contexto de fato, em tese, a atuação formal e substancial da CONITEC seria objeto do processo judicial); b) demandas de tecnologias em saúde avaliadas negativamente pela CONITEC e incorporadas ao SUS pelo Ministério da Saúde (como recentemente e excepcionalmente ocorreu com o denominado “kit covid”, observando-se que, comumente, o Ministério da Saúde observa as recomendações técnicas finais da CONITEC); c) demandas de tecnologias em saúde avaliadas positivamente pela CONITEC e incorporadas ao SUS pelo Ministério da Saúde, inobstante indícios de inexistência de evidências (nesta situação de fato, em tese, a atuação formal e substancial da CONITEC, assim como a decisão do Ministério da Saúde, seriam objeto do processo judicial).
4. SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à Saúde*. 2ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019, p. 131-149.
5. *La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'atteindre*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21 jul. 2022.
6. A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) trabalha com os países das Américas para melhorar a saúde e a qualidade de vida de suas populações. Fundada em 1902, é a organização internacional de saúde pública mais antiga do mundo. Atua como escritório regional da Organização Mundial da Saúde (OMS) para as Américas e é a agência especializada em saúde do sistema interamericano. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/brasil>. Acesso em: 21 jul. 2022.
7. MOROZOWSKI, Ana Carolina; MASSUDA, Raffael. O SUS e a assistência farmacêutica na psiquiatria. *In: Direito em Comprimidos*. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/o-sus-e-a-assistencia-farmacautica-na-psiquiatria/>. Acesso em: 06 ago. 2022.
8. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt690_05_11_2009.html. Acesso em: 15 jul. 2022.
9. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt2510_19_12_2005.html. Acesso em: 15 jul. 2022.
10. “O conceito de ‘evidência’ surge por meio de René Descartes, na primeira metade do século XVII, a partir da obra ‘Discours de la méthode’. Nela, o filósofo transmite sua preocupação por encontrar um método para conhecer a verdade



que, ao ser utilizado, permitisse aceitar como verdadeiro apenas aquilo que fosse evidente. Contemporaneamente, o termo ‘evidências científicas’ tem sido empregado como o conjunto de informações utilizadas para confirmar ou negar uma teoria ou hipótese científica. Desse modo, evidências são produzidas quando estudos e pesquisas são conduzidos com a intenção de esclarecer a relação, efeito ou causalidade entre duas ou mais variáveis, condições ou intervenções.” WACHHOLZ, Patrick Alexander; LIMA, Silvana André Molina; VILLAS BOAS, Paulo José Fortes. Prática Baseada em Evidências para a Saúde Coletiva Informada por Evidências: revisão narrativa. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde*, Fortaleza, v. 31, n. 2, p. 1-7, 2018.

11. Segundo Álvaro Nagib Atallah, práticas médicas baseadas nas melhores evidências oriundas de rigorosa metodologia científica participam de um *civilizing process* idealizado por René Descartes no início do século XVII. Ainda, na contundente opinião do referido estudioso, a prescrição de tratamento em saúde sem fundamento em evidências equivaleria a um retrocesso ao ano de 1650, ano do óbito de René Descartes. ATALLAH, Álvaro Nagib. Evidence-based medicine. *São Paulo Medical Journal*, v. 136, n. 2, p. 99-100, 2018.
12. WACHHOLZ, Patrick Alexander; LIMA, Silvana André Molina; VILLAS BOAS, Paulo José Fortes. Prática Baseada em Evidências para a Saúde Coletiva Informada por Evidências: revisão narrativa. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde*, Fortaleza, v. 31, n. 2, p. 1-7, 2018.
13. EL DIB, Regina (org.). *Guia Prático de Medicina Baseada em Evidências*. 1a. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.
14. EL DIB, Regina (org.). *Guia Prático de Medicina Baseada em Evidências*. 1a. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.
15. Evidence-Based Medicine Working Group. Evidence-Based Medicine: a new approach to teaching the practice of Medicine. *JAMA*, v. 268, n. 17, p. 2420-2425, 1992.
16. WACHHOLZ, Patrick Alexander; LIMA, Silvana André Molina; VILLAS BOAS, Paulo José Fortes. Prática Baseada em Evidências para a Saúde Coletiva Informada por Evidências: revisão narrativa. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde*, Fortaleza, v. 31, n. 2, p. 1-7, 2018.
17. BERWANGER, Otávio; SUZUMURA, Erica Aranha; BUEHLER, Anna Maria; OLIVEIRA, João Bosco. Como avaliar criticamente revisões sistemáticas e meta-análises? *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, v. 19, n. 4, p. 475-480, 2007.
18. SACKETT, David L.; ROSENBERG, William M. C.; GRAY, J. A. Muir; HAYNES, R. Brian; RICHARDSON, W. Scott. Evidence based medicine: what it is and what it isn't: it's about integrating individual clinical expertise and the best external evidence. *BMJ*, v. 312, p. 71-72, 1996.
19. ATALLAH, Álvaro Nagib. Medicina Baseada em Evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática clínica. Disponível em: http://www.centrocochranedobrasil.org.br/apl/artigos/artigo_516.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022.



20. SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à Saúde*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019, p. 195-201.
21. Mencionem-se ainda as *overview* ou revisões de revisões sistemáticas.
22. OLIVEIRA, Marco Aurélio Pinho de; PARENTE, Raphael Câmara Medeiros. Entendendo ensaios clínicos randomizados. *Brazilian Journal of Videoendoscopic Surgery*, v. 3, n. 4, p. 176-180, 2010.
23. ROSENFELD, Suely. Ensaios clínicos e indústria farmacêutica. *Cadernos de Saúde de Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 12, p. 2368-2370, 2013.
24. OLIVEIRA, Marco Aurélio Pinho de; PARENTE, Raphael Câmara Medeiros. Entendendo ensaios clínicos randomizados. *Brazilian Journal of Videoendoscopic Surgery*, v. 3, n. 4, p. 176-180, 2010.
25. BERWANGER, Otávio; SUZUMURA, Erica Aranha; BUEHLER, Anna Maria; OLIVEIRA, João Bosco. Como avaliar criticamente revisões sistemáticas e metanálises? *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, v. 19, n. 4, p. 475-480, 2007.
26. BERWANGER, Otávio; SUZUMURA, Erica Aranha; BUEHLER, Anna Maria; OLIVEIRA, João Bosco. Como avaliar criticamente revisões sistemáticas e metanálises? *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, v. 19, n. 4, p. 475-480, 2007.
27. “A metanálise é uma abordagem estatística que combina resultados de estudos relevantes para responder uma questão. A importância da metanálise consiste primariamente em sintetizar as evidências disponíveis, e apontar áreas onde há necessidade de mais pesquisas. Em uma metanálise, métodos **estatísticos** são utilizados para sumarizar os resultados de diversos estudos em uma única medida denominada, genericamente, estimativa de efeito conjunto.” BERWANGER, Otávio; SUZUMURA, Erica Aranha; BUEHLER, Anna Maria; OLIVEIRA, João Bosco. Como avaliar criticamente revisões sistemáticas e metanálises? *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, v. 19, n. 4, p. 475-480, 2007.
28. TALLAH, Álvaro Nagib. Medicina Baseada em Evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática clínica. Disponível em: http://www.centrocochranedobrasil.org.br/apl/artigos/artigo_516.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022.
29. Artigos científicos publicados em veículos e periódicos de menor repercussão científica ou mesmo não publicados.
30. BERWANGER, Otávio; SUZUMURA, Erica Aranha; BUEHLER, Anna Maria; OLIVEIRA, João Bosco. Como avaliar criticamente revisões sistemáticas e metanálises? *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, v. 19, n. 4, p. 475-480, 2007.
31. Mencionem-se outros sistemas de graduação de evidências, a saber, Oxford Centre for Evidence-based Medicine-CEBM e sistema desenvolvido pela Scottish Intercollegiate Guidelines Network-SIGN. Observe-se, ainda, que a OMS utiliza o sistema GRADE. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. Diretrizes Metodológicas. Sistema GRADE: Manual de graduação da qualidade da evidência e força de recomendação para tomada de decisão em saúde. Brasília, 2014. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/diretrizes_metodologicas_sistema_grade.pdf. Acesso em: 21 jul. 2022.



32. Inclusive a respectiva Classificação Internacional de Doenças-CID 10, divulgada pela OMS.
33. Especialmente Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas-PCDT e Diretrizes Diagnósticas e Terapêuticas-DDT elaborados pela CONITEC.
34. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. *Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde*. Brasília, 2. ed., 2008. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Politica_Portugues.pdf. Acesso em: 17 jul. 2022.
35. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt3323_27_12_2006_comp.html. Acesso em: 17 jul. 2022.
36. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt2587_30_10_2008_comp.html. Acesso em: 17 jul. 2022.
37. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. *Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde*. Brasília, 1a. ed., 2010. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_gestao_tecnologias_saude.pdf. Acesso em: 17 jul. 2022.
38. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2690_05_11_2009.html. Acesso em: 17 jul. 2022.
39. Artigo 5º, inciso I, da Portaria GM/MS nº 2.690/2009.
40. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. *Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde*. Brasília, 1a. ed., 2010. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_gestao_tecnologias_saude.pdf. Acesso em: 17 jul. 2022.
41. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7646.htm. Acesso em: 17 jul. 2022.
42. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11161.htm. Acesso em: 05 ago. 2022.
43. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14313.htm. Acesso em: 17 jul. 2022.
44. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9043728&ts=1638811827161&disposition=inline>. Acesso em: 17 jul. 2022.
45. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9043728&ts=1638811827161&disposition=inline>. Acesso em: 17 jul. 2022.
46. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T. Acesso em: 21 jul. 2022.
47. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 21 jul. 2022.
48. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 21 jul. 2022.



49. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 21 jul. 2022.
50. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5559067>. Acesso em: 21 jul. 2022.
51. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966501>. Acesso em: 21 jul. 2022.
52. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em 21 jul. 2022.
53. Resolução nº 107/2010, do CNJ; Resolução nº 238/2016, do CNJ; Provimento nº 84/2019, da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ.
54. <https://www.cnj.jus.br/e-natjus/>
55. A respeito dos critérios técnicos de urgência e emergência, consulte-se a Resolução nº 1.451/1995, do CFM.
56. O e-natjus tem essa finalidade. O sistema eletrônico processual do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (e-proc) foi recentemente alterado e atualizado, a fim de permitir o cadastro uniformizado de tecnologias em saúde e respectivas CID 10 nos autos eletrônicos dos processos judiciais, o que permitirá a extração de estatísticas para diversos objetivos (pesquisa jurisprudencial etc.).

Referências

- ATALLAH, Álvaro Nagib. Evidence-based medicine. *São Paulo Medical Journal*, v. 136, n. 2, p. 99-100, 2018.
- ATALLAH, Álvaro Nagib. Medicina Baseada em Evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática clínica. Disponível em: http://www.centrocochranedobrasil.org.br/apl/artigos/artigo_516.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022.
- BERWANGER, Otávio; SUZUMURA, Erica Aranha; BUEHLER, Anna Maria; OLIVEIRA, João Bosco. Como avaliar criticamente revisões sistemáticas e metanálises? *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, v. 19, n. 4, p. 475-480, 2007.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. *Política Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde*. Brasília, 2. ed., 2008. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/Politica_Portugues.pdf. Acesso em: 17 jul. 2022.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Ciência e Tecnologia. *Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde*. Brasília, 1a. ed., 2010. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/politica_nacional_gestao_tecnologias_saude.pdf. Acesso em: 17 jul. 2022.
- EL DIB, Regina (org.). *Guia Prático de Medicina Baseada em Evidências*. 1a. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.



- Evidence-Based Medicine Working Group. Evidence-Based Medicine: a new approach to teaching the practice of Medicine. *JAMA*, v. 268, n. 17, p. 2420-2425, 1992.
- MOROZOWSKI, Ana Carolina; MASSUDA, Raffael. O SUS e a assistência farmacêutica na psiquiatria. In: *Direito em Comprimidos*. Disponível em: <https://direitoemcomprimidos.com.br/o-sus-e-a-assistencia-farmacautica-na-psiquiatria/>. Acesso em: 06 ago. 2022.
- OLIVEIRA, Marco Aurélio Pinho de; PARENTE, Raphael Câmara Medeiros. Entendendo ensaios clínicos randomizados. *Brazilian Journal of Videoendoscopic Surgery*, v. 3, n. 4, p. 176-180, 2010.
- ROSENFELD, Suely. Ensaios clínicos e indústria farmacêutica. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 12, p. 2368-2370, 2013.
- SACKEIT, David L.; ROSENBERG, William M. C.; GRAY, J. A. Muir; HAYNES, R. Brian; RICHARDSON, W. Scott. Evidence based medicine: what it is and what it isn't: it's about integrating individual clinical expertise and the best external evidence. *BMJ*, v. 312, p. 71-72, 1996.
- SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à Saúde*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.
- WACHHOLZ, Patrick Alexander; LIMA, Silvana André Molina; VILLAS BOAS, Paulo José Fortes. Prática Baseada em Evidências para a Saúde Coletiva Informada por Evidências: revisão narrativa. *Revista Brasileira em Promoção da Saúde*, Fortaleza, v. 31, n. 2, p. 1-7, 2018.



Conheça o Método Temático

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ORGANIZADA
EM MÉTODO TEMÁTICO PELO ADVOGADO L. F. QUEIROZ



[CLIQUE AQUI](#)

e adquira agora o seu!

CANAIS DE VENDA:

 41 3323 4020

 0800 645 4020

 www.livrariabonijuris.com.br



REDUFLAÇÃO é só um mero “palavrão” com um forte sabor a lesão...ou algo de descomunal, com um requintado “primor” que muito afeta, afinal, a carta de direitos do consumidor?

Mário Frota¹

Diretor do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra. Presidente emérito da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo

O direito à *proteção dos interesses económicos do consumidor tem por si o suporte da lei fundamental*. E, em tradução breve, a lei ordinária, entre outros aspectos, emoldura o princípio, enunciando um sem-número de pontos fulcrais, a saber:

“O consumidor tem direito à proteção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a *igualdade material dos intervenientes*, a *lealdade* e a *boa-fé*, tanto nos *preliminares*, como na *formação* e ainda na *vigência* dos contratos.”

De molde a prevenir os abusos emergentes do conteúdo de contratos pré-elaborados, o fornecedor está obrigado

– à redação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das condições gerais dos contratos, em que se incluem as cláusulas que figuram nos contratos singulares;

– à não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em desfavor do consumidor.

E, em paralelo, consigna uma mancha de normas que apontam indeclinavelmente para a *qualidade*, *eficácia* e *segurança* de produtos e serviços, como imperativo constitucional e com tradução em inúmeros



domínios, particularmente após a deflagração da encefalopatia espongiiforme bovina que assolou a Europa com reflexos na integridade física e na saúde dos consumidores em geral.

A *genuinidade* dos produtos constitui um corolário dos princípios e das regras plasmados quer na Lei-Quadro de Defesa do Consumidor como nas inúmeras leis avulsas que enxameiam o ordenamento.

O Regulamento Europeu da Segurança Alimentar de 28 de Janeiro de 2002 [n. 178/2002] é expresso em estatuir, no seu próêmio, sob o apodo “proteção dos interesses dos consumidores”:

“1. A legislação alimentar tem como objetivo a proteção dos interesses dos consumidores e fornecer-lhes uma base para que façam escolhas com conhecimento de causa em relação aos géneros alimentícios que consomem.

Visa prevenir:

- a) práticas fraudulentas ou enganosas;
- b) a adulteração de géneros alimentícios;
- c) quaisquer outras práticas que possam induzir em erro o consumidor.”

Ora, é de *genuinidade, qualidade, quantidade e composição* de produtos, designadamente os alimentares, de que se trata. E que cumpre preservar a todo o transe.

A tal propósito, é vulgar ouvir-se falar, nos tempos que correm, de um fenómeno que se cunhou como *redução*.

“*Redução* é o processo mediante o qual os produtos diminuem de tamanho ou quantidade, enquanto o preço se mantém inalterado ou sofre um qualquer eventual acréscimo.

Tal efeito é consequência do aumento do nível geral dos preços dos bens, manifestado por unidade de peso ou volume, causado por inúmeros fatores, principalmente a perda do poder aquisitivo da moeda e a queda do poder de compra dos consumidores e/ou do aumento do custo das matérias primas, cuja resposta da oferta é a redução do peso ou tamanho dos bens transacionados.

A *redução* concebe-se, portanto, como uma forma de adaptação da oferta à pressão inflacionária, e surge para evitar uma perturbação na dinâmica de transferências para o mercado, ante a concorrência. Por



causa e efeito, apresenta-se destarte como uma forma encapotada de inflação.

A expressão resulta de uma tradução literal do termo ‘*shrinkflation*’, um neologismo inglês cunhado por Pippa Malmgren e Brian Domitrovic, na obra editada em 2009 “Econoclasts: The Rebels Who Sparked the Supply-Side Revolution and Restored American Prosperity” (*lit.* Econoclastas = Os Rebeldes que despoletaram a revolução da Oferta e Restauraram a Prosperidade Americana), que resulta da aglutinação de «*shrink*» «reduzir, enco-lher» e ‘(*in*)flation’ ‘(in)flação.”

Alexia Sardi-Antasan alertava, em tempos, num periódico europeu de grande circulação, que nos tempos que correm a *reduflação* (“*shrinkflation*”) parece assentar arraiais, instalar-se entre nós com “armas e bagagens”.

O fenómeno tem tido uma enorme repercussão na Grã-Bretanha em consequên-cia do *Brexit*, ao que affiançam fonte outras, em análise ao momento que se viveu na se-quência do apartamento da Grã-Bretanha da construção de uma Europa a uma outra dimensão a que Schumann e Jean Monnet pretenderam conferir forma.

“*Reduzir quantidades sem diminuir preços* na grande distribuição”: eis a receita miraculosa dos capitães da indústria agroalimentar para que se faça repercutir (de modo discreto... ou nem tanto, dependendo da desfaçatez com que o façam) o aumento dos custos das matérias-pri-mas no preço dos produtos na cadeia da produção ao consumo.

Tal inflação, dissimulada, revela-se algo complexa à luz do dia:

“É muito difícil surpreender os produtores no ato porque há que lo-grar encontrar o produto (o mesmo produto), no mesmo espaço físico, em espaços temporais distintos: antes da operação de ‘maquilhagem’ e após a operação de redução da quantidade ou do volume.

“Nos últimos dois anos, identificamos com sucesso dois casos do es-tilo, explica Camille Dorioz, diretora da campanha da ONG Foodwatch

Reduflação é o processo mediante o qual os produtos diminuem de tamanho ou quantidade, enquanto o preço se mantém inalterado ou sofre um qualquer eventual acréscimo



(organização de escopo não egoístico que pugna por uma alimentação sem riscos, sã e acessível a todos, que faz ouvir a voz dos consumidores e milita por mais transparência no domínio agroalimentar e defende o direito a uma alimentação que não lese nem as pessoas nem o ambiente, com antenas institucionais na Alemanha, na França e nos Países Baixos).

“As nossas armas? O nome e a *exprobação* (o vexame) nas redes sociais. Outro obstáculo é que produtores e distribuidores vêm ‘sacudindo a água do capote’ de cada vez que o fenómeno ocorre ou se detecta. Eis que se nos depara uma indústria demasiado opaca. Portanto, de escassos dados de suporte se dispõe”. Em particular porque a reduflação (“shrinkflation”) não é ilegal, desde que haja de todo compatibilidade entre a composição do produto e a rotulagem”.

Registe-se que o álcool é o único produto cuja concentração por unidade é estritamente regulamentada. Para evitar decepções, é preferível ‘monitorar’ os preços por unidade de medida, parâmetro que muitos dos consumidores já vêm adotando, para além de haver de ficar desperto para eventuais mudanças suscetíveis de ocorrer nas embalagens.

(Há tempos, num Mercado do Centro do País, numa praia de eleição – a Praia da Claridade –, um dos comerciantes ali estabelecido, numa banca que denominava como Luso-Brasileira, como homenagem ao Rio de Janeiro que, como emigrante, o acolhera, fazia passar por um (1) quilograma 800 gramas de nozes pré-embaladas... com uma “destreza” incalculável e com um enorme despudor, ignorando que havia ali, no espaço da sua banca, duas ou três balanças de que os consumidores se poderiam socorrer para confirmação do peso...)

Camille Dorioz chega a citar “uma das práticas mais tortuosas de uma qualquer estratégia mercadológica que consiste, aliás, em esperar que um dado produto fique bem “preso, ancorado” ao carrinho de compras [caddie] do consumidor para se degradar a qualidade e / ou jogar com a quantidade, gradualmente, *paripassu*. Um tal processo, fundado na habituação e na “confiança no produto”, pode levar de 3 a 5 anos a maturar. Os consumidores ficam naturalmente menos atentos e de todo não reagem ao processo ‘degenerativo’ que intencional, deliberadamente se instaura!”



“90% dos produtos consumidos na Europa são importados. E quando não se ignora que trazer um contentor de 40 pés da Ásia custa quatro vezes mais do que há 18, 24 meses, cerca de US\$ 15.000 (12 882€, câmbio do tempo), a fatura a pagar é elevada. Daí que para atribuir a ‘encolha’ (a redução) a uma resposta de curto ou a uma estratégia de longo prazo dos industriais, seja algo difícil de dizer”, comenta Arthur Barillas, CEO da Overseas.

O debate está, portanto, longe da sua conclusão.

O certo é que a tentação está em crescendo. É preciso dizer que a margem de manobra desses pesos-pesados é pequena: entre vendas em alta e preços em alta, a fronteira costuma ser ténue.

Como assevera Sardi-Antasan, as associações de interesse económico do agroalimentar não se pronunciam. Menos ainda as marcas. Nem sequer as empresas de pesquisa especializadas, que para tanto não dispõem de dados: o que revela o quão difícil é o fenómeno, longe de um consenso do ponto de vista científico².

Confira o exemplo que segue: o nível de faturação líquida da Coca-Cola oscilou entre US\$ 33 biliões e US\$ 37 biliões desde 2017, e, de acordo com o *Statista*, parece ter atingido um patamar elevado. A multinacional conta para o efeito com a embalagem de seu ‘precioso néctar’: apresenta garrafas de vidro e latas de alumínio com um design cuidado, mas com uma capacidade limitada (25 e não 33 centilitros, como do antecedente).

Ou, entre nós, como recorda um consumidor desperto para fenómenos de autêntica efabulação, “tal como aconteceu com o chamado “imposto Coca-Cola”: as embalagens de 2 litros passaram a 1,75 l e o preço disparou, ou seja, aumentou”.

Os consumidores, ao que parece, não se deixam de todo enganar por tais práticas comerciais um tanto duvidosas, beneficiando do poder nocivo das redes sociais. No *Reddit*, denunciaram uma redução no

Os consumidores,
ao que parece,
não se deixam
de todo enganar
por tais práticas
comerciais um
tanto duvidosas,
beneficiando do
poder nocivo das
redes sociais



tamanho dos “cookies” *Pringles* ou da embalagem do gel de banho da *Dove*.

Em setembro de 2020, os consumidores reagiram veementemente contra os artifícios de... um excesso de vácuo. Na verdade, quem nunca se desiludiu, nem mesmo se agastou solenemente, por abrir um pacote de batatas fritas apenas pela metade?

Ainda agora, na Europa, com a *Lays*, análogo fenômeno ocorre: mantém-se a embalagem, diminui-se de modo apreciável a quantidade e o mais é vácuo...

“O encolhimento pode criar um vácuo total, mas a inversa não é necessariamente verdadeira. No entanto, não há que recriminar todos os industriais. Na época, alguns tentaram justificar-se”, acrescenta complacentemente Camille Dorioz, olvidando decerto que é o consumidor que acaba por pagar invariavelmente a fatura, num desatino sem acerto.

Uma tal investigação, iniciada pela *Foodwatch*, havia denegrido certas marcas, em particular uma embalagem de cereais com a insígnia do Carrefour:

“O Carrefour contactou de imediato a *Foodwatch* duas horas após a denúncia pública. Desde então, o Carrefour reduziu de fato o tamanho de suas embalagens, cômico do paradoxo de tal prática com sua política de RSE [responsabilidade social corporativa].”

Nada nos diz que no que tange ao papel higiênico ou aos rolos de papel cozinha tal não esteja já a ocorrer... como, de resto, ao pão e a outras especialidades do estilo!

Mais próximo da nossa porta, a padaria de que nos abastemos terá reduzido de 60 para 40 gramas o pão-preto, mas ter-se-á “olvidado” de abater no preço...

Coisas tão simples que nos passam (!) despercebidas e pelas quais não erguemos um dedo sequer para as impugnar, para as contestar, para as pôr em causa...

O fenômeno atinge também as margarinas de barrar o pão, como no caso da *Becel*, como alardeava, há dias, um consumidor: manteve-se a embalagem, em todos os seus aspectos físicos, de dimensão e de dizeres exteriores e, na base, alterou-se a gramagem (de 500 grs, para 450 e,



agora, para 400 grs... em conformidade com o produto nelas contido) e o preço cresceu: de 3 € para mais de 5€...

Mas também nos chocolates tal se vem observando, como o denunciava em tempos um jornalista da Kuriakos TV, de Loures (área metropolitana de Lisboa) que se abismara com tamanha desfaçatez...

No *Reddit*, como se assinalou, há denúncias precisas acerca da redução no tamanho dos ‘cookies’ *Pringles* ou das embalagens de gel de banho da *Dove*...

E o fenómeno perpassa inúmeros produtos, como se algo de corrente, de normal, se tratasse...

Ainda na União Europeia, o fenómeno de produtos os mesmos (aparentemente os mesmos) com composição distinta e preço igual faz o seu curso desde 2017 com as advertências da Comissão após a detecção dos desvios a tal propósito observados.

Por Comunicação de 29 de setembro de 2017, ínsita no Jornal Oficial, a Comissão Europeia despertou para o fenómeno das possíveis práticas desleais na comercialização de produtos alimentares diferenciados no Mercado Único (a duas velocidades e com consumidores de primeira e de segunda... na galeria dos consumidores europeus e dos que aos sóis da Europa se acolhem como destino privilegiado de imigração).

A informação insuficiente sobre as diferenças em termos de produtos comercializados sob uma mesma marca pode influenciar as decisões de transação dos consumidores, como ali se adverte.

“Após verificarem a conformidade com a legislação alimentar da UE, quando as autoridades responsáveis pela aplicação da lei dispõem de informações específicas que as levam a concluir, após uma análise casuística, que as práticas de diferenciação de um determinado operador do setor alimentar podem resultar em práticas comerciais desleais, impõe-se estudem a possibilidade de efetuar testes de mercado que envolvam as comparações de produtos em diferentes países e regiões. Estes testes devem ser realizados segundo a abordagem harmonizada comum para essas verificações em que a Comissão está atualmente a trabalhar. O resultado deste trabalho poderá fornecer mais elementos de prova e recomendações para a questão em causa.



Caso os testes identifiquem produtos alimentares que:

- tenham uma apresentação aparentemente idêntica;
- são comercializados sob a mesma marca;
- porém, apresentam diferenças significativas em termos de composição e/ou perfil sensorial, as autoridades competentes em matéria de execução devem avaliar, caso a caso, a necessidade de uma investigação mais aprofundada para verificar se os produtos em causa foram

Em setembro de 2020, os consumidores reagiram veementemente contra os artifícios de... um excesso de vácuo. Na verdade, quem nunca se desiludiu, nem mesmo se agastou solenemente, por abrir um pacote de batatas fritas apenas pela metade?

comercializados em conformidade com a diretiva relativa às práticas comerciais desleais, nomeadamente com a obrigação de se comportarem com a devida diligência profissional...

Na elaboração de uma tal avaliação casuística, a lógica subjacente à diferenciação do produto bem como os seguintes elementos deverão ser tomados em conta, com base em fatos concretos e nas circunstâncias de cada caso particular, a fim de avaliar se são suscetíveis de influenciar o comportamento dos consumidores:

- A apresentação de um produto ou a sua publicidade, que poderiam incentivar os consumidores a acreditar que o produto é o mesmo em todo o mercado único, salientando a sua especificidade, origem da sua primeira produção, originalidade, forma

única de produção tradicional ou receita, conformidade com uma receita criada há muitos anos num local específico, etc.

- As diferentes versões das estratégias de comercialização de um produto que são potencialmente confusas para os consumidores. Por exemplo, na sua estratégia de distribuição, o operador de empresa que distribui diferentes categorias de qualidade em todo o mercado único, vende apenas qualidades inferiores em determinadas regiões/países, sem informações suficientes para permitir que os consumidores compreendam que grau está disponível no seu mercado local.



– A falta ou a insuficiência de informações transmitidas aos consumidores (através de qualquer meio de comunicação pública) sobre o fato de os elementos da composição dos produtos sofrerem alterações significativas em comparação com o passado (por exemplo, introdução de uma nova receita), tendo simultaneamente em conta as alterações da composição, no contexto da reformulação das políticas nutricionais dos Estados-membros, em consonância com o requisito da diligência profissional.

O problema assume proporções dramáticas porque se “carrega” nos países onde o poder de compra se acha degradado, oferecendo às suas populações produtos de qualidade inferior aos mesmos preços que os “originais” dispensados em mercados mais florescentes e mais exigentes.

Os “pobres” (de *bolsa* como de *espírito...*) *pagam sempre mais!*

Aliás, adverte-se para o fato de a redução operada, em si, não constituir eventual ilícito se se compagnar com o que emerge da rotulagem.

No entanto, há que obter: é que da apresentação das embalagens (da imagem física que encerram) poderá insinuar-se algo subsumível numa qualquer moldura de ilicitude. Já que tal tem imediato correspondência na apreciação à vista e na apreensão sensorial da embalagem. O fenómeno não é tão simples quanto se pressupõe. Há que precaver os consumidores contra eventuais “ilusões de óptica”, independentemente da conformidade do produto (composição, qualidade e quantidade) com o que emerge da rotulagem ou etiquetagem. Porque a aparência é também elemento decisivo na modelação da fraude... e na decisão negocial do consumidor!

Se não houver inteira conformidade, a *moldura típica*, que entre nós se afirma, é a que ressuma da “*fraude sobre mercadorias*” que o artigo 23 da Lei Penal do Consumo, de 20 de Janeiro de 1984, desenha como segue:

“1 – Quem, com intenção de enganar outrem nas relações negociais, fabricar, transformar, introduzir em livre prática, importar, exportar, reexportar, colocar sob um regime suspensivo, tiver em depósito ou em exposição para venda, vender ou puser em circulação por qualquer outro modo mercadorias:



a) Contrafeitas ou mercadorias pirata, falsificadas ou depreciadas, fazendo-as passar por autênticas, não alteradas ou intactas;

b) *De natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuírem ou aparentarem*, será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias, salvo se o fato estiver previsto em tipo legal de crime que comine pena mais grave.

2 – Havendo negligência, a pena será de prisão até 6 meses ou multa até 50 dias.

3 – O tribunal poderá ordenar a perda das mercadorias.

4 – A sentença será publicada.”

No particular de que se trata há que ponderar adequadamente o que em derredor da *aparência* se tece, quer no tange à qualidade como à quantidade em vista tanto da imagem que impressivamente se inculcou da marca no mercado como no do seu aproveitamento como forma de *hipnose* do próprio consumidor que é suscetível de não resistir a qualquer artifício, sugestão ou embuste arditosamente criado.

Afirmar, com visceral candura ou invulgar simplicidade, que não há ilicitude, eventualmente porque perante uma mera adequação da rotulagem há uma efetiva conformidade entre o produto e a roupagem que o envolve, é, salvo opinião mais fundada em contrário, algo de falacioso. E desmerece dos atributos e do crédito quer das instituições de consumidores a que cabe carrear informação fidedigna, séria, objetiva, rigorosa e adequada, quer das autoridades a que incumbe a supervisão dos métodos adotados no mercado de consumo. Ignorar o que de forma esconsa ou ilegível ou, ainda que legível, de modo ostensivamente menos transparente as marcas ousem insinuar, é algo de irresponsável e pode até indiciar manifesta cumplicidade de umas e outras no mascaramento dos produtos de que são protagonistas os operadores económicos.

Aliás, se a fatualidade não assentar no quadro do crime de *fraude sobre mercadorias*, há que excogitar se não cabe no enquadramento dos *ilícitos de mera ordenação social* (nas contra-ordenações económicas), tal como os configura a *Lei das Práticas Comerciais Desleais*, que traduz internamente o conteúdo, o corpo da Diretiva 2005/29, de 11 de Maio, do Parlamento Europeu.



E aí, no seu artigo 7º, é possível lobrigar, sob a epígrafe “ações enganosas”:

Desde logo, se considera “enganosa [uma qualquer] prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo faturalmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente *a sua apresentação geral*, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos a seguir enumerados e que, em ambos os casos, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que de outro modo não tomaria:

– A existência ou a natureza do bem ou serviço;

– As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência

pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efetuados ao bem ou serviço;

– O conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como a utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, direta ou indiretamente, de patrocínio ou de apoio;

– O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço;

– A necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem;

– A natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da atividade, o

As omissões
enganosas
também colhem
para os efeitos de
modelação das
práticas comerciais
desleais



seu estatuto, ou as suas relações, e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido;

– Os direitos do consumidor, em particular os direitos de substituição, de reparação, de redução do preço ou de resolução do contrato nos termos do disposto no regime aplicável à conformidade dos bens de consumo, e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito.

Tendo em conta as características e circunstâncias do caso concreto, é enganosa a prática comercial que envolva:

– Qualquer atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, incluindo a publicidade comparativa, que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente;

– O incumprimento pelo profissional de compromisso efetivo decorrente do código de conduta a que está vinculado no caso de ter informado, na prática comercial, de que se encontrava vinculado àquele código.

– Qualquer atividade de promoção comercial de um bem como sendo idêntico a um bem comercializado noutros Estados-membros, quando esse bem seja significativamente diferente quanto à sua composição ou características, exceto quando justificado por fatores legítimos e objetivos.

As omissões enganosas também colhem para os efeitos de modelação das práticas comerciais desleais, tal como as recorta a lei, no seu artigo 9.º, a saber:

“Tendo em conta todas as suas características e circunstâncias e as limitações do meio de comunicação, é enganosa, e portanto conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo, a prática comercial:

– Que omite uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor;

– Em que o profissional oculte ou apresente de modo pouco claro, ininteligível ou tardio a informação do antecedente referida;

– Em que o profissional não refere a intenção comercial da prática, se tal não se puder depreender do contexto.



Quando o meio de comunicação adotado para a prática comercial impuser limitações de espaço ou de tempo, essas limitações e quaisquer medidas tomadas pelo fornecedor para disponibilizar a informação aos consumidores por outros meios devem ser tomadas em conta para decidir se foi omitida informação.

São considerados substanciais os requisitos de informação exigidos para as comunicações comerciais na legislação nacional decorrentes de regras emanadas do direito da União Europeia.

Consideram-se, nomeadamente, para o efeito, os seguintes atos legislativos com a chancela do legislador europeu:

- O regime jurídico da qualidade e higiene alimentares;
- O regime jurídico da rotulagem alimentar;
- O regime jurídico da exibição dos preços de bens ou serviços;
- O regime jurídico do direito real de habitação periódica sobre as unidades de alojamento integradas em hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos e apartamentos turísticos;
- O regime jurídico do comércio eletrónico;
- O regime jurídico da comercialização à distância dos serviços financeiros prestados ao consumidor;
- O regime jurídico dos mercados de instrumentos financeiros;
- O regime jurídico dos contratos de crédito aos consumidores;
- O regime jurídico relativo aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial;
- O regime jurídico dos organismos de investimento coletivo;
- O regime jurídico de acesso e exercício e o da distribuição da atividade seguradora e resseguradora;
- O regime jurídico de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo...

Claro que, neste particular, só os regimes alusivos aos alimentos, processados ou não, é que contam efetivamente.

No Brasil, o fenómeno assume de análogo modo proporções assaz desviantes.

O Ministro da Justiça e da Segurança Pública, que detém as rédeas da política de consumidores, fez baixar muito recentemente uma provisão legislativa – a Portaria 392/2021, de 29 de setembro de 2021, que



“dispõe sobre a obrigatoriedade da informação ao consumidor em relação à ocorrência de alteração quantitativa de produto embalado posto à venda”.

De harmonia com as disposições normativas em vigor, os fabricantes obrigam-se a comunicar as alterações no rótulo do produto, informando a quantidade de produto diminuída, em local de fácil visualização e em caracteres legíveis.

“Aos consumidores que adquirirem os produtos em desconformidade com tal normativo, fica assegurado o direito de os trocar por outro produto de sua livre escolha ou obter a devolução do valor pago.”

De forma indiscriminada, sem que as pertinentes informações se carreguem de molde a que o consumidor de imediato as identifique, uma tal prática configurar-se-á como abusiva, constituindo como que uma violação do princípio-geral da boa-fé e do direito à informação que reveste, aliás, natureza constitucional e plasmadas se acham no Código de Defesa do Consumidor e no diploma que rege as correspondentes sanções administrativas.

De harmonia com o que a referenciada portaria prescreve, observe-se o que segue:

1. OBRIGAÇÕES no que tange a modificações que ocorrerem neste *interim*

Obriga-se o fornecedor a declarar, em caso de alteração quantitativa, na rotulagem do produto embalado lançado no mercado:

- 1.1 a ocorrência de alteração quantitativa operada no produto;
- 1.2 a quantidade de produto antes da alteração;
- 1.3 a quantidade de produto após a alteração; e
- 1.4 a quantidade de produto acrescida ou reduzida, em termos absolutos e percentuais.



2. PERÍODO DE DURAÇÃO das informações acerca das modificações nos produtos

A declaração pertinente à quantidade pré-existente deve ser aposta no painel principal do rótulo da embalagem modificada, em local de fácil visualização, em caracteres legíveis subordinados aos requisitos de formatação, como segue:

2.1 caixa alta;

2.2 negrito;

2.3 cor contrastante com o fundo do rótulo; e

2.4 altura mínima de 2 mm (dois milímetros), exceto para as embalagens com área de painel principal igual ou inferior a 100 cm² (cem centímetros quadrados), cuja altura mínima dos caracteres é de 1 mm (um milímetro).

É vedada a aposição das informações em locais encobertos e de difícil visualização como as áreas de selagem e de torção.

Se, entretanto, o espaço for insuficiente para a aposição da menção em uma única superfície contínua da embalagem, o fornecedor apenas dará nota da alteração da quantidade do produto.

Na ocorrente hipótese, a menção integral poderá ser aposta em embalagem secundária, se a houver.

As informações a que precedentemente se alude deverão constar dos rótulos das embalagens dos produtos com quantidade reduzida, pelo prazo mínimo de seis meses, a contar da data da alteração.

3. Disponibilidade e meios

As informações pormenorizadas acerca da alteração quantitativa do produto em relação à sua versão anterior devem ser postas à disposição dos consumidores pelo Serviço de Atendimento do Consumidor (SAC), código QR ou por outros meios e tecnologias.

O cumprimento das enunciadas disposições não desobriga o fornecedor da adoção de novas medidas tendentes à integral informação do consumidor sobre a alteração havida e outras determinações legais acerca dos direitos do consumidor.



Na sua aparente singeleza, o consumidor no Brasil dispõe de modo direto de um instrumento normativo que visa acudir a uma situação, de todo injustificável, ainda que fruto da situação de crise que se alastra e cujo fim não está, com efeito, à vista.

Nada melhor que a transparência no mercado, nada pior que jogar ao “gato e ao rato” com o consumidor, que alimenta o mercado e os que nele tendem a prosperar.

Transparência, eis o que se exige, para que a confiança se não quebre.

Já que a confiança é o mais relevante valor sobre que o mercado se ergue!

Notas

1. Mário Frota. Docente das Faculdades de Direito de Lisboa, Coimbra, Porto (Universidade Livre). Antigo professor da Universidade de Paris XII (Paris Est). Professor Convidado da Escola Superior do Ministério Público do Pará, Belém. Fundador e primeiro presidente da AIDC / IACL – Associação Internacional de Direito do Consumo (Coimbra 1988). Fundador e primeiro presidente da apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo (Coimbra 1989). Fundador e primeiro director da Revista Portuguesa de Direito do Consumo (Coimbra – 1990). Co-fundador e presidente do Conselho de Direcção da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo (Curitiba – 2011).
2. A Wikipédia, no entanto, apresenta um extenso rol de situações de todo detetadas, ao longo dos tempos, em que o fenómeno se revê, com uma precisão tal e tamanha cópia de pormenores que talvez se não possa asseverar das dificuldades em se arrolar típicas manifestações de reduflação numa extensa gama de produtos:
In 2010, Kraft reduced its 200g Toblerone bar to 170g.
Older Toblerone chocolate bar
Newer Toblerone bar with larger gaps between peaks
Coffee sold in 1lb (453.6g) bags shrank to 400g or smaller in the 1980s
Tetley tea bags were sold in boxes of 88 instead of 100.
Nestlé reduced its After Eight Mint Chocolate Thins box from 200g to 170g.
Cadbury's Crunchie were sold in packs of three instead of four.
In 2003, Dannon shrank its yogurt containers from 8 ounces to 6 ounces.
In January 2009, Häagen-Dazs announced that it would be reducing the size of their ice cream cartons in the US from 16 US fl oz (470 ml) to 14 US fl oz (410 ml).



Birds Eye potato waffles were reduced from a 12 pack to a 10 pack

In 2015, Cadbury Fingers removed two fingers from each pack, reducing the weight of a pack from 125 grams to 111 grams.

In July 2015, a tub of Cadbury Roses which weighed 975g in 2011, was reduced to under 730g, while a tub of Cadbury Heroes was reduced 695g. However the price remained the same at around £9.

In 2016, Mondelez International again reduced the size of the UK 170g Toblerone bar to 150g, while the 400g bar was reduced to 360g. This was done by enlarging the gap between the chocolate triangles.

In 2017, Milka Alpine Milk and Milka Nuts & Raisins got reduced from 300 g to 270 g while Triolade got reduced from 300 g to 280 g, all without changing the bag size.

In 2017, McVities reduced the number of Jaffa Cakes in every standard packet from 12 to 10, raising the cost per cake from 9.58p to 9.9 p

In 2018, Koopmans reduced the weight of their buckwheat flour packages by 20% from 500g to 400g – claiming ‘renewed’ on the package, without specifying that ‘renewed’ only meant that less product was provided. It is unknown whether wholesale prices were affected, while it is certain that retail pricing remained exactly the same.

