

REVISTA DA  
**AGU**

volume 20 nº 03- Brasília-DF, jul./set. 2021

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da AGU	Brasília	v. 20	nº 03	p. 1-264	jul./set. 2021
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

# Revista da AGU

## Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -  
CEP 70610-460 – Brasília/DF – Brasil.  
e-mail: [eagu.avaliaeditorial@agu.go.br](mailto:eagu.avaliaeditorial@agu.go.br)  
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Fabrcio da Soller

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fabrcio da Soller	Secretário-Geral de Consultoria
Vinfcius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Ávio Kalatzis de Britto	Procurador-Geral Federal
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

### ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'Anna	Diretor
Andrea Maria Nogueira Cajueiro Zanon	Coordenadora-Geral de Ensino
Stella Arruda Mota	Coordenadora de Pós-Graduação

**ABNT(adaptação)/Diagramação:** Walbert Kuhne

**Capa:** Walbert Kuhne

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU/ Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes  
Leal. – Brasília : EAGU, 2002.  
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes

Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU :  
Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da  
AGU (2008-).

A partir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração  
1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN -L 1981-2035 (versão impressa)

ISSN 2525-328x (versão online)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05  
CDU 342(05)

## **EDITOR-CHEFE**

### **DANILO BARBOSA DE SANT'ANNA**

Diretor da Escola da AGU, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.  
Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito.  
Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Advogado da União.

## **VICE-EDITOR**

### **HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO**

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-Graduação e Grupos de Pesquisa na Escola da  
Advocacia-Geral da União.  
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Constitucional  
pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado da União

## **EDITOR ASSISTENTE**

Allan Tavares

## **INDEXAÇÃO EM:**

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras.

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas.

LATINDEX - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América  
Latina, el Caribe, España y Portugal.

ACADEMIA.EDU - ferramenta (rede social Acadêmica) de colaboração destinada a acadêmicos e  
pesquisadores de qualquer área de conhecimento.

GOOGLE ACADÊMICO - Permite a pesquisa de assuntos de diversas disciplinas em diversas  
fontes, num só site.

PORTAL DE PERIÓDICOS CAPES

OASISBR - Acesso gratuito à produção científica de autores vinculados a universidades e institutos  
de pesquisa brasileiros.

# CONSELHO EDITORIAL

## INTERNACIONAIS

**CARLA AMADO GOMES**  
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,  
PORTUGAL)

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e Pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

**JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE SOUSA PINHEIRO** (UNIVERSIDADE DE LISBOA, PORTUGAL)

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Ciência Jurídico-Política pelo Instituto de Ciências

Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA**  
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,  
ESPANHA)

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

**PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO** (UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPANHA)

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

## NACIONAIS

### REGIÃO NORTE

**EDSON DAMAS DA SILVEIRA**  
(UEA/UFRR/PR)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

**JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO**  
(CESUPA)

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

### REGIÃO NORDESTE

**MONICA TERESA COSTA SOUSA**  
(UFMA)

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

**MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA** (UNIFOR/CE)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA  
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA  
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTANA  
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR  
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

**REGIÃO CENTRO-OESTE**

**JEFFERSON CARÚS GUEDES  
(UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES  
GODOY (AGU/UNICEUB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnICEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO  
NEVES (UNB/DF)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutor em Direito pela Universidade de Bremen. Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

## REGIÃO SUDESTE

### **JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

### **ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

### **MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

### **DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutor em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

### **TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM (PUC/SP)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

### **THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

## REGIÃO SUL

### **LÊNIO STRECK (UNISINOS/SC)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

### **MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)**

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em

Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União.

### **REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)**

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutora em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

## PARECERISTAS

### **ADELICIO MACHADO DOS SANTOS - UNIVERSIDADE CRUZEIRO DO SUL**

Pós-Doutor em Gestão do Conhecimento, Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento na Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC, Mestre em Relações Internacionais.