In 2020, Unilever reduced the size of Ben & Jerry’s ice-cream tubs in Europe, going from 500ml to 465ml, whilst still retaining the RRP of around 5 euros. Despite this, Unilever has publicly criticized rival ice-cream brands for shrinkflation in the United States, where Ben & Jerry’s ice-cream is still sold in pint-sized (473ml) tubs.

In 2021, Sainsbury’s replaced their 80g Spicy Thai Crackers with a 40g packet, but the price was less than halved resulting in a by-weight price increase of over 15%.

In 2021, General Mills shrunk their family-sized boxes of cereal down from 19.3 ounces to 18.1 ounces. That means the unit cost per ounce of the product has increased, but for the consumer, the average price in the United States remained \$2.99 and the amount of cereal in the box looks pretty much the same to the consumer.

In 2022, Procter & Gamble reduced the number of double-ply sheets per roll from 264 to 244 sheets in the 18-count mega package. This amounts to approximately a roll and a half in the 18-count package.

Referências

«Econoclasts: the rebels who sparked the supply-side revolution and restored American prosperity». Choice Reviews Online. 47 (06): 47–3277-47-3277. 1º de fevereiro de 2010. ISSN 0009-4978.



KAVILANZ, Parija (2022-03-08). “Your toilet paper roll is slimming down”. CNN Business.

MALMGREN, Philippa, author. Signals: how everyday signs can help us navigate the world’s turbulent economy. [S.l.: s.n.] ISBN 978-1-4746-0352-2.

ROSALSKY, Greg (2021-07-06). “Beware Of ‘Shrinkflation,’ Inflation’s Devious Cousin”. Planet Money. NPR.

ROSALSKY, Greg (26 October 2021). “Meet skimpflation: A reason inflation is worse than the government says it is”. NPR.



**Presente
na vida de
milhares de
famílias**

HÁ 40
ANOS

Parece que foi
ontem, mas a Garante
transforma a realidade
de condomínios e o dia a dia de milhares
de condôminos e suas famílias desde 1981.

garante
condomínios

Garantia de receita
e tranquilidade

Cobrança de taxas condominiais
com **garantia de recebimento**



A teoria crítica dos direitos humanos de Herrera Flores – uma práxis voltada ao real e à política

Denise Antunes¹

Juíza de Direito aposentada

“Os direitos humanos devem ser estudados e levados à prática politicamente (...) inserindo-os nos contextos sociais, culturais e econômicos em que necessariamente nascem, se reproduzem e se transformam.”

(Joaquín Herrera Flores, 2009, p. 96-7)

Resumo: Este ensaio surge com o entusiasmo de estudar a teoria crítica dos direitos humanos de Joaquín Herrera Flores, jusfilósofo espanhol, criador da teoria em apreço. Herrera Flores, jurista que dedicou a vida aos estudos dos direitos humanos, tão bem detectou a distância entre a teoria e a prática na matéria, tanto que acabou desenvolvendo a teoria crítica. Indicou que a teoria tradicional constituiria, em si, um obstáculo para a plena efetivação dos direitos humanos. Na visão proposta, o jusfilósofo nos apresenta uma práxis atenta ao real na seara dos direitos humanos, práxis essa contextualizada nos acontecimentos da sociedade, com a realidade vivida no mundo, refutando toda e qualquer abstração do positivismo legal. Exalta a atuação do ser humano em rebelar-se, lutar por melhores condições sociais, lutar pela dignidade, e, para tanto, enaltece também a práxis



voltada à política. A principal obra de Herrera Flores, “A (re) invenção dos Direitos Humanos”, nos traz a concepção de que ditos direitos são processos de luta pela dignidade, com perspectivas integradora, complexa e contextualizada. Herrera Flores defende que os direitos são afirmados politicamente a partir de lutas sociais, e assim concebe suas ideias humanistas.

Introdução

Aproximar-s e do ideal humanitário do filósofo Joaquín Herrera Flores mobiliza qualquer jurista dedicado aos estudos dos direitos humanos, pois seus ensinamentos enaltecem o contexto social, uma *vida digna de ser vivida*, e sempre visando um mundo melhor.

Herrera Flores, professor espanhol (e filósofo), concebe a teoria crítica dos direitos humanos a fim de repensá-los sobre o enfoque real e contextualizado na vivência da sociedade e, pois, levados à prática inserindo-os politicamente nos contextos sociais, culturais e econômicos em que necessariamente nascem, se reproduzem e se transformam. Adepto à tendência de negar a ordem estabelecida, percebe que o direito vai muito além do conglomerado de leis e normas positivas que configuram o sistema legal e jurídico. Para tanto, indicou que a teoria tradicional constituiria, em si, um obstáculo para a plena efetivação de tais direitos. Ou seja, deve-se entender que os seres humanos não precisam de ‘direitos’, o que se almeja é ter uma ‘*vida digna de ser vivida*’.

Nascido em Sevilha, Joaquín Herrera Flores (1956-2009) é mencionado em relatos biográficos como uma pessoa inquieta e inquietante que dedicou a vida aos estudos dos direitos humanos. Percebeu ele a distância entre a teoria e a prática dos direitos humanos, e acabou desenvolvendo a teoria crítica. Na obra “A (re)invenção dos Direitos Humanos” o autor define os direitos humanos como “*processos de luta pela dignidade*” (como mencionado acima), ou seja, idealiza que ditos direitos são um conjunto de práticas sociais, institucionais, econômicas, políticas e culturais levadas a cabo pelos movimentos e grupos sociais



em sua luta por um acesso igualitário e não hierarquizado *a priori* aos bens que fazem digna a vida que vivemos (HERRERA FLORES, 2008).

Esse exercício crítico apresentado por Herrera Flores vincula os direitos humanos aos processos de luta constantes e temporários tendentes a conquistar bens (materiais e imateriais) que gratifiquem a dignidade humana. Em outras palavras, o professor proclama que os direitos humanos podem ser entendidos pelo acesso de bens materiais ou imateriais decorrentes de processos de lutas sociais, sendo que os seres humanos devem se engajar para ter acesso a todos os bens exigíveis para viver com dignidade, e sem a luta é praticamente nula essa possibilidade (2009, p. 36-7).

Segundo o professor CARBALLIDO² (2021), a proposta teórica em direitos humanos de Joaquín Herrera Flores é um compromisso crítico diante da perspectiva formal e abstrata na qual tantas vezes esteve preso o discurso dos direitos, isolando-se das necessidades e interesses dos atores históricos dessas lutas por condições de vida digna. Complementa que toda a obra escrita de Joaquín Herrera Flores desenvolve um exercício crítico no qual pretende visibilizar os processos históricos de luta a favor de uma vida digna, além de desestabilizar a partir de seus fundamentos as situações de injustiça, propondo alternativas de ação.

CARBALLIDO (2021) ainda nos alerta que a obra de Herrera Flores parte da convicção da necessidade de repensar os direitos humanos, dada a realidade do mundo após mais de 70 anos de proclamada a Declaração Universal desses direitos, a qual nos dá conta de que não se pode mais acatar apenas o caráter positivista da referida declaração.

Notadamente o jusfilósofo repudia toda e qualquer forma de *transcendência*, de *abstração*, posto que culmina em sempre contextualizar os direitos humanos com a realidade social e adotar a tarefa filosófica calcada na *imanência*³.

Enxerga-se na epistemologia que desponta do pensamento de Herrera Flores, pois, uma *práxis atenta ao real*, justamente porque seus ensinamentos estão integrados no plano da imanência, e conecta-se com uma *práxis atenta à política* em face da ênfase sobre a importância do movimento político para o alcance da justiça.



Ressalta-se a filosofia dentro do plano da imanência, esclarecendo que o jusfilósofo adota um caminho contrário à metafísica, à abstração, e mesmo diante do reconhecimento da importância dos direitos positivados, não admite que as narrativas provindas das normas criem a ilusão de que estão garantindo algo. A realidade vivida e o contexto social da vida crua e nua são os valores que interessam, e inclusive chegar a um processo de reconhecimento cultural é fundamental para a teoria crítica do espanhol.

Herrera Flores repele o quadro perverso do capitalismo neoliberal e em prol dos menos favorecidos ou mais vulneráveis. Clama por ação política, quando preconiza ser imprescindível *retomar a ação política* e criar processos de empoderamento dos seres humanos, com organizações representativas das minorias, agentes engajados em políticas públicas etc.

Passa-se assim a pontuar as especificações acerca das práxis envolvidas no real e na política.

Por uma práxis atenta ao real

Um dos princípios da teoria crítica refletida em qualquer área do conhecimento estabelece que essa linha de pensamento se opõe à separação entre sujeito e realidade. Herrera Flores nos apresenta a teoria crítica dos direitos humanos e, afastando a abstrata concepção ocidental hegemônica do humano, não questionava apenas “o que” são os direitos humanos (como o faz a teoria tradicional), mas segue além e propõe a compreensão do “porquê” e “para que” servem ditos direitos, seguindo a linha do *realismo jurídico*.

Já nos conduz a entender a complexidade dos direitos humanos em cada campo do conhecimento (multicomplexidade cultural, empírica, jurídica, científica, filosófica, política e econômica), e quanto à complexidade filosófica praticamente ilustra a imprescindibilidade de materialidade, de contextualização da filosofia, quando afirma que “*devemos contaminar os direitos humanos de contextos*”. Após essas constatações, Herrera Flores segue propondo condições e deveres para a formulação



e construção da teoria crítica de tais direitos e, como primeira condição, desponta ser imprescindível a visão realista do mundo (teoria realista), com conhecimento da realidade concreta (HERRERA FLORES, 2009, p. 60-9).

Através da proposta de uma nova cultura dos direitos humanos (diferente daquilo que restou estabelecido em 1948 na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*), o espanhol segue em sua lógica, e nos indica uma perspectiva frisando que o novo contexto deve ser social, vivenciado dentro de seus respectivos espaço e tempo; que deve ser “mundanizado”. Nas palavras do filósofo, os direitos humanos não podem ser compreendidos fora de todos os contextos (sociais, econômicos, políticos e territoriais) nos quais e para os quais se dão. Tradicional e hegemonicamente, os direitos humanos se confundem com as normas internacionais que os estipulam. Mas, segundo o jusfilósofo, esses direitos ensejam ser *contextualizados e transformados* com o intuito maior de zelar pela efetividade.

Na esteira da necessidade de *transformação* dos direitos humanos, Herrera Flores comenta que, sob a nova forma, construirá um novo conceito de justiça e de equidade, levando em consideração a realidade de exclusão de grande parcela da humanidade dos benefícios globais (HERRERA FLORES, 2009, p. 74).

Indicando a perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadas, o professor passa ao ensino da adoção de uma metodologia relacional, entendida como método que enaltece a importância de vínculos que unem os direitos humanos com outros âmbitos da realidade. Aliás, quando Herrera Flores nos indica a perspectiva integradora dos direitos humanos dentro do enfoque crítico (e clamando por uma prática intercultural⁴), ele se opõe à conhecida divisão dos direitos em gerações⁵ (ou dimensões), porque não se pode definir quais direitos são os mais relevantes. Do mesmo modo

Herrera Flores praticamente adota uma postura de repulsa à abstração, frisando (mais uma vez) que se deve contextualizar os direitos humanos com a realidade social



não admite a divisão dos direitos humanos em gerações, posto que é incompreensível adotar uma visão unilateral e evolutiva, na toada de se admitir que uma geração posterior já superou a anterior, fato inconcebível, diante da percepção que a luta é voltada à concretização de todas as dimensões, sem conceber a indivisibilidade de todos os direitos humanos. Dentro ainda da concepção integral dos direitos, alerta que já não podemos falar de duas classes de direitos humanos: os individuais (liberdades públicas) e os sociais, econômicos e culturais.

Num segundo momento, ensina que a própria interpretação dos direitos humanos e fundamentais deve adaptar-se a um mundo não dualista onde mente e corpo caminhem juntos, defendendo três classes de direitos para a obtenção do mínimo ético: a) direito à integridade corporal (contra a tortura, por exemplo); b) direito à satisfação de necessidades (sociais, econômicas, físicas, culturais); e os c) direitos de reconhecimento (gênero, de etnia e de diferença) (2009, p. 84).

A conclusão, pois, é a de que Herrera Flores praticamente adota uma postura de repulsa à abstração, frisando (mais uma vez) que se deve contextualizar os direitos humanos com a realidade social.

Todos os caminhos trilhados pelo espanhol nos levam a uma práxis sempre atenta ao real. Por certo, não existe “o real” na mera função de se recitar os direitos humanos. Fortemente se percebe que o fato de se positivar uma norma não enseja a mudança da realidade social ou a própria singularidade do sujeito, tanto que o filósofo espanhol nos aponta a nova tendência em “enxergar” direitos humanos. A propósito, CARBALLIDO (2020) enaltece:

El aporte de la teoría crítica en derechos humanos desarrollada por Joaquín Herrera Flores no pretende ofrecer una definición abstracta de los derechos humanos, de la dignidad o de los valores a ellos vinculados; por el contrario, cuestiona tal pretensión de neutralidad axiológica. La suya es una propuesta teórica comprometida, que se sabe a sí misma ubicada en una perspectiva concreta, la de “*las clases oprimidas, de los excluidos y de las luchas por construir espacios donde esa visión de la dignidad encuentre marcos de transparencia y de responsabilidad social que tengan efectividad y aplicabilidad real*”⁶.



O discurso de Herrera Flores sempre se opôs à ontologia transcendente, e isso se percebe com mais intensidade quando concebe os *direitos humanos como produtos culturais*.

Antes mesmo de lançar a obra *A (re)invenção dos Direitos Humanos*, o espanhol apresentou uma crítica ao humanismo abstrato e nos situou na compreensão dos direitos humanos como produtos culturais (*Los derechos humanos como productos culturales*)⁷: os direitos humanos são compreendidos como produtos culturais ocidentais que, pouco a pouco e impulsionados pelas lutas sociais, podem generalizar-se sem imposições coloniais ou imperialistas (HERRERA FLORES, 2009, p. 91 e 116). Para Herrera Flores não existem direitos humanos desconectados dos processos de luta que os fizeram surgir, bem como dos agentes criadores e reivindicadores, atuantes, que respiram e vivem esses direitos.

Avança-se então para um ponto marcante do pensamento que é a afirmação de que *direitos humanos são produtos culturais*, ou seja, que estes são frutos de processos de cultura. Nesse sentido, demonstra-se que tais direitos só surgem a partir de processos históricos, lutas sociais, reivindicações, conquistas, e que o produto dessas manifestações se torna tratados, convenções, leis etc.:

Os direitos humanos, como qualquer produto cultural que manejemos, são produções simbólicas que determinados grupos humanos criam para reagir frente ao entorno de relações em que vivem. Portanto, é uma séria irresponsabilidade fazer análises neutras deles. Com isso, se confunde a falaz pretensão de “neutralidade” com as exigências de seriedade científica. Os direitos humanos, se queremos nos aproximar deles a partir de sua intrínseca complexidade, devem ser entendidos, então, situados em um marco, em um contexto, em um sistema de valores a partir do qual será mais difícil ou mais fácil sua implementação prática. Somente tendo em conta tal realidade é que poderemos investigá-los cientificamente (HERRERA FLORES, 2009, p. 51).



Assim sendo, o processo de positivação dos direitos humanos é posterior e surgirá graças a processos históricos, às lutas e conquistas sociais que deram origem ao conteúdo da norma que em momento seguinte veio a dar figura a tal positivação, e isso jamais deve ser esquecido ou negado. Antes, prevaleceu a ida ao local onde tudo acontece, no mundo real.

Nota-se que para adentrar nessa seara dos direitos humanos como produtos culturais, é imperioso compreender o “*diferente*”, pois as culturas hegemônicas entendiam o *outro* como aquele fora dos padrões comportamentais admitidos como sendo os ideais, o apresentando como sendo um ser desprovido de civilização (o bárbaro, o selvagem, o incivilizado), passível de ser colonizado pelo que se autodenomina civilização. Esse entendimento de admitir os direitos humanos como produtos culturais se dá através de um processo de reconhecimento cultural – que não se trata, somente, de uma mera aceitação do outro como o mais válido, mas da virtualidade cultural de qualquer forma de relação com o mundo (HERRERA FLORES, 2005, p. 16). Nada mais ligado à realidade do que sair do lugar comum e efetuar um processo de reconhecimento cultural. É sair desse “*local*” em busca do “*real*”.

Aliás, quando tratou da complexidade filosófica dos direitos humanos, Herrera Flores (partindo da máxima de que os direitos humanos não podem ser compreendidos fora dos contextos sociais, econômicos, políticos e territoriais nos quais e para os quais se dão), com precisão esclareceu o motivo pela qual se deve estar distante do transcendental:

Para se conhecer um objeto cultural, como são os direitos humanos, deve-se fugir de todo tipo de metafísica ou ontologia transcendentais. Ao contrário, é aconselhável uma investigação que destaque os vínculos que tal objeto tem com a realidade. Com isso, abandonamos toda pretensão de pureza conceitual e o contaminamos de contextos. “Mundanizamos” o objeto para que a análise não se fixe na contemplação e no controle da autonomia, neutralidade ou coerência interna das regras, senão que se estenda a descobrir e incrementar as relações que tal objeto tem com o mundo híbrido, mesclado e impuro em que vivemos. Por infelicidade, essa contextualização dos direitos



não é algo que predomine nas análises e convenções internacionais a eles dirigidas. O contexto dos direitos não é visível (*De volta com o teu*, 2009, p. 52-3).

Constata-se assim que a caminhada filosófica de Herrera Flores é imanente⁸. Indica um plano sempre voltado à realidade material e em oposição à separação entre sujeito e realidade, quando apresenta seu entendimento filosófico.

Inclusive na obra já analisada acima, “*Los Derechos Humanos como Productos Culturales*” (HERRERA FLORES, 2005, p. 27-8), o jusfilósofo faz referência a Guattari e Negri (o primeiro coautor nas obras de Deleuze, e Negri, contemporâneo e influenciado por ambos), quando comenta que há décadas esses filósofos defendiam que é preciso reinventar tudo para realizar práticas sociais de *transformação de consciências e realidades* nas esferas política e social, histórica e cotidiana, do coletivo e do individual, da consciência e o inconsciente. Assevera que uma teoria e uma prática dos direitos humanos, entendidos como produtos culturais tenderão sempre a criar, constituir, buscar e provocar eventos, encontros, espaços significativos de interação que aumentem a intensidade de nossas atitudes e aptidões para empoderarmos ou empoderar os outros. Propõe Herrera Flores que reclamemos, então, uma imaginação, uma teoria e uma prática que rompam as cercas em que nos encerram déficits e excessos de sentido, e construamos a possibilidade de propor alternativas reais no mundo em que tivermos que viver.

Não por acaso, Herrera Flores compreende que o mundo não é estático, o mundo “*não é*”, mas se encontra em constante movimento e transformação, o mundo “*está sendo*”; o mundo está sempre pronto para ser reinventado pelas “*pessoas concretas*” submetidas à dialética da vida cotidiana (CADEMARTORI; GRUBBA, 2012, p. 715). Ele nos traz a constatação da *transformação* longe do contexto transcendente.

Herrera Flores afasta a cultura da transcendência para indicar uma *nova invenção* dos direitos humanos. Rompe qualquer vínculo com as proposições nas quais se sustenta a cultura tradicional e transcendente. Adota um processo revolucionário, pois preconizava a possibilidade de *transformação* envolvendo pessoas e realidades.



Por uma práxis atenta à política

Para a filosofia e a filosofia do direito pensadas no plano da imanência (no plano material, real), cujos resultados são sempre perseguidos, estabelece-se como certa a viabilidade de tais processos serem marcados pela atuação de agentes, instituições, grupos de pessoas individualizados por causa do gênero, raça, etnia, sexo, religião. E para a atuação profícua em prol do resultado então almejado se impõe a adoção ou indicação de uma práxis voltada à política.

Pela conscientização e transmissão axiológica do conhecimento, as transformações, os movimentos, e as dialéticas contidas nas ideias de Herrera Flores, mais especificamente nos *processos de luta pela dignidade*, só serão possíveis através de ação política organizada consistente em séria atividade prática, geradora de efeitos, em prol das demandas sociopolíticas.

David Sánchez Rubio (2018, p. 67-9)⁹, dentro do contexto político, trata da democracia e direitos humanos, esclarecendo que democracia não pode ser somente concebida como uma forma de governo, mas sim um conjunto de ações que tenha como objetivo possibilitar o poder do povo para o povo, e quanto aos direitos humanos baseando-se nos ensinamentos de Herrera Flores, nos situa no seguinte comentário:

Con la democracia deben ser la ciudadanía y el pueblo em su conjunto quienes asuman su responsabilidad y el deber de autogobernarse por sus propios medios. Todo ser humano tiene que participar directamente em todo aquello que le afecta en el ámbito de lo público (y también de lo privado...) (...) *A los derechos humanos los sitúo en instancias reivindicativas y demandas más o menos institucionalizadas que surgen de procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por una dignidad humana procesual, histórica, reversible y abierta* (...) los derechos humanos pueden servir como instrumentos de control formados por relaciones y acciones contra aquellos excesos de poder que impiden el principio de agencia humana (...) y en sus dimensiones libidinales, sexuales, étnicas, culturales, económicas y sociopolíticas, y como bienes jurídicos y



no jurídicos que permiten y desarrollan los medios, las acciones, las relaciones y las tramas sociales con los que poder satisfacer las necesidades humanas y disfrutar de una vida digna de ser vivida.

A propósito, complemente-se com as palavras de Herrera Flores, quando trata da complexidade política dos direitos humanos:

Os direitos humanos, como geralmente todo fenômeno jurídico e político, estão permeados por interesses ideológicos e não podem ser entendidos à margem de seu fundo cultural e contextual. No entanto, como acontece quando um fenômeno é reconhecido juridicamente, começa-se a negar seu caráter ideológico, sua estreita vinculação com interesses concretos, e seu caráter político; em outras palavras, oculta-se seu contexto, universaliza-se a visão hegemônica e, desse modo, são subtraídas dos sujeitos que atuam em função deles a sua capacidade e a sua possibilidade de se transformar e transformar o mundo (2009, p. 55-6).

Herrera Flores possui discurso indissociável do campo social e, pois, da seara política. Segue na proposta de *transformação* e na tarefa de desconstruir o discurso da hegemonia global econômica do neoliberalismo. Salienta que o sistema de valores hegemônico em nossos dias é majoritariamente neoliberal e, por conseguinte, coloca “*por cima*” as liberdades funcionais ao mercado e “*por baixo*” as políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural (2009, p. 47). Denuncia o problema que ele diz reconhecer ser bem mais sério no campo da efetividade dos direitos humanos, que se refere à racionalidade que está na base da ideologia jurídica e política hegemônica, predominantemente neoliberal e neoconservadora. E tal quadro faz com que as liberdades individuais e o estado formal de direito se fixem acima dos direitos sociais e do estado social de direito, tanto que comenta que a história da ONU, por exemplo, está repleta de tentativas frustradas de controlar esses processos conducentes à desigualdade (2009, p. 98-9).

Nessa toada, ele clama pela imprescindível “*reação*” que deve surgir em contraposição a esse quadro quando explica politicamente os direi-



tos não como entidades naturais ou “*direitos infinitos*”, mas como “*reações antagonistas*” frente a um determinado conjunto de relações sociais surgidos em um contexto preciso, temporal e espacial: a modernidade ocidental capitalista. E arremata:

Em nosso politizado conceito de fraternidade não se escondem propostas de tolerância abstratas, mas impulsos concretos de ‘solidariedade’ e de ‘emancipação’ que permitem a elevação de todas as classes domésticas ou civilmente subalternas à condição de sujeitos plenamente livres e iguais, o que implica a queda de todas as barreiras de classe derivadas dos processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano (2009, p. 115).¹⁰

Na teoria crítica de Herrera Flores (2009, p. 78-94), para uma nova concepção dos direitos humanos, ele sugere uma alternativa que rechaça o quadro que a teoria tradicional apresenta, e para tanto indica que devem ser dados os seguintes passos: (a) recuperar a ação política (pois os direitos humanos são indissociáveis da dimensão política), (b) conceber uma filosofia “impura” dos direitos, e ainda (c) adotar uma metodologia relacional a fim de sempre buscar vínculos que unem esses direitos com outros âmbitos da realidade.

Quando tratamos acerca da abstração, transcendência versus imanência, comentamos sobre a “*metodologia relacional*”, entendida como método que enaltece a importância de vínculos que unem os direitos humanos com outros âmbitos da realidade. Ou seja, o filósofo aponta à reivindicação de uma metodologia relacional que leve em conta a complexidade dos direitos humanos situados em seus contextos.

Outro passo necessário para a teoria da reinvenção dos direitos humanos é adotar uma “*filosofia impura dos direitos humanos*”. Antes, porém, nunca é demais lembrar que a concepção ‘pura’ da filosofia é aquela que trata da abstração da realidade, enquanto a ‘impura’ deve estar contaminada de contexto (teoria realista). Nesse tópico, pretende-se construir uma teoria que, abandonando as purezas e as idealizações, aposte numa concepção materialista da realidade; deseja-se uma teoria que fixe uma forma de conceber o nosso mundo como um mundo real,



repleto de situações de desigualdade, de diferenças e disparidades, de impurezas e mestiçagens que nunca devemos ocultar sob qualquer véu de ignorância; somente o impuro – o contaminado de contexto – pode ser objeto dos conhecimentos daqueles que aderem à teoria crítica dos direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009, p. 85-6).

E a noção filosófica de Herrera Flores é vista quando ele explica que somente o impuro é cognoscível, porque situado num espaço, num contexto, num determinado conjunto de situações. Somente o impuro é descritível, pois pode ser dividido em partes e estudado em sua complexidade. Por fim, só o impuro é relatável, isto é, pode ser objeto de nossos diálogos, pois nos permite estabelecer vínculos entre os fenômenos e está subjugado à “história”, ao devir, às narrações que contamos uns aos outros ao longo do constante processo de humanização da nossa própria humanidade (2009, p. 89).

Herrera salienta que para se garantir a dignidade não basta um mero acesso a bens, é também necessário que este acesso seja igualitário e não hierarquizado

Segundo Herrera Flores, a *recuperação do político* é uma das tarefas mais importantes de uma teoria crítica e complexa dos direitos humanos. Isso porque é intuitivo que os direitos humanos não podem ser entendidos separados do político.

No livro lançado *in memoriam* ao filósofo, organizado por Carol Proner e Oscar Correas¹¹, já no primeiro capítulo, *16 premisas de una teoría crítica del derecho*, escrito pelo próprio Joaquín Herrera Flores, há a concepção dos direitos humanos como sendo o produto de uma determinada ordem de relações sociais, onde há o processo de criação e reprodução de normas, regras e procedimentos que estão relacionados com a divisão da sociedade em classes hegemônicas e subordinadas. Vale dizer que o filósofo explicita que não pode haver direito ‘*sem sociedade*’, dando conta do viés político aqui comentado, mormente porque ele sustenta que os direitos humanos podem ser usados tanto para a legitimação de uma ordem hegemônica quanto por grupos oprimidos, subordinados ou marginalizados que lutam por sua dignidade humana e aquisição de novos espaços na sociedade, partindo portanto para a



racionalidade política, ética e social como pontos primordiais em oposição à racionalidade hegemônica de mercado globalizada.

Inclusive, é importante mencionar nesse contexto político o pensamento de Herrera quando ele salienta que para se garantir a dignidade não basta um mero acesso a bens, é também necessário que este acesso seja igualitário e não hierarquizado a *priori* pelos diversos processos de divisão do fazer que na sociedade estabelecem posições diferenciadas segundo as quais alguns podem ter acesso privilegiado aos bens, enquanto outros permanecem em situações de opressão e subordinação. Tal reflexão restou extraída das menções feitas pelo professor espanhol CARBALLIDO (2020) sobre o assunto:

Para el autor (Herrera Flores), “hablar de dignidad no es hacerlo de algo abstracto o metafísico, sino de las posibilidades u obstáculos que tenemos a la hora del acceso (igualitario o desigual) a los bienes materiales e inmateriales”. Nótese que no se trata de un mero acceso a los bienes, se requiere, además que ese acceso sea igualitario y no jerarquizado a priori por los diversos procesos de división del hacer que en la sociedad establecen posiciones diferenciadas según las cuales unos pueden acceder de manera privilegiada a los bienes, mientras otros permanecen en situaciones de opresión y subordinación (2008, p. 26). La consideración realista del contexto concreto para el que la idea de dignidad es propuesta, hace que ésta sea entendida por Herrera (2008, p. 135) como “el conjunto de actitudes y aptitudes que nos van a permitir afrontar de un modo subversivo y alternativo las posiciones que ocupamos en los procesos que facilitan o dificultan el acceso a los bienes materiales e inmateriales”¹².

Os direitos humanos ainda devem prestar-se para aumentar nossa “potência” e nossa “capacidade” de atuar no mundo; e em terceiro, deve-se recuperar o político como esfera complementar e paralela à luta pela dignidade “a partir” dos direitos humanos.

A teoria crítica dos direitos humanos apregoa o viés político quando nos coloca diante de dois polos que farão a diferença na luta pelos direitos: a ontologia da potência e a ontologia da passividade. Na



potência tão bem Herrera Flores aponta a necessidade do empoderamento humano, a fim de instigar a prática para as mudanças sociais, diferentemente da ontologia da passividade que, como o próprio nome indica, consterna em inação (2009, p. 81-4). A *ontologia da potência* significa perceber a ação política cidadã sempre em tensão com as tendências dirigidas a *reificar*, quer dizer, a coisificar as relações sociais.

Quando fala sobre a complexidade filosófica dos direitos humanos, Herrera Flores nos indica que não há espaço para *essencialismo*, pois essa tendência gera o quadro perverso de um certo dogmatismo a partir do qual uns – os privilegiados por ele – querem ou pretendem convencer os desfavorecidos de que, ainda que sejam vítimas de uma determinada ordem, isso não é mais que uma aparência ou um momento temporal que acabará culminando por si mesmo na felicidade universal. O *essencialismo* dos direitos humanos (os seres humanos já *têm* os direitos) propicia a ignorância e a passividade, ao invés de promover o conhecimento e a ação (2009, p. 51-2).

Ainda, e dentro da análise global da obra sobre a reinvenção dos direitos humanos efetuada neste ensaio, o filósofo espanhol, em certo momento, propõe recuperar a força normativa através do que ele chama de ‘estética política’, e nos explica:

Uma estética política que potencialize e intensifique o desejo de potência cidadã. Uma estética política que nos faça pensar com nossos corpos e os encontros que eles propiciam. Uma estética política que propicie a construção de processos com sujeitos que assumam o risco de “desejar a potência” e a conversão de meras multidões solitárias em multiplicidade de singularidades dispostas a irromper intempestivamente no real (2009, p. 208).

A práxis voltada ao campo político está presente na epistemologia da jusfilosofia de Herrera Flores, portanto, quando se lê que os direitos humanos devem prestar-se para aumentar nossa “potência” e nossa “capacidade” de atuar no mundo.

Assim, Herrera Flores indica uma racionalidade calcada na práxis voltada à seara política quando indica a necessidade de *luta e a produção de ações* – resistências.



Considerações finais

Atendendo a proposta do presente ensaio, antes se frisou o plano de imanência na lógica de Herrera Flores quando ele nos apresenta uma concepção de direitos humanos sempre em conexão com a realidade do mundo e com a vida dos seres humanos (num processo transitório), ao contrário das teorias tradicionais que situam o ser humano em um mundo abstrato, alheio à realidade prática. Essas referidas teorias tradicionais se situam na esfera transcendental.

A busca de Herrera Flores por uma nova invenção acerca dos direitos humanos coaduna com o *concretismo* e o *construtivismo* referidos no mundo da filosofia, e ainda o plano de *imanência*, pois a teoria crítica apresentada pelo espanhol indica ser necessário visibilizar os contextos nos quais se situam as normas; desestabilizar as crenças e as certezas estabelecidas ao denunciar a cumplicidade com a ideologia dominante; e propor transformações no pensamento e na prática jurídicos em função de valores alternativos e situações sociais mais de acordo com a minoria, os mais vulneráveis (HERRERA FLORES, 2008, entrevista). Aliás, apontar os direitos humanos como produtos culturais deu conta do interesse de Herrera Flores em alertar o mundo sobre a necessidade não só de respeitar o outro como “*diferente*”, mas sim entender que os direitos humanos são frutos de processos de cultura – só surgem a partir de processos históricos, lutas sociais, reivindicações, conquistas; exsurtem do fundo das entranhas do contexto social, da realidade nua e crua, em um processo intenso de ação em prol da dignidade humana (para que daí o produto dessas lutas restem positivados para garantir o que se colheu). Nítida está a práxis voltada ao real.

Volta-se a constatar que a filosofia de Herrera Flores adota a referida práxis voltada à imanência, à contextualização dos fatos, e nos conduz a uma teoria e uma prática que também culmine em construir a possibilidade de propor alternativas reais no mundo em que temos que viver.

Nesse caminho de “*transformações, criações e lutas*” reflete-se uma prática que deve ser acolhida pelas pessoas, pelos seres humanos, pelas instituições, através do empoderamento dentro de um processo políti-



co. Só chega à “luta” quem sai da passividade para a potência e passa a ter consciência da sua força e sua missão.

Herrera Flores segue revolucionário ao entender que, através de mecanismos políticos, deve-se chegar à solução maior dos problemas acometidos pela humanidade, quando do processo de luta pela dignidade.

O presente ensaio cumpriu seu papel ao indicar a importância de se estabelecer um alerta acerca da adoção de uma práxis voltada ao real e à política, estimulada por Herrera Flores, diante do contexto mundial de violações constantes dos direitos humanos, do atual quadro da desigualdade social (nunca tão marcante), e dentro do estudo da filosofia do direito. Herrera Flores não está mais neste mundo, mas seus pensamentos o colocam, ainda, na vanguarda do estudo da filosofia do direito e dos direitos humanos.

Notas

1. Mestranda em Direito pela UEPG – Universidade Estadual de Ponta Grossa. Especialista em “Direitos Humanos e Questão Social”, pela PUC-PR – 2019/2020. Juíza de Direito aposentada TJPR (2020). Pós-Graduada no Curso “Fundamentos Críticos: Los Derechos Humanos como procesos de lucha por la dignidad – IX Edición”, pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, Espanha, 2019. Professora da Escola de Magistratura do Paraná (EMAP). Conciliadora do CEJUSC do TJPR. E-mail: deniseantunes46@gmail.com . ORCID = 0000-0002-6466-280X
2. CARBALLIDO, Manuel E. Gándara. Resenha: Joaquín Herrera Flores. La reinvencción de los derechos humanos. Sevilla: Atrapasueños, 2008. Tradução de Lucas Gomes. *Latin American Human Rights Studies*, v. 1 (2021).
3. IMANÊNCIA (Filosofia): Aquilo que existe materialmente; o que é real. Característica do que faz parte da essência de alguma coisa em oposição à existência (real, imaginária ou fictícia). Característica ou particularidade daquilo que é intrínseco ao mundo material e concreto.
4. Sobre o assunto, vide sobre ‘racionalidade de resistência’: Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência, 2002.
5. A teoria geracional de Karel Vasak: os direitos de primeira geração, surgiram com as revoluções liberais do século XVIII e, pois, são os direitos de liberdade em sentido amplo, sendo os primeiros a constarem dos textos normativos constitucionais: os direitos civis e políticos. Dentre eles, estão os direitos às liberdades, à vida, à igualdade perante a lei, à propriedade, à intimidade, etc. Os di-



reitos de segunda geração, por sua vez, eclodem no início do século XX, calcados no constitucionalismo do Estado social (Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919) e são os direitos de igualdade em sentido amplo: direitos econômicos, sociais e culturais. São os reconhecidos direitos à saúde, à educação, à previdência, etc. Os direitos de terceira geração são os direitos da comunidade (voltados a todo ser humano), por ex., os de cunho difusos e coletivos, que se assentam na fraternidade ou solidariedade. Tem-se daí o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como os direitos ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade e à paz. Além das três gerações de Vasak, na doutrina é feita referência a quarta, quinta e até sexta geração dos direitos fundamentais. Por ex., os direitos fundamentais de quarta geração seriam aqueles resultantes da globalização e são exemplos o direito à democracia (sobretudo direta), à informação, ao pluralismo e, para alguns (como Norberto Bobbio), a bioética; quinta geração de direitos fundamentais, tendo como destaque o reconhecimento da normatividade do direito à paz; sexta geração de direitos fundamentais, consistente no direito à água potável. Existem muitas divergências quanto ao tema. Sobre o assunto: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 59 e ss.

6. E mais: *“Para Herrera Flores, por tanto, la lucha por el reconocimiento de los derechos no tiene su origen en el esfuerzo por “bajar a tierra” un ideal o valor trascendental; ésta surge a partir de la necesidad por satisfacer un anhelo social de los hombres y mujeres que se movilizan por su reconocimiento y disfrute. Si esos anhelos se generalizan, siendo compartidos por diferentes individuos, colectivos e incluso sociedades, trascendiendo por tanto la satisfacción de una necesidad particular, se convierten en valores capaces de orientar la acción y las prácticas colectivas. Finalmente, producto de una lucha social y política, esos valores son reconocidos como normas jurídicas, establecen límites a la actuación de los poderes públicos y fundan una relación social a partir de la cual se regularán situaciones, reivindicaciones o conflictos de diverso tipo. De tal manera, el derecho, elevando a relación social un determinado conjunto de anhelos y valores, indicará lo que la sociedad ha de ser y la manera como se ha de reglar”*.
7. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Libros de la Catarata, 2005.
8. A concepção da imanência é indissociável da filosofia de Gilles Deleuze. Plano de imanência é um conceito fundamental na metafísica e ontologia da obra do filósofo francês. Para ele a imanência remete a “existir ou permanecendo dentro” e geralmente é aplicado como oposição relativa à transcendência, que é “aquilo que está além ou fora”, isto é, trata-se de uma distinção endógena que é singular, infinita e notável – corresponde à função primordial da essência da existência. Deleuze rejeita a ideia de que vida e criação são opostas à morte e à não criação; em vez disso, ele concebe um plano de imanência que inclui simultaneamente a vida e a morte. O assunto é bastante tratado por Deleuze e Guattari, no livro O



- Que é a Filosofia?* São Paulo: Editora 34, 2010. A propósito, o filósofo Michael Hardt, professor da Duke University (EUA), apontou que a contribuição de Deleuze francês para o fim do milênio (passado e recente – entrevista de 1996), pode ser resumida como sendo a de uma filosofia da imanência: *A imanência se opõe a formulações transcendentais, ambas no sentido de formulações religiosas e filosóficas que apresentam valores e ideais em um âmbito separado deste mundo, ou no sentido de uma ordem política que coloca sua força acima do plano interativo das forças sociais*” Folha de S. Paulo “Mais!” Qual é a maior contribuição de Deleuze ao pensamento da obra do milênio? 02 jul. 1996.
9. RUBIO, David Sánchez. *Derechos Humanos Instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ciudad de México: Akal. Impreso en España, 2018.
 10. Vide ainda: A falácia naturalista denunciada por Hume não consiste no rechaço lógico de um “é” em direção a um “deve”; mas sim na apresentação de um “deve” como se fosse um “é”. Quer dizer, o que se rechaça é o argumento ideológico que se apresenta como algo “natural” e, por isso, imutável (um “deve” apresentado como um “é”). *Para isso, devemos recuperar o papel transgressor da proposta e, partindo da realidade (do “é”), propor contínua e intempestivamente alternativas realistas que peçam o impossível, “o ainda não”, a colocação em prática de um “deve” subversivo e rebelde em face do terrível “é” em que vivemos cotidianamente sob a égide da globalização neoliberal*. Devemos, portanto, “fugir” do círculo fechado de teorias que impõem significações e sentidos como algo “natural”, dissimulando ou ocultando as relações de força que fundamentam sua própria força. (HERRERA FLORES, 2009, p. 208).
 11. PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
 12. CARBALLIDO, Manuel E. Gándara. *Pensamiento crítico en Derechos Humanos. La propuesta de Joaquín Herrera Flores*. pp. 15-31. IN: Lúcia Rodrigues de Matos & Manuel Eugenio Gándara Carballido (Orgs.) *Sem direitos não há justiça* (Pensando os Direitos Humanos desde o Poder Judiciário). São Leopoldo: Oikos, 2020. pp. 15-31. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/media/441406/Sem%20direitos%20n%C3%A3o%20h%C3%A1%20justi%C3%A7a.pdf>

Referências

- CARBALLIDO, Manuel E. Gándara. *Pensamiento crítico en Derechos Humanos. La propuesta de Joaquín Herrera Flores*. pp. 15-31. IN: Lúcia Rodrigues de Matos & Manuel Eugenio Gándara Carballido (Orgs.) *Sem direitos não há justiça* (Pensando os Direitos Humanos desde o Poder Judiciário). São Leopoldo: Oikos, 2020. pp. 15-31. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/media/441406/Sem%20direitos%20n%C3%A3o%20h%C3%A1%20justi%C3%A7a.pdf>



- CARBALLIDO, Manuel E. Gándara. Resenha: Joaquín Herrera Flores. La reinvencción de los derechos humanos. Sevilla: Atrapasueños, 2008. Tradução de Lucas Gomes. *Latin American Human Rights Studies*, v. 1 (2021).
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. *Revista Direito GV*, São Paulo 8 (2), p. 703-724. Jul-Dez 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/VGBHtK6vtZ8jmBHb7wZbPJP/?format=pdf>.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O Que é a Filosofia?* Tradução Bento Prado Junior e Alberto Alonso Muñoz. 3. ed. (3ª reimpressão – 2020). São Paulo: Editora 34, 2010.
- FOLHA de S.P. “Mais!”. *Qual é a maior contribuição de Deleuze ao pensamento da obra do milênio?* 02 jul 1996. <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1996/6/02/mais!/9.html>.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
Obs.: sobre a indicação de páginas do livro “A (re)invenção dos direitos humanos”, deve-se alertar o leitor que existe a tiragem que conta com a ‘nota do autor à edição brasileira’, sendo que outra tiragem não faz referência à essa nota, e parte da ‘nota do tradutor’, ensejando uma diferença das páginas dos capítulos e tópicos das edições. Nesse trabalho, é utilizada a edição que conta com a ‘nota do autor à edição brasileira’.
- _____. A reinvenção dos Direitos Humanos. Entrevista concedida a José Geraldo de Sousa Junior. *Revista UnB Sindjus-DF. Constituição & Democracia*. Brasília, jun. 2008. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Texto-3.pdf>.
- _____. *Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto*. Madrid: Libros de la Catarata, 2005.
- _____. Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos. *Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, vol. 23, n. 44 (2002). Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>.
- NEGRI, Antonio. *Deleuze e Guattari: uma filosofia para o século XXI*. Tradução e Organização Jefferson Viel. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019. Resenha de: SILVESTRIN, Darlan. *Conjectura: Filosofia e Educação*. Caxias do Sul, v. 26, 2021. Disponível em: <https://www.resenhacritica.com.br/todas-as-categorias/deleuze-e-guattari-uma-filosofia-para-o-seculo-xxi/>.
- PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- RUBIO, David Sánchez. *Derechos Humanos Instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ciudad de México: Akal. Impreso en España, 2018.



João Luiz - Leilões Judiciais

Junto às varas cíveis, federais e do trabalho,
construtoras, consórcios, cooperativas de
crédito, Detran e pessoas físicas.

Leilões presenciais e eletrônicos • Expedição de ofícios e intimações
Remoção e armazenagem • Avaliação de mercado
Publicação de edital • Divulgação

Acesse

joaoluizleiloes.com.br

para conhecer os bens disponíveis
para arremate.



Leiloeiro público oficial
Mat. Jucepar nº 11/041-1

joaoluiz@joaoluizleiloes.com.br | 41 99985 5423 | 41 3255 5011
Carmelina Cavassin, 1655 | Abranches | Curitiba | PR



A decisão judicial e a (in)certeza no direito

Eduardo Novacki¹

Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná

Resumo: O conhecimento científico se caracteriza por ser uma espécie de conhecimento baseado em proposições racionalmente elaboradas e sistematizadas, que metodologicamente são passíveis de verificação. Durante significativo período temporal, especificamente na modernidade, a comunidade científica se ocupou com a elaboração de critérios visando a obtenção de um conhecimento verdadeiro, baseado na certeza de suas proposições. No que diz respeito ao conhecimento jurídico, a certeza decorreria da lei, sistematizada em códigos, com a pretensão de clareza e completude. Contudo, esse pensamento passa a ser questionado, eis que a incerteza é uma característica da ciência, que se distingue pela possibilidade de seu objeto ser testado e falseado sem que, com isso, se perca a racionalidade. Desta forma, floresce o pensamento que admite a possibilidade de mais de uma resposta para cada questão posta, ganhando espaço teorias da argumentação, para as quais não existe uma única resposta verdadeira, mas sim respostas razoáveis. O impacto desse pensamento na ciência jurídica é forte, eis que se admite a possibilidade de soluções diversas para um determinado caso, todas válidas se baseadas em argumentações jurídicas razoáveis, o que abala, para além da noção de certeza, a ideia de segurança jurídica. Assim,



se faz necessário o estabelecimento de critérios para que a decisão judicial seja considerada provida de fundamentos aceitáveis, como a racionalidade, a utilização de argumentos normativos e a consideração das consequências sociais das decisões proferidas. Com isso, a argumentação jurídica contribuirá para a manutenção da estabilidade, da coerência e da racionalidade no sistema de Justiça.

Introdução

A ciência jurídica, como ramo do conhecimento científico, busca sistematizar o conhecimento jurídico de forma metodológica. Possui as relevantes funções de descrever, enumerar e interpretar os diversos sistemas de direito existentes, positivados nos ordenamentos jurídicos respectivos, mas, para além destas finalidades, também lhe compete a reformulação destes sistemas, numa atribuição normativa.

Como ramo do conhecimento científico, o conhecimento jurídico não está alheio às consequências geradas pela constatação da incerteza presente no conhecimento científico. Tal reflete especialmente no florescimento de teorias da argumentação jurídica, as quais admitem a existência de mais de uma resposta adequada a uma questão colocada, o que influi na decisão judicial, que pode comportar diversificadas argumentações e, com isso, diversas soluções para uma mesma espécie de problema apresentado.

No presente artigo se pretende, em breves linhas, expor a constatação acerca da incerteza presente no conhecimento científico, seguindo-se a abordagem sobre a relevância da argumentação jurídica e a possibilidade da existência de mais de uma resposta tida como aceitável para as diversas questões jurídicas levantadas. Ao final, será analisado o consequente impacto destas constatações à decisão judicial, o que comportará diversificados argumentos passíveis de utilização, alertando-se para a necessidade do estabelecimento de critérios para o trato da situação.



1. A (in)certeza e o conhecimento científico

O conhecimento científico pode ser entendido como o conjunto sistematizado de proposições relacionadas entre si sobre o comportamento de certos fenômenos, proposições que são formadas a partir de atividades racionais e que são passíveis de serem submetidas à verificação (FERRARI, 1982, p. 02).

O conhecimento científico se caracteriza pela existência de método, que o distingue de outros tipos de conhecimento, como o vulgar e o religioso. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 199), a sistematicidade, com a existência de princípios próprios e regras peculiares, é um argumento para a cientificidade.

Conforme explica Edgar Morin (2014, p. 37), para relevante parte de cientistas da modernidade, o conhecimento científico seria responsável por formar enunciados dotados de sentido e baseados no que fosse observável e verificável. Para esses cientistas, através da utilização do método indutivo, deveria começar com enunciados atômicos, a partir dos quais seria possível construir proposições e teorias reputadas por verdadeiras, seguras e científicas.

Trata-se, para esta linha de pensamento, de um conhecimento baseado na certeza de suas proposições e teorias, as quais seriam aplicáveis, agora por dedução, à generalidade das situações similares. Nessa ciência se tornam irrelevantes os valores e a dialética e se enaltece o raciocínio estruturado a partir da lógica matemática (VILLEY, 2009, p. 588). A verdade e a certeza são qualidades atribuídas aos conceitos gerais, os quais seriam aplicáveis indistintamente à totalidade das situações correspondentes que neles se enquadrassem.

Todavia, mesmo nas ciências naturais as teorias se sucedem e são modificadas, por mais verdadeiras que parecessem no início de sua

A cientificidade se define pela incerteza e não pela certeza, razão por que deve ser abandonada a ideia de certeza teórica, dando-se lugar à noção de falibilidade, sem que isso se configure no abandono da racionalidade



formulação. Tais teorias seriam, na realidade, conjecturas (ou quase-verdades), que descrevem certos aspectos de porções do universo, sem aspiração de serem seus retratos exatos (COSTA, 2001, p. 34-5).

Para Karl Popper (2013, p. 37-8), o que torna a teoria científica é o fato de ser falível e aceitar ser refutada. A racionalidade da ciência consiste no fato dela aceitar ser testada, podendo ser falseada.

Talvez uma das maiores demonstrações de que a certeza e a verdade são incompatíveis com o conhecimento científico é o fato de certos paradigmas, por mais verdadeiros que pudessem se aparentar, terem sido reiteradamente substituídos por outros, ao invés de simplesmente serem aprimorados, o que se verificou em vários momentos da história da humanidade. Thomas Kuhn (2006, p. 116), com muita propriedade, afirma:

A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como de muitos de seus métodos e aplicações.

Conforme explica Morin (2014, p. 38-9), baseado no trabalho de Popper, a ideia de busca da verdade fracassou, eis que a ciência é ainda mais mutável do que a teologia. A cientificidade se define pela incerteza e não pela certeza, razão por que deve ser abandonada a ideia de certeza teórica, dando-se lugar à noção de falibilidade, sem que isso se configure no abandono da racionalidade.

2. Argumentação jurídica e a(s) resposta(s) correta(s)

O fenômeno da “positivação é o traço mais característico do direito em nossos dias” e “explica o nascimento de uma Ciência do Direito, e, ao mesmo tempo, das suas ambiguidades” (FERRAZ JR., 2003, p. 23-6).



Na modernidade se propagou, inicialmente na Europa continental, o fenômeno da codificação, através do qual se procurou conferir certeza ao conhecimento jurídico através da lei. Os códigos passaram a representar a previsibilidade, diante da crença de regulação de todas as condutas dos que a eles estavam sujeitos.

Paradoxalmente, também restou evidenciado o relevante papel da ciência jurídica, que não se limita à descrição do direito previsto na lei, cabendo-lhe, para além de descrever e enumerar o direito positivado, as importantes funções de interpretação, complementação e reformulação do direito. Carlos Santiago Nino (2010, p. 384) explica:

É claro que, apesar dessa evidente atitude de adesão dogmática ao direito legislado, a dogmática jurídica cumpre uma importante função, certamente incoerente com ela: a de reformular esse direito, propondo exatidão para seus termos vagos, completando suas lacunas, resolvendo suas incoerências e ajustando suas normas a determinados ideais axiológicos; dessa forma, a dogmática jurídica presta seu mais importante serviço à administração de justiça.

Não bastasse esta característica da dogmática, com a difusão das teorias retóricas paulatinamente passou-se a observar uma desconfiança acerca da existência de uma única resposta verdadeira para cada questão jurídica, admitindo-se mais de uma solução para um mesmo problema.

A descrença na possibilidade de obtenção de respostas reputadas como verdadeiras fomentou o surgimento de diversas teorias da argumentação jurídica, as quais aceitam a existência de respostas razoáveis em contraponto à pretensão de existência de uma única resposta correta. Margarida Maria Lacombe Camargo (2001, p. 8) afirma:

A compreensão requerida pelo direito poderá ser realizada e apresentada concretamente, mediante o recurso técnico da argumentação, enquanto a argumentação, como instância dialógica, permite o exercício da liberdade, do confronto e do amadurecimento de ideias, em direção a uma solução jurídica nem certa nem errada, mas razoável.



Chaïm Perelman (1996, p. 515-6) questiona as ideias de certeza e existência de um único argumento correto no âmbito do direito, esclarecendo que

se houver, em questão de justiça, para cada problema uma solução a um só tempo necessária e única que pareceria tão evidente a todo ser dotado de razão quanto a solução de um problema de aritmética, chegando cada qual necessariamente à mesma resposta, não seria de modo algum necessário designar juízes para dizer o direito.

Esta é a tônica do pensamento jurídico no período atual, denominado por muitos como período da pós-modernidade, marcado pelo ressurgimento da retórica, onde se afrouxam as certezas e as verdades objetivas e ganham espaço o discurso e a argumentação.

Todavia, observa-se que a multiplicidade de soluções possíveis para cada questão jurídica gera um ambiente no qual a previsibilidade diminui, afetando, pois, não apenas a noção de certeza, mas também de segurança jurídica. Essa diversidade de soluções acaba por se verificar notadamente quando da aplicação do direito pelos tribunais, que apresentam respostas por vezes oscilantes e contraditórias para as mesmas questões levadas a julgamento.

3. Estabelecimento de critérios para argumentação na decisão judicial

A divergência de entendimentos sobre uma mesma questão pelos tribunais, assim como a oscilação jurisprudencial dentre das próprias cortes, gera perplexidade no sistema de Justiça e evidencia a instabilidade, a imprevisibilidade e a insegurança jurídica, ainda mais quando se observa que a jurisprudência tem tido cada vez mais reconhecimento como fonte do direito, mesmo nos países de tradição romano-germânica.

A gradativa amplificação do papel da jurisprudência e o avanço e consolidação das teorias da argumentação jurídica realçam o problema das múltiplas interpretações do ordenamento jurídico por parte dos ór-



gãos julgadores, as quais, ainda que com a devida fundamentação, trazem instabilidade ao ordenamento jurídico.

Diante desta instabilidade, a ideia de isonomia material é questionada, eis que existe a real possibilidade de idas e vindas dos casos em julgamento – considerados em si mesmos –, bem como de entendimentos dissonantes em casos idênticos – considerados os casos de forma relacional –, entendimentos que podem se modificar ao sabor de alterações conjunturais na ordem política, social ou econômica, para além da questão jurídica.

Resta, pois, potencializado o já existente ambiente de incerteza e comprometida, também, a segurança jurídica, responsável por atribuir uma determinada ordem a este ambiente, agora tornado incerto, dentre outros fatores, pela mencionada constatação de ser possível a existência de mais de uma resposta correta para as mais diversas questões jurídicas levadas ao conhecimento dos tribunais.

Dessa forma, se mostra premente a necessidade de encontrar soluções, pois mesmo o ambiente de incerteza necessita de mecanismos de controle e racionalidade, a fim de se evitar que o caos reine sobre o sistema, com nefastas consequências, especialmente aos destinatários da prestação jurisdicional.

Dentro das limitações deste breve ensaio, sem olvidar a existência de diversos outros caminhos, salienta-se que a necessidade do estabelecimento de critérios para a argumentação jurídica na decisão judicial é questão fundamental para a pretendida racionalização do sistema de Justiça.

Conforme explica Alexy, embora não se possa negar a possibilidade de mais de uma solução para o caso, a argumentação válida deva ser sustentada pela racionalidade:

A argumentação não pode partir do nada nem começar em qualquer ponto. Busca chegar, a partir do faticamente dado como concepções e atitudes, mediante um processo de elaboração racional, a resultados aceitáveis de maneira geral. Por isso, frequentemente não se pode indicar um resultado como o único e correto de maneira definitiva. Isso obriga a uma abertura à crítica e à tolerância (2012, p. 173).



Entre estes critérios, talvez o mais relevante consista no fato de que a argumentação jurídica contida na decisão judicial deve invocar fundamentos jurídicos normativos, que lhe outorguem sustentação suficientemente convincente. O que não se mostra cabível é a justificação de uma decisão através de argumentos tão somente de ordem lógica, moral ou política, afastando-se da normatividade, a qual é essencial para outorgar legitimidade a tais argumentos.

Entretanto, mesmo partindo-se de fundamentos normativos, não poderão ser ignoradas as consequências sociais, econômicas ou políticas da decisão, cabendo ao juiz “impedir que a aplicação do direito leve a consequências desarrazoadas” (PERELMAN, 1996, p. 552). Assim, a argumentação, embora deva ser sustentada em argumentos normativos, não pode se distanciar da reflexão sobre as consequências surgidas com a aplicação da decisão judicial.

Na realidade, esses fatores deverão ser considerados conjuntamente para se reputar aceitável a argumentação jurídica contida na decisão judicial, a qual será, portanto, considerada válida e adequada aos fins a que se destina, não apenas em relação ao caso objeto da decisão, mas também tendo em consideração o sistema como um todo.

Conforme adequadamente assevera Eliane Aparecida Dorico (2013), a atividade jurisdicional “envolverá um equilíbrio entre a prescrição normativa (deontologia), os valores em jogo (filosofia moral) e os efeitos sobre a realidade (consequencialismo)”.

Tudo isso deve ser feito com a consideração e o respeito devidos à integridade do sistema jurídico, o qual deve manter sua unidade, sua coerência e sua continuidade. Para tanto, é imprescindível a observância de critérios aptos a validar a argumentação da decisão, somente com o que a mesma poderá ser considerada instrumento hábil à racionalização deste sistema.

Desse modo, estará a argumentação jurídica na decisão judicial, diante da constatação da incerteza que caracteriza o âmbito da ciência jurídica, se prestando ao papel de preservar a segurança jurídica, que se faz absolutamente necessária para que sejam conferidas, em certa medida, estabilidade, coerência e racionalidade ao sistema de Justiça.



Considerações finais

A certeza é incompatível com o conhecimento científico, eis que a possibilidade de refutação e a falseabilidade são inerentes a esta forma de conhecimento.

Em meio ao ambiente de incerteza se consolidam as teorias retóricas, pelas quais são reputadas como admissíveis diferentes respostas para uma mesma questão, sem que uma seja rotulada como verdadeira em oposição à suposta falsidade das demais.

As teorias da argumentação frutificam e se tornam objeto de interesse da comunidade científica, dado o fato de, sem a dispensa da racionalidade, admitirem argumentações aceitáveis e razoáveis, abandonando a ideia da dura exigência de um argumento verdadeiro e dotado de certeza, capaz de se contrapor a todos os demais.

No âmbito do conhecimento jurídico, a constatação da incerteza produz profundos reflexos e a argumentação jurídica permite a prolação de decisões judiciais de conteúdos distintos, que apresentem soluções igualmente distintas para casos semelhantes levados à apreciação do Poder Judiciário. Isso impacta diversas balizas do nosso sistema jurídico, motivo pelo qual se faz necessária a imposição de mecanismos aptos à consolidação e à estruturação deste sistema, como, por exemplo, a necessidade de a argumentação jurídica observar determinados critérios racionais, não podendo partir do nada ou mesmo iniciar de um ponto qualquer.

Ao reverso, a argumentação jurídica deve estar orientada por elementos normativos para além dos econômicos, sociais e políticos, os quais, apesar de merecerem consideração, como também merecem as consequências sociais que advirão da decisão, não podem por si só sustentar a deliberação judicial, em detrimento da normatividade.

Tais critérios serão um ponto de partida para que a decisão judicial conte com uma argumentação consistente, traduzindo-se em um mecanismo de estruturação da segurança jurídica, mecanismo que, apesar de não ser o único, se mostra importante e até mesmo essencial para a consolidação dos valores e princípios que se encontram consagrados no regime democrático do estado de direito.



Nota

1. Eduardo Novacki. Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Paraná. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional UNINTER, na linha de pesquisa Jurisdição e Processo na Contemporaneidade. Pós-graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Coordenador da Escola Nacional da Magistratura (ENM). Professor e Tutor em Cursos de Formação Inicial e Continuada de Magistrados. Professor de Pós-Graduação na Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Professor de graduação no Centro Universitário Unisantacruz e na Faculdade Pan-americana (FAPAD). Diretor Executivo da Presidência da Associação dos Magistrados do Paraná (AMAPAR).

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe de. *Hermenêutica e argumentação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- COSTA, Newton Carneiro Afonso da. *Conjetura e quase-verdade na obra de Miguel Reale*. In MOTOYAMA, Shozo (org.). *Cidadania e Cultura Brasileira: homenagem aos 90 anos do professor Miguel Reale*. São Paulo: EDUSP, 2001.
- DORICO, Eliane Aparecida. *A teoria da argumentação jurídica como instrumento para a solução justa dos casos*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44965&seo=1>>. Acesso em: 26 jul. 2017.
- FERRARI, Alfonso Trujillo. *Metodologia da pesquisa científica*. São Paulo: MacGraw-Hill do Brasil, 1982.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.



Seu condomínio
merece ser tão bonito
quanto a sua cidade!

Revitalize

Cuidando da imagem do seu condomínio você cuida da imagem da cidade como um todo. Afinal, as cidades não são feitas apenas de atrações turísticas.

Os edifícios também fazem parte da paisagem.

- Os imóveis se valorizam.
- A qualidade de vida dos moradores aumenta.
- A cidade fica mais bonita.
- A economia se movimenta.

E com isso, todos ganham!



Revista

Direito &
Condomínio

Bonijuris



Uma análise do necessário cumprimento ao disposto no artigo 104-A do Regimento Interno do STJ para padronização dos precedentes

Renata Estorilho Baganha¹

Juíza de Direito Titular da 11ª Vara Cível de Curitiba

Sandra Mara Maciel Lima²

Doutora em Sociologia pela UFPR

Resumo: O presente artigo tem o propósito de desenvolver um estudo sobre a necessidade de observância do previsto no artigo 104-A do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, como forma de viabilizar o sistema de precedentes do Código de Processo Civil/15. Com esse objetivo, é necessária a contextualização do sistema de precedentes do atual Código de Processo Civil, e a sua abordagem sobre elementos essenciais do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais. Em seguida será analisado o entendimento da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* dos julgados. Também serão apreciados os modelos *seriatim* e *per curiam* e de que forma são tomadas as decisões, nos modelos deliberativo ou agregativo. Por fim serão analisados dois recursos especiais repetitivos, de relatoria do ministro OG Fernandes, com o estrito cumprimento ao RISTJ, e as consequências positivas em relação a *ratio decidendi*, como se demonstra no trabalho.



Introdução

O presente artigo tem por tema a discussão de como se obter a adequada descrição da *ratio decidendi* nos acórdãos decorrentes dos julgamentos que tramitam pelo rito dos recursos repetitivos e a observância do previsto no artigo 104-A do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, como forma de viabilizar o sistema de precedentes do Código de Processo Civil de 2015.

Nessa temática apresenta-se como problema existente o modelo de julgamento adotado pelas nossas cortes de Justiça, bem como na forma de prolação das suas decisões e a forma de redação dos acórdãos pelos órgãos judiciários, que devem produzir julgamentos capazes de atender à finalidade da criação do microsistema de precedentes, ou seja, um sistema de justiça com mais segurança jurídica, isonomia e eficiência.

Para tanto, faz-se necessário a contextualização do sistema de precedentes do atual Código de Processo Civil, assim como sua abordagem sobre elementos essenciais do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os tribunais de justiça dos estados e os tribunais regionais federais, responsáveis legais pelos julgamentos desses recursos. Assim, é preciso compreender o modelo adotado pelos tribunais pátrios, diferenciando os modelos *seriatim* e *per curiam* e de que forma são tomadas as decisões, nos modelos deliberativo ou agregativo.

Em seguida, será examinada a experiência já existente no Supremo Tribunal Federal, com a adoção de votação para as teses firmadas em recursos que tramitam sob o rito dos recursos repetitivos e de repercussão geral, bem como a experiência adotada no Superior Tribunal de Justiça, ou seja, a observância pelos seus ministros do texto regimental.

A justificativa da pesquisa reside no fato de que a proposição regimental do RISTJ pode incrementar as corretas compreensão e aplicação dos precedentes no nosso sistema de precedentes, já que a modificação da técnica de redação dos acórdãos referentes aos procedimentos de julgamento de recursos repetitivos ou de repercussão geral pode ajudar a promover a mudança cultural de sua aplicação para o fim de cumprir suas vinculações horizontais e verticais.



Por meio da metodologia jurídico-teórica serão abordadas as concepções que fundamentam o tema e seus desdobramentos que importam ao recorte analisado neste estudo, somada a uma investigação normativa e de decisões judiciais, será possível realizar um raciocínio jurídico-interpretativo do tema.

Pretende-se verificar, portanto, se estão os tribunais brasileiros deixando de promover o adequado funcionamento do sistema de precedentes com a inobservância de decisões que descrevem os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, os quais são entendidos como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador. Também averiguar-se-á a definição dos fundamentos determinantes do julgado, a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque e a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador.

2. Sistema de precedentes e sua efetiva aplicação pelos tribunais competentes

2.1 O art. 104-A do Regimento Interno do STJ como diretriz na padronização do procedimento dos precedentes

O estudo da observância e efetiva aplicação do sistema de precedentes possui diversas vertentes. Assim, para o estudo da sua efetividade o tema proposto diz respeito à utilização de dispositivo legal expresso no artigo 104-A do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, o qual determina a forma como devem ser redigidos os acórdãos que julgam os processos afetados pelo rito dos procedimentos repetitivos com a finalidade de homogeneizar procedimentos, adotando lógicas similares em julgamentos similares.

Foram realizadas pesquisas no Google Scholar, consoante orientação promovida na disciplina de Epistemologia e com a utilização da busca com as seguintes palavras: “precedentes”, “sistema”, “RISTJ” e “inovação”.



Por meio desse refinamento da pesquisa foram encontrados os textos que citados, assim como usados como referência bibliográfica.

O texto “O incidente de assunção de competência como precedente no novo Código de Processo Civil: análise do instituto no Superior Tribunal de Justiça” (RICHTER, 2018) identifica o panorama da modificação regimental pesquisada, em especial com relação ao artigo debatido, trazendo a modificação e a metodologia que deve ser desenvolvida pelos tribunais superiores para melhor explicitar as razões de decidir em uma causa que, por sua natureza e rito, será utilizada como precedente para o julgamento ou diferenciação (*distinguish*) em casos similares.

O texto “Precedentes vinculantes e cortes supremas: uma análise crítica” (VIANA, 2016) foi de grande valia para definir quais são as causas ou razões de decidir (*ratio decidendi*) e a necessidade de clareza dos acórdãos quando da sua determinação, a fim de que o sistema não engesse a interpretação pelas cortes inferiores.

Em “Uma nova realidade diante do projeto do CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão” houve o embasamento teórico para o entendimento da origem dos precedentes, tanto do ponto de vista do sistema pátrio quanto do sistema do *common law* do direito estrangeiro.

Ainda no intuito de delimitar o tema e promover o estado da arte, os textos “Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança” (MELLO, 2019) e “Supremo Tribunal Federal: um tribunal de teses” (MELLO, 2010) foram relacionados à formação do precedente e da atual sistemática adotada pelo Supremo Tribunal Federal na busca do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

2.2 Importância do sistema de precedentes no CPC/15

O artigo 927 do Novo Código de Processo Civil Brasileiro afirma que os membros do Poder Judiciário observarão o incidente de assunção de competência, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os recursos extraordinários em sentido lato repetitivos, os enunciados das súmulas dos tribunais superiores e as orientações do pleno ou do órgão especial ao que tiverem vinculados.



Pretende-se discutir se temos um sistema de precedentes atual, defendido pela maioria da doutrina. Como esclarece Daniel Mitidiero (2011), o sistema deve ser construído na busca de uma interpretação racional, realista, moderada e responsável. Dessa forma, os tribunais são responsáveis pelos julgamentos dos recursos repetitivos, uma vez que ao julgar outorgam significados a textos que dão lugar a normas que, mediante vínculos hierárquicos de coerência, dão lugar ao que vemos como sistema.

Não por outro motivo, entende-se que há necessidade de o Poder Judiciário padronizar suas manifestações segundo o princípio da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal, já que situações de direito material semelhantes devem obter um resultado também semelhante. Segundo Richter (2018, p. 303-334):

[...] o NCPC, sancionado em 2015 e em vigor a partir de 18 de março de 2016, ao tratar do processo nos Tribunais, determina que a jurisprudência destes deve ser íntegra, estável e coerente (art. 926 do CPC). Assim, além de igualdade, alcançar-se-ia a almejada segurança jurídica para os jurisdicionados. Para conferir maior concretude a tal dispositivo em um país que segue a tradição dos países continentais europeus no que se refere à aplicação da lei à formação de precedentes, o legislador de 2015 estabeleceu um rol de precedentes no artigo 927 de observância obrigatória.

Ficou estabelecido o que encontramos na doutrina como sistema, que na sua forma de produção e alcance passa a ter eficácia não apenas entre as partes, no mesmo tribunal, mas também para os julgamentos que se assemelham, posteriormente. Para Patrícia Perrone Campos Mello (2010), “nele se institui um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente nos tribunais de segundo grau”.

Isso se deu em função do número de processos existentes, da necessidade da segurança jurídica, da urgência de diminuir o conflito e de que os julgamentos caminhem de forma mais rápida – sem aventuras



jurídicas – e do princípio da liberdade, ou seja, da imprescindibilidade de as pessoas se autogovernarem ao avaliarem o risco de sucesso em um litígio judicial (GRESTA, 2015).

A aplicação dos precedentes vinculantes também contribui para combater uma péssima praxe solidificada em nosso direito, qual seja, a coexistência de julgamentos díspares para situações idênticas (SILVA, 2014), em afronta à igualdade, imparcialidade e à segurança jurídica (MELLO, 2019). De fato, o Poder Judiciário não pode ser reduzido à soma dos valores e opiniões individuais de seus membros, sem esquecer de que os juízes e tribunais fazem parte de um só sistema e poder, o que caracteriza o aspecto institucional das decisões judiciais. O juiz não está submetido apenas à lei em abstrato, mas também à norma jurídica que os tribunais extraem da lei ao interpretá-la (VIANA, 2016).

Nesse sentido são as cirúrgicas palavras de Patrícia Perrone Campos de Mello (2018), que bem definem as múltiplas vantagens da adesão ao sistema de precedentes:

Três valores principais justificam a adoção de um sistema de precedentes normativos ou vinculantes: a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência. [...] o respeito aos precedentes possibilita que os recursos de que dispõe o Judiciário sejam otimizados e utilizados de forma racional. Se os juízes estão obrigados a observar os entendimentos proferidos pelos tribunais, eles não consumirão seu tempo ou os recursos materiais de que dispõem para rededir questões já apreciadas. Consequentemente, utilizarão tais recursos na solução de questões inéditas, que ainda não receberam resposta do judiciário e que precisam ser enfrentadas.

Logo, o sistema previsto viabiliza ao advogado o planejamento da demanda, a necessidade de sua propositura, os limites de sua procedência e consequências em médio e longo prazos, tal como honorários sucumbenciais.

Espera-se que o juiz siga a resposta à questão jurídica como decidida pelos tribunais superiores, homogeneizando procedimentos e adotando lógicas similares ou, pelo menos, em consonância ao que res-



tou decidido. Ao adotar entendimento firmado nos tribunais, portanto, o juiz deixa de ter um dever argumentativo reforçado por situações essencialmente casuísticas, e empresta-se de normas frequentemente conjugadas, as quais, pela sua utilização reiterada, resultam em uma técnica comparável, resguardadas as devidas proporções e naturezas, ao uso de uma fórmula já aprovada (GRESTA, 2015).

No mesmo passo, a adesão aos precedentes nas fundamentações judiciais, em qualquer das instâncias, indica aos advogados uma regra a que não pode ser intentado, servindo-se de um mecanismo de impedimento às aventuras jurídicas (MELLO, 2010).

O sistema de precedentes, portanto, funciona com uma somatória de engrenagens que devem estar devidamente ajustadas, pois se alguma delas não estiver funcionando adequadamente o sistema todo fica perigosamente comprometido.

É por esse motivo que a doutrina debate o que efetivamente deve ser entendido como a parte do julgado que precisa ser observada pelos demais julgadores, tanto no âmbito do próprio tribunal quanto pelos tribunais hierarquicamente inferiores e/ou juízes (eficácia horizontal e vertical), o que se faz com o entendimento e aplicação adequadas da *ratio decidendi*, do *obter dictum* e do *distinguish* (MELLO, 2010).

2.3 A *ratio decidendi* e o *obter dictum*

Antes de se maiores considerações acerca da necessária aplicação do artigo 104-A do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, mostra-se essencial apontar as distinções conceituais quanto à *ratio decidendi* e ao *obter dictum*, que ainda causam diversos problemas na interpretação dos julgados de precedentes judiciais (MARINONI, 2012). Apesar de não ser o escopo do presente trabalho, concentra-se no debate prático da importância da *ratio decidendi* no sistema de precedentes do CPC/15.

Importa retomar as regras do projeto de CPC que tratam especificamente da *ratio decidendi* (fundamentos determinantes) e da *obter dicta*.

A ideia de “fundamentos determinantes” equivale à da *ratio decidendi*. Trata-se da essência dos fundamentos da decisão ou dos motivos



que a determinaram. Por meio disso, objetiva-se não só delimitar os verdadeiros motivos que embasaram a conclusão, mas também o seu significado no contexto do caso.

Nesse sentido, corrobora o que leciona Luiz Guilherme Marinoni (2012): “Não há como esquecer que a busca da definição de razões de decidir ou da *ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a porção do precedente que tem efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-los nos julgamentos posteriores.”

A compreensão da *ratio decidendi*, segundo Marinoni (2012), revela-se importante para o sistema engrenar à medida que traduz o desenvolvimento lógico empregado na construção da decisão judicial:

[...] tudo isso demonstra que a Corte subsequente, para aplicar um precedente, necessita definir o que realmente a obriga, vale dizer, precisa ter delineada a *ratio decidendi* do caso já resolvido. Para tanto, deve atentar não só para a linguagem do precedente, para a questão de direito discutida e para os fatos que nele estiverem presentes, mas também para os julgados anteriores e, principalmente, posteriores ao precedente, que possam explicar o significado de declarações contidas nos precedentes sob interpretação.

Assim, a importância da obrigatoriedade do destaque à *ratio decidendi* é justamente que a corte do precedente seja a titular da sua declaração, ou, como elucida Antônio Aurélio de Souza Viana (2016), a interpretação do julgado deixa de ser um exercício a ser realizado pelas instâncias hierarquicamente inferiores, excluindo-se pela própria Corte a diversidade de compreensões conflitantes ou insuficientes, para que o precedente se torne uma razão uníssona de inteligível aplicação.

A *ratio decidendi* funciona como premissa à solução de questões, e não simplesmente de casos. Conforme explica Marinoni (2012):

O que se espera de um precedente, ou seja, a sua capacidade de assegurar coerência ao direito, segurança jurídica e igualdade não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um



dos casos. Em princípio, todas as questões, envolvidas e presentes em uma ou outra maneira nos vários processos jurisdicionais, devem contar com os benefícios da teoria dos precedentes.

Mello (2010) entende que “a *ratio decidendi* ou o *holding* não é o próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir. A *ratio decidendi* ou a tese é uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão”

Com o entendimento do que é o *ratio decidendi*, mais facilmente se obtém com nitidez o que não faz parte dela e, por isso, diz respeito ou ao fato discutido nos autos ou a elementos de argumentação que são utilizados pelo relator, sem que seja essencial a razão de decidir da causa (MARINONI, 2012).

É, portanto, premissa para decisão do caso concreto que os precedentes estejam perfeitamente descritos, viabilizando todo o sistema.

2.4 Modelos deliberativo e agregativo e o modelo brasileiro

Verifica-se que a elaboração dos acórdãos obedece ao tipo de julgamento presente no modelo deliberativo e no modelo agregativo, conforme melhor descrição se extrai do texto de Patrícia Mello (2010):

Para produzir um precedente vinculante é preciso, antes, respeitar os princípios da inércia da jurisdição e da congruência (o pedido formulado é o limite da decisão). [...] Essas considerações não significam, contudo, que os *obiter dicta* não tenham relevância jurídica. [...], os *dicta* podem ter grande relevância para o desenvolvimento judicial do direito. Apenas não produzem – enquanto *dicta* – orientações vinculantes para o julgamento de casos futuros.

Como se sabe, há dois tradicionais métodos de votação por colegiados ao redor do mundo: *seriatim* e *per curiam*. Para fins didáticos, esses modelos são separados.



Modelo deliberativo (*per curiam*): ainda que a decisão seja formada por maioria, sua publicação deve conter um texto único em que se observe a decisão tomada pelo tribunal, dando menos valor ao que cada um dos julgadores pontuou quanto à temática, e fixando um entendimento do tribunal.

Modelo agregativo (*per seriatim*): segundo Patrícia Mello (2010), equivale ao “somatório de votos dos seus membros e não propriamente de uma construção comum, mediante a interação e a troca de argu-

A busca da definição de razões de decidir ou da *ratio decidendi* parte da necessidade de se evidenciar a porção do precedente que tem efeito vinculante, obrigando os juízes a respeitá-los nos julgamentos posteriores

mentos e pontos de vista entre os juízes. Entretanto, a circulação de minutas e de memorandos amplia, em alguma medida, a interação entre seus integrantes e permite acomodações de entendimentos e mudanças de posição.” Via de regra, observamos a prolação de votos individuais, em que cada juiz torna público os fundamentos da sua divergência. Ao juiz com voto vencedor em maior parte atribui-se o dever de lavrar o acórdão, o que pressuporia a acomodação dos fundamentos de direito, mas que nem sempre é observado.

Modelo nacional: por certo não se pode compreender o modelo que vigora nos tribunais pátrios como deliberativo, sendo de praxe a adoção do modelo *seriatim*, eis que os julgamentos se dão em série e pela somatória da maioria dos votos, demonstrando cada ministro a razão pela qual chegou à decisão por meio de minuciosa explanação acerca de cada argumento que contribuiu para o entendimento emanado (SOUZA, 2019).

No entanto, justamente essa pormenorização, quando desacompanhada de uma expressa indicação de qual se trata a *ratio decidendi*, possibilita interpretações diversas e mesmo antagônicas quanto ao que o órgão colegiado tomou de fato como consenso ao convergir as construções lógicas de cada decisão (MELLO, 2010). Ainda segundo Patrícia Mello (2010):



O STF – e, de regra, os tribunais brasileiros – adotam o modelo decisório *seriatim*. O fazem por opção institucional, já que não existe comando constitucional ou legal nesse sentido. Esse modelo decisório propicia que cada Ministro se comporte como um julgador individual, que analisa o caso e resolve conforme fundamentos que expuser. O resultado dessa atividade intelectual individual é o voto. [...] Para a proclamação do resultado, portanto, não existe nenhuma exigência de compatibilização dos fundamentos decisórios: a fundamentação é intrínseca a cada voto e não precisa dialogar com os demais votos considerados convergentes.

Consoante fundamentação desenvolvida, a observância do artigo 104-A do RISTJ não tem sido uma prática na elaboração dos acórdãos referentes aos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça (CÂMARA, 2017).

No entanto, percebe-se com clareza que sua prática poderia transformar a dificuldade constante aos operadores do direito, tanto quanto ao modelo agregativo de julgamento adotado nos nossos tribunais, bem como os, via de regra, extensos e prolixos votos na parte da *ratio decidendi*, em tarefa límpida, pragmática e resolutive.

Com efeito, se parte da doutrina diz que “o sentido do direito está nas razões que determinam o resultado, ou seja, na *ratio decidendi*”, não se concebe que sem direito (e, portanto, fundamento mínimo comum) haja uma solução adequada a qualquer demanda – independentemente de servir à função de precedente ou não. Assim, não há qualquer justificativa racional para que ocorra essa diferenciação. A emissão de decisões cujos fundamentos não coincidem é tão prejudicial à solução do caso concreto, examinado e de futuros casos, que a doutrina estadunidense, por exemplo, tem constantemente se voltado contra essa “prática”, chegando a denominá-la “*juridical cripple*”. É justamente por isso que se deve repensar, com urgência, a forma de votação em órgãos colegiados, apreciando cada questão separadamente, como a doutrina estrangeira chama de votação *issue-by-issue* (MENDES, 2013).

Embasamento e devido processo legal estão presentes quando exige uma fundamentação clara, que permita ao litigante a crítica e o con-



trole da decisão, o que do contrário gera “um déficit de legitimidade decisória que se instala do vazio jurídico do pronunciamento da autoridade” (CÂMARA, 2017).

Não deve, pois, haver dúvida de que a eficácia vinculante dos padrões decisórios que formalmente são dela dotados reside em seus fundamentos determinantes (para empregar expressões que não estão em língua portuguesa, *ratio decidendi*, como dizem os britânicos, ou *holding*, como preferem os estadunidenses). Afinal, como afirma Rupert Cross, citado por Mello (2010), “a única parte de um caso prévio que é vinculante é a *ratio decidendi* (razão de decidir)”.

A clareza da *ratio decidendi* decorrente da redação aos moldes do artigo 104-A pode ser demonstrada, por exemplo, na leitura e transcrição de votos elaborados pelo ministro Og Fernandes, que vem aplicando *in totum* a determinação regimental. Para melhor elucidação, serão analisados dois acórdãos cujos destaques foram observados.

Como explica o Prof. Dr. Frederico Koehler (2013):

Defende-se, isto sim, que, em um sistema abarrotado de demandas repetitivas e de conflitos de massa, o ganho operacional em virtude da aplicação do sistema de precedentes é inegável. Poupa-se retrabalho em todos os processos em que o juiz teria que reforçar a argumentação já enfrentada e esgotada pela corte superior. Quando o precedente vinculante é aplicado de forma tecnicamente correta, o julgamento torna-se mais rápido, sendo até mesmo possível que seja feito por decisão monocrática do relator, conforme previsto no art. 932, inc. IV e V do CPC/20156. Gustavo Nogueira fornece o relato de Benjamin Cardozo, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América entre 1932 e 1938, de que o trabalho dos juízes seria imensamente maior caso não pudessem assentar suas decisões em precedentes em que já houve discussão exaustiva dos argumentos pertinentes à causa.



2.5 Recurso Especial 1.809.010 – RJ (2019/0068439-6)

Recurso especial afetado pela Primeira Seção para ser julgado sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos, a fim de definir tese vinculante sobre a “Possibilidade ou não de inscrição em cadastros de inadimplentes, por decisão judicial, do devedor que figura no polo passivo de execução fiscal” (afetação conjunta dos REspS 1.809.010, 1.807.180, 1.807.923, 1.812.449 e 1.814.310).

Após o relatório, na melhor técnica, o relator descreveu os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038 do CPC/15 e art. 104-A, I, do RISTJ), seguindo-se com os fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, do CPC/15 e art. 104-A, II, do RISTJ), tratou de forma descritiva, como se vê:

Porém, no momento atual, em se tratando de execuções fiscais ajuizadas, não há justificativa legal para o magistrado negar, de forma abstrata, o requerimento da parte de inclusão do executado em cadastros de inadimplentes, baseando-se em argumentos como: 1) o art. 782, § 3º, do CPC apenas incidiria em execução definitiva de título judicial; 2) em se tratando de título executivo extrajudicial, não haveria qualquer óbice a que o próprio credor providenciasse a efetivação da medida; 3) a intervenção judicial só caberá se eventualmente for comprovada dificuldade significativa ou impossibilidade de o credor fazê-lo por seus próprios meios; 4) ausência de adesão do tribunal ao convênio SERASAJUD ou a indisponibilidade do sistema. Como visto, tais requisitos não estão previstos em lei. Em suma, tramitando uma execução fiscal e sendo requerida a negatização do executado com base no art. 782, § 3º, do CPC, o magistrado deverá deferi-la, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa – CDA, a exemplo da prescrição, da ilegitimidade passiva *ad causam*, ou outra questão identificada no caso concreto.



Em seguida, apresenta a existência de modulação dos efeitos do julgado (art. 927, § 3º, do CPC/15) e a tese jurídica firmada (art. 104-A, III, do RISTJ):

Para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese: “O art. 782, §3º do CPC é aplicável às execuções fiscais, devendo o magistrado deferir o requerimento de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, preferencialmente pelo sistema SERASAJUD, independentemente do esgotamento prévio de outras medidas executivas, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa – CDA.

2.6 Recurso Especial 1.828.993 – RS (2019/0222383-3)

Como explicitado no relatório, o presente julgamento visa definir, sob a sistemática dos recursos repetitivos, se a composição da tripulação das Ambulâncias de Suporte Básico (Tipo B) e da Unidade de Suporte Básico de Vida Terrestre (USB) do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU) sem a presença de profissional da enfermagem nega vigência ao que dispõem os artigos 11, 12, 13 e 15 da Lei 7.498/86, que regulamenta o exercício da enfermagem:

O objeto da presente demanda não é a violação às portarias do Ministério da Saúde ou à resolução do COFEN, mas sim a alegada violação a diversos dispositivos da Lei nº 7.498/86.

A leitura da petição de recurso especial (e-STJ, fls. 312-336) é bem esclarecedora nesse sentido, pois alega contrariedade do acórdão recorrido ao disposto nos arts. 11, 12, 13 e 15 da Lei n.º 7.498/86, não embasando sua pretensão recursal nas portarias ou na resolução já referidas.

O foco do recurso, portanto, é saber se a tripulação das Ambulâncias Tipo B e da Unidade de Suporte Básico de Vida Terrestre sem a presença de profissional da enfermagem fere (ou não), a normatização prescrita pela Lei n.º 7.498/86.