### **ADRIANE PINTO RODRIGUES DA FONSECA PIRES – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO**

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

### **ANA ALVARENGA MOREIRA MAGALHÃES - PROCURADORA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE**

Doutora e mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Procuradora do Município de Belo Horizonte - MG. Professora das Faculdades Milton Campos, do Instituto Elpídio Donizetti (Portal IED) e da ESNOR - Escola Superior de Notários e Registradores.

### **ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI – CENTRO UNIVERSITÁRIO DAS FACULDADES METROPOLITANAS UNIDAS**

Doutora e Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada em Direito - Faculdades Metropolitanas Unidas. Advogada no Escritório Cavalcanti e Cavalcanti Advogados em São Paulo. Professora da graduação, Pós-graduação e Mestrado do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU.

### **FLÁVIO HENRIQUE ALBUQUERQUE DE FREITAS – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS**

Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR (2020). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça

do Amazonas, Titular da Vara Especializada em Crimes de Trânsito e auxiliando na vara da Auditoria Militar.

### **GIOVANNI OLSSON - UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA REGIONAL NA LINHA ATORES INTERNACIONAIS (UNO-SC).**

Doutor em Direito (UFSC). Mestre em Direito (UFSC).

### **JOSÉ CARLOS KRAEMER BORTOLOTTI - ESCOLA DE DIREITO DA FACULDADE MERIDIONAL – IMED**

Pós-Doutor em Direito (IMED/RS). Doutor em Direito (UNESA/RJ), Mestre em Direito (ULBRA/RS). Advogado. Professor da Escola de Direito da Faculdade Meridional - IMED.

### **LOIANE PRADO VERBICARO - UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA**

Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca – USAL, Mestra em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Professora da Universidade Federal do Pará - UFPA.

### **LUIS CLÁUDIO MARTINS DE ARAUJO – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU)**

Pós-Doutorado. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogado da União.

### **MÁRCIO ALEANDRO CORREIA TEIXEIRA - UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO**

Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão. Professor da Universidade Ceuma.

**MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO  
E MENDONÇA - UNIVERSIDADE  
DE FORTALEZA /UNIFOR/CE**

Pós-doutora em Direito Tributário pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE).

**MAURÍCIO DA CUNHA FILÓ -  
UNIVERSIDADE DO EXTREMO  
SUL CATARINENSE (UNESC)**

Doutor e Mestre em Direito. Professor na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC).

**MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ  
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE  
CATÓLICA DO PARANÁ**

Doutoranda em Direito pela PUCPR (bolsista PROSUP), Mestra pela PUCPR. Editora Adjunta da Revista da ABDCONST. Professora da FAE (Law Experience). Fundadora da NÔMA - Norma e Arte. Advogada.

**RICARDO OLIVEIRA ROTONDANO  
- UNIVERSIDADE ESTADUAL DE  
GOIÁS**

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Docente da Universidade Estadual de Goiás e do Centro Universitário Ritter dos Reis.

**ROGÉRIO BORBA DA SILVA  
- UNIVERSIDADE VEIGA DE  
ALMEIDA-RJ**

Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Fluminense e graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Veiga de Almeida-RJ.

**RUBÉN MIRANDA GONÇALVES -  
UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE  
COMPOSTELA - UNIVERSIDADE  
INTERNACIONAL DE LA RIOJA**

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da Universidade Internacional de La Rioja.

**SÉRGIO TORRES TEIXEIRA  
- TRIBUNAL REGIONAL DO  
TRABALHO DA 6ª REGIÃO**

Doutor e mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Professor adjunto da FDR/UFPE e da UNICAP, Professor, coordenador científico e Diretor da Escola Superior da Magistratura do Trabalho - ESMATRA e professor/instrutor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT), da Escola Judicial do TJPE (ESMAPE), da Escola Judicial do TRT6 e de Escolas Judiciais de outros quinze TRTs.

**THAÍS CÍNTIA CÁRNIO -  
UNIVERSIDADE PRESBITERIANA  
MACKENZIE**

Doutora em Direito Tributário e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada atuante nas áreas de Direito Empresarial, Tributário e Internacional. Professora na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

**URÁ LOBATO MARTINS – ESCOLA  
SUPERIOR MADRE CELESTE –  
FACULDADE ESTÁCIO DE BELÉM**

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestra em Direito pela UFPA. Advogada.



# AUTORES

## **CÉSAR PASOLD**

Pós Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná-UFPR; Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco-Universidade de São Paulo-USP; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC; Mestre em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo-USP; Docente da Universidade do Vale do Itajaí.

## **CLOVIS BEZOS**

Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação.

## **EDUARDO ENRIQUE TALÉNS VISCONTI**

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Valencia (Espanha).

## **FABIANO DE FIGUEIREDO ARAUJO**

Doutorando em Direito. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Procurador da Fazenda Nacional. Professor Universitário

## **GUILHERME CORONA RODRIGUES LIMA**

Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade de São Paulo - PUC-SP. Advogado Sócio de Corona e Bio Sociedade de Advogados. Professor de Direito Administrativo.

## **GUILHERME KIRTSCHIG**

Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região.

## **ISRAEL TELIS DA ROCHA**

Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento. MBA em Gestão Pública. Especialização em Direito Constitucional e Administrativo; Procurador Federal -Advocacia-Geral da União e Professor Titular na Faculdade de Direito de Santo André – FADISA

## **LEANDRO SARAI**

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Advogado público. Membro do Comitê de Pós-Graduação (CPG) do Banco Central e da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União.

## **LEVI HULSE**

Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP no curso de Direito, cursos EAD, professor na pós-graduação *latu sensu*, professor titular no Mestrados em Desenvolvimento e Sociedade PPGDS-UNIARP e professor titular no Mestrado em Educação Básica PPGEB-UNIARP.

## **MARCO ANTONIO LIMA BERBERI**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Procurador do Estado do Paraná na PGE-PR.

## **MARGARETH VETIS ZAGANELLI**

Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil(2004) Professor Visitante Mobilidade Erasmus + do Università degli Studi di Milano - Bicocca , Itália

## **MOZART LEITE DE OLIVEIRA JUNIOR**

Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração e em Direito Ambiental Nacional e Internacional. Procurador Federal

**PAULO ROBERTO BARBOSA  
RAMOS**

Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor Titular do Departamento de Direito da UFMA. Professor Permanente dos Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMA.

**RICARDO JOSÉ FEITEN**

Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade do Estado de Santa Catarina - UDESC (2018). servidor público no Ministério Público Federal.

**SARA BARROS PEREIRA DE  
MIRANDA**

Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - PPGDIR/UFMA. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada pela OAB/MA.

**SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA**

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil - Centro Universitário Autônomo do Brasil (Curitiba). Professor de Direito na Faculdade de Tecnologia de Curitiba (FATEC-PR). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR)

**SIMONE GUERRA MAZIERO**

Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil(2018) técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região , Brasil.

# SUMÁRIO

EDITORIAL..... 13

## ARTIGO DE AUTOR CONVIDADO

Redes Sociales y Prueba en el Proceso Social: Aspectos  
Controvertidos y Eventual Vulneracion de Derechos  
Fundamentales

*Social Media and Evidence in the Social Process: Controverted Aspects  
and Eventual Violation of the Human Rights*

*Eduardo Enrique Taléns Visconti* ..... 17

## ARTIGOS

Estado de Bem-Estar Social e Sindicalismo Profissional: Breves  
Considerações Sobre a (In) Compatibilidade da Lei 13.467/2017 com a  
Racionalidade da Constituição Brasileira de 1988

*Welfare State and Professional Trade Unionism: Brief Considerations on  
the (In) Compatibility of the Law 13.467/2017 with the Rationality of  
The Brazilian Constitution of 1988*

*César Pasold*

*Guilherme Kirtschig*..... 43

Perspectivas Sobre a Responsabilidade Civil Estatal e a Covid-19.

*State Civil Liability And Covid-19*

*Fabiano de Figueiredo Araujo* ..... 65

Limites ao Compartilhamento dos Elementos dos Acordos de  
Colaboração Entre os Órgãos de Controle

*Limits of Sharing Elements of Collaboration Agreements Among Control  
Agencies*

*Guilherme Corona Rodrigues Lima*

*Clovis Beznos*..... 83

Determinações da Justiça do Trabalho Para Remessa de Crédito  
Pertencente à Empresa Contratada Pela Administração Pública: O que  
Pode Ser Considerado Crédito da Empresa Para o Cumprimento da  
Ordem?