O STJ não pode se eximir de solucionar uma matéria tão importante, de inegável alcance nacional, apenas por conta de um rigor excessivo no exame dos requisitos de admissibilidade recursal.

Não é por outra razão que o legislador houve por bem regular de forma expressa o cabimento dos recursos extraordinário e especial contra o julgamento do mérito do IRDR, prevendo, inclusive, o efeito suspensivo automático e a presunção de repercussão geral quanto à questão constitucional eventualmente discutida, nos termos do art. 987 do CPC.

Note-se que, muito embora o diploma não contemple a possibilidade de reexame necessário da decisão do IRDR, tal solução teria sido extremamente salutar, evitando a consolidação de teses discrepantes em diferentes estados da federação

Após o relatório, na melhor técnica, o relator descreveu os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038 do CPC/15 e art. 104-A, I, do RISTJ), seguindo-se com os fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, do CPC/15 e art. 104-A, II, do RISTJ), tratou de forma descritiva, como se vê:

O art. 11 da Lei nº 7.498/86 determina que aos Enfermeiros cabem os cuidados diretos de enfermagem a pacientes graves com risco de vida e de maior complexidade técnica e que exijam conhecimentos de base científica e capacidade de tomar decisões imediatas. Como visto, a Ambulância do Tipo B ou a Unidade de Suporte Básico de Vida Terrestre (USB) atende pacientes que não estão em estado grave, não possuem risco de morte, em casos de menor complexidade técnica. Nesses casos, é suficiente a presença de um técnico ou auxiliar de enfermagem, os quais, segundo os artigos 12 e 13 do referido diploma legal, podem exercer ações assistenciais de enfermagem que não sejam as privativas do enfermeiro. Também há pleno atendimento à prescrição do art. 15, uma vez que, as atividades são desempenhadas sob orientação e supervisão de enfermeiro, presente na Central de Regulação Médica de Urgência, não sendo imprescindível a sua presença física no veículo.



Para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese: *“A composição da tripulação das Ambulâncias de Suporte Básico – Tipo B e das Unidades de Suporte Básico de Vida Terrestre (USB) do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU sem a presença de profissional da enfermagem não ofende, mas sim concretiza, o que dispõem os artigos 11, 12, 13 e 15 da Lei nº 7.498/86, que regulamenta o exercício da enfermagem”.*

Em ambos os julgados apreciados verifica-se a existência de capítulos próprios que cumprem a disposição do artigo 104-A do RISTJ, facilitando sobremaneira o entendimento da *ratio decidendi* e viabilizando que o julgado seja facilmente aplicado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça e também por todos os tribunais e juízes em âmbito nacional.

Considerações finais

Desde o novo sistema de precedentes inaugurado pelo Código de Processo Civil, em 2015, mudanças relevantes foram adotadas nos tribunais pátrios para que os objetivos da segurança jurídica, da isonomia e da eficácia sejam alcançados. Foram criados núcleos de gerenciamento de julgamentos de recursos pelo rito de demandas repetitivas, assim como adotadas as teses como facilitadoras de entendimento dos julgados, realizada a modificação no regimento interno do Superior Tribunal de Justiça, que foi tema deste artigo, entre outras providências tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça, tudo em conformidade com o artigo 979, §§ 1º e 2º, do CPC.

No entanto, a referida modificação ainda não encontra eco nos julgamentos do próprio STJ e dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais. Os regimentos internos ainda não adotaram a técnica, tampouco a acolheram em seus regimentos internos, excetuando-se o regimento interno do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Sequer os julgados do próprio Superior Tribunal de Justiça utilizam adequadamente o dispositivo expresso no artigo 104-A do RISTJ.



Não resta dúvida que a referida adoção da redação de acórdão com capítulo próprio para a descrição consoante à prevista na modificação do RISTJ poderá realizar a virada cultural necessária para o aprimoramento dos julgamentos dos precedentes.

Quiçá uma mudança nos regimentos internos dos tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais, por força de resolução que caberia ao Conselho Nacional de Justiça, com a determinação da inclusão e obediência a essa necessária descrição da *ratio decidendi*, impulsionaria a redação adequada para uma guinada do ponto de vista de efetividade da prestação jurisdicional, pois o que mais se observa é a discussão a respeito da *ratio decidendi*, tanto para a sua observância como para o *distinguish*.

Notas

1. Renata Estorilho Baganha. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Juíza de Direito Titular da 11ª Vara Cível de Curitiba.
2. Sandra Mara Maciel Lima. Doutora em Sociologia pela UFPR. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Empresarial e Cidadania da UniCuritiba.

Referências

- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. v. 1.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas.
- GRESTA, Roberta Maia. Dever de fundamentação no modelo decisório *seriatim*: sobre acordos parcialmente teorizados e desacordos quase completamente não teorizados. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 1-26, jul./dez. 2015.
- KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. O sistema de precedentes e o incremento da eficiência na prescrição jurisdicional: aplicar a *ratio decidendi* sem rediscuti-la. *Revista de Processo* l. v. 258, p. 341-356/ ago., 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.



- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. *Conjur*, 28 dez. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>. Acesso em: 09 jan. 2018.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo Tribunal Federal: um Tribunal de Teses. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set./ dez., 2019.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- RICHTER, Bianca Mendes Pereira. O incidente de assunção de competência como precedente no novo código de processo civil: análise do instituto no Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, v. 280, p. 303-334, jun., 2018.
- SILVA, Sandoval Alves da. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no projeto do CPC. In: FREIRE, Alexandre *et al.* *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o Projeto do novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 3.
- SOUZA, Tatiana Aparecida Estanislau de. *O Superior Tribunal de Justiça: origem, papel, formas de deliberação e contribuição para a formação do precedente no direito brasileiro*. Dissertação, 115 f. (Mestrado em Direito e Políticas Públicas). Orientador: Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes. Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília, 2019.
- VIANA, Antônio Aurélio de Souza. Precedentes vinculantes e cortes supremas: uma análise crítica. *Teoria Jurídica Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 122-146, jul./ dez., 2016.



Tradição

no Direito
Imobiliário



EQ

GRUPO JURÍDICO

**LF Queiroz &
Advogados Associados**
Sociedade de advogados inscrita
na OAB-PR sob o nº 037,
desde 1984.



Aportes teóricos sobre o controle de constitucionalidade no Brasil

Rita Borges de Area Leão Monteiro¹

Juíza de Direito do TJPR

Janaina Helena de Freitas²

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense

Resumo: O presente artigo possui o intuito de analisar objetivamente os aspectos de maior relevância atinentes ao controle de constitucionalidade, tais como o seu histórico e evolução, eis que são essenciais para o entendimento da aplicabilidade e preenchimento de pressupostos constitucionais, especialmente quando diante da realidade jurídica. Na sequência, será demonstrado como esse controle pode se realizar nas medidas provisórias. A pesquisa utilizou a metodologia bibliográfica, com o apoio de obras doutrinárias que versam sobre o tema ou assuntos correlatos, bem como cotejo de entendimentos doutrinário emanados por ministros do Supremo Tribunal Federal.

Introdução

A teoria dos freios e contrapesos foi adotada por grande parte dos Estados modernos, estando prevista no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, e tem por escopo a existência de três poderes, distintos e autônomos entre si, exercendo cada qual sua função prevista. Contudo, pode-se dizer que a separação



defendida foi adotada de forma restrita, uma vez que juntamente com as funções típicas, notoriamente predominantes, existem determinadas funções atípicas, atenuando aquela ideia de separação absoluta de suas funções.

Por sua vez, à luz do artigo 62 da CRFB/88, o chefe do Poder Executivo, que tem por natureza funções de chefia de Estado, governo e administração, pode adotar medidas provisórias, com força de lei, as quais seriam função natural do Poder Legislativo. E, em se tratando de função atípica, portanto excepcional, há de ser exercida nos estreitos limites da CRFB/88, visando apenas o fim para o qual fora proposta, sob pena de se promover o desequilíbrio na divisão dos poderes. Até o advento da EC 32/2001, o artigo não estabelecia qualquer limite ao conteúdo desses atos, tampouco à possibilidade de sua reedição, de modo que era admitida a reedição ilimitada de medidas provisórias, mantendo-se a força de lei do ato original, desde que não existisse expressa rejeição pelo Congresso Nacional e fosse dentro do prazo de eficácia de tais medidas.

A grande discussão que é travada, no que diz respeito ao controle jurisdicional das medidas provisórias, tanto em âmbito doutrinário como jurisprudencial, ocorre com relação ao princípio ato político, de conveniência e oportunidade por parte do chefe do Poder Executivo, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, o presente estudo objetiva analisar o modo, a amplitude e os efeitos do controle jurisdicional de constitucionalidade das medidas provisórias.

1. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

Segundo Moraes, “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção aos direitos fundamentais³”. É a supremacia constitucional que diferencia as normas constitucionais das demais, estabelecendo um parâmetro normativo superior a todos os outros, implicando assim a necessidade de



que toda norma integrante do ordenamento jurídico nacional respeite os princípios e preceitos constitucionalmente expressos, colocando a Constituição no ápice do sistema jurídico nacional.

Há que se destacar que a supremacia da Constituição depende da existência de rigidez constitucional, da qual decorre uma maior dificuldade de alteração do texto constitucional. Não fosse isso, não haveria que se falar em supremacia, vez que a lei constitucional estaria no mesmo grau hierárquico das demais, podendo-se concluir que o próprio conceito de norma constitucional depende da observância do princípio da rigidez⁴.

É relevante, ainda, o posicionamento de Gilmar Mendes⁵ ao afirmar que “a ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, [...] pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário”. Dessa forma, o desenvolvimento do controle de constitucionalidade deve partir da ideia da supremacia da constituição, visando garantir que as leis infraconstitucionais e os atos normativos estejam em consonância com os preceitos constitucionais. Nesse mesmo sentido leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Para assegurar essa supremacia é preciso efetivar um crivo, um controle sobre os atos jurídicos, a fim de identificar os que, por colidirem com a Constituição, não são válidos⁶”.

Assim, os meios de controle de constitucionalidade, ao expelir do ordenamento jurídico as leis contrárias aos preceitos constitucionais, asseguram a proteção aos direitos fundamentais e até mesmo ao próprio regime democrático. Com o advento da CRFB/88, foi ampliada consideravelmente a estrutura da proteção judicial, bem como o controle de constitucionalidade. Acerca das inovações trazidas pela CRFB/88, Dirley da Cunha Junior observa que o controle de constitucionalidade concentrado foi ampliado, com a instituição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental⁷.

Destaca também Gilmar Mendes que a CRFB/88 acentuou ainda mais a importância do sistema concentrado de constitucionalidade, “uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais re-



levantes passaram a ser submetidas ao STF, mediante processo de controle abstrato de normas”, tendo a eficácia de suspender imediatamente o ato normativo questionado, mediante requerimento de medida cautelar, caracterizando-se assim grande celeridade e eficiência⁸.

Com a instituição da ADI por omissão, no artigo 103, § 2º, da CF, restaram ampliados os legitimados ativos para propor as ADI por ação ou omissão. Assim, a legitimidade que antes era exclusiva do procurador-geral foi atribuída também a outros atores⁹. Sobre o tema, é relevante o comentário de Gilmar Ferreira Mendes¹⁰ compreender de que a CRFB/88 atuou para reduzir o significado dado ao controle de constitucionalidade, tanto incidental ou difuso, “a legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”.

A EC 45 ampliou a legitimação para a ADC igualando os legitimados aos da ação direta de inconstitucionalidade. Ainda, o efeito vinculante que era previsto somente para a ADC foi estendido para a ADI. Nota-se, dessa forma, que dentre os vários traços característicos da atual Constituição destaca-se o fortalecimento dos poderes Legislativo e Judiciário, tendo a CRFB/88 contribuído sensivelmente para a atuação do Judiciário no controle da constitucionalidade dos atos normativos¹¹.

O controle ocorre pela via de exceção ou de defesa, vez que o vício de validade da lei é verificado em um caso em concreto, quando causa ou pode vir a causar um dano. A análise da constitucionalidade na via de exceção pode ser feita por todo e qualquer juiz ou tribunal¹². Nesse sentido, leciona Gilmar Mendes¹³ que o controle de constitucionalidade possui a característica fundamental de verificação de uma questão concreta relacionada à inconstitucionalidade, ou seja, uma dúvida em relação à constitucionalidade de ato normativo que será apreciado pelo Poder Judiciário.

Conforme explica Alexandre de Moraes, no controle difuso a pronúncia do Judiciário sobre a inconstitucionalidade é feita sobre questão precedente, imprescindível ao julgamento do mérito, e o que é conferido ao interessado é “obter a declaração de inconstitucionalidade so-



mente para efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato produzidos em desacordo com a Lei maior”. O autor ainda afirma que “este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros¹⁴”. Assim, a decisão proferida em sede de controle difuso tem efeito *inter partes*, visto que vincula somente as partes que litigaram em juízo. A eficácia das decisões proferidas por meio do controle difuso têm efeito *ex tunc*, pois para o direito norte-americano a lei considerada inconstitucional é anulada *ab initio*¹⁵.

Cabe notar que uma vez que nas ações de controle difuso de constitucionalidade a inconstitucionalidade é verificada em um caso concreto, a inconstitucionalidade está relacionada com a causa de pedir, e não com o mérito da causa. Dessa forma, a validade da lei ou ato normativo é questão incidental. Portanto, pode ser arguida em qualquer tipo de ação. Quando as ações forem julgadas por tribunais, conforme disposto no artigo 97 da CRFB/88, aplica-se a cláusula de reserva de plenário. Ressalta-se que a decisão do plenário é irrecorrível, vinculando o órgão fracionário na decisão do caso concreto, incorporando-se ao julgamento da causa. Denota-se que é entendimento sumulado que a cláusula da reserva de plenário deve ser aplicada ainda que haja somente o afastamento da incidência da lei, sem que seja declarada sua inconstitucionalidade.

É entendimento do STF que, por razão de economia e celeridade processual, existindo declaração anterior de inconstitucionalidade proferida por órgão especial ou plenário, não há necessidade, nos casos futuros, de observância da reserva de plenário, podendo ser aplicado diretamente o precedente às novas lides. Desse modo, conforme explica Mendes, “um novo procedimento na forma do art. 97 da Constituição somente seria necessário no caso de mudança de orientação por parte do próprio Tribunal¹⁶”.

Caso o STF decida o caso concreto, após a declaração de inconstitucionalidade poderá comunicá-la ao Senado Federal, que decidirá quanto à suspensão da execução da lei considerada inconstitucional, conforme dispõe o artigo 52, inciso X, da CRFB/88. O entendimento majoritário é que tal ato é mera faculdade do Senado, não estando vinculado à decisão do STF.



2. Controle de constitucionalidade das medidas provisórias

Conforme as demais espécies normativas, as medidas provisórias podem ser objeto de controle de constitucionalidade em seu aspecto material e formal. O controle das medidas provisórias no seu aspecto formal pouco difere do controle dos demais atos legislativos, uma vez que o objeto a ser analisado é a adequação do conteúdo da medida ao texto constitucional, ou seja, verificar se a nova norma não vai de encontro aos dispositivos ou princípios constitucionais, de modo que, tendo a medida provisória força de lei, será analisada nos mesmos moldes das outras leis.

A distinção reside no fato de que a medida provisória em si é transitória, o que não quer dizer, porém, que seu conteúdo seja também transitório, pois, como explica Gilmar Ferreira Mendes, “suas disposições são dotadas de pretensão de definitividade e destinam-se a ser mantidas sob a forma de lei. Em outros termos, precária é apenas a medida provisória, enquanto ato normativo; as disposições dela constantes estão vocacionadas a uma vigência indeterminada¹⁷.” Porém, como a medida provisória é transitória e precária, após o ajuizamento de eventual ação para discutir sua constitucionalidade, pode haver alterações relativas a esse ato, com consequências no trâmite processual. Assim, caso a medida provisória seja rejeitada expressamente ou decorrido o prazo para sua apreciação, a ação ajuizada será prejudicada, de modo que será extinta sem julgamento do mérito.

Após o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, a medida provisória pode vir a ser convertida em lei. Nesse caso, o entendimento do STJ é no sentido de verificar se a medida provisória foi alterada quando da sua conversão em lei e se afetou substancialmente o objeto da ação, ao ponto de afetar a existência. Por óbvio, se a medida provisória for aprovada com alterações que importem mesmo na supressão da disposição normativa impugnada, isso acarretará a extinção do processo. Por sua vez, o controle de constitucionalidade formal das medidas provisórias objetiva analisar a observância ao processo legislativo previsto na Constituição. No entanto, o principal quesito a ser analisado refere-se ao atendimento pelo chefe do Poder Executivo



dos pressupostos elencados pela Constituição Federal para a edição de medidas provisórias, quais sejam, a urgência e relevância, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes.

É cediço que o princípio da separação dos poderes confia prerrogativas específicas (típicas) a cada um dos três poderes existentes num Estado; contudo, também assegura a cada um desses poderes o exercício de funções diversas dessas que lhe são próprias, as chamadas funções atípicas. Em se tratando do Poder Executivo, umas das funções atípicas que lhe foram conferidas pela Constituição é a possibilidade de legislar por meio de medidas provisórias e, justamente por ser função excepcional, deve ser exercida nos estreitos limites em que é prevista constitucionalmente, sob pena de desequilibrar a mencionada separação de poderes.

Os pressupostos de relevância e urgência nas medidas provisórias são condições essenciais para validade, de modo que “para que se legitime a edição da medida provisória, há de se estar configurada uma situação em que a demora na produção da norma possa acarretar dano de difícil ou impossível reparação para o interesse público¹⁸”. Assim, o art. 62 da CRFB/88 legitima a edição de medidas provisórias mediante relevância da matéria e a urgência na sua positivação, pressupostos esses que podem ser analisados pelos três órgãos de poder. A primeira avaliação acerca dos pressupostos é feita pelo próprio legitimado à edição do ato em questão, ou seja, o chefe do Poder Executivo. Trata-se, portanto, de um controle de constitucionalidade preventivo.

Ato contínuo, há um controle ordinário e político exercido pelo Congresso Nacional. Conforme expressa determinação do art. 62, § 5º, da CRFB/88, dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. Além desse controle, é reconhecida, ainda, a possibilidade de o Poder Judiciário analisar o preenchimento dos requisitos constitucionais para a edição das medidas provisórias. No entanto, não lhe compete, em regra, quando da análise da constitu-

É cediço que o princípio da separação dos poderes confia prerrogativas específicas (típicas) a cada um dos três poderes existentes num Estado



dade das medidas provisórias, verificar o preenchimento dos requisitos de relevância e urgência, de modo que compõem a parcela do ato que é de discricionariedade do chefe do Executivo. Como sabido, os requisitos devem ser sopesados apenas pelo Poder Legislativo, vez que há previsão constitucional expressa, salvo se flagrante a inexistência de tais pressupostos.

Nesse sentido, bastante emblemático foi o voto dado pelo ministro Celso de Mello na ADC 11-MC/DF¹⁹, de relatoria do ministro Cezar Peluso, julgada em 28 de março de 2007, onde foi analisado o disposto no art. 1º-B da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, acrescentado pelo art. 4º da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de outubro de 2001, *in verbis*:

Compete ao Poder Judiciário efetuar o controle jurisdicional dos requisitos condicionantes da válida edição, pelo chefe do Executivo, das medidas provisórias, em ordem a inibir abusos no desempenho dessa extraordinária competência normativa atribuída ao Presidente da República. É por tal razão, e para evitar que o texto de nossa Lei Fundamental se exponha a manipulações exegéticas, e seja submetido, por razões de simples interesse político ou de mera conveniência administrativa, ao império dos fatos e das circunstâncias, degradando-se em sua autoridade normativa, que entendo possível o exame, por parte do Poder Judiciário, dos pressupostos da relevância e da urgência, os quais, [...] qualificam-se como requisitos legitimadores e essenciais ao exercício, pelo Presidente da República, da competência normativa que lhe foi extraordinariamente outorgada para editar medidas provisórias. Os pressupostos em questão [...] configuram elementos que compõem a própria estrutura constitucional da regra de competência que habilita o chefe do Executivo, excepcionalmente, a editar medidas provisórias.

Tais pressupostos, [...] expõem-se, enquanto categorias de natureza jurídica, à possibilidade de controle jurisdicional. É que a carga de discricionariedade política, subjacente à formulação inicial, pelo Chefe do Executivo, do juízo concernente aos requisitos da urgência e da relevância, não pode legitimar o exercício abusivo da prerrogativa extraordinária de legislar. Vê-se, pois, que a relevância e a



urgência – que se revelam noções redutíveis à categoria de conceitos relativamente indeterminados – qualificam-se como pressupostos constitucionais legitimadores da edição das medidas provisórias. [...] Cumpre assinalar, neste ponto, que esse entendimento tem prevalecido no Plenário do Supremo Tribunal Federal, quando provocado a examinar a ocorrência dos requisitos essenciais da urgência e da relevância (CF, art. 62, “*caput*”).

É de se reconhecer que apesar de a identificação dos casos de relevância e urgência integrar a parcela discricionária do ato legislativo em estudo, atribuição política do chefe do Poder Executivo, tal consideração não se dá de forma absoluta, eis que a atividade legislativa por ele exercida ocorre de modo excepcional, o que requer uma vigília constante por parte dos demais poderes com o fim de evitar o desequilíbrio da relação entre eles, de modo que, sendo evidente o abuso por parte daquele que edita as medidas provisórias, em casos que a ausência dos pressupostos constitucionais é manifesta, deve o Poder Judiciário atuar, declarando a inconstitucionalidade da medida.

Interessante mostra-se a comparação entre os requisitos da urgência e relevância para a edição de medidas provisórias, e os requisitos de imprevisibilidade e urgência para a abertura de crédito extraordinário, previstos no art. 167, § 3º, da Constituição, como se vê: “A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62”.

Enquanto que para a análise dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias o legislador constituinte deixou uma maior margem de atuação à discricionariedade do chefe do Poder Executivo, quando tais medidas versarem sobre a abertura de crédito extraordinário a situação concreta terá ainda que ser relativa a despesas imprevisíveis e urgentes, exigências essas cuja interpretação recebeu uma margem de discricionariedade significativamente reduzida, já que o texto constitucional estabelece parâmetros, modelos, de situações em que essa medida seja possível. Nesse sentido foi analisada a MP 405, de 18 de dezembro de 2007, apreciada na ADI 4048-MC/



DF²⁰, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, onde se destaca também a possibilidade de julgamento da ação mesmo no caso da conversão da medida provisória em lei.

Além disso, pode-se notar que houve a suspensão de vigência da Lei 11.658/08, não por ter a medida provisória sido editada sem observância dos pressupostos da urgência e relevância do art. 62 da CF, mas sim porque nesse caso, como a medida versava sobre a abertura de crédito extraordinário, além de tais pressupostos deveria atender também aqueles constantes do art. 167, § 3º, da CF, o que não ocorreu, de modo que, mesmo com sua conversão em lei, esta manteve o vício que antes atingia a medida provisória, de forma que foi julgada a ADI e suspendida a referida lei.

Em outras situações, no entanto, entende-se que a conversão da medida provisória em lei, apesar de autorizar o prosseguimento da ADI que verse sobre inconstitucionalidade material do ato legislativo, não autoriza esse prosseguimento quando a inconstitucionalidade apontada trate somente sobre a ausência dos pressupostos de urgência e relevância. A atuação do Poder Judiciário no tocante à análise de tais pressupostos constitucionais de relevância e urgência, além de ser admitida apenas excepcionalmente, é possível apenas naquele interregno entre a edição da medida e sua conversão em lei, ou entre a edição e sua rejeição de forma expressa ou tácita, posto que, uma vez convertida em lei ou mesmo rejeitada, superada estará a discussão acerca do atendimento ou não de tais pressupostos, seja pela convalidação decorrente da conversão em lei, seja pela perda de objeto da ação, com a rejeição da medida.

Conclusão

Em flagrante consagração ao princípio da separação dos poderes, o art. 62 da CRFB/88 evidencia a importância do controle das medidas provisórias pelos poderes Legislativo e Judiciário, com o intuito de que o chefe do Poder Executivo não exorbite o exercício de sua capacidade legislativa. Contudo, para que não haja demasiada intervenção de um poder no outro e para evitar o desequilíbrio entre os três poderes, é necessário que o instituto das medidas provisórias seja utilizado de



maneira moderada e harmônica, seguindo estritamente os limites constitucionalmente impostos.

Nesse sentido, conquanto inexistir determinação expressa sobre a atuação do Judiciário na análise dos pressupostos das medidas provisórias, o art. 5º, XXXV, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, junto com o controle recíproco entre os poderes, resulta na possibilidade de que tal órgão também analise o atendimento dos pressupostos constitucionais para a edição de medidas provisórias.

Apesar da CRFB/88 prever a separação dos poderes, essa não é absoluta, podendo-se quebrar essa higidez com o instituto da medida provisória, sendo tal instrumento fundamental para que tenhamos uma atuação rápida e eficaz do estado em situações que a espera pelo processo legislativo ordinário acarretaria graves prejuízos à sociedade. Porém, conforme mencionado, deve haver constante vigilância dos demais poderes, preservando o equilíbrio na tripartição dos poderes. Em que pese a promulgação da EC 32/2001 na tentativa de equilíbrio entre as funções dos poderes Executivo e Legislativo, esta não bastou para que a mudança estabelecida pelas novas regras lograsse êxito, falhando por não ter criado com eficiência limites ou mecanismos capazes de obstar sua utilização desenfreada.

É patente, por conseguinte, que a alteração do regime constitucional das medidas provisórias brasileiras, após a aprovação da EC/32, não sanou o déficit de legitimidade que é inerente a todo mecanismo de antecipação legislativa e que o Executivo permanece dispendido de meios de direção política que lhe garantem negociação favorecida de sua agenda e a suas escolhas políticas. Fato é que o Poder Legislativo não mais detém o monopólio da função de impor normas gerais à obediência dos cidadãos. Há efetiva coparticipação do Executivo em razão de sua corresponsabilidade na condução do desenvolvimento econômico e social da nação.

Notas

1. Rita Borges de Area Leão Monteiro. Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Juíza de Direito do TJPR, atuante na 2ª. Vara Cível de Curitiba.



2. Janaina Helena de Freitas. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Professora Universitária. Advogada. Diretora de Pesquisas e Publicações do Instituto de Direito Administrativo do Estado de Alagoas.
3. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 729.
4. SALES, Gabrielle Bezerra. *Teoria da norma constitucional*. Barueri: Manole, 2004, p. 139.
5. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1097.
6. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.
7. CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. Bahia: Padivm, 2008, p. 295-296.
8. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 720.
9. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 51.
10. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1117.
11. FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 99-100.
12. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 740.
13. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1109.
14. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 740.
15. BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005, p. 355.
16. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional...*, p. 1114.
17. MENDES, Gilmar Ferreira. O controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias. *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, vol. 1, n. 2, junho 1999. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/download/120/48>> Acesso em 15 out. 2017.
18. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 913.
19. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= AC&docID=469584>. Acesso em 10 de set. de 2022.
20. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1046_ADI-MC_4.048_Integra.pdf Acesso em 10 de set. de 2022.



Conheça os livros de

LÍNGUA

Portuguesa



CLIQUE AQUI

e adquira agora o seu!

CANAIS DE VENDA:



41 3323 4020



0800 645 4020



www.livrariabonjuri.com.br

Do consumo ao consumismo de ativismo e a importância do direito à informação

Antônio Carlos Efiging¹

Doutor em Direito pela PUCSP

Julia Bottini²

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Resumo: O presente estudo analisa como o direito à informação garante que o consumo de ativismo possa ser, de fato, concretizado sem ser transformado em um consumismo. Para isso o trabalho utiliza a pesquisa de análise de conteúdo e bibliográfica. Diante desta premissa e hipótese, o trabalho se divide em quatro partes. Em um primeiro momento, se propõe a identificar a sociedade, enquanto uma sociedade de consumo e seu desequilíbrio, o consumismo. Diante destas identificações, passa-se para a segunda parte, na qual há a definição do que é o consumo de ativismo, indo-se então para a terceira parte, que identifica o consumismo. Por fim, a quarta parte demonstra como o direito à informação pode ser um mecanismo de auxílio aos consumidores ativistas, uma vez que por meio desta ferramenta torna-se possível identificar quando se é consumidor e quando se é consumista.

Introdução

O presente artigo parte da premissa de que a sociedade de consumo transforma qualquer elemento presente nas relações sociais em pro-



duto, gerando um desequilíbrio nessa mesma sociedade, o consumismo. Esse desequilíbrio se apresenta até mesmo naqueles cidadãos que, conscientes das necessidades de mudança sociais, aderem a uma causa, a uma ideologia, se transformando em consumidores de ativismo.

Com isso, o trabalho propõe que, por meio do direito à informação, seja possível que consumidores já engajados com causas ambientais possam ser impulsionados a identificar o consumismo e a construir uma consciência que transmute esse desequilíbrio social. Para isso, no primeiro tópico o artigo define a sociedade de consumo e a sua transmutação em uma sociedade consumista.

No segundo tópico há a identificação e a explicação do que seria um consumo de ativismo, para assim definir o consumismo de ativismo. Por fim, o estudo se debruça na importância do direito à informação e os dispositivos legais que dão respaldo a este mesmo direito, fazendo com que haja a constatação de que um consumidor de ativismo devidamente informado consegue alinhar as suas lutas às suas necessidades de consumo sem se curvar ao consumismo.

1. Do consumo ao consumismo

O consumo foi culturalmente construído em meio a mudanças sociais, morais e tecnológicas. Antes de se adentrar na sociedade de consumo, tal qual se conhece hoje, é preciso entender que antes da segunda grande guerra consumir era um ato de e para a sobrevivência e a necessidade³. Essa lógica se altera após a guerra, quando fervilhavam mudanças culturais e sociais, e o consumo se transformou em uma simbologia do sucesso, momento que Lipovetsky denomina como a “era dourada do consumo”⁴, calcada no mais puro consumo de massa⁵.

Diante dessa mudança era preciso que todos consumissem, sem se importar com a quantidade, qualidade ou durabilidade. O consumo, então, foi além das necessidades fisiológicas e transmutou-se em prazer e satisfação. Neste cenário, o consumo entrou em um desequilíbrio e transformou-se em consumismo, o extremo do ato de consumir, sem consciência social ou ambiental, sem medir que o consumo gera impacto⁶.



Com um consumo sem consciência, mais insumos são necessários, mais lixo é gerado, mais desequilíbrios econômicos são evidenciados e mais a população se distancia, repartindo-se entre aqueles que podem e não podem consumir, entre aqueles que atingem o sucesso por meio de aquisição de artigos considerados de luxo e aqueles que jamais alcançarão essa satisfação, mas fariam de tudo para isso⁷.

Frente a essa estrutura social e cultural, tudo é bem de e para o consumo, qualquer coisa pode ser transformada em produto, e quando se diz qualquer coisa, isso perpassa das coisas mais banais até ideais e ideários⁸. Mesmo aquilo que deveria ser anticapitalista e anticonsumo se torna produto, bem de consumo da dinâmica consumista e capitalista, uma ironia que comprova, mais uma vez, a força que o capitalismo e a sociedade de consumo têm de se adequar ao cenário presente e assim se perpetuar no tempo e no espaço.

Os consumidores engajados em causas sociais, por falta de informação, tendem a consumir produtos que dizem cooperar com a causa na qual lutam, porém utilizam de insumos, mão de obra e meios que vão em desencontro com os ideais deste nicho de consumidor⁹. Ainda, existem consumidores que de tão engajados com as causas sociais se rendem ao consumismo deste nicho de mercado, fazendo com que o consumo de ativismo se torne um consumismo de ativismo no qual, mais uma vez, há a distorção do objetivo primeiro do consumidor¹⁰.

Em nome do consumo inúmeras formas, ferramentas e estratégias foram desenvolvidas para levar o ser humano a acreditar que quanto mais se consome, melhor se é; então, o consumo de ativismo entra nesta lógica de que quanto mais se consome, mais ativista se é¹¹. Assim, nas prateleiras das lojas, nos e-commerce, nas gôndolas dos mercados, já é possível achar uma causa de ativismo, uma luta social, ou uma ideologia, embalada e enlatada, rapidamente, para cada tipo de cidadão.

2. Consumo de ativismo

Configurada a sociedade de consumo e o seu evidente desequilíbrio, começa-se coletivamente a pensar em uma forma de se viver no mundo a partir de uma consciência de responsabilidade¹². Os mesmos



consumidores que anseiam transformar o mundo por meio da mudança de seus hábitos perpassam, obrigatoriamente, pela lógica do consumo, uma vez que se vive em uma sociedade do consumo.

Dentro da dinâmica capitalista da sociedade de consumo, todo cidadão é consumidor, sendo assim os ativistas não escapam desta lógica. Canclini entende que “devemos admitir que o consumo constrói parte da racionalidade integrativa e comunicativa de uma sociedade”¹³. Assim, é necessário pensar o consumo enquanto um elemento da construção da cidadania. Canclini¹⁴ e Lipovetsky¹⁵ problematizam essa relação já que o consumo convive diretamente com os interesses sociais.

A identidade dos indivíduos é construída e o consumo faz parte disso uma vez que materializa para os outros o estilo de vida que se escolheu. Dentro deste pensamento, ambos os autores citados defendem que as práticas de consumo podem ser consideradas um componente identitário da cidadania¹⁶. Ainda, indicam que não é mais possível enxergar o consumidor como uma simples vítima do sistema, mas como um ser que, quando devidamente informado, tem consciência de suas atitudes¹⁷.

A noção de cidadania contemporânea significa, então, um processo de aprendizado social e de construção de novas formas de relações sociais e práticas políticas concretas. A partir da reconstrução de cidadãos que questionam o seu lugar no mundo surgem os ativistas. Com esta tomada de consciência, pode-se avançar em direção a um novo quadro de referência para práticas de consumo. Todavia, esse mesmo cidadão que se torna questionador e consciente dos desequilíbrios da sociedade está à mercê de um consumismo, uma vez que nem tudo é o que parece ser.

3. Consumismo de ativismo

A tendência consumista e distorcida de qualquer boa intenção com o consumo existe, porque o sistema pautado pelo capital suporta as piores condições sociais, como a pobreza, a fome, mas não suporta aquilo que lhe é estranho, inquietante e que abala de forma direta o seu poder. Então, diante da ameaça iminente ao sistema são criados incríveis axiomas¹⁸.



Frente a estas ressignificações, torna-se latente retomar a ideia de que o consumo e a sua forma ativista não ficam de fora deste paradigma – têm a força simbólica de oferecer ao consumidor uma forma de ser aquilo que ele *gostaria* de ser. Neste raciocínio, a cultura do consumo possui compradores engajados em lutas e consciência, mas nem sempre cidadãos com essas mesmas características.

Observa-se que o consumo de ativismo é a vinculação do consumidor a um valor simbólico de prática social que não necessariamente implica uma anuência da ação ativista, mas que também não a exclui ou elimina por completo¹⁹. É importante resgatar os conceitos já expostos e questionar se o consumo de ativismo também não perpassa pela mesma lógica de *busca de felicidade e de aceitação social* que os demais modos de consumir.

Baudrillard compreende o ciclo do consumo e da aquisição de objetos como uma ponte para a inclusão social e diminuição do ser particular²⁰. Ainda, o autor entende que a apropriação de bens, a compra e venda, seja de objetos, seja de signos, constituem uma carga linguística, um código pelo qual toda a sociedade se comunica e fala. Essa estrutura de consumo, com sua linguagem própria, comunica prazeres, desejos e reflexos individuais, isto é, consumir o que se consome é a transmissão de uma mensagem para o mundo²¹.

O consumo de ativismo se torna, então, um exemplo de como há uma linha tênue e perigosa quando se coloca o consumidor e seus hábitos de consumo como agente principal de uma mudança política e social, já que “o consumo revela-se, pois, como um poderoso elemento de dominação social”²².

Além disso, é preciso atentar para o fato de que todo o produto consumido, mesmo que seja derivado de uma campanha humana, de lutas e objetivos sociais, advém de um detentor de meios de produção e que, em algum momento, alguma parte daquilo que se consome passou por uma sistemática exploratória ou de degradação socioambiental. O consumidor sequer tem consciência desses fatores, pois são, por vezes, ocultados dentro da relação consumerista.

Portanto, é possível vincular o direito à informação como propulsor para um verdadeiro ativismo por meio do consumo. O direito à



informação não é taxativo, ele emana das demandas dos consumidores, sendo assim mutável frente às novas necessidades da sociedade de consumo, mesmo que estas demandas visem combater os desequilíbrios impostos por esta mesma sociedade, gerando uma reconfiguração social de combate a um consumismo.

4. A informação como ferramenta para evitar o consumismo de ativismo

A informação é fator necessário para que as relações sejam iguais e justas. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor tem na informação um pilar essencial para a relação consumerista. No artigo 4º, através da Política Nacional das Relações de Consumo, a palavra informar aparece no inciso IV, juntamente com a necessidade de uma ação de educar. Neste artigo, a informação é um princípio que tem por objetivo fortalecer tanto consumidores como fornecedores no tocante aos direitos e deveres.

No seu artigo 6º, o Código de Defesa do Consumidor²³ traz um conjunto de direitos básicos que, de acordo com Cavalieri Filho, são considerados instrumentais, mínimos ou materiais, estão ligados aos direitos universais e fundamentais e que, portanto, possuem uma relevância tanto econômica quando social, e o legislador optou por tê-los de maneira expressa tutelados nesta legislação²⁴.

Entre esses direitos, no inciso III²⁵ encontra-se previsto o direito do consumidor a uma informação adequada e clara sobre todas as espécies de produtos ou serviços. Ainda, conforme descrito na legislação e pontuado por Renata Pozzi Kretzmann, esta informação precisa ser prestada a ponto de especificar características, quantidades, composição, preço, possíveis incidentes, incidência de tributos, além dos riscos que representa tanto para o consumidor como para o seu meio²⁶.

Bruno Miragem sustenta que a informação é um dos direitos que repercutem com maior potência dentro da relação cotidiana do consumo, e isso ocorre frente à vulnerabilidade do consumidor em relação à complexidade técnica dos bens e serviços disponíveis no mercado, além de uma impossibilidade por parte dos consumidores de verificar se as informações prestadas são, de fato, suficientes ou, até mesmo, verdadeiras²⁷.



O autor reforça ainda que, como um direito básico, a informação é uma das bases da proteção normativa do consumidor dentro do direito brasileiro, “uma vez que sua garantia tem por finalidade promover o equilíbrio de poder de fato nas relações entre consumidores e fornecedores, ao assegurar a existência de uma equidade informacional das partes”²⁸.

Já para Paulo Luiz Netto Lôbo²⁹, o dever de informar não é apenas a realização do princípio da boa-fé, é parte da evolução do direito consumerista, uma vez que esse dever assumiu um aspecto objetivo, que se relaciona à atividade lícita de fornecimento de produtos e serviços³⁰. Prova desta objetividade está, para o autor, na própria teoria contratual que também construiu a doutrina dos deveres anexos a modo de enquadrar o dever de informar.

Assim, o desenvolvimento do direito do consumidor foi além, transformando tal dever em direito fundamental, e o elevando a condicionante e determinante do conteúdo da prestação principal do fornecedor. Não se trata apenas, então, de um mero dever anexo, mas de um dever inerente à licitude do fornecimento de bens e produtos³¹.

A informação e o dever de informar, portanto, tornam realizável o direito de escolha e a autonomia do consumidor³². Nesta dinâmica, o tema surge como princípio, como direito e como dever de seus atores, e é esta multiplicidade de significados que torna o assunto tão importante dentro da seara consumerista.

É, então, necessário compreender que a informação, verdadeira, suficiente e adequada, além de um direito básico do consumidor, é um elemento protetivo que garante o poder de escolha. Sem informação, não há educação, não há solidariedade, não há um consumidor consciente em relação a si ou ao mundo que o cerca. Aqui é possível perceber que a informação é elemento essencial para qualquer relação de consumo, mas em especial aquelas que são carregadas de ideias e ideais, como o consumo de ativismo.

A informação e o dever de informar, portanto, tornam realizável o direito de escolha e a autonomia do consumidor



Conclusão

A partir do reconhecimento das instabilidades da sociedade de consumo, constatou-se que se presencia um desequilíbrio nesta sociedade, o excesso de consumo, denominado consumismo. Identificou-se, ainda, que existem formas de vivenciar o consumo, entre as quais o consumo de ativismo, que existe para que o cidadão, por meio do consumo, dialogue com as suas lutas, os seus ideais e ideias com o restante da sociedade.

Contudo, mesmo o consumidor ativista e consciente pode se render ao consumismo, uma vez que o capitalismo e a sociedade de consumo têm o poder de transformar qualquer coisa em produto e serviço, fazendo, assim, com que se consuma mais, um consumo que busca mostrar aos demais o quanto se é.

Diante destas constatações, demonstrou-se que a arma que o consumidor possui para que o consumismo não atrapalhe a sua causa é a informação, direito e princípio presente na legislação brasileira. Portanto, é graças à informação que os consumidores andam na direção contrária à do consumismo e da cultura de massa que coloca a sociedade em desequilíbrio, causando a crise social e ambiental vivenciada na atualidade.

Notas

1. Antônio Carlos Efig. Advogado. Doutor em Direito pela PUCSP. Professor titular do curso da graduação em Direito e da Pós-graduação em Direito da PUCPR. Professor dos cursos de especialização da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP) e da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Líder do Grupo de Pesquisa “Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica” registrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Atualmente é Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/PR. E-mail: ace@eradv.com.br.
2. Julia Bottini. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora de Direito da Unifacear – Campus Curitiba e advogada. Contato: julia.bottini@hotmail.com
3. FONTENELLE, Isleide Arruda. *Cultura do consumo e formas contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p.141.
4. LIPOVETSKY, G. *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio D'Água. 1989. p. 76.
5. LIPOVETSKY, G. *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio D'Água. 1989. p. 76.