*Labor Justice Determinations for Remittance of Credit Pertaining to the  
Company Hired by the Public Administration: What can be Considered a  
Company's Credit for the Fulfillment of the Order?*

*Israel Telis da Rocha*..... 103

Alterações Quantitativas nos Contratos Administrativos: Análise Crítica <i>Quantitative Changes in Administrative Contracts: Critical Analysis</i> Leandro Sarai .....	129
Colisão de Direitos Fundamentais: Acesso à Informação Vs. Privacidade Através do Caso “Carta de Mário de Andrade” <i>Fundamental Rights Collision: Access to Information Vs. Privacy Through the Case “Letter of Mário de Andrade”</i> Levi Hulse Ricardo José Feiten .....	153
O Novo Constitucionalismo na América Latina <i>The New Constitutionalism in Latin America</i> Mozart Leite de Oliveira Junior .....	173
O Sistema Federal no Canadá: Uma Análise dos Elementos Conformadores do Federalismo Canadense e Seus Impactos no Séc. XXI <i>The Federal System in Canada: An Analysis of the Shaping Elements of Canadian Federalism and Their Impacts on 21st Century</i> Sara Barros Pereira De Miranda Paulo Roberto Barbosa Ramos .....	195
Robô Processual: Inteligência Artificial, Atos Processuais e Regras Padrão <i>Procedural Robot: Artificial Intelligence, Procedural Acts and Default Rules</i> Sérgio Rodrigo de Pádua Marco Antonio Lima Berberi .....	225
Mediação na Alienação Parental: Diálogos Familiares Possíveis na Resolução de Conflitos e Salvaguarda da Afetividade <i>Mediation in Parental Alienation: Possible Family Dialogue in Conflict Resolution and Affective Safety</i> Simone Guerra Maziero Margareth Vetis Zaganelli .....	249

## EDITORIAL

Prezado leitor,

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal tem a satisfação de apresentar nova edição da Revista da AGU, referente ao 3º trimestre do ano de 2021.

Na abertura deste número, o Professor Eduardo Enrique Taléns Visconti, da Universidade de Valência, analisa questões controvertidas a respeito da prova baseada em publicações feitas em redes sociais. Em artigo gentilmente elaborado a convite da Comissão Editorial da Revista, o autor enfoca a jurisdição social espanhola, que é responsável pelos casos relacionados ao Direito do Trabalho e da Seguridade Social naquele país. Dentre os aspectos abordados pelo jurista, incluem-se as dificuldades relacionadas à autoria, à autenticidade e à volatilidade dos textos publicados em redes sociais, bem como a possibilidade de afronta a direitos fundamentais no momento de obtenção dessas provas.

Na sequência, são apresentados os artigos recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados pelo processo de “avaliação cega por pares”. O primeiro deles é de autoria de César Pasold e Guilherme Kirtschig, que examinam a compatibilidade da Reforma Trabalhista, implementada pela Lei n. 13.467/2017, com o modelo de Estado de Bem-Estar Social, levando em conta, em especial, os impactos desse diploma normativo sobre a atuação e as prerrogativas dos sindicatos profissionais.

Fabiano Araujo avalia a responsabilidade civil do Estado no contexto da adoção de medidas de enfrentamento à pandemia da Covid-19, com destaque para as limitações administrativas promovidas pelos entes federativos e as situações de omissão quanto ao dever de prestação de serviços de assistência à saúde. Em seu entendimento, o cenário de pandemia não modificou, por si só, os pressupostos ordinários para a configuração da responsabilidade aquiliana do Estado.

Guilherme Rodrigues Lima e Clovis Beznos identificam os limites ao compartilhamento dos elementos de prova obtidos em acordos de colaboração entre os diversos órgãos de controle, ressaltando a necessidade de preservação dos direitos do colaborador e a impossibilidade de agravamento de sua esfera de responsabilização pelo órgão destinatário do compartilhamento.