6. FONTENELLE, Isleide Arruda. *Cultura do consumo e formas contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p.143-144.
7. FONTENELLE, Isleide Arruda. *Cultura do consumo e formas contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p.144.
8. FONTENELLE, Isleide Arruda. *Cultura do consumo e formas contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p.144-145.
9. MIRANDA, Ana Paula; DOMINGUES, Izabela. *Consumo de ativismo*. Barueri – SP: Estação das Letras e Cores, 2018. p. 50-52.
10. MIRANDA, Ana Paula; DOMINGUES, Izabela. *Consumo de ativismo*. Barueri – SP: Estação das Letras e Cores, 2018. p. 54.
11. MIRANDA, Ana Paula; DOMINGUES, Izabela. *Consumo de ativismo*. Barueri – SP: Estação das Letras e Cores, 2018. p. 55-56.
12. FONTENELLE, Isleide Arruda. *Cultura do consumo e formas contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017. p.141.
13. CANCLINI, N. G. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006. 227 p.
14. CANCLINI, N. G. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006. 227 p.
15. LIPOVETSKY, G. *O império do efêmero*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
16. CANCLINI, N. G. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006. 227 p.
17. LIPOVETSKY, G. *O império do efêmero*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
18. MIRANDA, Ana Paula; DOMINGUES, Izabela. *Consumo de ativismo*. Barueri – SP: Estação das Letras e Cores, 2018. p. 54.
19. MIRANDA, Ana Paula; DOMINGUES, Izabela. *Consumo de ativismo*. Barueri – SP: Estação das Letras e Cores, 2018. p. 82-83.
20. BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*; Tradução: Arthur Mourão. Lisboa – Portugal. Edições 70, 2002.
21. BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*; Tradução: Arthur Mourão. Lisboa – Portugal. Edições 70, 2002. p. 80-81.
22. BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*; Tradução: Arthur Mourão. Lisboa – Portugal. Edições 70, 2002. p. 84.
23. BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 de dezembro de 2019.
24. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97.
25. BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 de dezembro de 2019.
26. KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo: o dever do for-*



- necedor e suas repercussões jurídicas. 1 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. P. 38.
27. MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 214.
 28. MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 216.
 29. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 37, p. 59-76, jan.-mar., 2001.
 30. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 37, p. 59-76, jan.-mar., 2001.
 31. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 37, p. 59-76, jan-mar, 2001.
 32. KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo: o dever do fornecedor e suas repercussões jurídicas*. 1 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. P. 40.

Referências

- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*; Tradução: Arthur Mourão. Lisboa – Portugal. Edições 70, 2002.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 08 de dezembro de 2019.
- CANCLINI, N. G. *Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006. 227 p.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FONTENELLE, Isleide Arruda. *Cultura do consumo e formas contemporâneas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2017.
- KRETZMANN, Renata Pozzi. *Informação nas relações de consumo: o dever do fornecedor e suas repercussões jurídicas*. 1a. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2019. p. 38.
- LIPOVETSKY, G. *A era do vazio: ensaio sobre o individualismo contemporâneo*. Lisboa: Relógio D'Água. 1989.
- LIPOVETSKY, G. *O império do efêmero*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 37, p. 59-76, jan.-mar., 2001.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRANDA, Ana Paula; DOMINGUES, Izabela. *Consumo de ativismo*. Barueri-SP: Estação das Letras e Cores, 2018.



VIVA
MELHOR,



**Cuidar do bem-estar das
pessoas e garantir o sorriso
delas no condomínio pode
ser bem mais tranquilo.**

**O segredo?
Boa informação.**

**Com conteúdo de qualidade,
que otimiza a gestão do condomínio,
não há desafio que não possa
ser superado.**



Portal Viva o Condomínio:

- Notícias;
- Modelos gratuitos para download;
- Biblioteca;
- Fornecedores.



vivacondominio.com.br

☎ 41 3324 9062

[f](#) [@](#) [vivacondominio](#)



Crimes tributários e fraude à Constituição

André Peixoto de Souza¹

Doutor em Direito pela UFPR

Gabriel Lemke de Paola²

Aluno da Graduação em Direito na FD-UFPR

Resumo: Este artigo pretende demonstrar que a abordagem adotada pelo STF no trato dos crimes tributários, sobretudo no que diz respeito a sua tentativa de conciliá-los com a vedação constitucional do uso da prisão como instrumento mandamental para garantir o adimplemento de obrigações civis, é uma abordagem dotada de caráter mais pragmático e político-utilitário do que propriamente hermenêutico-constitucional. Não se pronuncia, porém, sobre o problema de saber se a solução dada pelo STF à questão foi ou não correta. O método é a comparação de doutrinas teóricas e a discussão de um julgado clássico.

Introdução

Um debate de longa data na dogmática do direito penal tributário tem sido aquele referente ao problema de saber se os crimes tributários estão ou não em conformidade com os ditames do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que “não haverá prisão civil



por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. A discussão se dá em vários níveis. Em primeiro lugar, é necessário saber qual a finalidade do dito artigo constitucional, isto é, se ele pretendia vedar a prisão por causas tipicamente civis, entre as quais o inadimplemento de obrigações. Deve-se também determinar quais são os bens jurídicos protegidos pelo direito penal tributário, a fim de que se saiba se eles são compatíveis ou incompatíveis com o referido inciso constitucional. Ambas as questões já foram e continuam sendo amplamente discutidas pela doutrina relevante. Não nos propomos, aqui, a encerrá-lo.

Desejamos, em verdade, determinar o porquê da atual posição do STF sobre o tema. No HC 77.631-SC, referente ao problema da constitucionalidade do inciso II do art. 2º da Lei de Crimes Tributários, o ministro Celso de Mello decidiu monocraticamente pela constitucionalidade, e sua resposta tem sido adotada pela jurisprudência desde então. De fato, o dito inciso tipifica a seguinte conduta: “deixar de recolher, no prazo legal, o valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos”. Dentre todos os crimes tributários, esse é o que mais inequivocamente parece ter na garantia do adimplemento da obrigação tributária sua principal finalidade, sendo, portanto, o ponto de culminação lógica da polêmica referente à constitucionalidade do direito penal tributário. Em vista desta peculiaridade, desejamos determinar quais foram os fundamentos teóricos da decisão positivada no HC 77.631-SC.

Para tanto, examinaremos duas doutrinas opostas da interpretação judicial, quais sejam, o pragmatismo e a teoria da integridade, a fim de determinar qual dos dois conjuntos de postulados é mais consistente com as conclusões atingidas pelo ministro no caso estudado. Feito isso, examinaremos quatro questões doutrinárias de grande relevância para a adequada compreensão do debate sobre o mencionado artigo, a saber, aquelas da teoria da fraude à lei, da teoria dos direitos fundamentais, da interpretação do inciso LXVII do art. 5º e dos bens jurídicos defendidos pelo direito penal tributário. Por fim, discutiremos os principais argumentos da decisão no HC 77.631-SC, com o objetivo de identificar



as posições do julgador quanto aos principais debates anteriormente expostos. Comentaremos, ainda, a decisão de repercussão geral referente ao recurso extraordinário com agravo 999.425-SC, exemplo de jurisprudência recente a retomar os mesmos problemas. Com isso, seremos capazes de identificar as tendências da Corte suprema do país no que diz respeito ao ramo do direito ora estudado, tendências que talvez se revertam na interpretação de outros segmentos do sistema jurídico.

Antes de dar início à análise, é necessário esclarecer uma questão prévia: as duas tradições metodológicas consideradas não são, de forma alguma, as únicas existentes. Ronald Dworkin inclui ao lado da teoria da integridade e do pragmatismo o convencionalismo jurídico, que em nossos dias encontra importantes adeptos em constitucionalistas como o argentino Carlos Santiago Nino. A tradição constitucional alemã, de tendência subjetivista, também tem notas próprias. O que levou à escolha do pragmatismo e da teoria da integridade em específico foi o fato de ambas apresentarem certas semelhanças quanto aos métodos interpretativos que privilegiam e, bem como a circunstância de que cada uma delas tende a se aproximar mais de uma das duas grandes linhas de interpretação do direito penal tributário no que diz respeito ao problema da constitucionalidade. Em razão da especificidade de nosso objeto, não pretendemos realizar neste artigo uma exposição enciclopédica das diversas tradições de interpretação jurídica historicamente relevantes.

2. As tradições metodológicas consideradas

2.1. A teoria da interpretação jurídica como integridade sistêmica, como especial referência às obras de Ronald Dworkin e J.J. Gomes Canotilho

De maneira geral, essa corrente concede um papel central ao princípio da racionalidade do legislador, entendendo que o sistema jurídico deve ser entendido como uma totalidade coerente e independente da vontade de intérpretes individuais. No dizer de Dworkin (2013), aquele que se pergunta sobre a correta interpretação das normas não deseja



saber qual é a interpretação que algum jurista determinado, o conjunto dos juristas de um país ou mesmo a comunidade nacional como um todo considere correta. Pode levar em conta a posição dessas fontes quando ela for determinável, mas não encontrará em semelhante posição um fim em si, mas apenas um instrumento para a determinação do significado da norma, que não se confunde com o significado que algum qualquer ser humano atribua a ela.

Essa abordagem objetivista, crê Dworkin, justifica-se pela necessidade de isonomia, isto é, pela necessidade de que todos os cidadãos sejam tratados de maneira equânime perante a lei. Segundo esse jurista, é o reiterado tratamento isonômico perante a lei que faz um conjunto de indivíduos que não se conhecem pessoalmente possam se considerar membros de uma mesma comunidade. São parte de um mesmo povo porque estão sujeitos às mesmas leis. De fato, se não fosse assim, seria muito difícil explicar a continuidade temporal das nações humanas, isto é, o que as leva a durar mais do que meras alianças de conveniência – Dworkin dá o exemplo de dois marinheiros náufragos de nações inimigas que se aliam apenas para garantir a própria sobrevivência – ou do que comunidades relacionadas a contratos individuais, como aqueles firmados entre empresários ou nações. Dworkin rejeita as explicações baseadas em um suposto “amor universal”, argumentando que, se os seres humanos não fossem capazes de sentir por aqueles próximos a si mais do que a mais forte preocupação de que somos capazes para com desconhecidos, isso sinalizaria não que eles sentem amor universal, mas que não sentem amor nenhum. Segundo o jurista, portanto, é necessário buscar a resposta para o problema na legislação, pois, na medida em que ela se prolonga no tempo e possui aplicação geral e abstrata, atinge a população nacional de maneira global, ou quase global, fazendo que todos se sintam membros de uma mesma comunidade jurídica.

Ao ver de Dworkin, uma fraqueza muito relevante de outras correntes teóricas, como o convencionalismo e o pragmatismo, reside justamente no fato de que elas não levam o problema da isonomia suficientemente a sério. O convencionalismo, na medida em que atribui ao julgador liberdade criativa sempre que ele se deparar com uma “zona



de penumbra” ou uma lacuna na lei, não é capaz de assegurar igualdade em muitos casos concretos. O autor chega mesmo a afirmar que, se os julgadores, como propõe o convencionalismo, só aplicassem a lei quando não houvesse nenhuma dúvida séria quanto à sua interpretação, poucos casos haveria em que os juízes teriam ocasião de decidir em conformidade com ela. O pragmatismo é menos problemático, pois ao menos estabelece parâmetros claros a serem seguidos pelo juiz não apenas quando o conteúdo da lei for ambíguo, mas mesmo quando sua significação é clara e, como tal, inconveniente. Para os pragmatistas, declara Dworkin, o objetivo da decisão judicial é a maximização da utilidade social no caso concreto. Entretanto, conforme afirma esse autor, os resultados dessa metodologia ainda pareceriam, para muitas pessoas, casuísticos e arbitrários. De fato, quando os juízes decidem de modo a maximizar a utilidade no caso concreto, mesmo que seja no sentido contrário ao indicado pela legislação, boa parte da população enxerga nisso usurpação do Poder Legislativo por parte dos juízes, não exercício normal de sua função. Teremos ocasião de retornar às críticas de Dworkin ao pragmatismo no próximo tópico.

Como seria possível lograr a uma interpretação da lei capaz de integrar o caso concreto ao sistema jurídico mais amplo em que ele se insere e assegurar a isonomia na aplicação das normas jurídicas? Dworkin arrola alguns princípios de grande importância. Em primeiro lugar, é necessário, afirma ele, reconhecer ser o direito não um fato bruto, mas sim uma prática interpretativa, semelhante a um romance em cadeia no qual cada escritor realiza sua contribuição após interpretar, da melhor maneira possível, os textos que lhe foram legados por seus antecessores. O positivismo clássico de Austin e Hart teria fracassado por ignorar essa circunstância fundamental, mas tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo a levam em conta, embora proponham soluções distintas para os problemas a emergir dela. Um segundo princípio interpreta-

Tanto o passivismo quanto o ativismo judicial são erros, na medida em que cada um aceita de antemão que o Poder Judiciário deva adotar uma atitude específica perante o Poder Legislativo



tivo é o da prioridade local, isto é, a busca da manutenção da coerência da aplicação da lei no caso específico com as linhas interpretativas dominantes na jurisprudência referente ao ramo do ordenamento jurídico em que ela se insere. Dworkin considera ser errônea a tentativa de interpretar a lei com base na suposta vontade dos legisladores que a desenvolveram, devendo-se, ao contrário, levar em conta, na hora de se atribuir sentido a um diploma normativo, o conjunto da legislação vigente contemporaneamente a ele, como também o conjunto da história jurisprudencial a ele referente. Por último, é bastante importante que o intérprete seja capaz de separar os próprios valores e preferências daqueles esposados pela legislação. Ele pode estar profundamente preocupado, em sua condição de cidadão, com a preservação ambiental, mas deverá estar pronto a concluir que o conjunto da legislação aprovada pelo corpo legislativo ao longo dos anos poderá vir a demonstrar que ele não compartilha as prioridades do aplicador do direito em questão.

Conforme esse jurista, a tentativa de interpretar a lei com base nos objetivos a que a destinavam seus criadores será infrutífera por uma série de motivos: em países democráticos, o legislativo não é uma pessoa, mas um conjunto de pessoas, cada uma das quais pode ter em mente finalidades diferentes para a lei a ser criada; a motivação de um qualquer membro do corpo legislativo não necessariamente será juridicamente relevante, na medida em que o voto de aprovação pode ter sido dado em decorrência da lealdade do político a seu partido ou a algum lobista, por exemplo; o legislador individual, muito embora tivesse votado pela aprovação de um determinado diploma legislativo, pode mesmo ter desejado que os comandos nele contidos não fossem aplicados; ainda que se leve em conta primariamente a ideologia dos legisladores, é necessário reconhecer que os indivíduos nem sempre se apoiam em um conjunto estável de princípios para a resolução de todos os problemas políticos por eles enfrentados. Ora, para solucionar esses problemas seria necessário tentar analisar as ideologias a orientar a legislação de maneira objetiva e relativamente independente de cada um dos membros individuais do corpo legislativo, o que levaria o intérprete a, na prática, adotar uma linha interpretativa muito semelhante àquela proposta no parágrafo anterior.



Tanto o passivismo quanto o ativismo judicial são erros, na medida em que cada um aceita de antemão que o Poder Judiciário deva adotar uma atitude específica perante o Poder Legislativo, independentemente das conclusões a que a interpretação da Constituição possa levar. Além disso, a interpretação jurídica depende, segundo esse autor, de um debate contínuo. Não se pode dizer que uma qualquer interpretação da lei esteja correta pelo simples fato de que foi aceita pelas cortes. O intérprete não deve ter medo de discordar de outros doutrinadores ou mesmo das cortes, embora também não deva buscar ativa e intencionalmente a discordância. Sua atitude deve se concentrar na busca da melhor interpretação possível, e suas conclusões, desde que bem fundamentadas, podem ou não coincidir com as de outros juristas.

A posição de J. J. Gomes Canotilho (2000), se aproxima da de Dworkin, embora confira menor importância à jurisprudência, uma vez que parte primariamente do sistema continental. De maneira geral, Canotilho entende ser a função do direito constitucional harmonizar diferentes setores da vida em sociedade. Esse autor é consideravelmente mais enfático do que outros membros da tradição constitucional de matriz alemã ao negar ao Judiciário a possibilidade de criar normas gerais e abstratas, além de considerar que a limitação de um direito fundamental só pode ser realizada conforme as especificações da própria Constituição. Ao tratar do processo português de revisão constitucional, confere ao legislador grande liberdade para se afastar dos ditames mais específicos do poder constituinte originário, desde que se mantenha fiel ao menos às linhas fundamentais por ele estabelecidas. De acordo com Canotilho, estas seriam, na constituição portuguesa, as liberdades civis (negativas) e políticas (positivas), a proteção ambiental e a socialidade, isto é, a busca da solução das mazelas e desigualdades sociais. Apesar das próprias tendências na juventude, esse constitucionalista defende que a decisão sobre a forma de atingir essas metas cabe ao legislador ordinário ou ao poder constituinte derivado, não ao Judiciário.

Canotilho discute aquelas a que considera as estruturas fundamentais do estado democrático de direito, que seria baseado nos princípios da república, da democracia e do estado de direito ou ainda na com-



preensão do homem como pessoa, em sua condição de cidadão, de trabalhador, cabendo à dogmática constitucional equilibrar essas diferentes dimensões. Apresenta, ao longo de seu tratado, vários argumentos para solucionar as aparentes contradições entre esses princípios. Para defender a compatibilidade entre a segurança jurídica e o princípio democrático, afirma ser sua legitimação democrática que torna a lei capaz de trazer segurança jurídica, mas também que a segurança jurídica trazida pela lei é necessária para garantir a continuidade do regime democrático – parece ter sido influenciado por Jon Elster nesse posicionamento. A fim de compatibilizar direitos fundamentais e segurança jurídica, afirma que os direitos fundamentais são tanto fundantes da legitimidade do ordenamento quanto fundados e assegurados por ele, apresentando, portanto, uma dupla dimensão. Sobre a relação entre direitos fundamentais e democracia, adota um argumento de Habermas. Afirma que os direitos fundamentais legitimam o procedimento democrático e são legitimados por ele à medida que dele resultam, já que sua aprovação democrática prova sua ampla aceitação, e seu caráter como resultado da democracia prova sua qualidade.

No que diz respeito à relação entre regras e princípios, Canotilho defende ser a função dos princípios conferir adaptabilidade ao ordenamento, ao passo que a das regras é trazer segurança jurídica. Os princípios exercem uma função conformadora e negativa sobre as regras de hierarquia a eles inferior, mas não podem se sub-rogar a elas. Sobre a interpretação das regras, Canotilho sugere alguns critérios destinados a garantir sua aplicação isonômica: sempre que pretender considerar iguais situações capazes de apresentar diferenças significativas ou diferentes situações que pareçam idênticas, deverá o julgador assumir o ônus argumentativo e apontar quais semelhanças ou diferenças concretamente existentes são respectivamente suficientes para justificar suas conclusões.

Essa exposição, posto que sumária, das doutrinas de dois proeminentes representantes da versão moderna da abordagem integrativa de interpretação do ordenamento jurídico nos permite indicar algumas de suas linhas mais gerais. Em primeiro lugar, não há uma valorização excessiva da vontade do poder constituinte originário. A Constituição



deve ser considerada primariamente como um documento objetivo, isto é, como o texto em torno do qual representantes de diferentes setores da sociedade com diferentes interesses foram capazes de atingir um acordo. Assim, as decisões posteriores do Legislativo e do poder constituinte derivado, bem como a evolução da reflexão social sobre diversos temas referentes aos princípios, devem ser levadas em conta na hora da interpretação dos estatutos e da Constituição. A ideia de isonomia também recebe grande destaque. A função primária da Constituição e do ordenamento jurídico é harmonizar os diferentes interesses socialmente relevantes e criar o consenso mínimo necessário à coesão social. Ora, isso só pode ser atingido, pensam os adeptos da abordagem integrativa, se os diferentes indivíduos pertencentes à sociedade forem tratados de maneira equânime, estando, portanto, sujeitos às mesmas leis. Um terceiro elemento fundamental reside na proposição de que as normas jurídicas individuais devem ser interpretadas como sendo parte de um sistema maior que elas, ou seja, como sendo consistentes, ao menos tanto quanto possível, com outras normas e decisões judiciais existentes no sistema.

2.2. A teoria pragmática, com especial referência às obras de Ronald Coase e William Thompson

O pragmatismo é uma abordagem interpretativa alternativa à teoria do direito como integridade. Como essa, também o pragmatismo propõe uma solução para os casos difíceis, muito embora a solução pragmática se preocupe primariamente, como veremos, não com a aplicação equânime das normas, mas sim com a maximização da utilidade no caso concreto. Em tempos recentes, seu mais célebre adepto foi o jurista estadunidense Ronald Coase (1988), cujas teses fundamentais exporemos brevemente.

Coase pretendeu explicar as causas da existência de pessoas jurídicas, como as firmas e o Estado. A seu ver, a maior marca de semelhantes organizações residia no fato de que elas devem substituir o mercado como forma de organização da divisão do trabalho humano, levando a divisão de funções a depender primariamente de disposições hierár-



quicas. Esse fenômeno chamava a atenção de Coase porque permitia submeter a um exame crítico as doutrinas econômicas neoliberais e do bem-estar social. Coase concluiu que as pessoas jurídicas surgiam quando os custos de transação, isto é, os custos de oportunidade relativos à realização de negociações sobre direitos reais e pessoais entre as partes diretamente interessadas eram demasiado elevados em determinadas circunstâncias. Resolver questões relativas à atividade produtiva imediata de cada trabalhador em uma firma por meio de negociação direta destinada a determinar seu adequado preço seria demasiado difícil e dispendioso. Era por isso que os contratos de trabalho estabeleciam a necessidade de obediência à hierarquia corporativa, permitindo que tarefas específicas fossem definidas por atos de vontade unilaterais. Em verdade, mesmo grandes mercados, como bolsa de valores, só funcionavam de maneira eficiente graças à presença de diversas regulamentações que estabelecem limites e balizas para as negociações a serem realizadas.

Aplicando suas descobertas à análise da grande pessoa jurídica conhecida como Estado, Coase concluiu que, em um mundo onde os custos de transação fossem nulos, ele não existiria. O Estado, assim, era necessário porque nem todos os conflitos poderiam ser solucionados por negociação direta entre as partes em função das dificuldades geográficas, temporais e socioestruturais. Virtualmente, qualquer direito – e, por extensão, qualquer mercadoria, já que Coase considera mercadorias como conjuntos de direitos – poderia ser negociado a fim de produzir o resultado a maximizar o interesse agregado de ambas as partes, desde que as ditas partes tivessem condições adequadas de negociação. O jurista em questão reconhece duas pequenas exceções para suas conclusões: de um lado, é possível, por causa da capacidade humana de escolha, que nenhum acordo fosse atingido ainda assim em razão de um excessivo distanciamento entre os interesses de ambas as partes, embora Coase considere esta hipótese extremamente remota; é possível que a concessão legislativa de direitos novos a uma das partes durante o curso das negociações viesse a prejudicar seu andamento, ainda que não necessariamente pusesse um fim a qualquer necessidade de acordo. Com efeito, o fato de que por muito tempo o sistema britânico de faróis tenha contado com ampla participação de empresas privadas e



funcionado bem assim mostra que muitas operações econômicas tipicamente vistas como estatais podem ser bem executadas por privados nas circunstâncias adequadas.

Quais as consequências dessas descobertas para a interpretação jurídica? Em primeiro lugar, Coase considera errônea a tendência de muitos economistas para operar suas análises sem levar em conta o fato de que, no mundo real, nem tudo pode ser resolvido por negociação direta entre as partes, sendo necessária a intervenção do Estado em muitos conflitos. Por outro lado, discorda ele das doutrinas de Arthur Pigou e outros economistas tendentes a considerar ser necessária a intervenção do Estado sempre que surgir uma “externalidade”, isto é, que as ações de algum agente privado afetem negativamente outro agente privado. A intervenção do Estado só seria necessária quando a “externalidade” não pudesse ser superada por uma negociação entre os agentes interessados. Quando for cabível a intervenção do Estado, pensa Coase que ela deverá promover o resultado que teria sido atingido pelos próprios privados em uma situação na qual os custos de transação fossem nulos, isto é, em que as partes não enfrentam nenhuma dificuldade para decidir quanto à distribuição de direitos por negociação direta. Coase tende a supor que o valor monetário dos direitos envolvidos é um bom guia para a determinação dessa solução mercadológica ideal.

É nesse último ponto que se concentra a crítica de Dworkin (1986) a Coase. Dworkin afirma não ser o valor pecuniário dos direitos envolvidos uma medida neutra para a avaliação da utilidade total envolvida, apelando para o seguinte: um homem muito pobre poderia estar disposto a vender o livro que lhe é muito caro ao preço de cinco dólares, de que precisa para comprar comida; um homem muito rico descendente do autor poderia ser capaz de, após autografar um exemplar a que tivesse acesso, revendê-lo ao preço de dez dólares. Nesse caso, seria possível argumentar que tomar o livro do homem pobre e entregá-lo ao homem rico maximizaria a utilidade social total. Entretanto, é preciso perceber que, se o homem pobre estiver disposto a vender o livro em questão por um preço menor do que aquele pelo qual seria capaz de vendê-lo o homem rico, isso se dá não por ser menor o valor de uso do livro para o pobre, mas sim porque, para ele, tem o dinheiro valor de uso maior.



Nos interessa aqui a obra de William Thompson (2005), pois, muito embora ele não fosse um jurista, é possível encontrar nela uma resposta à objeção levantada por Dworkin. Thompson propõe que análises de política normativa sejam realizadas com base em uma situação imaginária de igualdade de riqueza entre os diferentes indivíduos. Thompson aceitava a tese da incomensurabilidade do prazer entre diferentes indivíduos e defendia, fundamentado nela, que, partindo-se de uma situação inicial de igualdade de renda, não seria possível provar a existência de benefício em qualquer alteração da distribuição original. No tempo de Thompson, esse argumento foi parte de um debate mais amplo em torno do sistema econômico ideal. Thompson e Robert Owen defendiam ser tal regime ideal o comunismo, pois garantiria igualdade absoluta. Outros, como Charles Fourier e J. S. Mill, tendiam a ser mais favoráveis a um sistema econômico baseado em cooperativas de trabalhadores, pois nessas se garantiria o máximo de autonomia decisória para os indivíduos. Havia também defensores do capitalismo liberal e adeptos de uma planificação hierárquica, como Henri Comte de Saint-Simon. O próprio J. S. Mill (1983) chegou a propor, com base no princípio de Louis Blanc – “de cada um conforme suas capacidades, para cada um conforme suas necessidades” – que a situação inicial imaginada deveria comportar uma pequena desigualdade inicial de renda entre os indivíduos a fim de compensar pela desigual distribuição de capacidades biológicas entre eles.

Essa modificação na situação de mercado ideal considerada nos interessa, pois permite superar a dificuldade apontada por Dworkin no esquema de Coase. De fato, o próprio Dworkin (2008) adotou um esquema semelhante em suas análises de política normativa – ainda que não o tenha feito em sua obra propriamente jurídica –, com uma pequena adição. Esse autor adotou o “véu da ignorância” de John Rawls, imaginando que os indivíduos, ao tomarem decisões quanto ao esquema político de sua sociedade, não conheceriam a posição que viriam a ocupar na sociedade em questão. Dworkin imaginava que, em um tal caso, adotar-se-ia o princípio de acordo com o qual o Estado deve ter igual respeito e consideração por todos os seus cidadãos, o que se reverte em um sistema de assistência social.



À luz dessas considerações, podemos traçar as linhas gerais do pragmatismo decisório. Para seus adeptos, os julgadores devem decidir de maneira a maximizar, no caso concreto, a utilidade agregada total. Isso pode ser feito se as decisões forem orientadas por algum modelo de mercado ideal, cujos resultados deveriam ser reproduzidos no mundo real. Esse modelo comporta várias variações, podendo envolver apenas custos de transação nulos ou ir mais além, baseando-se adicionalmente em suposições como a igualdade inicial de renda ou a correção das desigualdades biológicas. O essencial é que o modelo tenha prioridade sobre os ditames da legislação positiva.

3. Questões dogmáticas relevantes para a compreensão do *habeas corpus*

3.1. Direitos fundamentais e fraude à lei

A interpretação normativa em geral está sujeita a certas dificuldades, muitas das quais ligadas a problemas da linguagem em geral. Conforme Carlos Santiago Nino (2010), as normas jurídicas podem conter imprecisões, ambiguidades de termos ou sentenças, além de apresentar dificuldades referentes à função linguística das palavras empregadas e à sua forte carga emotiva. Além disso, o sistema jurídico em geral apresenta lacunas e antinomias lógicas e axiológicas, bem como redundâncias e impossibilidades jurídicas, lógicas e fáticas. Karl Engisch (2014) fala em antinomias *valorativas* – inconsistências quanto aos valores plasmados nas normas –, *teleológicas* – inconsistências entre normas programáticas e plenas –, *principlógicas* – inconsistências entre princípios de diferentes épocas, de diferentes funções e de diferentes graus hierárquicos – e *de técnica legislativa* – inconsistências entre as definições conceituais empregadas pelo legislador em diferentes ramos do ordenamento –, diferenciando ainda entre antinomias primárias e secundárias, sendo que apenas estas, por dizerem respeito a normas que se encontram em diplomas diferentes, podem ser solucionadas pelos critérios cronológico, hierárquico e da especificidade. Engisch se refere a diferentes tipos de conceitos empregados nas normas: conceitos *indeterminados*, que com-



portam uma zona de penumbra; conceitos *normativos*, que dependem de uma valoração moral de certas condutas, sendo, portanto, normas de segundo grau; conceitos *discricionários*, dividindo-se entre aqueles que apresentam discricionariedade real e aqueles que dependem de uma discricionariedade vinculada, orientada por princípios específicos. Cláusulas gerais, por sua enorme amplitude, em geral contêm em sua formulação um ou mais desses conceitos ambíguos.

Além de apresentarem todas as dificuldades acima arroladas, as normas constitucionais contam ainda com algumas particularidades. De acordo com Luís Roberto Barroso (2009), as normas constitucionais trazem problemas hermenêuticos adicionais em virtude de seu elevado grau hierárquico – que torna a sua interpretação um pressuposto da interpretação de outras normas de grau inferior –, à imprecisão da linguagem em que foram formuladas – pois a aprovação da Constituição não foi obra de juristas profissionais –, por conterem princípios – *prima facie*, ilimitados – e por seu forte caráter político – que dá grande repercussão social à hermenêutica constitucional.

As normas de direitos fundamentais, como aquelas expostas no art. 5º da CF, trazem mais algumas peculiaridades. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2019), um direito fundamental na verdade é um aglutinador conceitual, que serve para tornar mais simples e célere a referência a um grande número de normas. O direito à propriedade privada, por exemplo, engloba a sequela – a capacidade de reaver a coisa, onde quer que ela esteja –, a prevalência – a preferência frente a outros no que diz respeito à posse da coisa – o poder de alienação e as normas penais destinadas a protegê-la, além de outras garantias mais específicas. Sem referência a essa multiplicidade de outras normas e faculdades, a propriedade privada é vazia.

No *Primeiro Tratado sobre o Governo Civil*, John Locke (2011) ironiza Robert Filmer quando ele sugere que alguém possa ser monarca sem ter súditos, ou seja, que possa ser monarca “em hábito, ainda que não em ato”. Uma formulação semelhante poderia ser feita no que diz respeito às versões puras de muitos direitos fundamentais. Em decorrência disso, muitos direitos fundamentais apresentam um caráter multifuncional, como observou Daniel Wunder Hashem (2013). Os direitos fundamen-



tais possuem um elemento pelo qual condicionam a interpretação de outras normas jurídicas e limitam o escopo de ação de outros direitos fundamentais, como também um elemento subjetivo, em virtude do qual produzem direitos individuais que se impõem *erga omnes* e geram pretensões *inter partes* caso venham a ser desrespeitados. Alguns deles geram não apenas direitos subjetivos e pretensões de caráter individual propriamente dito, mas também direitos individuais homogêneos – passíveis de defesa por via processual coletiva –, direitos coletivos – cujo titular é um grupo determinado ou determinável de pessoas – e direitos difusos, cujo titular é um grupo indeterminável de pessoas.

Por último, é necessário dizer que, conforme mostrou Robert Alexy (1999; 2006), os direitos fundamentais se desdobram em normas estruturalmente diferentes, a saber, princípios e regras. Regras são mandamentos de tudo ou nada, de modo que se aplicam por subsunção lógica. Uma regra é ou não compatível com o ordenamento jurídico, e um fato está ou não previsto em sua hipótese de imputação. Princípios, ao contrário, são mandamentos de otimização, passíveis de entrar em choque com regras ou com outros princípios sem que implique sua exclusão do ordenamento jurídico. Por esse motivo, princípios se aplicam por ponderação. Para ponderar princípios no caso concreto é necessário realizar uma série de procedimentos. Deve-se avaliar se o resultado do triunfo de um princípio sobre o outro é adequado – isto é, se atingirá as finalidades desejadas pela parte beneficiada – e necessário, ou seja, se não há outro meio menos agressivo para com os interesses da parte lesada. Além disso, é necessário determinar o quão concretos e precisos são os direitos de cada uma das partes e o quão invasiva para com eles seria a medida e ser tomada pelo Judiciário. Muito embora, como observou Marcos Bernardes de Mello (2017), princípios e regras apresentem a mesma estrutura básica, dividida em hipótese de imputação e dispositivo – “se é A, deve ser B” –, não se pode negar que o diferente grau de precisão na formulação de cada um desses dois elementos varia entre princípios e regras, o que torna adequada a distinção traçada por Alexy quanto ao método de aplicação de cada um dos dois tipos de norma em questão.

Todas essas peculiaridades tornam particularmente difícil identificar uma eventual fraude às normas constitucionais. A fraude à lei,



como tal, já é um instituto de complicada aplicação. Baseada no velho brocardo “faz contra a lei quem faz o que a lei proíbe”, ela consiste no conjunto daqueles atos que busquem atingir, por via transversa, resultados proibidos pela legislação. Consistem em fraude à lei todas as condutas que busquem aproveitar-se do formalismo das hipóteses de imputação normativas para atingir finalidades repugnantes às normas legais. Ocorre que, em muitos casos, os resultados que a legislação busca impedir não se encontram nela claramente expressos, o que torna difícil determinar com certeza quais resultados representam tentativas de atingir, por via transversa, finalidades pela legislação vedada. Como observa Ferraz Jr. (2019), a imunização proporcionada pelas normas jurídicas – isto é, a garantia por elas conferida a certas pretensões de que essas não poderão ser ignoradas pelos tribunais ou pelos demais indivíduos – normalmente é de tipo condicional, de sorte que, cumpridos certos requisitos, as consequências de uma determinada conduta podem ser consideradas juridicamente garantidas. A maior parte dos ilícitos carece desse tipo de imunização. Nos casos de fraude à lei, ao contrário, a imunização de que um ato carece não é condicional, mas finalística. Ocorre que cada um dos dois tipos de imunização depende de um tipo diferente de fundamentação para sua prova. Para aferir a existência de imunização condicional, o juiz se orienta por uma programação condicional, realizando um pensamento sistemático – isto é, orientado às condições normativas positivadas no sistema jurídico –, sendo suas conclusões passíveis de demonstração por argumentos lógicos e quase-lógicos – isto é, analógicos. A imunização finalística, por sua vez, depende, para sua verificação judicial, de um pensamento problemático, durante o qual o juiz se orienta a uma programação finalística, a qual privilegia argumentos axiológicos, de modo que não pode atingir, no caso concreto, mais do que uma persuasão. Portanto, o grau de segurança para identificar uma ilicitude por fraude à lei tende a ser inferior àquele que identifica uma ilicitude por desrespeito manifesto às hipóteses de imputação plasmadas nos diplomas normativos. Existem vários tipos de fraudes à lei, algumas das quais se encontram regulamentadas por institutos mais específicos, como a fraude contra credores, a simulação não inocente e o abuso de direito.



3.2. O inciso LXVII do art. 5º da CF e o direito penal tributário

A compreensão do debate em torno da constitucionalidade do direito penal tributário em geral e do inciso II do art. 2º da Lei de Crimes Tributários em particular exige o exame de duas questões distintas, quais sejam, a que diz respeito à interpretação do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, e a que contempla os bens jurídicos defendidos pelo direito penal tributário. A primeira faz parte de um debate que transcende o direito penal tributário e atinge diversos setores da doutrina, dentre os quais se incluem o direito processual civil e o direito internacional, ao passo que a segunda é de mais restrita repercussão.

A controvérsia propriamente constitucional diz respeito ao problema de saber se o parágrafo relevante desejava vedar a utilização da prisão como um instrumento mandamental de garantia do adimplemento de obrigações ou apenas impedir que ela fosse inserida como cláusula contratual em um negócio jurídico privado. Em favor da segunda alternativa, milita a circunstância de haver o dito parágrafo feito uso do termo “prisão civil”, especificamente, o que dá a entender que se trataria de uma vedação à prisão apenas no que diz respeito ao escopo do direito civil propriamente dito. Essa linha de argumentação é a mesma usada com relação à interpretação do Pacto de São José da Costa Rica, tendo a polêmica em torno dele se iniciado em virtude de haver tal diploma normativo proibindo a prisão civil do depositário infiel. Ora, se essa proibição dissesse respeito à prisão de qualquer depositário infiel, e não apenas do depositário infiel nas relações entre privados, estaria proibida também a prisão daqueles que viessem a ocultar bens já arrolados pelo Judiciário para fins de execução, bens mantidos em poder de seus proprietários originais apenas por questões de conveniência e cujo desaparecimento caracterizaria fraude à execução. Muitos doutrinadores, entre os quais Luiz Guilherme Marinoni (2020) e Jacob Dolinger (2020), insurgiram-se contra essa possibilidade, afirmando estar vedada apenas a “prisão civil” do depositário infiel, mas não a prisão por fraude à execução. Como dito, muitos artigos constitucionais possuem forte carga política, de modo que a discussão que em torno deles se dá



é por vezes dificultada pelas inevitáveis posições normativas dos doutrinadores envolvidos. Embora haja um fundamento jurídico razoável para a interpretação restritiva dos referidos dispositivos legais, fica bastante claro que a preocupação primária de homens como Marinoni e Dolinger era com o grave dano que a interpretação contrária traria para a efetividade da execução das obrigações pecuniárias.

Há na doutrina penal tributária uma forte corrente a defender a hipótese contrária, sendo Hugo Machado de Britto (1998) um de seus principais representantes. Para esses autores, a finalidade do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal era impedir que alguém fosse preso por inadimplemento de obrigação, e não apenas pelo inadimplemento de obrigações de natureza propriamente civil. O debate, como se vê, ilustra bem a natureza multifuncional dos direitos fundamentais, na medida em que um único artigo da Constituição produz efeitos bastante significativos sobre a adequada interpretação de institutos de diferentes ramos do ordenamento jurídico, com consequências jurídicas e políticas bastante diversas e gerando pretensões jurídicas subjetivas de natureza díspar, problema que se torna ainda maior à medida que há pouca dúvida quanto ao fato de ser a norma contida no referido parágrafo um regra aplicável por subsunção, não um princípio aplicável por ponderação. Não há dúvida que os problemas de saber se um juiz pode prender um réu a praticar fraude contra a execução e de saber se um determinado conjunto de tipos penais é ou não constitucional são bastante diversos, mas ambos derivam da interpretação dos mesmos termos de um mesmo parágrafo da Constituição Federal.

A discussão referente à constitucionalidade do direito penal tributário, em específico, de fato reflete uma cisma mais amplo na doutrina desse ramo jurídico em questão. Um conceito fundamental do direito penal, como amplamente reconhecido, é aquele de “bem jurídico”. Como observaram Hans Welzel e Claus Roxin, citados por Cezar Roberto Bittencourt (2019), todas as normas penais servem para defender determinados interesses socialmente relevantes, de forma que, para adequadamente interpretar um tipo penal, é necessário identificar qual o bem jurídico por ele protegido. Ora, há uma grande cisma doutrinário quanto ao bem principal bem jurídico defendido pelos crimes



tributários. Alguns, como o mencionado Britto (1998), entendem que o principal bem jurídico em jogo é a boa-fé nas relações entre os indivíduos e o fisco, sendo por isso que o tipo penal só se caracteriza quando houver dolo subjetivo, e não prestação das devidas informações ao órgão público, bem como não pagamento até a abertura do processo administrativo. Outra linha doutrinária, representada por autores como Roberto Carvalho Veloso (2011) e Pedro Roberto Decomain (2011), considera que, muito embora alguns dos crimes formais e materiais tipificados nos parágrafos dos arts. 1º e 2º da Lei de Crimes Tributários de fato defendam bens jurídicos como a boa-fé nas relações entre os indivíduos e o fisco, o bem jurídico fundamental garantido por esse ramo do direito é o erário público.

Veloso não hesita em incluir o direito penal tributário entre os ramos do direito penal econômico, lado a lado aos crimes concorrenciais e ambientais, o que explica a grande preocupação desse autor com as causas econômicas de “inexigibilidade de conduta diversa” – crises econômicas internacionais, por exemplo. Também Decomain está convencido da absoluta necessidade de o direito penal tributário ser instrumento para a garantia da saúde financeira do estado de bem-estar social, enxergando os sonegadores como indivíduos cuja conduta prejudica as prestações sociais a serem realizadas pelo Estado. Essa interpretação é predominante também entre os economistas. Georg Simmel, ao escrever sobre o tema do dinheiro, defendeu que, conforme essa mercadoria era desprovida de valor intrínseco, possuindo valor apenas funcional, era essencial que o Estado assegurasse sua credibilidade. Ora, forçar o curso da moeda punindo aqueles que não são capazes de entregar uma determinada quantidade dela ao Estado é uma boa forma de fazer isso. José Petrelli Gastaldi (2011) considera fundamental que o Estado acumule meios de pagamento a fim de retirar moeda da economia e estabilizar seu valor, dando, portanto, grande destaque ao sistema de coleta de tributos. Esses dois autores são apenas uma pequena amostra de uma opinião amplamente dominante entre os que estudam temas econômicos, fato que nos parece digno de nota à medida que torna clara a utilidade do direito penal tributário para a garantia da estabilidade do valor da moeda e, conseqüentemente, do sistema econômico como um todo.



É justo dizer que em razão de ter permitido a descaracterização dos tipos de direito penal tributário a qualquer tempo, inclusive após a condenação penal, o próprio Poder Legislativo parece entender ser a garantia do pagamento do tributo a principal função dessa área do direito – Lei 12.382, de 2011, derogando o parágrafo 4º do art. 83º da Lei 9.430/96. Na verdade, à medida que permite o alívio da prisão pelo pagamento, trata o legislador a pena dos presentes tipos como uma prisão civil. Ao fazer depender o início do processo penal do esgotamento das instâncias administrativas, parece entender o STF defenderem ambos os processos em questão – penal e administrativo – o mesmo bem jurídico, que, nesse caso, seria o adimplemento da obrigação tributária (Súmula Vinculante 24).