O artigo de Israel Telis da Rocha versa sobre os deveres da Administração Pública de informar, reter e colocar à disposição da Justiça do Trabalho os créditos pertencentes às empresas com as quais mantenha contratos de prestação de serviços.

Leandro Sarai empreende minucioso estudo acerca das normas relativas às alterações quantitativas nos contratos administrativos, buscando encontrar os limites legais para essas modificações, que se destinam a resolver imprevistos surgidos após o planejamento da contratação.

Em pesquisa qualitativa e exploratória, Levi Hulse e Ricardo Feiten analisam a colisão entre os direitos fundamentais de acesso à informação e da privacidade no caso concreto conhecido como “Carta de Mário de Andrade”. A investigação utiliza, como marco teórico, a teoria externa das restrições de direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy.

Mozart de Oliveira Junior traça os contornos do movimento designado como Novo Constitucionalismo Latino-Americano, concernente à evolução constitucional por que passam alguns países da América Latina ao longo das últimas décadas. O autor enfatiza as experiências constitucionais boliviana e equatoriana, que retomam os saberes ancestrais dos Povos Indígenas para promover a transição do modelo antropocêntrico para o biocêntrico.

Em estudo de Direito Constitucional Comparado, Sara Miranda e Paulo Roberto Ramos dissertam sobre as origens e bases do Federalismo no Canadá e a influência dessa forma de Estado na atual conjuntura canadense, destacando sua importância para a manutenção da integridade e da unidade daquele país.

Sérgio de Pádua e Marco Antonio Berberi exploram as potencialidades da delegação da prática de atos processuais de menor complexidade para algoritmos de inteligência artificial, pautada na segurança e na celeridade dos trâmites, o que, a seu ver, pode ser garantido por uma arquitetura de decisões que espelhe heurísticas desenhadas pelo próprio julgador.

Simone Maziero e Margareth Zaganelli abordam a mediação familiar como meio de resolução de disputas ocorridas nos processos de separação, enfatizando seu potencial para propiciar a resolução de

conflitos fora dos limites do Poder Judiciário, de maneira a preservar o interesse da família.

A Escola da AGU agradece a todos os envolvidos no processo editorial da Revista e parabeniza os autores pelos artigos ora publicados. Convidamos o leitor a apreciar os trabalhos científicos oferecidos, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-graduação da  
Escola da AGU. Advogado da União





RECEBIDO EM: 01/04/2021

APROVADO EM: 17/05/2021

# REDES SOCIALES Y PRUEBA EN EL PROCESO SOCIAL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y EVENTUAL VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES

*SOCIAL MEDIA AND EVIDENCE IN THE SOCIAL  
PROCESS: CONTROVERTED ASPECTS AND EVENTUAL  
VIOLATION OF THE HUMAN RIGHTS*

*Eduardo Enrique Taléns Visconti  
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia (España).*

**SUMARIO:** 1. Conceptualización y volatilidad de la prueba; 2. Los problemas relacionados con la volatilidad de la prueba basada en redes sociales; 3. Problemas relacionados con la autenticidad de la prueba basada en redes sociales; 4. Problemas relacionados con la autoría de la prueba basada en redes sociales; 5. La eventual afectación de los derechos fundamentales por la prueba obtenida de publicaciones en redes sociales; 5.1. El derecho a la intimidad; 5.2. El secreto de las comunicaciones; Referencias.

**RESUMEN:** La reciente irrupción y expansión del uso de las redes sociales plantea una serie de problemas jurídicos en diferentes áreas del Derecho. Las relaciones laborales no son ajenas a las nuevas cuestiones que se suscitan en relación con las redes sociales. De tal suerte que pueden ser el instrumento de prueba para dirimir aspectos del contrato de trabajo. En este sentido, en el presente estudio trato de arrojar luz sobre algunos aspectos nucleares de la prueba basada en publicaciones vertidas en redes sociales dentro del proceso social. Así, de un lado, en primer lugar, trataré cuestiones relativas a la volatilidad, autenticidad y autoría de los comentarios. De otro lado también me detendré en la eventual vulneración sobre los derechos fundamentales a la hora de obtener este tipo de pruebas.

**PALABRAS CLAVE:** Redes Sociales. Prueba. Proceso judicial. Autenticidad. Volatilidad. Autoría. Derechos Fundamentales.

**ABSTRACT:** The recent emergence and expansion of the use of social networks raises a series of legal problems in different areas of law. Labor relations are not alien to the new issues that arise in relation to social networks. In such a way that they can be the test instrument to settle aspects of the employment contract. In this sense, in the present study I try to shed light on some core aspects of the test based on publications made on social networks within the social process. So, on the one hand, first of all, I will deal with issues relating to volatility, authenticity and authorship of the comments. On the other hand, I will also focus on the eventual violation of fundamental rights when obtaining this type of evidence.

**KEYWORDS:** Social Media. Evidence. Judicial Process. Authenticity. Volatility. Authorship. Human Rights.

## 1. CONCEPTUALIZACIÓN Y VOLATILIDAD DE LA PRUEBA

Si las cuestiones de derecho sustantivo relacionadas con el uso de las redes sociales en el ámbito laboral provocan bastantes dudas e inconsistencias, los aspectos procesales no son, ni mucho menos, algo pacífico. La novedad y la proliferación en la utilización masiva de estas plataformas abre una serie de interrogantes bastante complejos en relación con los aspectos probatorios. Esto es así porque, normalmente, las redes sociales son la vía a través de la cual se detecta un ilícito laboral, o lo que es lo mismo, estas plataformas son, habitualmente, el medio de prueba para acreditar un hecho dentro del proceso social (NORES TORRES, 2016).

Los sistemas de comunicación analizados –redes sociales de todo tipo– están presentes en la vida cotidiana de las personas, razón por la cual, cabe plantearse su legalidad a la hora de acreditar hechos con relevancia laboral en el seno de la jurisdicción social (también, claro está, dentro de otros órdenes jurisdiccionales). Por el momento, los pronunciamientos que han advertido los problemas procesales de los medios de prueba basados en evidencias plasmadas en redes sociales no son todavía muy numerosos, siendo más bien escasos. Es dentro de la jurisdicción penal donde podemos encontrar más ejemplos, puesto que las redes sociales son el medio de prueba para constatar varios delitos relacionados con el abuso de menores, con la violencia de género, las amenazas, el “ciberacoso”, etc. En el ámbito de la jurisdicción social los pleitos laborales en los que las redes sociales actúan como telón de fondo no han llegado, ni siquiera, a conocimiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (salvo en algunos autos en los que no se ha apreciado la necesaria contradicción). Con todo, de lo que no me cabe ninguna duda es que el problema de la prueba obtenida a través de las redes sociales tiene un recorrido judicial práctico más que evidente, por lo que, en un corto periodo de tiempo tendremos más pronunciamientos sobre los que existirá una diferencia de criterios sobre las que el Tribunal Supremo estará llamado a la unificación. Junto con ello, opino que de forma paulatina van a ir apareciendo nuevos interrogantes jurídicos y otra serie de matices sobre los aspectos procesales relacionados con las cuestiones relativas a la prueba basada en publicaciones vertidas en las redes sociales.

Una primera duda que surge en esta sede, absolutamente superada en la actualidad, pasa por la admisibilidad o no de las redes sociales como medio de prueba en el seno de la jurisdicción social. En este sentido, no existen demasiados inconvenientes a la hora de admitir como prueba dentro del proceso social la presentación de aquellos documentos, archivos o fotografías publicados en una red social, puesto que la amplitud con la

que está redactado el artículo 90.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) así lo parece aconsejar<sup>1</sup>. De entrada, cabe apuntar que la aportación de dispositivos de telefonía móvil o bien capturas de pantalla de conversaciones y comentarios reflejados en las redes sociales son perfectamente admisibles como mecanismos probatorios. No es de extrañar, por tanto, que a día de hoy podamos encontrar un nutrido número de pronunciamientos judiciales dónde, de una forma u otra, las redes sociales se han utilizado para probar ciertos comportamientos o hechos con repercusión jurídico-laboral.