As duas controvérsias se relacionam da seguinte forma: se o verdadeiro objetivo do parágrafo constitucional não era vedar o uso da prisão como cláusula contratual ou como instrumento mandamental para a garantia do adimplemento contratual, mas sim seu uso como instrumento mandamental de garantia do adimplemento de relações obrigacionais em geral – inclusive aquelas relativas à cobrança tributária e à execução pecuniária –, então a criação de crimes cuja função seja assegurar o pagamento tributário pode caracterizar fraude à lei constitucional. Um exemplo pode tornar a questão mais clara: imaginemos que o Legislativo criasse um tipo penal punindo o inadimplemento de obrigação pecuniária de natureza privada. Nesse caso, fica bastante claro que estaria caracterizada uma fraude à lei constitucional, porquanto aqui tenta o legislador atingir, por via transversa, finalidade pela lei vedada – a prisão civil por dívidas em sentido estrito, por via da criação de um tipo penal. Ora, se o termo “civil”, como empregado no dispositivo constitucional, deve ser compreendido em sentido amplo, aplica-se raciocínio análogo. Se os defensores da tese de acordo com a qual o bem jurídico protegido pelos tipos penais tributários é o erário público estiverem corretos, torna-se bastante difícil defender a constitucionalidade desse ramo do direito penal. Decomain (2008) parece ter algum grau de consciência dessa dificuldade, o que o leva a, ao longo de sua obra, ressaltar o impacto do não pagamento de tributos sobre a possibilidade estatal de realização de prestações de natureza social.



Essa linha argumentativa, contudo, não parece plenamente capaz de superar as dificuldades emergentes, sobretudo porque, muito embora de fato a obrigação tributária cumpra uma função de estabilização monetária e garantia das prestações sociais que transcende o mero ganho pecuniário estatal, é certo que também as obrigações pecuniárias de natureza civil cumprem uma função econômica que transcende o mero ganho pecuniário, na medida em que geram a confiança necessária à concessão de futuros empréstimos àqueles que deles necessitam. Com efeito, seria necessário admitir a possibilidade de que o Legislativo criminalize o inadimplemento de obrigação por dívidas de natureza civil em sentido estrito, contanto que o faça a fim de defender a confiança social a assegurar a concessão de futuros empréstimos, necessários ao bom funcionamento do sistema econômico. No entanto, não é nossa intenção, aqui, oferecer uma solução definitiva para a questão da fraude à lei, mas sim avaliar a solução proposta pelo STF.

4. O HC 77.631-SC e a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 999.425 Santa Catarina

O HC 77.631-SC se baseava em dois fundamentos. Em primeiro lugar, afirmava que não havia inconstitucionalidade no inciso II do art. 2º da Lei de Crimes Tributários, uma vez que o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal não vedou senão a prisão civil, sendo lícita a prisão penal. Em segundo lugar, afastava também o Pacto de São José da Costa Rica, sob o fundamento de que não poderia tal diploma afetar a legislação interna brasileira. Esse segundo fundamento é desprovido de interesse para a dogmática do direito penal tributário, na medida em que não acrescia o Pacto de São José da Costa Rica nenhuma disposição nova ao inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal. O tratado internacional expandia a proibição para a prisão civil do depositário infiel, anteriormente permitida pela Constituição. Mas, para o direito penal tributário isso é irrelevante. O que importa para os fins aqui estudados é o fato de tanto a Constituição Federal quanto o Pacto de São José da Costa Rica empregarem o mesmo termo, a saber, “prisão



civil”. Ou seja, se um dos dois diplomas veda a prisão por inadimplemento da obrigação tributária, o outro também a vedará, e vice-versa. Seja como for, o ministro Celso de Mello, julgador do habeas corpus em questão, afirmou que a proibição se limitava à prisão civil, estando excluída dela a prisão penal, sem enfrentar o problema da fraude à lei.

O RE 999.425-SC é um pouco mais complexo em sua fundamentação. Isso porque a polêmica doutrinária foi manifestamente reconhecida por alguns dos envolvidos. A acusação explicitamente endossou a teoria da defesa do erário público, reconhecendo a possibilidade de fraude à lei constitucional e considerando o termo “prisão civil” em sentido amplo, mas se apoiando na importância do erário público para a realização de prestações sociais. A defesa tentou afirmar a tese de que, na medida em que poderia o réu afastar a punibilidade por meio do adimplemento da obrigação tributária mesmo após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ficava claro que a finalidade principal do direito penal tributário seria servir como um instrumento mandamental de garantia do adimplemento da obrigação tributária. O ministro Marco Aurélio Mello também reconheceu a hipótese de fraude ao inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, afastando-a recorrendo à tese de acordo com a qual o bem jurídico protegido pelo direito penal tributário seria a boa-fé nas relações entre os indivíduos e o fisco. A despeito disso, a corte voltou a afastar, por maioria, a tese da inconstitucionalidade do inciso II do art. 2º da Lei de Crimes Tributários com base no mesmo fundamento positivado no HC 77.631-SC, qual seja, a limitação da vedação constitucional à prisão civil.

Não haveria – nos parece – nenhum problema na tese da interpretação restritiva do termo “prisão civil” a fundamentar ambas as decisões, não fosse pelo fato de haver o STF decidido interpretar precisamente o mesmo termo em sentido amplo ao enfrentar a questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel por fraude à execução (Súmula Vinculante 25) e aplicações subsequentes. A evidente falta de consistência lógica da corte na interpretação de uma única e mesma expressão da legislação em sua aplicação a diferentes ramos do ordenamento jurídico soma-se ao descaso por ela demonstrado em relação à controvérsia doutrinária em torno do



bem jurídico protegido pelo direito penal tributário, levando o intérprete das ditas jurisprudências a concluir que a decisão do STF foi, em ambos os casos ou, ao menos no segundo, orientada por uma linha pragmática de aplicação das normas jurídicas. Não se trata de que, após longa análise destinada a estabelecer a tese mais consistente com o ordenamento jurídico como um todo, o STF tenha identificado a tese da interpretação restritiva do termo “prisão civil” como sendo aquela que melhor respeita a isonomia na aplicação do direito. Pelo contrário, fica patente a falta de apreço da corte pela coerência lógica do ordenamento jurídico, ao menos nesse caso. Conclui-se, pois, que, ao menos com relação ao problema da constitucionalidade dos crimes tributários em geral e do inciso II do art. 2º da Lei de Crimes Tributários em particular, a abordagem do STF foi pragmática, sem preocupação com a integridade do ordenamento jurídico e com os métodos hermenêuticos a ela relacionados.

Notas

1. André Peixoto de Souza. Doutor em Direito pela UFPR.
2. Gabriel Lemke de Paola. Monitor da disciplina de Economia Política na FD-UFPR

Referências

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Tradução: Luís Afonso Heck. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, p. 267-279, 1999.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITTENCOURT, Cezar R. Tratado de direito penal: parte geral. 25. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2019.
- BRITTO, Hugo M. de. Crimes contra a ordem tributária. In. MARTINS, Ives G. S. (org.). Crimes contra a ordem tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional: e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2000.



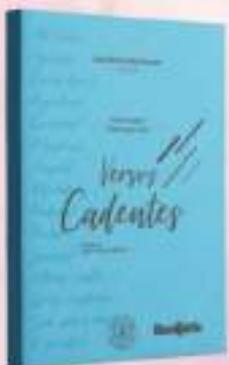
- COASE, R. H. *The firm, the market and the law*. Chicago and London: University of Chicago Press, 1988.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2020.
- DWORKIN, Ronald. *Law 's empire*. London: Fontana Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11. ed. Tradução: João Baptista Machad). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- FERRAZ, Jr., Tércio S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Gen/Atlas, 2019.
- GASTALDI, José Petrelli. *Elementos de economia política*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- HASHEM, Daniel. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 618-688, jul./dez. 2013.
- HUNT, E. K. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. Tradução: José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2005.
- JUNIOR, Ronaldo P. M. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MacCORMICK, Neil. *Practical reason in law and morality*. Oxford University Press, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, v. 1.
- MELLO, Marcos B. de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MELLO, Marcos B. de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MILL, J. S. *Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações à filosofia social*. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- NINO, Carlos S. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins fontes, 2010.
- SIMMEL, Georg. *The philosophy of Money*. Translation: Tom Bottomore, David Frisby, Kaethe Mengelberg. London and New York: Routledge Classics, 2011.
- VELOSO, Roberto C. *Crimes tributários*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.



Conheça nossa

Coleção

Helena Kolody



CLIQUE AQUI

e adquira agora o seu!

CANAIS DE VENDA:

 41 3323 4020

 0800 645 4020

 www.livrariabonijuris.com.br



Responsabilidade civil do Estado pela prisão preventiva indevida

Jorge de Oliveira Vargas¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Resumo: 1. A polêmica sobre a responsabilidade civil decorrente da prisão preventiva, quando o réu é absolvido. 2. O direito à liberdade e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. 3. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. 4. Da nulidade da decisão sem a devida fundamentação. 5. Da responsabilidade objetiva pela teoria do risco administrativo e a do risco integral. 6. Jurisprudência a respeito. 7. A doutrina. 8. Conclusões. Bibliografia.

1. Quando uma pessoa é presa preventivamente e depois é absolvida ou impronunciada, tem ela direito a uma indenização por danos morais ou materiais e materiais? Essa é uma questão que tem sido muito discutida nos tribunais. Para alguns não há que se falar em indenização, de vez que a prisão preventiva é prevista no nosso ordenamento jurídico (nos arts. 311 e seguintes do Código de Processo Penal) e, portanto, não há ato ilícito; sua revogação deve ser objeto de revisão judicial na área penal, como por exemplo pela ação de *habeas corpus*. Para outros, entretanto, por tratar-se de uma medida excepcional ao direito de liberdade e da presunção de inocência, quando ficar demonstrado que era desnecessária ou indevida em razão de futura absolvição ou impronúncia, está caracterizada uma grave lesão ao direito de liberdade e, portanto, indenizável.



2. O direito à liberdade é um direito fundamental que só pode ser afastado com a observância do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

O devido processo legal, no caso, é o devido processo legal substantivo, ou seja, aquele que impõe a vedação do excesso e determina a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; este com o atendimento dos subprincípios da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O direito constitucional de presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, deve ser levado em consideração quando da decretação da prisão preventiva.

Como é sabido, os direitos fundamentais devem ser interpretados de tal maneira que se lhes dê a maior eficácia possível, sendo inadmissível sua interpretação restritiva. É o que se extrai do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. A respeito escreve Gilmar Ferreira Mendes:

Princípio da Máxima efetividade.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico-constitucional da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo.

De igual modo, veicula um apelo aos realizadores da Constituição para que em toda situação hermenêutica, sobretudo em sede de direitos fundamentais, procurem densificar os seus preceitos, sabidamente abertos e predispostos a interpretações expansivas.²

Para Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem

esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).³

O direito de liberdade é um dos mais importantes direitos fundamentais, ao lado do direito à vida. É um direito elementar ao ser humano. É um princípio estruturante que vincula tanto o legislador como o aplicador do ordenamento jurídico. A liberdade é a regra, sua limitação ou restrição, a exceção.

Conforme dispõe o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

3. Outro ponto importante a se destacar é a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, a qual é extraída do art. 3º do Código de Processo Penal, que diz: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Portanto, as regras processuais civis, que protegem a propriedade, com mais razão de ser devem ser aplicadas no processo penal, que protege a liberdade.

A prisão cautelar equipara-se à tutela de urgência de natureza cautelar disciplinada a partir do art. 300 daquele diploma. Destaque-se o art. 302:

Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

- I – a sentença lhe for desfavorável.



Essa é uma responsabilidade objetiva.

A prisão preventiva indevida causa, evidentemente, um dano à liberdade, dano esse que pode ser moral ou material; moral sempre o é.

4. Toda a decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade. É o que se extrai do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Essa nulidade tanto pode ser reconhecida no juízo penal, para garantia da liberdade, como no juízo cível, para garantir o direito a indenização. São esferas que não se confundem, porque têm pedidos distintos.

A prisão preventiva indevida causa, evidentemente, um dano à liberdade, dano esse que pode ser moral ou material; moral sempre o é

Os arts. 63 e seguintes do Código de Processo Civil deixam muito clara a independência das ações cíveis em relação às penais.

E como foi dito, pelo art. 3º do Código de Processo Penal, admite-se a analogia ou a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Assim, se há uma independência das ações cíveis em favor da vítima para a reparação de dano, também essa independência deve existir em favor do

acusado quando este sofrer um dano. É uma questão de isonomia em relação às partes.

Quanto à questão da necessidade de fundamentação das decisões, é de se observar o § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil que preceitua:

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

- I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II – empregar conceitos jurídicos indeterminados [como o da garantia da ordem pública] sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;(…).



E a decisão sem fundamentação é nula, a teor do art. 93, IX, da Constituição Federal.

5. Os danos causados ao direito de liberdade, quer por falta da devida fundamentação, quer por ser indevida a prisão cautelar, devem ser reparados, em primeiro lugar, por força do art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

É a consagração da responsabilidade objetiva pelo risco administrativo. Questão envolvendo dolo ou culpa diz respeito apenas ao direito de regresso e não à responsabilidade em si.

Mas não é só: o constituinte, em proteção ao direito da liberdade, acrescentou, como direito fundamental, o contido no art. 5º, LXXV, dizendo: O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Para Nelson e Rosa Maria Nery aí foi consagrada a responsabilidade objetiva de risco integral:

Mais específica do que a garantia de indenização da CF, art. 37, § 6º, *aqui foi adotada a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco integral, de sorte que não pode invocar-se nenhuma causa de exclusão do dever de o Estado indenizar quando ocorrer o erro judiciário ou a prisão por tempo além do determinado na sentença (destaquei).*⁴

Desse modo, a regra do processo cautelar, já citada, dispõe que a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da medida causar à parte adversa se a sentença lhe for desfavorável. Assim, considerando que a prisão preventiva tem natureza cautelar, em caso de absolvição do réu, a regra é que o Estado responde pelos danos decorrentes da prisão indevida.



6. Não se desconhece que existem decisões do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a prisão preventiva, devidamente fundamentada e nos limites legais, inclusive temporal, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas (v.g. Recurso Especial 911.641-MS, da relatoria da ministra Eliana Calmon, Segunda Turma). Entretanto, além da exigência da presença desses requisitos, o caso limita-se à absolvição por falta de provas.

A regra é que o Estado responde pelos danos causados, em especial o dano moral, pela prisão preventiva indevida. Nesse sentido, já decidiu a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

O processo civil aplica-se por analogia ao processo penal, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal. A regra do processo cautelar dispõe que a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da cautelar causar à parte adversa se a sentença lhe for desfavorável. Art. 302, I do Código de Processo Civil. A prisão preventiva tem natureza cautelar, portanto, em caso de absolvição do réu, a regra é que o Estado responde pelos danos decorrentes da prisão indevida (destaquei – TJPR – 3ª C. Cível – 0004369-58.2019.8.16.0193 – Colombo – Rel.: Desembargador Jorge de Oliveira Vargas – J. 15.06.2021).

Nessa esteira, vale citar o julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em que se reconheceu o dever de indenizar em razão da ilegalidade da prisão processual:

Processo civil. Erro judiciário. Art. 5º, LXXV, da CF. Prisão processual. Posterior absolvição. Indenização. Danos morais. 1. A prisão por erro judiciário ou permanência do preso por tempo superior ao determinado na sentença, de acordo com o art. 5º, LXXV, da CF, garante ao cidadão o direito à indenização. 2. Assemelha-se à hipótese de indenizabilidade por erro judiciário, a restrição preventiva da liberdade de alguém que posteriormente vem a ser absolvido. A prisão injusta revela ofensa à honra, à imagem, mercê de afrontar

o mais meezinho direito fundamental à vida livre e digna. A absolvição futura revela da ilegitimidade da prisão pretérita, cujos efeitos deletérios para a imagem e honra do homem são inequívocos (notoria non egent probationem). 3. O pedido de indenização por danos decorrentes de restrição ilegal à liberdade, inclui o “dano moral”, que *in casu*, dispensa prova de sua existência pela inequivocidade da ilegalidade da prisão, duradoura por nove meses. Pedido implícito, encartado na pretensão às “perdas e danos”. Inexistência de afronta ao dogma da congruência (arts. 2º, 128 e 460, do CPC). 4. A norma jurídica inviolável no pedido não integra a causa petendi. “O constituinte de 1988, dando especial relevo e magnitude ao status lebertatis, inscreveu no rol das chamadas franquias democráticas uma regra expressa que obriga o Estado a indenizar a condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado pela sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes a de quem submetido à prisão processual e posteriormente absolvido.” 5. A fixação dos danos morais deve obedecer aos critérios da solidariedade e exemplaridade, que implica na valoração da proporcionalidade do quantum e na capacidade econômica do sucumbente. 6. Recurso especial desprovido (destaquei – STJ – REsp: 427560 TO 2002/0044627-8, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/09/2002, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 30/09/2002 p. 204 RNDJ vol. 36 p. 128).

No mesmo sentido:

Direito Constitucional e Administrativo. *Responsabilidade objetiva. Prisão ilegal. Danos morais.* 1. O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser enfocado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. *O Estado,*



ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. *A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF.* 6. Recurso especial provido (destaquei – STJ – REsp: 220982 RS 1999/0057692-6, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 22/02/2000, T1 – Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 03.04.2000 p. 116 JSTJ vol. 20 p. 176 RJTJRS vol. 210 p. 29 RSTJ vol. 134 p. 93).

Ainda é de se mencionar o julgado proferido pelo Pretório Excelso no RE 385.943/SP:

*Ementa: Responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º). Configuração. ‘Bar Bodega’. Decretação de prisão cautelar, que se reconheceu indevida, contra pessoa que foi submetida a investigação penal pelo poder público. Adoção dessa medida de privação da liberdade contra quem não teve qualquer participação ou envolvimento com o fato criminoso. inadmissibilidade desse comportamento imputável ao aparelho de Estado. Perda do emprego como direta consequência da indevida prisão preventiva. Reconhecimento, pelo tribunal de justiça local, de que se acham presentes todos os elementos identificadores do dever estatal de reparar o dano. Não-comprovação, pelo Estado de São Paulo, da alegada inexistência donexo causal. Caráter soberano da decisão local, que, proferida em sede recursal ordinária, reconheceu, com apoio no exame dos fatos e provas, a inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do Poder Público. Inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária (Súmula 279/STF). Doutrina e precedentes em tema de *responsabilidade civil objetiva do estado*. Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Reconhecido e im-*

provido (destaquei – STF – RE: 385943 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 15/10/2009 PUBLIC 16/10/2009).

O tema ainda é tratado no art. 954 do Código Civil:

A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. *Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:*

[...]

III – *a prisão ilegal.*

7. Também a doutrina se posiciona pela responsabilidade do Estado. Para Yussef Said Cahali:

Com efeito não se pode compreender que, sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória.⁵

Entendeu-se, na Coordenadoria das Equipes de Promotores de Justiça Criminais de São Paulo, que a indenização por erro judiciário e excesso de prisão (art. 5º, LXX, da CF), abrange a prisão em flagrante delito, a prisão preventiva, a prisão em virtude de sentença de pronúncia e a prisão em virtude de sentença recorrível. Mesmo antes da Constituição Federal de 1988 já se entendia que ‘a injustiça da prisão cautelar, conquanto legal, revelada por sentença absolutória por inexistência do fato ou de sua autoria, justifica que o Estado repare o dano causado com base no art. 107 da Constituição Federal – anterior.’ Súmula 28 das ‘Mesas de Processo Penal’ da Faculdade de Direito da USP)⁶.

No sistema francês, a Lei de 17.07.1970 prevê, expressamente, a possibilidade de indenização por prejuízo decorrente de uma prisão antecipada, quando o processo finda com a absolvição do réu



(*Apud* Luiz Antonio Soares Hentz, responsabilidade do Estado por prisão indevida. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, a. 85, v. 730, p. 73, ago. 1966).⁷

Canotilho e Vital Moreira comentando dispositivo semelhante da Constituição da República Portuguesa, lecionam:

Também a prisão preventiva ilegal ou injustificada por originar graves e ilegítimas, deve merecer igual proteção, com o ressarcimento dos danos provocados.⁸

Não se pode esquecer que o Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 considerou nosso sistema carcerário um estado de coisas inconstitucional.

Conclusões

O disposto no art. 5º, LXXV, comporta interpretação extensiva, alcançando as hipóteses de prisão preventiva.

A responsabilidade civil do Estado, no caso de absolvição do réu preso preventivamente é objetiva.

É devida indenização por dano moral e, se for o caso, também por dano material, quando a pessoa foi presa preventivamente e posteriormente absolvida; salvo em casos excepcionais quando, em decisão devidamente fundamentada dentro dos limites legais e temporais, o réu for absolvido por falta de provas.

Aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil em relação à responsabilidade civil do Estado, quando foi deferida a cautelar (prisão preventiva) e o réu foi absolvido.

A análise dos requisitos legais e temporais da decisão que decreta a prisão preventiva pode ser feita no juízo cível, para fins de indenização.

Notas

1. Jorge de Oliveira Vargas. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, professor de direito tributário na Universidade Tuiuti do Paraná e de direito constitucional da Escola da Magistratura do Paraná, professor do curso de pós graduação em processo civil da Universidade Estadual de Ponta Grossa; mestre, doutor e pós doutor pela Universidade Federal do Paraná; membro fundador da Academia Brasileira de Letras da Magistratura; membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas; membro do Instituto Tributário do Paraná; membro fundador do Instituto Paranaense de Direito Processual; membro da Accur – Academia de Cultura de Curitiba; ex-auditor do Centro de Estudos Jurídicos de Lisboa – Portugal.
2. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2008, p. 118.
3. CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 6ª edição revista (reimpressão). Coimbra : Livraria Almedida, 1995, p. 227.
4. NERY Junior; ANDRADE Ney, NERY, Rosa Maria. *Constituição Federal comentada*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 140.
5. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 477.
6. *Apud Júlio Fabrini Mirabete, Processo Penal*, p. 686.
7. RIBEIRO, Ana Cecílio Rosário. *Direito à indenização por erro judiciário*. Direitos constitucionalizados / coordenadores: Adroaldo Legão e Rodolfo Pamplona Filho – Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 30.
8. *Apud*, TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 519.

Referências

- BRASIL. Código de Processo Civil.
- BRASIL. Código de Processo Penal.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 911.641-MS, relatora Ministra Eliana Calmon.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 427.560-TO, relator Ministro Luiz Fux.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 220982-RS, relator Ministro José Delgado.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347, relator Ministro Marco Aurélio.



- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 385.943-SP, relator Ministro Celso de Mello.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível 0004369-58.2019.8.16.0193, relator des. Jorge de Oliveira Vargas.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 6. ed. revista (reimpressão) Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NERY Junior; ANDRADE Ney; NERY, Rosa Maria. *Constituição Federal comentada*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- RIBEIRO, Ana Cecílio Rosário. *Direito à indenização por erro judiciário*. Direitos constitucionalizados / coordenadores: Adroaldo Legão e Rodolfo Pamplona Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.



MAIS DE 580 MUDAS PLANTADAS TODO MÊS.

Os canteiros da cidade ainda mais coloridos e cheios de vida.



Inúmeras ações educativas, muitas empresas envolvidas e um único objetivo: Deixar a cidade ainda mais bonita!

Acesse o QR Code e assista ao vídeo.



ACGB
VIDA URBANA



Breves notas sobre a estrutura do *endowment* e o histórico legislativo

Joscelito Giovani Cé¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

João Vitor Oliveira Cé²

Graduando do 4º ano em Direito na Faculdade de Direito da UFPR

Resumo: A presente pesquisa visa a sistematizar, organizar e compreender a estrutura do *endowment* no direito brasileiro. A metodologia adotada foi a dedutiva, visando a uma abordagem empírica, à luz da análise própria da legislação brasileira e dos casos concretos que são de notório saber público. Primeiro, buscou-se fixar a origem do *endowment*. Após, definiu-se melhor a estrutura jurídica do *endowment*, diferenciando-o dos fundos patrimoniais comuns. Foi possível compreender, então, o histórico legislativo que culmina na regulação jurídica do sistema do *endowment*, a Lei 13.800/19. Tal regulação é fruto de um esforço legislativo em fomentar o desenvolvimento do terceiro setor brasileiro. Por último, foram feitos alguns comentários e destaques sobre a existência de dois *endowments* bem-sucedidos no país.

1. Metodologia

Quant o a o método, afirma-se que foi adotado o dedutivo. A fim de atingir os resultados necessários, modulou-se a referência a duas vias: a documental e a bibliográfica. Ainda que escassos, os estudos



doutrinários são fundamentais para o completo entendimento do histórico legislativo, da origem e da definição terminológica exata dos *endowments*. Dada a pouca numerosa pesquisa científica no presente tema, a busca documental toma azo. É a partir dos documentos – traduzidos em dados – que é possível entender a situação dos *endowments* exemplificados no estudo.

2. Introdução

Em primeiro lugar, o trabalho buscou definir bases sólidas aptas a apresentarem uma resposta concreta à seguinte pergunta: o que é um *endowment*? De certa forma, tal pergunta é a justificativa *per se* do presente escrito. O tema, sabe-se, parece espinhoso. E por vários motivos. Primeiro, há uma evidente barreira linguística: o estrangeirismo pode, à primeira vista, dar ar de complexidade ao tema.

Em segundo lugar, procurou-se fundamentar juridicamente a estrutura legal do *endowment* no Brasil, e o porquê de suas diferenças de um fundo patrimonial “comum”. Tal diferenciação é relevante na medida em que dá azo às delimitações teóricas do artigo.

Em terceiro, foi feito breve e polêmico retrospecto histórico relativo à origem dos *endowments*. A seguir, destacam-se os aspectos legislativos que culminaram na Lei dos Fundos Privados, a Lei 13.800/19.

Por último, são tecidas considerações acerca dos exemplos existentes de *endowment* no Brasil.

3. *Endowment* vs fundo patrimonial

Há diferentes entendimentos sobre o que é um *endowment* na doutrina especializada, e uma definição teoricamente precisa é fundamental para melhor delimitar o tema.

Para Sotto-Maior (2011, p. 02), *endowments*

são estruturas que recebem e administram bens e direitos, majoritariamente recursos financeiros, que são investidos com os objetivos



de preservar o valor do capital principal na perpetuidade, inclusive contra perdas inflacionárias, e gerar resgates recorrentes e previsíveis para sustentar financeiramente um determinado propósito, uma causa ou uma entidade.

Ainda, Spalding (2016, p. 5) defende que

o conceito de um *endowment* é o de um fundo permanente, que se estrutura por meio de modelo de gestão de investimentos de longo prazo e com governança apropriada, e que, em sua essência, busca preservar o montante principal e reger a utilização dos rendimentos auferidos em prol da missão finalística a que se propõe.

Fabiani (2012, p. 26), por outro lado, indica que os *endowments* são “estruturas criadas para dar sustentabilidade financeira a uma organização sem fins lucrativos”.

Por último, Beaird e Hayes (1999, p. 15) o definem como “um fundo permanente restrito e o principal do qual é preservado. Os fundos são investidos e uma determinada porcentagem do portfólio é usada para os fins restritos pelo presente de *endowment*”.

Todas as definições expostas, ainda que por meandros certamente distintos, confluem para a definição: *endowments* são fundos privados de caráter patrimonial que dispõem de uma organização financeira a fim de perpetuar a geração de renda ligada a uma causa específica. Portanto, além da perpetuidade, o *endowment* tem como importante característica o investimento de parte do montante sob custódia, aumentando o patrimônio total do fundo. Por definição, pois, é um fundo patrimonial que busca a sustentabilidade a longo prazo. Todo *endowment*, para assim ser, deve ter uma clara política de governança, estratégias para rendimento a longo e, a depender do caso e sempre em menor proporção, a curto prazo.

Por outro vértice, há fundamentais diferenças entre um fundo do tipo *endowment* e um fundo patrimonial privado comum. Todo *endowment* é um fundo privado, mas nem todo fundo patrimonial privado é um *endowment*.

Conforme Sotto-Maior (2011, p. 01), inclusive ligando à origem semântica do termo:

A tradução literal mais aceita para o termo *endowment* é “dotação”, o que remonta ao significado original do termo em inglês. Na origem, “to endow money”, significava vincular o dinheiro a uma causa, criando um *endowment*, ou uma “dotação patrimonial”. A dotação patrimonial era um conjunto de ativos atrelado permanentemente ao custeio de um beneficiário. Por sua natureza perene, as dotações patrimoniais passaram a compor “fundos”, que ficaram conhecidos como “*endowment funds*” (no sentido atécnico e genérico da palavra – grupo de ativos, de recursos – o que inclui, mas não se restringe a fundos de investimento). Os “fundos de dotação” hoje são comumente chamados apenas de *endowment*, termo que, sozinho, passou a carregar o sentido completo daquilo que são atualmente. A tradução como “dotação patrimonial” é, na opinião do autor, insuficiente para carregar todo o significado do termo e, por isso, julgamos mais apropriado traduzir *endowment* como “Fundo Patrimonial”.

Há, portanto, uma fundamental diferença entre *endowment* e os fundos privados: enquanto estes apenas buscam o superávit, aquele é ligado a uma causa específica.

4. Origem

Para Sotto-Maior (2011, p. 67), a origem do *endowment* – ainda que sem a devida estrutura jurídica, frise-se – remonta à idade média. A Igreja Católica Apostólica Romana, detentora de inúmeras propriedades por toda a Europa ao longo do tempo, aproveitava os “alugueres” recebidos de suas propriedades e os deixava converter em lucros ao logo do tempo com o fim específico de perpetuação do montante obtido.

O resgate histórico da origem dos *endowments* é importante por dois principais motivos: primeiro para localizar no tempo a discussão



acerca dos fundos patrimoniais, segundo para problematizar e entender as complexidades e justificativas históricas inerentes ao desenvolvimento do próprio conceito.

5. Sistematização do histórico legislativo

Antes de qualquer análise específica quanto à lei que regulou os *endowments*, é necessário entender as escolhas legislativas e o processo que possibilitou a discussão do tema ora pesquisado. Assim, serão analisadas três leis a partir de uma ordem cronológica, culminando ao fim na mais relevante norma – a Lei 13.800/19.

5.1 A lei de organização da sociedade civil

A Lei 13.019/14, fundamental ao terceiro setor, estabeleceu “o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil [...] para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco”. Há evidente relação com a lei do *endowment*, pois por vezes o *endowment* pode ser administrado por uma organização da sociedade civil.

No artigo 2º, há a definição precisa do escopo da lei, excluindo possíveis fundos privados de qualquer natureza da tipificação:

Para os fins desta Lei, considera-se: I – organização da sociedade civil: (Redação dada pela Lei n. 13.204, de 2015) a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais 10 resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva.

Assim, Spalding (2016, p. 44) aponta:

Referidos fundos patrimoniais, mesmo sem personalidade jurídica própria, podem ser constituídos no âmbito de uma entidade sem fins lucrativos – tanto fundações como associações –, que passa a ser sua mantenedora ou que será auxiliada com recursos do fundo.

Como se verá, nada impede que tais entidades possuam órgãos e regramentos próprios – p. ex. comitês gestores – para administração de seus fundos, a fim de segregar esta atividade da gestão de suas áreas-fim. Embora tenham a designação de “fundo”, não se confundem os *endowments* com fundos de investimentos, pois são destinados à aplicação em ativos financeiros.

5.2 Alterações da LDBE

No que toca a educação, a Lei 13.490 é relevante. O texto legislativo, sancionado em 2017, altera a Lei 9.394, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (“LDBE”). A mudança ocorreu em dois parágrafos específicos, presentes no artigo 53:

§ 2º As doações, inclusive monetárias, podem ser dirigidas a setores ou projetos específicos, conforme acordo entre doadores e universidades. § 3º No caso das universidades públicas, os recursos das doações devem ser dirigidos ao caixa único da instituição, com destinação garantida às unidades a serem beneficiadas.

Dependendo do acordo entre instituições e doadores, poderia ser possível doar dinheiro a um único projeto, a uma única instalação. É um avanço na relação entre a iniciativa privada e o setor público. Antes, por exemplo, não era possível doar à Faculdade de Direito da UFPR para construir uma nova sala. Era necessário doar para a UFPR que, assim, teria independência na alocação de recursos. A lei é uma clara sinalização à segurança jurídica – tanto para a universidade quanto



para o doador. Por menor que seja o salto, o intuito dessa alteração é dar início a uma construção conceitual nova.

5.3 A lei do *endowment*

A Lei 13.800/19 é a responsável pela regulação própria dos *endowments* no Brasil. É preciso ressaltar que até essa data não havia regulação específica dedicada a este tema no país.

A lei foi motivada, em um primeiro momento, a instituir no ordenamento jurídico brasileiro uma medida eficaz para angariar fundos para a reconstrução do Museu Nacional, no Rio de Janeiro. A antiga casa imperial era administrada por um setor da UFRJ. Logo, sua administração era inteiramente pública. Seria uma MP que possibilitaria angariar grandes recursos que estavam à disposição, dado o forte caráter histórico do museu e a consequente comoção.

Alguns pontos da lei merecem destaque, pois a literalidade dos artigos é fundamental para compreender alguns aspectos teóricos a serem mais bem trabalhados.

O art. 1º já expõe a motivação legislativa: “esta Lei dispõe sobre a constituição de fundos patrimoniais com o objetivo de arrecadar, gerir e destinar doações de pessoas físicas e jurídicas privadas para programas, projetos e demais finalidades de interesse público”.

Ainda no art. 4º, há a delimitação da função própria dos fundos patrimoniais: “O fundo patrimonial constituirá fonte de recursos de longo prazo a ser investido com objetivos de preservar seu valor, gerar receita e constituir fonte regular e estável de recursos para fomento das finalidades de interesse público”.

No parágrafo 5º do art. 14, faz-se a ressalva de que ainda é possível doar a um propósito específico. Os benefícios fiscais, presentes antes nos arts. 28, 29 e 30, foram vetados.

Há fundamentais diferenças entre um fundo do tipo *endowment* e um fundo patrimonial privado comum. Todo *endowment* é um fundo privado, mas nem todo fundo patrimonial privado é um *endowment*



Há, no art. 22, uma questão: “É vedada a destinação de recursos para o pagamento de despesas correntes de instituições públicas, exceto para: I – obras [...] II – bolsas de estudo e prêmios de destaque”. Ou seja, o dinheiro doado às instituições públicas não pode ser utilizado de qualquer modo. Essa especificação é importante, pois ajuda a mitigar o problema do mau gasto do dinheiro doado – dando maior segurança ao doador. Como regra, fica especificado que fundos patrimoniais, quando apoiarem entidades públicas, devem seguir a Lei 13.800/19.

Todo *endowment*, para atingir seus objetivos, deve ter uma clara política de governança, estratégias para rendimento a longo prazo, reinvestindo parte do patrimônio a fim de garantir a rentabilidade

Para o entendimento do funcionamento do *endowment*, são necessárias algumas considerações sistemáticas.

Relativamente à constituição do *endowment*, entende-se que devem existir dois polos, sendo intermediados por uma organização executora: (i) a organização gestora do fundo, também chamada de fundação de apoio e (ii) a instituição a ser apoiada, que motivou a criação do *endowment*. Ou seja, o fundo do tipo *endowment* recebe os valores; esses valores são administrados pela gestora do fundo, que faz uso do patrimônio. Os valores correspondentes aos ganhos de patrimônio são

repassados à instituição apoiada. É, portanto, a organização gestora que é a encarregada de administrar o fundo propriamente dito.

Juridicamente, a fundação de apoio, conforme Spalding (2016, p. 22), é uma “associação ou fundação privada instituída com o intuito de atuar exclusivamente para um fundo na captação e na gestão das doações oriundas de pessoas físicas e jurídicas e do patrimônio constituído”. Essas organizações gestoras de fundos são credenciadas conforme a Lei 8.958/94, que não é objeto do presente estudo.

A partir da constituição de fundo, há o contrato entre a fundação de apoio e a instituição a ser destino dos recursos. Para tanto, é necessário que as partes firmem um “instrumento de parceria” – que



também não é objeto do presente estudo. É a partir do contrato que as partes podem operacionalizar o gasto dos recursos. Tais organizações gestoras evidentemente devem ter uma estrutura mínima: devem ser compostas por um conselho de administração, por um comitê de investimentos e um conselho fiscal, nos termos da Lei 13.800/19. Devem seguir, também, parâmetros para a gestão desses recursos, conforme o art. 20, indicando que “a gestão dos recursos do principal obedecerá às diretrizes e aos limites prudenciais estabelecidos para uma das modalidades de fundos de investimento regulados pela CVM que sejam justificáveis pelo interesse público e/ou pela boa-fé objetiva”.

Em regra, há três tipos de doações admitidas. A doação permanente não restrita é aquela cujo valor deve ser incorporado ao patrimônio sem previsão de resgate. O que deve ser utilizado são os valores referentes ao rendimento do investimento dessa doação. A doação permanente restrita de propósito específico determina que os rendimentos da doação só podem ser utilizados a partir de um estabelecimento prévio de um fim específico. A doação de propósito específico é a que está destinada a fim já definido, podendo ser utilizada em sua integralidade – não apenas investindo os rendimentos da doação.

6. Existência na prática educacional brasileira

No Brasil, há dois *endowments* umbilicalmente ligados às faculdades de direito que devem ser destacados como exemplos de sucesso.

Merece menção o *endowment* da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FD-FGVSP). Com dados públicos, tal fundo se notabiliza em uma faculdade privada frequentada pelas mais altas classes sociais. Como mostrado em seu site, o *endowment* da Faculdade de Direito FGV é fruto da organização da sociedade civil, formando um fundo privado. Os recursos financeiros também são captados com pessoas físicas e jurídicas³.

A política de investimentos preza pela responsabilidade e cuidado, impondo *benchmark*, conforme exposto no folder de propaganda:



Assim, a política de investimento do Endowment DIREITO GV será desenhada de modo a triangular risco, retorno e ritmo de gastos, de forma a encontrar um equilíbrio entre os resgates do presente e a necessidade de resgates no futuro. Dessa maneira, o benchmark a ser perseguido pelo endowment será sempre uma rentabilidade global superior à inflação, acrescida do percentual anual de resgates necessários para a consecução dos seus objetivos.

Outra experiência que merece menção é o *endowment* do Centro Acadêmico XI de Agosto, vinculado à Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Com poucas informações públicas, certos detalhes específicos são de difícil conhecimento.

Contudo, conforme é possível conferir no próprio site da instituição, em 2008 o fundo iniciou com a arrecadação de R\$ 4,8 milhões, tendo seu maior montante em janeiro de 2020, com R\$ 14.1 milhões de reais⁴.

Os detalhes mais precisos do fundo constam no Estatuto do Centro Acadêmico, havendo alguns pontos relevantes. Os recursos somente são usados em situações específicas: i) eventos imprevisíveis, ii) despesas extraordinárias, iii) compensação temporária por queda nas receitas e iv) autofinanciamento, quando os rendimentos do fundo superam os rendimentos das dívidas.

Parte do fundo, sim, pode ser investida em ativos financeiros de alto risco; o padrão, entretanto, não é esse. No próprio regimento que dispõe acerca de um dos fundos em que o *endowment* do XI de Agosto investe, há ressalvas: “art. 7º: as estratégias de investimento do fundo podem resultar em perdas superiores ao capital aplicado e a consequente obrigação do cotista de aportar recursos adicionais para cobrir o prejuízo do fundo”.

As doações, em grande parte, são feitas por ex-alunos e grandes empresas que se interessam pela prosperidade e veem retorno de alguma maneira – ainda que certamente não financeiro nem imediato.

É possível concluir, portanto, que há experiências recentes de sucesso dos *endowment* relativos à educação no Brasil.



7. Conclusões

A partir da pesquisa, foi possível obter algumas respostas e resultados conclusivos, abaixo enumerados.

Primeira conclusão: *endowments* são fundos privados de caráter patrimonial que dispõem de uma organização financeira a fim de perpetuar a geração de renda ligada a uma causa específica. Por definição, portanto, é uma organização financeira formatada em um fundo patrimonial, que busca a sustentabilidade a longo prazo.

Segunda conclusão: todo *endowment*, para atingir seus objetivos, deve ter uma clara política de governança, estratégias para rendimento a longo prazo, reinvestindo parte do patrimônio a fim de garantir a rentabilidade.

Terceira conclusão: todo *endowment* é um fundo privado, mas nem todo fundo patrimonial é um *endowment*. Os *endowments* se diferenciam e se caracterizam por estarem intrinsecamente ligados a um fim social específico.

Quarta conclusão: com base em uma busca do histórico legislativo, é possível compreender que os *endowments* seguem uma lógica própria no ordenamento jurídico. É a partir dessa lógica, consistindo na organização de fundos a um fim específico, que é possível analisar criticamente a Lei 13.800/19.

Quinta conclusão: a legislação brasileira, desde a Lei 13.800/19, pode ser apta a possibilitar o desenvolvimento dos *endowments*, pois (i) delimita adequadamente a função e definição dos *endowments*; (ii) veda a destinação dos recursos oriundos dos rendimentos do fundo para gasto de despesas correntes; e (iii) incorpora tópicos acerca da governança corporativa pela organização gestora do fundo.

Notas

1. Joscelito Giovanni Cé. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor Geral da Escola da Magistratura do Paraná na gestão 2012-2013. (EMAP-PR). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná no ano de 1990 (FD-UFPR).



2. João Vitor Oliveira Cé. Graduando do 4º (quarto) ano em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (FD-UFPR). Membro do Grupo de Estudos e Extensão em Arbitragem e Direito Comercial (GEAC-UFPR). Membro do Grupo de Pesquisa de Estudos em Direito Civil Constitucional, vinculado à UFPR. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Aspectos controvertidos do direito privado contemporâneo, vinculado à UFPR. Membro do Comitê de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CJA/CBMA). Membro do *New Gen*, grupo de jovens da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).
3. Dados disponíveis em <https://edireitogv.com.br/>. Acesso em 30.08.2022.
4. PONTIROLLE, Vinícius Sanches. Fundo XI: de onde vem o nosso dinheiro? 30.04.2020. Disponível em: <https://gazetaarcadas.com/2020/04/30/fundo-do-xi-de-onde-vem-nosso-dinheiro/>. Acesso em 30.08.2022.

Referências

- BEAIRD, Steven; HAYES, William E. *Building an endowment: what, why and how*. Washington: National Catholic Educational Association, 1999.
- BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 7 abr. 2021.
- BRASIL. Lei n. 13.800, de 10 de outubro de 2017. Altera o art. 53 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para dispor sobre doações às universidades. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13490.htm>. Acesso em: 7 abr. 2021.
- BRASIL. Lei n. 13.800, de 4 de junho de 2019. Autoriza a administração pública a firmar instrumentos de parceria e termos de execução de programas, projetos e demais finalidades de interesse público com organizações gestoras de fundos patrimoniais; altera as Leis nºs 9.249 e 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e 12.114 de 9 de dezembro de 2009; e dá outras providências. Acesso em: 5 abr. 2021.
- FABIANI, Paula Maria de Jancso; CRUZ, Helio Nogueira da. Fundos patrimoniais: caminho para a sustentabilidade de longo prazo. *Revista de Estudos e Pesquisa Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 4, n. 2, jul.-dez., 2017. p.186-203.
- _____. O que são fundos patrimoniais? In: KISIL, Marcos; FABIANI, Paula Jancso; ALVAREZ, Rodrigo (Orgs.). *Fundos patrimoniais: criação e gestão no Brasil*. São Paulo: Zeppelini Editorial; IDIS, 2012.
- SOTTO-MAIOR, Felipe Linetzky. Endowment no Brasil: a importação de uma estratégia de sustentabilidade. *Revista de Direito do Terceiro Setor*, Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 65-95, jul.-dez. 2011.
- SPALDING, Erika. Os fundos patrimoniais *endowment* no Brasil. 2016. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.



Conheça nossos livros de

DIREITO Condominial



[CLIQUE AQUI](#)

e adquira agora o seu!

CANAIS DE VENDA:



41 3323 4020



0800 645 4020



www.livrariabonijuris.com.br

Criminologia e estamento ideológico: fins da punição

Gabriela Amorim Paviani¹

Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Resumo: Com o advento da sociedade estamental a ideia punitivista que abarca também o Estado entrou em cheque. O objetivo deste trabalho centraliza-se em debater a finalidade da pena baseando-se na relação entre Estado e sociedade. Utiliza-se o método de abordagem lógico-dedutivo, tendo como premissa primária que a sociedade em que vivemos é a sociedade estamental, ao passo que a premissa secundária é que se confunde o patrimonialismo individual com o estatal. Para tanto, usa-se de técnica de pesquisa a bibliográfica. Dessa forma, pode-se concluir que a Criminologia oferece um suporte adequado para compreender o crime e o criminoso, sendo uma ciência que contribui para luta contra a criminalidade e em defesa da ressocialização. Observa-se que a classe detentora de poder no sistema punitivista reforça uma má aplicabilidade das normas penais e penas, visto ser uma sociedade estamental.



Introdução

A criminologia, encarada tal qual uma ciência autônoma, de natureza empírica, tem como principal objeto de análise o criminoso, ao investigar sua personalidade com base em aspectos sociais e antropológicos.

Apura-se as possíveis motivações do comportamento desviantes com o objetivo de preveni-lo e buscar o verdadeiro fim da pena, qual seja a ressocialização.

O estudo da criminologia, com o decorrer do tempo, passou a ganhar adeptos a ponto de desenvolver-se como ciência autônoma ante sua relevância para a investigação da criminalidade

Pelo aspecto interdisciplinar da criminologia, busca-se no presente trabalho compreender a existência de possíveis influências da sociedade brasileira, tida por estamental, uma vez que é marcada por contradições ideológicas e divisão de classes com base no poder, no sistema penal e punitivo.

Com o emprego do método lógico dedutivo e com o apoio em referências bibliográficas sobre o tema, objetiva-se descrever a interligação da criminologia com o estamento social ideológico, e sua intervenção na finalidade da punição.

1. Criminologia como ciência

O estudo da criminologia, com o decorrer do tempo, passou a ganhar adeptos a ponto de desenvolver-se como ciência autônoma ante sua relevância para a investigação da criminalidade. Nesse sentido, evidencia-se que a criminologia possui um método de pesquisa particular, como também o próprio objeto, reduzindo-o à criminalidade, ao crime e ao criminoso.

Salienta-se que a classificação da criminologia com natureza autônoma é fruto de várias pesquisas e discussões, sendo que os últimos



cerca de oitenta anos de pesquisas resultaram em um grande acervo doutrinário capaz de atribuir a ela sua autonomia (SEELING, 1957, p. 29).

Em contrapartida, conforme as convicções das escolas mais arcaicas, a criminologia seria um ramo pertencente ao direito penal, uma vez que tem em seu âmago a investigação do crime como uma conduta psíquica, corpórea e culposa do homem, em sentido contrário à sociedade (SEELING, 1957, p. 6).

As concepções atribuídas à criminologia são variadas em razão dos diversos entendimentos quanto à extensão de seu método, objeto e causas, ora vista como apenas um mecanismo de justificação do ato criminoso, ligando-se apenas ao crime, ora como meio de explicação, encarando a ação delituosa como produto de tantos outros objetos científicos e interdisciplinares.

Independentemente da extensão do método e objeto, defende-se que a criminologia deve ser sopesada por uma óptica tripartite: antropológica, uma vez que estuda a humanidade e o homem tal e qual um ser social, biológico e cultural; sociológica, na medida em que examina as relações e padrões da sociedade; e jurídica. Ao analisar a pena, direitos e obrigações, Farias Junior (2006, p. 21) define a Criminologia como:

Ciência humano-social que estuda O homem criminoso, a natureza de sua personalidade, os fatores criminógenos, a criminalidade, suas geratrizes, o grau de sua nocividade social, a insegurança e a intranquilidade que ela é capaz de causar à sociedade e seus membros; a solução do problema da criminalidade e da violência através do emprego dos meios capazes de prevenir a incidência e a reincidência no crime, evitando ou eliminando suas causas.

Por sua vez, Antonio Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2006, p. 28) afirmam que a criminologia é:

Ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do com-



portamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime, contemplado este como problema individual e como problema social, assim como sobre os programas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de respostas ao delito.

Ademais, também se faz relevante a perspectiva adotada por Clóvis Beviláqua (2019), um dos primeiros juristas brasileiros a tratar do tema. Segundo esse autor:

A criminologia, em sua feição puramente naturalista, pretende desagregar da ciência do direito o estudo dos criminosos e do crime, da imputabilidade e da reação social que se traduz em penalidade. Ao direito restará somente o ponto de vista prático da aplicação e da interpretação da lei. As altas indagações sociológicas em relação ao fenômeno do crime, como o exame do criminoso como individuo biológico de feição própria, não cabem na esfera dos estudos jurídicos, e, portanto, deve o legista, como se diz em linguagem menosprezo, esperar que a solução das questões criminológicas lhe sejam obsequiosamente oferecidas, sem que ele tome intervenção.

É evidente que a óptica adotada por Beviláqua não compactua com o que aqui é defendido, tratando-se de uma visão um tanto quanto antiquada, na medida em que o indivíduo é produto do meio social em que está inserido, não podendo a criminologia ser dissociada das ciências sociais. Em que pese o entendimento obsoleto, revela-se a preocupação com o estudo da criminologia no Brasil desde, ao menos, o início do século 20.

A criminologia objetiva investigar comportamentos delitivos e reações sociais a eles, na busca de compreender as motivações, origem, dinâmica e demais variáveis, não apenas como um fenômeno isolado e individual, mas também sob o aspecto social a fim de formar estratégias de prevenção e mecanismos de intervenção estatal positiva.



Logo, a criminologia possui uma natureza interdisciplinar e empírica, posto ser “responsável por subministrar elementos para compreender e enfrentar o fenômeno desviante” (VIANA, 2021, p. 152).

Com base na ideia de criminologia associada aos estudos sociais, crescem discussões acerca da influência do modelo de Estado, política e da própria sociedade na prática da criminalidade, sendo debatido também a constituição da violência e aspectos da punição.

2. A sociedade estamental e a finalidade da pena

Por causa dos crescentes questionamentos quanto ao papel estatal, inicia-se a chamada criminologia crítica, a qual visa a responder se a lei, efetivamente, expressa a vontade geral da população ou se é construída com base em ideais apenas de uma parcela da sociedade, grupos de poder com capacidade de determinar atos e punições pelo Estado, denominado estamento.

O conceito de estamento é encontrado nos escritos de Faoro, que busca evidenciar o sistema de dominação de alguns grupos por meio do exercício do poder na construção da sociedade brasileira. Para esse autor, o estamento e patrimonialismo estamento são um aglomerado de associações capazes de retratar a estrutura sociopolítica pelo poder (FAORO, 2001, p. 857).

Em uma sociedade edificada sobre os prismas ideológicos estamentais, de apenas um grupo social, há uma abastada desorganização quanto o que seria eminentemente público e privado, visto que os grupos de poder passam a fazer uso de meios públicos para alcançar fins particulares (FAORO, 2001, p. 857).

Percebe-se uma seletividade no sistema prisional brasileiro, afastando-se das punições os detentores de poder, afastando-se a posição neutra e necessária da justiça, e criando-se fatores criminógenos entre classes, a exemplo da pobreza, e discriminações raciais



O patrimonialismo individual se transforma em patrimonialismo estatal, e vice-versa, por causa da divisão de classes. Nesse sentido, “o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando” (FAORO, 2001, p. 860).

A respeito da sociedade estamental brasileira, pondera Rosivaldo Toscano Junior (2015):

Mesmo após um revés inicial, conseguiu, de certa forma, uma reversão parcial através da absorção dos Neopoderosos pelo estamento. Só pretensamente “a esperança venceu o medo”, pois como a estrutura estamental mal foi arranhada, aliada ao idealismo pueril de união entre capital e trabalho, sem levar em consideração que em países periféricos o capital e seus donos ou são de fora ou representam os valores e os interesses de fora. Assim, o chamado “pragmatismo político” da pretensa renovação gerou concessões incompatíveis com a ética e desnaturou ou desmobilizou os lutadores, convertidos ao estamento ou hipnotizados pela nova condição.

A problemática maior se dá quando os ditames ideológicos estamentais passam a influenciar da esfera penal a ponto de a ideia inicial de punição ser modificado com base na divisão de classe e esfera de poder, criando-se elementos característicos do criminoso fundamentado em classificação social, sendo não rara vezes aquele que cometeu o delito o sujeito marginalizado.

Logo, o direito “representa os valores e interesses das classes ou setores sociais dominantes, não os gerais da sociedade, aplicando a justiça penal as leis de acordo com os referidos interesses; o comportamento delitivo é uma reação à desigual e injusta” (MOLINA; GOMES, 2006, p. 272).

Percebe-se, portanto, uma seletividade no sistema prisional brasileiro, afastando-se das punições os detentores de poder, afastando-se a posição neutra e necessária da justiça, e criando-se fatores criminógenos entre classes, a exemplo da pobreza, e discriminações raciais.

Para cada ato delitivo desaceito pelo Estado existe sua relativa punição, verificando-se entre as variadas espécies de penas existentes qual se amolda para a situação, na busca de repudiar a ação e educar o acusado, a fim de que ele não volte a delinquir.

Para haver a adequada e eficaz equivalência do dano e a resposta à sociedade, a pena deve ter como objetivo fazer justiça, devendo ser executada proporcionalmente ao ato e a culpa do autor do delito.

De acordo com Rogério Greco (2015, p.533), “a pena é a consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado se fazer valer o seu *ius puniendi*”.

Aquele que cometeu o crime e foi condenado está sob custódia estatal, devendo aplicar os valores sociais elencados pela sociedade, como os direitos humanos e fundamentais, com vista à ressocialização do sujeito, não apenas os desejos de exclusão do indivíduo, ideologia dominante de várias classes sociais detentoras de poder.

A própria Lei de Execução Penal, em seus artigos 10 e 11, ao elencar garantias ao condenado determina que a pena objetiva a reintegração do sentenciado ao convívio social:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

- I – material;
- II – à saúde;
- III – jurídica;
- IV – educacional;
- V – social;
- VI – religiosa.

O crime é um problema social, e para ser combatido deve ser encarado como tal, na busca da verdadeira eficiência da pena e cumprimento de sua finalidade natural e humana



Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini (2011, p. 25) defendem que “a execução da pena deve estar programada de molde a corresponder à ideia de humanizar, além de punir. Deve afastar-se a pretensão de reduzir o cumprimento da pena a um processo de transformação científica do criminoso em não criminoso”.

Ocorre que a realidade carcerária brasileira se mostra completamente diferente do positivado, em parte, por causa da sociedade estamental, segregada conforme o prestígio social. Nessa senda, afirma Salo de Carvalho (2008, p. 264):

[...] incapacidade histórica do poder público em efetivar os direitos dos cidadãos. Mais, indica a incompetência na racionalização dos desejos de vingança de uma sociedade videocratizada isenta de filtros capazes de ofuscar a emoção e negar a punição desenfreada/generalizada.

Outro ponto que deve ser ressaltado quanto ao sistema punitivo é a atuação das agências judiciais, na medida em que, quando atuam nos conflitos, geralmente agem com violência seletiva. Para que sejam promovidas mudanças significativas, propõe Zaffaroni (2001, p. 268):

A agência judicial penal carece do poder necessário para produzir a grande mudança social que a consecução do objetivo imediato ou utópico de sua estratégia exigira (a abolição do sistema penal) e, conseqüentemente, a única coisa que deve fazer é o que está ao seu alcance, ou seja, reduzir progressivamente sua própria *violência* seletiva e arbitrária, com vistas a urna atitude aberta ou ‘inacabada.

O crime é um problema social e deve ser combatido como tal, não sobre prismas ideológicos de parcela da sociedade, mas como um corpo integral, dando-se voz aos marginalizados e alterando-se a figura do próprio Estado.



Conclusão

Ao estudar a ciência da criminologia, resta evidente o aspecto social sobre as motivações do indivíduo e a aplicação da pena, sendo um mecanismo eficiente para a luta contra a criminalidade, ressocializando e reinserindo o indivíduo criminoso na sociedade.

A grande problemática se instaura na aplicação das normas, penas e até na construção legislativa, diante da grande influência da classe detentora do poder no sistema punitivo, pois se trata de uma sociedade estamental.

O crime é um problema social, e para ser combatido deve ser encarado como tal, na busca da verdadeira eficiência da pena e cumprimento de sua finalidade natural e humana.

Nota

1. Gabriela Amorim Paviani. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Assessora de Juiz de Primeiro Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Integrante do núcleo de pesquisa “O trabalho além do direito do trabalho” (USP) e “Trabalho e capital” (UFRGS).

Referências

- BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 25 jun. 2022.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Criminologia e direito*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001
- FARIAS JUNIOR, João. *Manual de criminologia*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.



- MOLINA, Antoni Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução e seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95 – lei dos juizados especiais criminais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SEELIG, Ernst. *Manual de criminologia*. Tradução de Guilherme de Oliveira. Coimbra: Imprensa, 1957.
- TOSCANO JUNIOR, Rosivaldo. Brasil: Faoro explica... Nietzsche e Sartre apontam. *Empório do Direito*, 17 jun. 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/brasil-faoro-explica-nietzsche-e-sartre-apontam>. Acesso em: 24 jun. 2022.
- VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 9. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vania Romnana Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



Conheça nossas Revistas



Revista
Judiciária do Paraná

Revista
Direito & Condomínio



Revista
Bonijuris

 www.editorabonijuris.com.br

 41 3323 4020  0800 645 4020

[CLIQUE AQUI](#)

E SAIBA MAIS



EM DESTAQUE

LA PRIVACIDAD ANTE EL RETO DE LA CIUDAD VIGILADA: Videovigilancia, Inteligencia Artificial y derechos digitales

Dr. Guillermo Orozco Pardo

Universidad de Granada

Dra. Margarita Orozco González

Universidad de Murcia

1. Introducción.

Afirma Rodotà: *El «hombre de vidrio» es una metáfora nazi que refleja la idea de un Estado que puede adueñarse por entero de la vida de las personas, que frente a sí no tiene ciudadanos, sino súbditos. Las consecuencias de este planteamiento son dramáticas para las personas y destructivas para la democracia. En efecto, si una persona quiere preservar una esfera, aunque mínima, de privacidad e intimidad, y desea que nadie conozca ciertas informaciones sobre sí mismo, se convierte, según el Estado, en «alguienque tiene algo que esconder» y, automáticamente, en sospechoso, en «enemigo del pueblo». Y concluye: Se trata de una lógica típica de los regímenes totalitarios y, por tanto, contraria a la democracia.¹*

Efectivamente, vivimos una época denominada la tercera revolución tecnológica, en la que se aúnan los medios técnicos de recogida masiva de datos personales, su tratamiento y la aplicación de los algoritmos por las máquinas inteligentes deriva en graves riesgos para los derechos y libertades individuales y colectivas. A ello hemos de añadir el “alineamiento” de objetivos comunes entre los estados y las grandes empresas y corporaciones tecnológicas que hoy colaboran para el establecimiento del llamado “capitalismo vigilante”, tal y como las medidas adoptadas por la pandemia del Covid 19 ha demostrado. Incluso



algunos estados – RP China- elaboran y categorizan a sus ciudadanos mediante índices o perfiles de *peligrosidad* elaborados mediante IA, que determinan limitaciones a sus derechos y el acceso a servicios públicos. Y todo ello de manera que la ciudadanía no es consciente de la cantidad de información – instrumento de poder y mercancía – que genera y que es recopilada, tratada y aplicada por organismos y empresas sin su conocimiento, consentimiento y control.

La continua *tensión* entre Ética y Tecnología es una constante de nuestro tiempo y llevó a Pérez Luño a preguntarse si “todo lo tecnológicamente posible es éticamente admisible”.² El caso “Cambridge Analítica” ha demostrado las derivadas de una tecnología sin control democrático y nos lleva a preguntarnos ¿qué interés ha de ser prevalente? Y ¿Quién ha de trazar y priorizar los objetivos? Por tanto, debemos asumir la evolución de una sociedad que valoraba en “átomos” hacia una sociedad de “bits” donde la información es el bien máspreciado (ej. Apps a cambio de datos) y cuyo impacto se hace notar tanto en el Derecho Público, como en el Derecho privado planteando problemas cuya solución excede muchas veces de las competencias del legislador nacional. En este sentido, la aprobación del Reglamento Europeo de Protección de datos supuso un avance para lograr un marco armonizado en el mercado interior en esta materia, si bien su completa implantación aún no se ha llevado a cabo.³ Así, por ejemplo, las prácticas discriminatorias en base a la nacionalidad o localización del consumidor han sido objeto de regulación para evitar su proliferación en el mercado. (ej. *Geoblocking, geopricing*).⁴

2. Nuevos problemas, nuevas soluciones.

Es indiscutible que la complejidad y el desafío que han supuesto las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se incrementa con la aparición de la Inteligencia Artificial y la Robótica y ante esta situación debemos enfrentarnos a una ponderación entre los beneficios resultantes y los riesgos implícitos, como afirma Mozo Seane.⁵ Esta sociedad digital y globalizada ha roto las fronteras del tiempo, el



espacio y la privacidad de forma que hoy las personas han perdido el control sobre la información referida a su vida privada, a sus características físicas, psíquicas, genéticas y demás aspectos del ciudadano. Los espacios de “reserva” son cada vez más reducidos y a ello contribuyen instrumento como la video vigilancia, las computadoras, los teléfonos inteligentes o los “asistentes digitales”. Conceptos como el “big data”, la geolocalización, “smart contracts”⁶, o la “jurismática” (Justicia automatizada) empiezan a ser muy asimilados por los ciudadanos sin ser conscientes de su alcance e implicaciones porque, como afirma Valls Prieto, debido a la falta de transparencia en su uso no somos conscientes del impacto que estas tecnologías pueden producir en el desenvolvimiento de los derechos fundamentales y, por tanto, no hay conciencia ciudadana sobre el problema.⁷

La repuesta que el Derecho ha dado a estos problemas hizo evolucionar a los derechos fundamentales desde el concepto negativo de exclusión del derecho a la intimidad hacia el “derecho positivo de control” del derecho a la *privacy* o derecho a la protección de datos personales. Hoy nos llevará a un “redimensionamiento” de tales derechos al aplicarlos al contexto de la sociedad “digital y globalizada”: los llamados derechos digitales recientemente consagrados en la LOPDGD y la Carta de los derechos digitales de España o en futura Constitución Chilena. Esto supone la necesidad de desarrollar políticas que den como fruto nuevas garantías jurídicas que den respuesta a tales desafíos: adaptar los derechos fundamentales al entorno digital. No se trata de una mera cuestión de legalidad, si no de legitimidad, de saber si los límites a tales derechos son o no admisibles en una sociedad democrática. Tampoco es precisa una nueva ética, sino de hacer evolucionar los principios/mandatos y los valores/criterios a este nuevo contexto digital y globalizado, haciendo una ponderación de intereses y dando prevalencia a unos sobre otros, basándonos en finalidades legítimas – defensa, salud pública, hacienda, seguridad o transparencia del mercado – para limitar los derechos tensionados en esta relación jurídica – privacidad y autodeterminación informativa – en aras del bien común. (Cfr. STC 290/2000) Por ejemplo: conciliar el derecho a la privacidad del menor con las potestades de injerencia de sus progenitores.



3. Un *redimensionamiento* del derecho fundamental a la protección de datos.

En efecto, el problema del tráfico incontrolado de datos personales y el llamado “Big data” entendido como “el proceso de recolección de grandes cantidades de datos y su inmediato análisis para encontrar información oculta, patrones recurrentes, nuevas correlaciones y tomar decisiones” y el conjunto de datos que precisa es tan grande y complejo que los medios tradicionales de procesamiento son ineficaces. Y es que estamos hablando de desafíos como analizar, capturar, recolectar, buscar, compartir, almacenar, transferir, visualizar, etc., ingentes cantidades de información, obtener conocimiento en tiempo real y poner todos los sentidos en la protección de datos personales. El tamaño para albergar todo el proceso ha ido aumentando constantemente para poder recopilar e integrar toda la información.

El *Reglamento UE 679/2016 de protección de datos personales*, antes citado, era consciente de esta problemática cuando afirmaba: “*La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales.*”

Rodotá ponía de manifiesto la evidente dimensión social de esta problemática: “*Para entender enteramente la manera en que se desarrolla hoy la relación entre democracia y datos personales no es posible limitarse a este tipo de consideraciones, todavía substancialmente basadas sobre una idea de privacidad como “derecho a ser dejado solo”. Una mutación radical se ha verificado en estos últimos años...y este nuevo derecho fundamental no puede ser enmarcado en el esquema de “ser dejado*



solo”, sino se concreta en la atribución a cada uno del poder de “gobernar” la circulación de sus propias informaciones, que así se transforma en elemento de constitución de la libertad del ciudadano en la sociedad de la información y de la comunicación. Esta distinción no es sólo un aspecto exterior. El hecho que sin dudas nuestra vida se está transformando en un canje incesante de informaciones, que vivimos en un flujo continuo de datos, ha atribuido a la protección de datos una importancia creciente, desplazándola siempre más hacia el centro del sistema político-institucional, atribuyéndole una importancia creciente y autónoma. En el tradicional derecho al respecto de la vida privada y familiar se expresa sobre todo un momento que se refiere al individuo, y el poder se limita a la exclusión de interferencias ajenas: la tutela es estática, negativa. La protección de datos, al contrario, fija normas sobre las modalidades de tratamiento de datos, se concreta en poderes de intervención: la tutela es dinámica, y sigue los datos durante su circulación”⁸

Con ello hizo hincapié en la *cuestión central* del problema, pues no discutía la admisibilidad de los medios de protección de ese interés general, sino la **legitimidad** y el **control** de los mismos. Este ha de ser el “centrodegravedad” sobre el cual va a girar en el futuro toda la dinámica de la evolución de los textos legales que regulan la materia: no se va a cuestionar la necesidad de preservar la paz ciudadana, la seguridad, la defensa, la lucha contra el fraude y el delito; sino que la discusión se centrará en los medios de acceso y tratamiento de la información que concierne a los ciudadanos, su adecuación a los fines previstos y su control social. Ello nos lleva a concluir que ese “nuevo” derecho fundamental a la protección de datos tenía su eje central en la libertad y dignidad de la persona, al ser un derecho positivo de control democrático de la información concerniente a los ciudadanos, su tratamiento y los usos a los que se destina.

No obstante, debemos tener presente que las fronteras entre lo público y lo privado cambian y evolucionan con el trascurso del tiempo y los cambios culturales y políticos y por ello es difícil precisar exactamente tales límites, por cuanto diversos factores inciden en su demarcación. La idea básica que vamos a defender es la de que la “**privacidad**” hace referencia a un ámbito de la actividad de la vida de las



personas mucho más amplio que la “intimidad”, por lo que se refiere a la dimensión social de la persona, mientras que la intimidad está más ligada a su dimensión individual o subjetiva por lo que se trata de un concepto relacionado con la singularidad de cada persona. Además, este concepto de privacidad, sirve para hacer frente a conductas lesivas más complejas que la captación y difusión de aspectos de la vida íntima de las personas. A modo ejemplo, podemos citar la ideología política, la religión o la pertenencia a un partido o sindicato como aspectos definitorios de la personalidad de un sujeto, que éste hace públicos en sus conductas externas y que, sin embargo, son objeto de una regulación legal muy restrictiva en cuanto a su tratamiento en ficheros por cuanto pueden ser causa de un trato discriminatorio para su titular.

Esta dialéctica pone de manifiesto **la vinculación entre privacidad y propiedad**, es decir, el domicilio y el “círculo de confianza” de la persona, como derechos *burgueses* interconectados, por lo que el concepto de intimidad no puede abarcar la problemática que las nuevas tecnologías de la información han originado. En nuestros días han aparecido nuevas técnicas de comunicación que van mucho más allá del ámbito del domicilio, de la correspondencia y de la prensa escrita. La cinematografía, los audiovisuales, la informática, la telefonía móvil, la radiodifusión y la fotografía son medios que amplían las necesidades de protección del campo de la privacidad, sobre todo cuando entra en conexión con factores como las redes sociales, el comercio electrónico y las aplicaciones de móviles y tabletas. Esta ya no puede confundirse con la intimidad: es un concepto más amplio, especialmente, como consecuencia de la integración de las TICs en la vida social. El conocimiento de los diversos datos de una persona puede llegar a configurar un perfil humano que puede ser determinante para conseguir un trabajo u obtener un crédito. Éstos son datos íntimos, pero que van más allá del concepto tradicional de la intimidad y merecen una protección más específica, independientemente de la protección de la intimidad ante las extralimitaciones de la libertad de información. Ello sitúa a la privacidad en un plano dialéctico superior y más amplio que la mera tensión entre intimidad y libertad de información, pues la relación entre privacidad e informática es mucho más rica en posibles tensiones y la complejidad



de los problemas que ocasiona esta tensión demanda unos esquemas de soluciones distintos. Podemos, por tanto, afirmar que en este derecho confluyen dos facetas diferenciadas. Una primera de carácter negativo que implica exclusión de los demás y que impide su intromisión dentro de una esfera de desenvolvimiento de la vida de la persona. A tal efecto, cabe hacer referencia a la esfera privada relativa al ámbito de vida personal y familiar que pertenece al secreto del titular y debe estar libre de toda injerencia. La esfera íntima de ámbito secreto de vida del sujeto como individuo que se lesiona cuando se trata de conocer o divulgar. Esfera individual que atañe a la peculiaridad del sujeto y está relacionada con otros bienes como su honor, imagen, nombre, etcétera.⁹

Una segunda “positiva”, que está referida al poder de decisión que permite controlar el grado y contenido de información propia que puede ser conocida por los demás. Esta segunda vertiente posee un doble nivel; el primero de los cuales impone una necesaria interdicción de los datos, sobre todo los “sensibles”. Confiere a la persona la potestad de acceder al conocimiento y control de aquellos datos personales poseídos por terceros y decidir sobre su tratamiento. Si bien ambos aspectos confluyen en el seno del derecho a la intimidad, hasta ahora ha poseído mayor predominio el aspecto negativo. Posteriormente, se ha producido un incremento cuantitativo y cualitativo de las agresiones que afectan al aspecto positivo, por obra y gracia de la tecnología actual, hasta tal punto que ha llevado a la consagración de un nuevo derecho. Y todo ello porque la privacidad sólo tiene sentido en el contexto de la vida social, en el seno de una comunidad socialmente organizada en la que los sujetos mantienen unas relaciones que implican la necesidad de una reserva, razón por la cual cabe matizar que es un derecho “relativo”, pues implica relación. Esta matización conlleva un delicado tratamiento pues, según la materia y las personas implicadas, podremos entender que está

Es indiscutible que la complejidad y el desafío que han supuesto las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se incrementa con la aparición de la Inteligencia Artificial y la Robótica



vedado o no el conocimiento de unos datos. Así, determinados datos médicos, de salud física o psíquica, pueden y deben quedar reservados al paciente o ser comunicados a su cónyuge o a sus padres, sus hijos o a su empresa, según su naturaleza y consecuencias.

La Jurisprudencia española afirma que este derecho implica *la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás* y es imprescindible para mantener una mínima calidad de vida personal y está referido a la propia vida de la persona en sus múltiples facetas referidas a aspectos corporales e incorporeales, como la protección de la identidad que está compuesta por el nombre y demás atributos que singularizan al titular, la protección de las informaciones referidas al sujeto, sean del pasado o del presente temporal de su vida, el “control” de sus movimientos, cuando es seguido u observado durante la realización de actos concernientes a su vida privada, la protección sobre sus pertenencias, e incluso, en sus hábitos de ocio o disfrute personal e, incluso, de su pasado o memoria personal en cuanto supone el contenido de su vida pasada sobre cuyo conocimiento también debe poseer una esfera de protección que alcanza incluso a su “derecho al olvido”.¹⁰

Según reiterada Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español, en estos casos se entiende que la denuncia realizada por una de las partes intervinientes en la comunicación implica un levantamiento del “secreto”; el denunciante consiente así en hacerla “pública”. La concesión de ese consentimiento representaría también una manifestación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal que garantiza a los individuos “un poder de disposición y de control sobre sus datos de carácter personal que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso (...) Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y por otro, a poder oponerse a esa posesión y usos”. (STC 290/2000, de 30 de noviembre).



En esta línea, por ejemplo, nuestro Tribunal Constitucional acordó que sus sentencias se publiquen de forma anónima, es decir con las iniciales de los sujetos y disociando el texto de cualquier dato que permita identificarlos, asumiendo así una línea adoptada por el Tribunal Supremo con anterioridad. (Cfr. Acuerdo de 23 de julio de 2015)

En consecuencia, estamos ante un derecho con un *carácter* social y una naturaleza *relativa* matizada, que comporta poderes, deberes y limitaciones, sometido a unos parámetros sociales de ejercicio, tutelado constitucionalmente y que protege a la persona frente a intromisiones ilegítimas, por conocimiento o difusión, en una serie de ámbitos o esferas de su vida privada conectadas con su libertad, su dignidad y el desarrollo de su personalidad. Como nos recuerda Herrera de las Heras, toda limitación a este derecho fundamental ha de ser proporcional, temporal y contará necesariamente con una “habilitación legal”.¹¹

El problema se plantea al aludir al ya referido término, “privacidad” pues se entiende que éste es un concepto más amplio y globalizador ya que está referido a cuestiones muy diversas de índole personal y patrimonial, por lo que se vincula con toda una gama de derechos y con las libertades individuales. Así concebida, no cabe la menor duda que la privacidad es una necesidad básica, esencial para el desarrollo y mantenimiento de una sociedad libre, así como para la madurez y estabilidad de la personalidad individual. Así lo entendió la jurisprudencia norteamericana, tal y como se deduce de un dictamen en disidencia del juez Douglas de 1961 en el que afirmaba que “*la noción de privacidad no es extraída del azul del cielo. Emanada de la totalidad del esquema constitucional bajo el cual vivimos*”. Esta idea de la privacidad como un derecho general encuadrado dentro del esquema de los derechos personales protegidos por la Constitución, fue admitida por la Corte Warren en 1965, quien afirmó que se trata de un derecho que estaba bajo la sombra protectora de las garantías específicas, poniendo así de relieve su importancia dentro del entramado de los derechos constitucionales del ciudadano. Se trata de una evolución de aquel derecho a ser dejado solo, en paz y libre de injerencias, del que hablaba el juez Cooley, pues se refiere a un concepto más amplio que el mero derecho a una “**soledad robinsoniana**”.¹²



4. Nuevos *desafíos* y redimensionamiento del derecho a la privacidad.

Todo esto viene a lo colación por un nuevo riesgo que se cierne sobre estos derechos: las llamadas redes sociales o comunidades virtuales (Facebook, Instagram etc.) en las que los ciudadanos, sobre todo menores, se integran mediante la creación de un *perfil* con imágenes, datos personales, opiniones, preferencias, etc. que son un “banco de información” de primera magnitud para los poderes públicos y las empresas. En España millones de personas forman parte alguna de las llamadas “comunidades virtuales” – redes sociales – con un crecimiento continuado del 20% anual, y la mayoría son menores de edad. En este ámbito, es cada vez más habitual que dichos jóvenes compartan continuamente información privada, en formato texto o por medio de vídeos y fotografías. Esta masificación ha llevado a crear lo que los expertos llaman *extimidad*, concepto de origen *lacantiano* que se integraría con los contenidos – perfiles personales, datos, imágenes, opiniones, creencias, etc. – que las personas hacen públicos mediante su integración en el **perfil** elaborado en la red social. Paula Sibilia, llamaba la atención sobre el cambio de **paradigma** pues llama la atención sobre el hecho de la aparente contradicción de que se califique a los *blogs* como “*diarios íntimos*” cuando su destino es ser publicados en la Red. Para esta autora, se ha producido un cambio sustancial merced a este fenómeno: la raíz “**interiorista**” – la exclusión del conocimiento ajeno - del derecho a la intimidad, tal y como fue concebido hasta ahora, ha cambiado hacia un concepto **externo** de lo íntimo para configurar una personalidad que nos defina y distinga frente a los demás como medio de ser reconocidos y estimados en ese entorno virtual, mediante un debilitamiento de lo **introspectivo** en favor de la **externalización** de nuestra personalidad. Este fenómeno ha sido descrito por SIBILIA en los siguientes términos: “Primero fue el correo electrónico, una poderosa síntesis entre el teléfono y la vieja correspondencia, que sobrepasaba claramente las ventajas del fax y se difundió a toda velocidad en la última década, multiplicando al infinito la cantidad y la celeridad de los contactos. Enseguida se popularizaron los canales de conversación



o chats, que rápidamente evolucionaron en los sistemas de mensajes instantáneos del tipo MSN o Yahoo Messenger, y en las redes sociales como *MySpace*, *Orkut* y *Facebook*.

Estas novedades transformaron a la pantalla de la computadora en una ventana siempre abierta y conectada con decenas de personas al mismo tiempo. Jóvenes de todo el mundo frecuentan y crean ese tipo de espacios..... Otra vertiente de este aluviónson los diarios íntimos publicados en la Web, para cuya confección se usan palabras escritas, fotografías y videos. Son los famosos *webblogs*, *fotologs* y *videologs*, una serie de nuevos términos de uso internacional cuyo origen etimológico remite a los diarios de abordó mantenidos por los navegantes de otrora. Es enorme la variedad de estilos y asuntos tratados en los blogs de hoy en día, aunque la mayoría sigue el modelo confesional del diario íntimo o, mejor dicho diario *éxtimo*, según un juego de palabras que busca dar cuenta de las paradojas de esta novedad, que consiste en exponer la propia intimidad en las vitrinas globales de la red. Los primeros blogs aparecieron cuando el milenio agonizaba; cuatro años después existían tres millones en todo el mundo, y a mediados de 2005 ya eran once millones. Actualmente, la blogósfera abarca unos cien millones de diarios, más del doble de los que hospedaba hace un año, según los registros del banco de datos Tecnorati. Pero esa cantidad tiende a duplicarse cada seis meses, ya que todos los días se engendran cerca de cien mil nuevos vástagos, de modo que “el mundo ve nacer tres nuevos blogs cada dos segundos”.

En este contexto, el derecho a la intimidad – como poder negativo de exclusión a los demás del conocimiento de aspectos de nuestra vida mas secreta – se concilia con ese nuevo derecho a la protección de datos personales – como poder positivo de autodeterminación y control frente al tratamiento de nuestros datos referidos a la privacidad – pues se vuelcan en las redes aspectos íntimos – *extimidad* – sin ser consciente del alcance que ello pueda tener. Por tanto, debemos ponderar que, como alertan los especialistas del *foro*, Internet, las redes sociales y las comunidades virtuales “debilitan el concepto de intimidad”, especialmente en el caso de los menores, que exponen información e imágenes sobre su vida personal, y de otras personas, de forma voluntaria. Esta



práctica produce una “redefinición” del concepto de intimidad y de los delitos que pueden ir aparejados a una posible vulneración de ésta, lo que permite asimilar esta situación con la imposibilidad de reclamar en un robo “si la víctima se ha dejado la puerta de su vivienda abierta”.

Y este panorama se vino a agravar por el hecho de que, con los parámetros actuales, se puede afirmar que para el delito no hay fronteras y para la Ley sí, razón por la cual este **ciberespacio** se antoja como un ámbito espacial de **tercera dimensión** libre de **ataduras** legales que constriñan o limiten la libertad: es el mito de la **anarquía positiva** donde los ciudadanos ejemplares **autolimitarían** sus conductas creando un mundo armónico y sin conflictos. Nada más lejos de la realidad puesto que esta ausencia de normas sólo puede beneficiar a los que delinquen (*nulla pena sine lege*) y a los estados y grandes compañías que poseen la tecnología necesaria para controlar a los ciudadanos y consumidores sin que estos puedan evitarlo y, muchas veces, sin que ni tan siquiera lo sepan. Lo afirmó con rotundidad Perez luño cuando señalaba que “*la utopía ácrata*” se opuso a la regulación de la red porque limitaría la libertad de los ciudadanos y ampliaría el poder de control del Estado. Frente a ello afirma: “paradójicamente los grandes beneficiarios de la anarquía de Internet no son los *cibernautas* particulares, sino las grandes multinacionales e, incluso, los aparatos de control social de los gobiernos “. Así desde los pingues beneficios que obtienen los “piratas” que trafican con obras defraudando la propiedad intelectual, la captación, tratamiento y transmisión de los datos de los consumidores sin su consentimiento, hasta el célebre ejemplo planteado por Zimmermman, en su “*Informe al Congreso Norteamericano*”, en el que pone de manifiesto ese **factor multiplicador** al que antes aludíamos: antes cuando el Estado pretendía conocer la privacidad de un ciudadano tenía que interceptar, abrir al vapor, leer y copia su correo o escuchar, grabar y transcribir sus conversaciones telefónicas, una por una y con las limitaciones de medios y personal aplicables al caso.¹³ Frente a ello, los actuales mensajes de correo electrónico se pueden someter a un “escaneo” en masa, ordenando y **contextualizando** sus contenidos mediante palabras clave y potentes programas que permiten ponerlos en conexión en base a datos obrantes en sus ficheros.



Consciente de la debilidad en la tutela en dicho contexto, especialmente en el caso de los menores, el legislador español ha pretendido *blindar* a éstos en el ámbito concreto de Internet y, específicamente, de la redes sociales. En ese sentido, como punto de partida, hemos de subrayar la novedad que supone la aprobación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que, en su artículo 1.2 integra dentro del concepto de violencia¹⁴ “la difusión pública de datos privados” del menor. El amparo desarrollado por esta norma, en coordinación con las previsiones de la LO de Protección Civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, configuran una obligación general de la ciudadanía y específica de los poderes públicos, así como personas a cargo de los menores o relacionados con ellos (aquí entran, en concreto, los centros educativos) de velar por los intereses de los menores y denunciar y perseguir, respectivamente, las posibles conductas lesivas de su interés superior. En este sentido, la fiscalía está compelida a la persecución de oficio de toda potencial vulneración de estos derechos del menor.

Ahondando en esta cuestión, centrándonos en la normativa tuitiva de los datos de carácter personal y atendiendo de forma especial a la creación de nuevos derechos digitales, resulta de interés hacer hincapié en el desarrollo por la LO de Protección de datos y garantía de derechos digitales, del novedoso derecho al olvido en el entorno digital para los menores, recogido en el artículo 94 (titulado “Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes”) apartado 3, en el que, de manera general se ofrece a los datos de los menores una protección reforzada. Así, el apartado 2 del precepto establece que “ Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos

La globalización, la digitalización de las relaciones sociales, el ciberespacio como contexto de la vida humana y el trafico incontrolado de información personal de los ciudadanos – el big data – conducen a disfunciones y hacen que existan hoy corporaciones gigantes con más poder incluso que muchos estados



personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.”, sin embargo, en el apartado 3 especifica que “En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2.” A la vista de lo anterior, resulta claro que el legislador, con este tratamiento diferenciador, responde a los requerimientos que, en la práctica, impone el reconocimiento del interés superior del menor, como principio rector en nuestro Ordenamiento jurídico.

También con el ánimo de extender la tutela en este contexto, encontramos un nuevo derecho que sirve como base general, recogido en el art. 84, titulado “Protección de los menores en Internet”, que crea la obligación de los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales de procurar y/o velar porque los menores de edad “hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales.”; asimismo, complementa lo anterior con la previsión de que cualquier utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, el cual podrá adoptar las pertinentes medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Sin embargo, llegados a este punto, hemos de poner de relieve la necesidad de extender la cartera de derechos o, cuanto menos, de bienes jurídicos tutelados en este ámbito, dado que las conductas aquí anali-



zadas afectan directamente en lo que a día de hoy se viene a denominar la “reputación o identidad digital”, novedoso concepto que se basa en la imagen que de cada uno se plasma en Internet en base a contenidos e información que de nosotros consta en la web, ya sea compartidos por el propio sujeto o por terceros. Ésta tiene un carácter fijo – pese al ejercicio del derecho al olvido los datos alojados en la Red, son difícilmente eliminables al 100% por su fácil difusión por otros canales y posibilidad de almacenamiento en los dispositivos tecnológicos – y es imposible de controlar, al configurarse por lo que terceros comparten; además, no solo afecta a la esfera cibernética, sino que sus efectos trascienden al mundo real o analógico. De hecho, dicha reputación online es clave en el marco de plataformas de economía colaborativa (Airbnb, Vinted, Blablacar, etc.), pero también a la hora de buscar empleo y otras muchas actividades.

5. Un nuevo ámbito de falta de transparencia: la ciudad espía.

La globalización, la digitalización de las relaciones sociales, el *ciberespacio* como contexto de la vida humana y el tráfico incontrolado de información personal de los ciudadanos – el big data – conducen a disfunciones y hacen que existan hoy corporaciones gigantes con más poder incluso que muchos estados (Facebook, Google, Whatsapp) ante cuyos abusos los sujetos están indefensos, ya que no poseen un conjunto de “armas defensivas” capaces para impedirlos. Como hemos visto, en una primera etapa el derecho a la intimidad y a la propia imagen fue utilizado frente a captaciones no autorizadas, pero pronto se demostraron insuficientes frente a la nueva amenaza que se cernía sobre los derechos y libertades merced a la invención de la informática y sus infinitas posibilidades de recogida y tratamiento de datos y que se ha agravado con la aplicación de los algoritmos y los sesgos discriminatorios que éstos pueden aplicar en perjuicio de personas y colectivos.

Tal y como hemos puesto de relieve, el ciudadano se ha convertido en una “fuente de información” para los estados y las grandes empresas



y corporaciones reduciéndose su espacio de privacidad dentro de su hogar ya sea por su “extimidad” volcada en las redes sociales (opiniones, comentarios, valoraciones de productos o servicios) y sus comunicaciones (Whatsapp, email, aplicaciones, búsquedas en la distintas webs, conversaciones telefónicas) ya por el uso de aparatos de “espionaje” como los asistentes virtuales (Alexa, Siri, etc.) el internet de las cosas (electrodomésticos, televisores, etc.) conectados a la Red que registran y transmiten imágenes, sonidos, gustos, aficiones y demás elementos que sirven para generar un “perfil” cuyo contenido y finalidad ignoran.

Esta dinámica hace que el sujeto pierda su “anonimato” en el ámbito de su domicilio, no solo en el físico integrado por su lugar e residencia, sino también en el que deberíamos llamar “*domicilio digital*”, es decir aquella “*ciberesfera*” en la que se desenvuelve a través de su proyección en Internet y las redes sociales por medio de sus equipos digitales (computadora, smartphone, etc.), incluyendo ese nuevo mundo que va a ser el llamado “*metaverso*” donde su “*avatar*” actuará como un “alias” del sujeto y le permitirá vivir “*otra vida*” en el *ciberespacio* como proyección de su “personalidad digital”: nuevas relaciones, aventuras, viajes...¹⁵ Por tanto, se ha perdido la necesaria “invisibilidad” que el anonimato exigía como condición para la libertad efectiva de las personas, si bien quedaba, por tanto, como espacio residual de anonimato “la calle”, es decir los espacios y vías públicas donde el sujeto se convertía en un individuo más dentro del conjunto de personas – transeúntes, conductores, pasajeros – que se desenvolvían andando por las calles o transitando con sus vehículos por la vías y carreteras abiertas al tráfico.¹⁶ En tales espacios la “vigilancia” era la excepción y la existencia de cámaras u otros elementos de control de acceso eran conocidas por las personas merced a la información previa obligatoria. Así lo puso de relieve Rodotà al afirmar: *El cambio social está justo aquí. La vigilancia pasa de tener un carácter excepcional a ser cotidiana; de las clases «peligrosas» a la generalidad de las personas. La multitud ya no es solitaria y anónima. Las imágenes digitales, las técnicas de reconocimiento de los rasgos, permiten sacar al individuo de la muchedumbre, individualizarlo y seguirlo. El data mining, la búsqueda sin parar de informaciones sobre la conducta de cada uno, engendran una producción continua de «per-*



files» individuales, de familia, de grupo: otra vez, la vigilancia no tiene límites. Se ha pretendido justificar este cambio a una “vigilancia indiscriminada” como un avance hacia una sociedad transparente, igualitaria que no discrimina a sus ciudadanos por su peligrosidad. Pero ello no es cierto, se trata de un sistema de control social a favor de los poderes del estado y las grandes empresas que se valen de diversos medios para “espíar” al ciudadano en sus distintas esferas haciéndole “de vidrio” y utilizando la información obtenida para fines políticos y económicos no siempre claros y compatibles con una sociedad democrática. Durante todo el día el ciudadano es objeto de “espionaje” merced a diversos dispositivos técnicos que ha asimilado en su vida cotidiana: el GPS, la red wifi a la que está unido, el *bluetooth* que le vincula a otros terminales móviles y demás conexiones móviles, las cámaras de video vigilancia publicas y privadas, el geo posicionamiento de las antenas de comunicaciones y demás medios de captación de imágenes, sonidos y datos le controlan en todo momento. Incluso se produce la paradoja de que en esas grandes urbes las personas no se conocen entre sí, lo que les produce una falsa impresión de anonimato cuando la realidad es muy contraria: la ciudad les observa y cataloga en todo momento. Pensemos que hasta hace poco tiempo las cámaras eran fijas y precisaban de la intervención humana para interpretar lo que captaban, pero ahora merced a los drones, las HD y la inteligencia artificial pueden acceder a cualquier espacio, en cualquier momento, identificar a las personas, analizar las imágenes y actuar en consecuencia según instrucciones “aprendidas”. (*machine learning*)... y todo ello sin que el sujeto afectado sea consciente de ello.

Por medio del GPS de nuestros celulares y las aplicaciones que nos “ceden” las grades corporaciones saben en todo momento por dónde nos movemos y monitorizando nuestros movimientos pueden actuar

Por medio del
GPS de nuestros
celulares y las
aplicaciones que
nos “ceden”
las grades
corporaciones
saben en todo
momento por
dónde nos
movemos y
monitorizando
nuestros
movimientos



enviándonos publicidad sobre productos, servicios o actividades de empresas asociadas. Los drones permiten a la Administración captar imágenes del tráfico o monitorizar las nuevas construcciones e imponer sanciones y los particulares pueden acceder a espacios hasta ahora vedados a su conocimiento ya que han *dinamizado* la video vigilancia. En las calles y en los comercios las antenas de telefonía y las redes wifi abiertas permiten localizar a los ciudadanos e, incluso, acceder a información de su celular, sus rutas, movimientos, compras, etc. proporcionando una valiosa información para el marketing y la *perfilación* de ofertas. Todo ello implica la vulneración del derecho a la protección de datos por captación de imágenes, el derecho a la intimidad – por acceso a la información reservada – y a la no discriminación, dados los sesgos discriminatorios que aplican los algoritmos en muchos casos) raza, colectivos étnicos, antecedentes) y de todo ello de una forma “silente” frente a la cual no hay oposición por falta de información y ser una “espacio público” que se acoge a las excepciones legales establecidas. Como afirma Ripoll Carulla “El ciudadano es, desde esta perspectiva, algo perfectamente dirigible, fácilmente controlable: los progresos electrónicos permiten interceptar las comunicaciones telefónicas y captar conversaciones e imágenes en cualquier lugar, sea público o privado, quedando el individuo sometido a una inquisición que será justificada de una u otra manera”.¹⁷

6. Un nuevo riesgo: video vigilancia, Inteligencia Artificial (IA) y reconocimiento facial.

Este panorama adquiere una dimensión más arriesgada para el ciudadano cuando merced a la IA la video vigilancia en espacios privados o públicos da un *salto cualitativo* en el momento en que el algoritmo permite reconocer la identidad del sujeto cuya imagen se capta y ponerlo en relación con sus datos personales de todo tipo. El anonimato en espacios públicos desaparece y el derecho a la *reserva* que garantiza la protección de datos queda anulado. Es por ello que se hace precisa una regulación de la Inteligencia Artificial que garantice su control democrático y su desarrollo según parámetros éticos socialmente aceptados.



A título de ejemplo de una respuesta normativa a esta demanda de regulación de la IA podemos citar la *Resolução del Conselho Nacional de Justicia* brasileño ,número 332, de 21 de agosto de 2020, sobre ética, transparencia y gobernanza en la producción y el uso de la IA en el Poder Judicial. En su texto, tras una serie de *considerandos* se conecta directamente la IA con el los derechos fundamentales cuyo contenido y respeto sirven de contexto y limite parta su desarrollo (vid. Capítulo 2º) entre los cuales destacan la no discriminación, la publicidad y la transparencia. Pone especial énfasis en los controles como la gobernanza de datos, la seguridad, el control por los usuarios llegando incluso a a garantizar que la composición de los equipos de investigación, desarrollo e implantación de las soluciones de IA deberá ser diversa en sus integrantes. (Cfr. art-20)

En la Unión Europea podemos citar una *Declaración* sobre Principios digitales para la década digital (COM(2022) 28 final. De 26/01/2022)a cuyo tenor las persona han de ser el centro de la transformación digital para que esta se desenvuelva en un marco democrático reforzado, para que los valores de UE y los derechos de los ciudadanos sean respetados y los “agentes digitales públicos y privados “ lleven a cabo una acción segura, diligente y responsable. De este modo en la interacción entre algoritmos y sistemas de IA sean transparentes, accesibles, no discriminatorios y seguros, con especial acento en que las tecnologías de IA no se utilicen para predeterminar las decisiones de las personas en ámbitos como la salud, la educación, el empleo, el consumo o la vida privada. Por tanto, se refuerza la garantía del derecho a la privacidad por lo que toda persona tiene el derecho al “control” de sus datos: quien los recaba, para qué fines y con quien se comparten. Esto supone una garantía de la “confidencialidad· de sus comunicaciones y de la información contenida en sus dispositivos electrónicos · y ninguna persona será objeto de vigilancia en línea ni de medidas de interceptación de carácter ilegal”. Este riesgo de “vigilancia” se ha acrecentado una vez que las cámaras HD permiten captar la imagen del sujeto y al ponerse en conexión con los sistemas de reconocimiento facial de la IA “desguarnecen” al individuo del anonimato tanto en espacios públicos, como privados: la ciudad le “espía”.



A tal efecto, en la *Propuesta de Reglamento* de la UE ¹⁸ se contiene una normativa dirigida establecer un control estricto del reconocimiento facial en ámbitos como el de la IA, ya reforzada en el vigente *Reglamento General de Protección de datos* de 2016 ¹⁹, por cuanto utiliza el análisis de riesgos de la aplicación de la IA en relación con la posible vulneración de los derechos fundamentales y establece cuatro niveles de riesgo: riesgo inadmisibles, alto riesgo, riesgo limitado y riesgo mínimo.

A grandes rasgos las líneas generales de esta Propuesta normativa serían:

La Comisión propone un **marco reglamentario** sobre inteligencia artificial con los siguientes **objetivos específicos**:

– **Garantizar** que los sistemas de IA introducidos y usados en el mercado de la UE sean seguros y respeten la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y valores de la Unión;

– Garantizar la seguridad jurídica para facilitar la inversión e innovación en IA;

– Mejorar la **gobernanza** y la aplicación efectiva de la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y los requisitos de seguridad aplicables a los sistemas de IA.

– Facilitar el desarrollo de un mercado único para hacer **un uso legal, seguro y fiable** de las aplicaciones de IA y evitar la fragmentación del mercado.

En el **título II** se establece una lista de IA prohibidas. El Reglamento sigue un enfoque basado en los riesgos que distingue entre los usos de la IA que **generan** un riesgo inaceptable, un riesgo alto, y un riesgo bajo o mínimo. La lista de prácticas prohibidas que figura en el título II abarca todos los sistemas de IA cuyo uso se considera **inaceptable** por ser contrario a los valores de la Unión, por ejemplo, porque **violan** derechos fundamentales. El **título III** contiene normas específicas para aquellos sistemas de IA que acarrear un **alto riesgo para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales** de las personas físicas. En consonancia con un enfoque basado en los riesgos, dichos sistemas de IA de alto riesgo están permitidos en el mercado europeo siempre que cumplan determinados requisitos obligatorios y sean sometidos a una



evaluación de la conformidad *ex ante*. Para ello se aplica el siguiente **criterio**: un sistema de IA se considera de alto riesgo en función de su finalidad prevista, conforme a la legislación vigente relativa a la seguridad de los productos. Por lo tanto, **la clasificación de un sistema de IA como de alto riesgo** no depende únicamente de la **función** que lleve a cabo, sino también de la **finalidad** específica y de las **modalidades** para las que se **use** dicho sistema.

En el capítulo 1 del título III se establecen las normas de clasificación y se definen las dos categorías principales de sistemas de IA de alto riesgo: los sistemas de IA diseñados para utilizarse como componentes de seguridad de productos sujetos a una evaluación de la conformidad *ex ante* realizada por terceros; y otros sistemas de IA independientes **con implicaciones relacionadas principalmente con los derechos fundamentales**, los cuales se indican explícitamente en el anexo III.

En lo que a nosotros interesa, la Propuesta establece una serie de conceptos a tener en cuenta:

– «**Datos biométricos**»: los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la **identificación** única de dicha persona, como **imágenes faciales** o datos dactiloscópicos.

– «**Sistema de reconocimiento de emociones**»: *un sistema de IA destinado a detectar o deducir las emociones o las intenciones de personas físicas a partir de sus datos biométricos.*

– «**Sistema de categorización biométrica**»: *un sistema de IA destinado a asignar a personas físicas a categorías concretas, como un sexo, edad, color de pelo, color de ojos, tatuajes, origen étnico u orientación sexual o política, en función de sus datos biométricos.*

– «**Sistema de identificación biométrica remota**»: *un sistema de IA destinado a identificar a personas físicas a distancia comparando sus datos biométricos con los que figuran en una base de datos de referencia, y sin que el usuario del sistema de IA sepa de antemano si la persona en cuestión se encontrará en dicha base de datos y podrá ser identificada.*

– «**Sistema de identificación biométrica remota “en tiempo real”**»: un sistema de identificación biométrica remota **en el que la re-**



cogida de los datos biométricos, la comparación y la identificación se producen sin una demora significativa. Este término engloba no solo la identificación instantánea, sino también demoras mínimas limitadas, a fin de evitar su elusión.

– **«Sistema de identificación biométrica remota “en diferido”»:** todo sistema de identificación biométrica remota que no sea un sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real».

– **«Espacio de acceso público»:** *cualquier lugar físico accesible para el público, con independencia de que deban cumplirse determinadas condiciones para acceder a él*

Con ello delimita los claramente los contenidos y los “espacios” de aplicación de los controles a los que nos venimos refiriendo. A tenor de ello será una práctica prohibida el uso de **sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real»** en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley, si bien contiene unas excepciones: **salvo y en la medida en que dicho uso sea estrictamente necesario para alcanzar uno o varios de los objetivos siguientes:**

– la **búsqueda** selectiva de posibles víctimas concretas de un delito, incluidos menores desaparecidos;

– la **prevención** de una **amenaza** específica, importante e inminente para la vida o la seguridad física de las personas físicas o de un atentado terrorista;

– la **detección, la localización, la identificación o el enjuiciamiento** de la persona que **ha cometido o se sospecha** que ha cometido alguno de los delitos mencionados en el artículo 2, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, para el que la normativa en vigor en el Estado miembro implicado imponga una pena o una medida de seguridad privativas de libertad cuya duración máxima sea al menos de tres años, según determine el Derecho de dicho Estado miembro.

A tal efecto, debemos tener en cuenta que el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley para conseguir cualquiera de los objetivos mencionados en el apartado 1, letra d), tendrá en cuenta los **siguientes aspectos:** la **naturaleza de la situación que dé lugar** al posible uso, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud del



perjuicio que se produciría de no utilizarse el sistema, de un lado, y las **consecuencias** que utilizar el sistema tendría para los derechos y las libertades de las personas implicadas, y en particular la gravedad, probabilidad y magnitud de dichas consecuencias, de otro.

Además, **el uso** de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley para cualquiera de los objetivos mencionados en el apartado 1, letra d), **cumplirá salvaguardias y condiciones necesarias y proporcionadas** en relación con el uso, en particular en lo que respecta a las limitaciones temporales, geográficas y personales. Así mismo, la Propuesta contiene la previsión Los Estados miembros podrán **decidir contemplar la posibilidad de autorizar, ya sea total o parcialmente, el uso de sistemas de identificación biométrica remota «en tiempo real» en espacios de acceso público con fines de aplicación de la ley** dentro de los límites y en las condiciones que se indican en el apartado 1, letra d), y los apartados 2 y 3. A tal fin, tendrán que **establecer en sus respectivos Derechos internos las normas detalladas** necesarias aplicables a la solicitud, la concesión y el ejercicio de las autorizaciones a que se refiere el apartado 3, así como a la supervisión de estas. Dichas normas **especificarán** también para cuáles de los objetivos enumerados en el apartado 1, letra d), y en su caso en relación con cuáles de los delitos indicados en su inciso iii), se podrá autorizar que las autoridades competentes utilicen esos sistemas con fines de aplicación de la ley.

Funciona también como garantía la **autorización** que la a **autoridad judicial** o **administrativa(z)** competente únicamente concederá la autorización **cuando esté convencida**, atendiendo a las pruebas objetivas o a los indicios claros que se le presenten, de que el uso del sistema de identificación biométrica remota «en tiempo real» **es necesario y proporcionado** para alcanzar alguno de los objetivos que figuran en el

Es indiscutible que esta dinámica de la “transformación digital” supera la dimensión clásica de las normas protectoras del derecho a la intimidad y a la protección de datos



apartado 1, letra d), el cual se indicará en la solicitud. Al pronunciarse al respecto, la autoridad judicial o administrativa competente tendrá en cuenta los aspectos mencionados en el apartado 2. Imaginamos que por “autoridad administrativa” se refiere al organismo o autoridad independiente que posee las competencias de control en esta materia (en España Agencia Española de Protección de datos)

En definitiva, una vez se aprueba la propuesta de Reglamento, la videovigilancia que merced a la IA permite el reconocimiento facial y la identificación del sujeto en espacios públicos y privados, que podrá ser puesta en conexión con toda la información personal que obre en los ficheros conectados al sistema de videovigilancia, que darán sometidos a control legal y precisaran autorización judicial o del organismo garante de la privacidad, evitando así prácticas de elevado riesgo para la libertad y privacidad de los ciudadanos.

7. La respuesta: una nueva generación de derechos.

Es indiscutible que esta dinámica de la “transformación digital” supera la dimensión clásica de las normas protectoras del derecho a la intimidad y a la protección de datos, ya que el contexto “digital” y la aplicación de la IA a los medios de recogida, tratamiento, comunicación y utilización de la información de las personas en diversos sectores y actividades supone un salto cualitativo al que el Derecho debe dar respuesta. *“Estamos creando algo que sería muy inteligente y que podría ser también muy poderoso, si no somos capaces de resolver cómo controlarlo, podríamos dar lugar a la existencia de un sistema súper inteligente que podría dar prioridad a alcanzar sus propios valores en detrimento de los nuestros. Otro riesgo es que los humanos usemos esta poderosa tecnología de forma maliciosa e irresponsable....Por el momento, la humanidad no tiene realmente un solo plan coordinado para el futuro, hay muchos países y grupos diferentes, cada uno de ellos persiguiendo sus propias iniciativas ...hay un problema de alineación de objetivos, porque cuanto más poderosas sean nuestras tecnologías, más daño podremos hacer con un uso imprudente u hostil....ese es el gran punto débil para la humani-*



dad” (Nick Bostrom, director del Instituto del Futuro de la Humanidad Universidad de Oxford)

Se trata, por tanto, de articular un conjunto de “*garantías jurídicas*” derivadas del derecho fundamental a la privacidad frente a la protección de datos, para adaptar sus mecanismos de defensa a las demandas que plantea el contexto del ciberespacio que caracteriza a las relaciones jurídicas en el ámbito de la sociedad global digitalizada. En tal sentido, la LOPDGD española de 2018 incorporó un Título X dedicado a las “*garantías de los derechos digitales*” compuesto de 19 artículos (artículos 79 a 97) que no constaba en el Proyecto de Ley que remitió el Gobierno a las Cortes y fue incluido merced a las enmiendas presentadas durante su tramitación parlamentaria. Fruto del consenso en su debate, el texto final de la ley fue aprobado con un elevado apoyo de los miembros de la Cámara, tras rechazarse las enmiendas presentadas en el Senado. Consciente el Legislador de la “*omnipresencia*” de la red en la vida social se hacía necesario impulsar políticas que hicieran efectivos los derechos de la ciudadanía en Internet de manera que la libertad, la igualdad y la privacidad de los ciudadanos fueran una realidad cierta en la era digital.

Así lo hace constar el Legislador en su Exposición de Motivos:

*El Título X de esta ley acomete la tarea de reconocer y garantizar un elenco de derechos digitales de los ciudadanos conforme al mandato establecido en la Constitución. En particular, son objeto de regulación los derechos y libertades predicables al entorno de Internet como la **neutralidad** de la Red y el **acceso universal** o los derechos a la **seguridad** y **educación** digital, así como los derechos al **olvido**, a la **portabilidad** y al **testamento** digital. Ocupa un lugar relevante el reconocimiento del derecho a la **desconexión digital** en el marco del derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral y la **protección de los menores** en Internet. Finalmente, resulta destacable la garantía de la **libertad de expresión** y el **derecho a la aclaración de informaciones** en medios de comunicación digitales. Ha llamado la atención el hecho de que la AEPD – Agencia Española de Protección de datos – no sea la Autoridad competente para el control del cumplimiento de tales derechos de los ciudadanos, si no que deba ser encargado de esta labor*



un órgano administrativo creado “*ex novo*” mediante el consecuente desarrollo normativo.²⁰

Siguiendo aquella máxima del Comisario Europeo Marcelino Oreja de que “*En el ciberespacio y en la tierra todos los derechos son aplicables y es lícito e ilícito lo mismo que en el mundo real*”, en el artículo 79 la LOPDGD establece el principio general que rige su orientación: *Los derechos y libertades consagrados en la Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales en que España sea parte son plenamente aplicables en Internet. Los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los proveedores de servicios de Internet contribuirán a garantizar su aplicación.* Con ello, además de reconocer su aplicabilidad inmediata, impone el deber, y la responsabilidad, por su cumplimiento a los poderes públicos y a los particulares, haciendo especial mención de las empresas y profesionales que operan en la Red: *proveedores y prestadores de servicios que quedan así especialmente sujetos al respeto a tales derechos y la aplicación de las políticas de promoción de los mismos.* Estas políticas competen a los poderes públicos (Gobierno y CCAA) y están delineadas por la Ley en su artículo 97 – Plan de Acceso a Internet - del siguiente modo:

– **a)** *superar las brechas digitales y garantizar el acceso a Internet de colectivos vulnerables o con necesidades especiales y de entornos familiares y sociales económicamente desfavorecidos mediante, entre otras medidas, un bono social de acceso a Internet;*

– **b)** *impulsar la existencia de espacios de conexión de acceso público; y*

– **c)** *fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas a personas y colectivos en riesgo de exclusión digital y la capacidad de todas las personas para realizar un uso autónomo y responsable de Internet y de las tecnologías digitales.*

Finalmente se formulan unos compromisos de gestión que no siempre se traducen en la realidad de los resultados:

2. *Asimismo se aprobará un Plan de Actuación dirigido a promover las acciones de formación, difusión y concienciación necesarias para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la*



sociedad de la información equivalentes de Internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos fundamentales.

3. El Gobierno presentará un **informe anual** ante la comisión parlamentaria correspondiente del Congreso de los Diputados en el que se dará cuenta de la evolución de los derechos, garantías y mandatos contemplados en el presente Título y de las medidas necesarias para promover su impulso y efectividad.

Recientemente se aprobó la Carta de los derechos digitales de España que viene a “concretar”, que no a *positivar* el catálogo de tales derechos mediante su formulación en un texto que se integra en la llamada “Agenda Digital España 2025” y su objetivo es “**descriptivo, prospectivo y asertivo**”.

Descriptivo de los contextos y escenarios con derechos, valores y bienes de siempre, pero que exigen nueva ponderación y toma de conciencia del impacto y consecuencias de los entornos y espacios digitales. **Prospectivo** al anticipar futuros escenarios que pueden ya predecirse, y **asertivo** en el sentido de revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas que deberían aplicarse en los espacios digitales presentes y futuros.²¹ Cabe sintetizar tales categorías de derechos en las siguientes categorías: derechos de libertad, de igualdad, de participación y conformación del espacio público y los relativos a entornos específicos, con especial referencia al ámbito laboral y empresarial. Para asegurar la garantía de su eficacia y aplicación, la Carta hace referencia a su aplicación en el marco de las relaciones con la Administración de Justicia y la promoción de mecanismos de *autorregulación*, control propio y procedimientos de *resolución alternativa de conflictos*, con la previsión de incentivos adecuados para su utilización. Barrio Andrés pone de relieve que el objetivo de la carta es *corregir las externalidades negativas y los déficits de justicia e igualdad propiciados por la falta de regulación jurídica adecuada que acompaña a la revolución digital*, que ha dado origen a la existencia de monopolios transnacionales que limitan la competencia en el mercado digital y la extensión de la

En el ciberespacio
y en la tierra todos
los derechos son
aplicables y es lícito
e ilícito lo mismo
que en el
mundo real



brecha digital y las desigualdades, la consagración de una estructura de vigilancia en *tiempo* real sobre nuestras conductas y *la paulatina suplantación de lo que somos por lo que proyectamos mediante nuestra huella digital y las correlaciones que extrae la inteligencia artificial*.²²

Como venimos diciendo, la cobertura que los derechos a la intimidad y a la protección de datos ofrecen ante esta nuevo conjunto de riesgos no es suficiente, se hace preciso redimensionar – en unos casos – su objeto y alcance y – en otros – consagrar nuevos derechos a nivel legal que ofrezcan la protección adecuada frente a los riesgos que en determinados sectores de aplicación de estas nuevas tecnologías han producido: comercio electrónico, plataformas, redes sociales, video vigilancia ciudadana, Justicia predictiva, internet de las cosas, *blockchain*... son ámbitos de aplicación de tales tecnologías *disruptivas* a las que el derecho debe dar una respuesta.²³ En base a estos sectores de aplicación y generación de riesgos potenciales, se han clasificado los derechos digitales según el esquema siguiente:

1. *Derechos generales* de los ciudadanos en Internet: derecho a la neutralidad de Internet, derecho de acceso universal a Internet, derecho a la seguridad digital y derecho al testamento digital.

2. *Derechos relativos a los menores*: derecho a la educación digital, protección de menores en la Red, protección de datos de menores en Internet.

3. *Derechos aplicables en el ámbito laboral* y de empresa: derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales, derecho a la desconexión digital, derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia y grabación de sonidos, derecho a la intimidad frente al uso de sistemas de geolocalización del trabajador y derechos digitales en el contexto de la negociación colectiva.

4. *Derechos aplicables respecto a los medios de comunicación digital*: derecho de rectificación en Internet y derecho a la actualización de informaciones en tales medios.

5. *Derecho al olvido* en Internet: en las búsquedas y en los servicios de redes sociales y equivalentes.

6. *Derecho a la portabilidad* en servicios de redes sociales y equivalentes.



Finalmente, el artículo 97 LOPDGD consagra las políticas de impulso a tales derechos ya comentadas y “emplaza” al legislador a regular el desarrollo de tales derechos y compromete al Gobierno para presentar informes anuales al Parlamento dando cuenta de la evolución de tales derechos y de las medidas de impulso de los mismos. No es propósito de estas líneas hacer un estudio detallado de los mismos, pues falta su concreción normativa, ni tampoco un análisis de la Carta pues ésta no es un “proyecto normativo”, sino un documento para utilizar como referencia en la futura norma jurídica que habrá de regularlos.

Solo nos cabe hacer algunas precisiones al texto: en primer lugar, consideramos una carencia relevante la ausencia del *mercado* y las relaciones de Consumo como contexto necesitado de concreción de garantías de protección del consumidor frente a estos riesgos a los que es especialmente *vulnerable*. El propio Legislador español lo acaba de poner de relieve en la Ley 4/2022 de 25 de febrero, de *protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica*, cuya Exposición de Motivos afirma: *cobra especial importancia es la brecha digital en las relaciones de consumo en la era digital. Si bien el avance tecnológico ha supuesto en muchos aspectos una apertura a nuevas oportunidades de consumo, puede situar en una situación de vulnerabilidad al 4,7 % de la población que no tiene conexión a internet. Pero no solo poder acceder a estos servicios es importante para poder desenvolverse en situaciones de igualdad en las relaciones de consumo, sino que adquirir habilidades y conocimientos tecnológicos es imprescindible para operar de forma adecuada en el comercio online, aspecto que también tiene un importante componente de edad, pues solo el 17,1 % de la población mayor de 74 años hace uso diario de internet, de acuerdo con datos del INE. A la brecha digital, hay que agregar los sesgos de género y discapacidad en el análisis de datos masivos, que afectan claramente al diseño de políticas de impacto social, como las políticas de consumo.*²⁴

Destacamos aquí que la AEPD ha elevado la cuantía de las sanciones impuestas por vulneración de la normativa de protección de datos y acumula multas millonarias a grandes compañías que operan en el mercado español. Además de las sanciones por un



total de 9 millones a CaixaBank, la operadora de telecomunicaciones **Vodafone** ha sido multada con una sanción récord de 8,1 millones -de momento la más alta aprobada por el organismo-, **BBVA** ha recibido una sanción de 5 millones o la eléctrica **EDP** también fue castigada con otros 3 millones.²⁵ Se hace preciso, pues, abordar la tarea de desarrollar tales derechos digitales en el contexto del mercado global digitalizado para sintonizar esa protección de modo adecuado a ese contexto tan relevante.

En segundo lugar, su ubicación sistemática les distancia del Título III de la LOPDGD donde se consagran los “*derechos de las personas*” a los que están indisolublemente unidos, en unos casos, o de los que son derivaciones concretas aplicables a ciertos contextos, en otros. Ello tal vez sea la causa de que la Carta de los derechos digitales no tenga valor normativo y, por tanto, eficacia directa como norma aplicable y tales derechos precisen de la *interpositio legislatoris* para su aplicación. Nos llama la atención el hecho de que el tribunal Constitucional ya asentara la doctrina de que la Constitución es un *árbol vivo* susceptible de nuevos desarrollos mediante una *interpretación evolutiva* que permite desarrollar materias como las garantías jurídicas al servicio de los derechos fundamentales que, respetando su contenido esencial, sirvan para adecuarlos a los cambios en el contexto social. Así lo afirma la STC 198/2012 de 6 de noviembre:

A través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar



la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa. Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración **la observación de la realidad social jurídicamente relevante**, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.

Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos

La utilización de la figura de la *garantía jurídica “instrumental”* en este contexto supone aplicar mecanismos de aseguramiento a la puesta en práctica de los derechos fundamentales a los que sirve, si bien nuestro legislador no parece que estime a los “derechos digitales” como derechos constitucionales autónomos, sino derivados de otros ya comentados y al servicio de estos, por lo que precisan del desarrollo normativo. A tal efecto, la sentencia del TC arriba citado nos aclara esta figura y su alcance: *La categoría garantía institucional, adoptada por nuestra jurisprudencia en la STC 32/1981, de 28 de julio, persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. Aunque en el momento de su surgimiento este concepto se asociaba exclusivamente a la protección de instituciones públicas, la garantía institucional se proyectó posteriormente hacia instituciones privadas* –refiriéndose parte de la doctrina en este caso a la noción de



*garantía de instituto– o incluso sobre determinadas manifestaciones sociales. En la STC 32/1981 se afirmaba que «la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino **la preservación de una institución** en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar» (FJ 3). De este modo, el Tribunal reconocía un amplio margen al legislador para definir el contenido de la institución, preservando la misma en términos reconocibles, al entender que «las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en éstas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3).*

Tras esta aclaración, concluye: *Por tanto, nuestra jurisprudencia reserva la noción de garantía institucional a la protección de aquellas instituciones que, encontrando reflejo constitucional y siendo fundamentales dentro del orden constitucional, no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo. Este concepto ha sido utilizado por nuestra jurisprudencia para referirse a diversas instituciones, como la autonomía local (SSTC 32/1981, de 28 de julio y 240/2006, de 20 de julio), el régimen foral (STC 76/1988, de 26 de abril), la Seguridad Social (SSTC 37/1994, de 10 de febrero y 213/2005, de 21 de julio), la familia (STC 116/1994, de 18 de abril), los colegios profesionales (STC 179/1994, de 16 de junio), etc. **Pero también se ha proyectado hacia el ámbito de los derechos fundamentales** calificándose como garantía institucional o garantía constitucional tanto el habeas corpus (SSTC 44/1991, de 25 de febrero y 288/2000, de 27 de noviembre) como el habeas data (STC 292/2000, de 30 de noviembre, entre otras), y el derecho de fundación, definido simultáneamente como «institución preservada» y como derecho fundamental (STC 341/2005, de 21 de diciembre), del mismo modo que se define la autonomía universitaria (entre otras STC 75/1997, de 21 de abril).*



En definitiva, hemos de estar a la espera de ese desarrollo normativo, si bien la *Carta* puede cumplir finalidades adicionales (Barrio Andrés) como documento *prelegislativo*, inspirador de códigos de conducta, de impulso a las políticas públicas, instrumento de interpretación de conceptos legales y fundamento para el debate de la futura norma reguladora. Como nos recuerda Martínez Martínez, la Carta se encuadra en la planificación estratégica del Estado y debe servir para dar respuesta a los desafíos de la transformación digital.²⁶ Más complicado consideramos una reforma constitucional para integrar explícitamente tales derechos en el articulado de nuestra Carta Magna, sobre todo porque a partir del su artículo 9.1 los derechos fundamentales también se aplican al *mundo digital* y, como nos dijo nuestro Tribunal Constitucional son fuente de derechos y obligaciones aplicables de forma inmediata y susceptibles de una suerte de interpretación creativa como sucedió con el “*habeas data*”:

*Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una interpositio legislatoris para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado. Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos. Este principio general de aplicabilidad inmediata no sufre más excepciones que las que imponga la propia Constitución, expresamente o bien por la naturaleza misma de la norma (STC 15/1982, fundamento jurídico 8.º). Es cierto que, como señalamos en esa misma Sentencia, cuando se opera con una «reserva de configuración legal» es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y completado por el legislador.*²⁷

A modo de **conclusión**, hemos de tener presente que la propuesta de las llamadas ciudades inteligentes (*smart cities*) en las que el ciudadano y su entorno urbano interactúen de modo positivo – gestión del tráfico, seguridad, turismo activo, etc. – mediante una digitalización que promueva valores como la sostenibilidad, la ecología, la accesibili-



dad y poniendo las políticas urbanísticas al servicio de las personas que habitan o visitan las ciudades – *turismo inteligente* – supone un avance indiscutible, pero en este dialogo ciudad/ciudadano no cabe admitir que estas nuevas tecnologías permitan los abusos que en estas paginas hemos venido denunciando al aplicar las tecnologías de captación de información de los sujetos para fines no conciliables con el respeto a sus derechos y además, ello hará que la “tecnocracia” amplíe más su control sobre los ciudadanos y, como dijo Rodotá, una Política presa de la tecnología puede dar una falsa imagen de eficiencia, pero hace a la Democracia más débil. **además, hará a la política una “prisionera de la información de los sujetos para fines no conciliables con un desarrollo de forma que la relación entre sus habitantes y la ciudad Conformación del Espacio Público**

1. Vid. *Democracia protección de datos*. Rev. Cuadernos de Derecho Público. 2003
2. Vid. *El Derecho ante las nuevas tecnologías*. En la obra: *El Derecho en la sociedad telemática*. Ed. Andavira, 2012. Páginas 129 y ss.
3. Cfr. Comunicación de la comisión al Parlamento europeo y al Consejo sobre *Mayor protección, nuevas oportunidades: Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación directa del Reglamento general de protección de datos a partir del 25 de mayo de 2018*
4. Cfr. Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, *sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior*.
5. Vid. *La revolución tecnológica y sus retos: medios de control, fallos de los sistemas y ciberdelincuencia*. En la obra: *Los robots y el Derecho*. Coord. Rogel Vide, C. Ed. Reus, Madrid, 2018 páginas 79 y ss
6. *Los smart contracts, o contratos inteligentes, son algoritmos que se almacenan en una blockchain y que ejecutan decisiones automatizadas. En la medida en que estas decisiones pueden afectar de manera significativa a las personas físicas o elaborar perfiles de ellas, deben tenerse en cuenta desde el diseño los requisitos establecidos en el artículo 22 del RGPD, e incorporar las garantías y medidas necesarias para proteger los derechos de los interesados.* (Fuente: AEPD)
7. Vid. *Inteligencia Artificial, Derechos Humanos y bienes jurídicos*. Ed. Thomson Reuters/Aranzadi, 2021
8. Vid. Op. Cit. Loc. Cit.
9. Sobre las dimensiones del concepto de *intimidad* y su evolución vid. Del Peso Navarro, E. y del Peso Ruiz, M.: *Intimidad versus seguridad*?. En la obra: *El Derecho en la sociedad telemática*. Cit. Páginas 197 ss



10. Cfr. Sentencias del Tribunal Constitucional 254/1993; 11/1998; 292/2000; 96/2012; 241/2012; 17/2013 y 29/2013, entre otras.
11. Vid. *Aspectos legales de la Inteligencia Artificial*. Ed. Dykinson, 2022, página 70 y siguientes.
12. Warren, S & Brandéis, L: *El derecho a la intimidad*. Civitas, Madrid, 1996 y Arce Janariz. A.: *El derecho a la intimidad de Samuel D. Warren y Luis D. Brandeis*. Rev. Española de derecho constitucional. Número 47, páginas 367 y ss.
13. Vid. Pérez Luño, A.E.: *Nuevo derecho, nuevos derechos*. Anuario de Filosofía del Derecho, 2016.
14. Comienza el precepto indicando “En cualquier caso, se entenderá por violencia [...] la difusión pública de datos privados”.
15. Sobre el “*domicilio digital*” como objeto de un nuevo derecho, véase Ortiz Pradillo J.C.: “*Informática y Derechos fundamentales: hacia un derecho fundamental a la confidencialidad e integridad de los equipos informáticos*”. En la Obra “El Derecho en la sociedad telemática” cit. Página 57 y ss
16. La empresa estadounidense de reconocimiento facial por Inteligencia Artificial (IA) **Clearview** ha sido multada con 20 millones de euros por haber puesto en marcha «una auténtica **vigilancia biométrica de las personas en territorio italiano**” utilizando sus datos “ilegalmente”, informó la Autoridad para la Protección de Datos del país. Una investigación del organismo – el Garante - ha revelado que la compañía, con una base de datos de **más de 10.000 millones de imágenes de rostros** de personas de todo el mundo, «permite, en contra de lo que afirma, el **seguimiento** de ciudadanos italianos y de personas ubicadas en Italia», revela en un comunicado. **Clearview AI** ofrece un servicio de búsqueda altamente cualificado que, gracias a sistemas de IA, permite crear perfiles basados en los datos biométricos **extraídos de web públicas**, posiblemente enriquecidos con otra información relacionada, como el título y la geolocalización de la foto, la página web de publicación, explica. “Los resultados (de la investigación) revelaron que los datos personales en poder de la empresa, incluidos los datos biométricos y de geolocalización, **se tratan de forma ilegal, sin una base legal adecuada**”. (Vid. Diario de Sevilla, marzo de 2022)
17. Vid. “*Los miedos de la sociedad global*”. En la obra “*El Derecho en la sociedad telemática...*”cit. Página173.
18. vid. *propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*. com/2021/206 final
19. *Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)*
20. Vid Fernández, C.B: *Los nuevos derechos digitales reconocidos por la Ley Orgánica*



- 3/2018 de Protección de datos y Garantía de los Derechos Digitales. Diario la ley, 2018.
21. Esta Carta carece de eficacia normativa a diferencia de la Carta portuguesa de *Derechos Humanos en la Era Digital* de 2021 (Ley 27/2021 de 17 de maio). Vid. Soares Farinho, D.M.; *La Carta portuguesa de derechos humanos en la era digital. Una valoración jurídica*. En Revista Española de Transparencia. Numero 13 de 2021.
 22. Vid. *La Carta de los derechos digitales de España*. En la Revista *El Notario del siglo XXI*, número 101 de 2022, paginas 154 y ss
 23. Sobre los supuestos de riesgo, vid. Valls Prieto: *Inteligencia artificial...cit*. Páginas 27 y ss
 24. A titulo de ejemplo: *Los datos personales son una información sensible, tanto que están protegidos por ley. Sin embargo, hay veces que los facilitamos casi sin pensar, confiando en una buena fe por parte del receptor, que no siempre existe. El pasado 10 de enero un matrimonio de La Puebla de Cazalla denunció la sustracción de los ahorros de toda su vida mediante el robo de sus datos y posterior utilización a través de Internet. Todo comenzó con una de esas llamadas comerciales que es habitual recibir. En concreto, a media tarde del 6 de enero, Andrés, de 77 años de edad recibió una llamada telefónica de alguien que se identificó como un comercial de su compañía telefónica e internet. A lo largo de la conversación, el supuesto comercial le pidió numerosos datos personales para poder realizar un cambio de titularidad de línea de un familiar para ponerlo a su nombre, un trámite que Andrés estaba esperando realizar. Para poder realizarla, no sólo le solicitó los datos del hombre, sino también de su esposa y la familiar anterior titular de la línea telefónica. El estafador lo tenía todo preparado. Incluso llegó a remitirlo a una locución sobre protección de datos, circunstancia que hace que Andrés confiara en el teórico comercial. En esta clima de supuesta normalidad, la víctima facilita al ciberdelincuente, las cuentas bancarias y las dos tarjetas de crédito que constan igualmente a nombre del titular con la misma entidad bancaria. Desde ese mismo día de Reyes y hasta el 8 de enero, los ciberdelinquentes realizaron numerosos cargos, todos provenientes de una conocida agencia de viajes online, cargándole en cuenta prácticamente la totalidad de sus ahorros, en concreto, la cantidad de 14.609,71 euros. Igualmente, los ciberdelinquentes realizaron más operaciones con cargo a las tarjetas de crédito del matrimonio por un total de 17.893,15 euros, en la primera de ellas, y por 6.525,00 euros en la segunda. Tras la presentación de la denuncia y de la reclamación formal ante la entidad bancaria, finalmente el matrimonio ha conseguido recuperar el total sustraído e, incluso, que se le abonen las cantidades que el banco financió al ciberdelincuente a través de las tarjetas de crédito.* (Vid. Diario de Sevilla, febrero de 2022)
 25. La **Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)** ha impuesto una nueva multa millonaria a **CaixaBank** por el tratamiento que hace de los datos de sus clientes. La agencia ya castigó a la entidad financiera con dos



sanciones con un importe conjunto de 6 millones de euros el pasado enero, y ahora suma una nueva multa de 3 millones de euros a CaixaBank Payments & Consumer, la filial de medios de pago y créditos al consumo del grupo. La AEPD considera que la filial de CaixaBank ha cometido una **infracción muy grave** por los procesos que utiliza para recabar de sus clientes el consentimiento para **elaborar perfiles con fines comerciales** y que pueden acabar compartiendo todas las filiales del grupo, y da a la compañía seis meses para adaptarlos a los criterios exigidos al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea. (Fuente: El *Periódico de España*. Octubre, 2021)

26. Vid. Derechos digitales, planificación estratégica y compliance. Diario La Ley, número 9901, 2021
27. Cfr. Sentencias del Tribunal constitucional 254/1993 y 290/2000.



APOIO INSTITUCIONAL



AMAPAR
ASSOCIAÇÃO DOS
— MAGISTRADOS —
— DO PARANÁ —





APOIO INSTITUCIONAL