La segunda consideración que merece la pena destacar en este momento pasa por la conceptualización de las redes sociales como medio de prueba, es decir, intentar despejar las eventuales controversias suscitadas en torno a su naturaleza jurídica. En mi opinión, como las redes sociales son plataformas digitales en las que los usuarios comparten ideas, comentarios, fotografías y se relacionan entre sí, entiendo que entran dentro del concepto de “prueba electrónica”. Considero que forman parte de este concepto con independencia del formato en el que se presente la información en el proceso: ya sean fotografías, vídeos, mensajes, etc. (FERRANDO GARCÍA, 2016).

Ante el silencio que guarda la LRJS sobre el particular, entiendo que debemos acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil para determinar la naturaleza jurídica de la prueba electrónica. En este sentido, el art.299.1 LEC contempla un elenco de medios probatorios clásicos o tradicionales, a saber: interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos. Por su parte, en el apartado segundo prevé la posibilidad de aportar como prueba en el proceso “los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase”. Todos estos medios, que he concentrado en la utilización del término “prueba electrónica” formar parte, según la LEC, de un concepto autónomo y separado. Esto es así porque no entran dentro de la clasificación establecida en el apartado primero del indicado precepto. El mantenimiento de esta postura significa, en principio, que la prueba basada en redes sociales no será tratada como un documento, con

---

1 Según dispone el artículo 90.1 LRJS: “las partes, previa **justificación de la utilidad y pertinencia** de las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

las evidentes repercusiones que de ello se deriva a la hora de poder acceder a la revisión de hechos probados en el recurso de suplicación. Además, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 382.3 LEC, la prueba electrónica debe de ser valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Con todo, no cabe perder de vista como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dado recientemente un paso decisivo sobre el tema de la naturaleza jurídica de las pruebas electrónicas, admitiendo su consideración como documento en el caso particular de un correo electrónico. Podemos ver esta sustancial evolución en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020<sup>2</sup>. En el mencionado pronunciamiento judicial puede leerse lo siguiente:

el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo. En consecuencia, debemos atribuir la naturaleza de prueba documental a los citados correos electrónicos obrantes a los folios 730, 731 y 505 de las actuaciones. Ello no supone que todo correo electrónico acredite el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia. (STS de 23 jul. 2020).

Por lo tanto, parece que el Tribunal Supremo acepta que el correo electrónico sea tratado como un documento a los efectos probatorios. Esto significa que, entre otras cuestiones, podrá ser objeto de revisión a través del recurso de suplicación. Ello no quiere decir, ni mucho menos,

---

2 STS de 23 de julio de 2020, rec.239/2018. En dicha sentencia se puede leer lo siguiente: "Hay que distinguir entre medios de prueba y fuentes de prueba. Medios de prueba son los instrumentos de intermediación requeridos por el proceso para la constancia material de los datos existentes en la realidad exterior; mientras que la fuente de prueba se refiere a la fuente de información del mundo exterior que está en capacidad de ofrecer el medio de prueba. Las fuentes de prueba que se incorporan al proceso a través de los medios de prueba son ilimitadas (art. 299.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -en adelante LEC). La LEC sanciona el carácter de *numerus apertus* de las fuentes de prueba, pero los medios de prueba únicamente pueden ser los regulados en la LEC. La controversia radica en determinar si la concisa regulación de estos medios probatorios establecida en la LEC (arts. 299.2 y 382 a 384) configura unos medios de prueba autónomos, es decir, unos complejos normativos completos, o si dichas normas no constituyen medios de prueba independientes sino que deben ponerse en relación con la prueba documental".

que la revisión prospere, pues para ello se precisarán observar una serie de cuestiones, pero el hecho de que pueda acceder a la suplicación, sin que sea negada raíz, supone un importante avance en la doctrina del Tribunal Supremo. Cabe ahora plantearse si esto será de aplicación a otro tipo de pruebas electrónicas distintas al correo, particularmente, las redes sociales. A falta de evolución judicial sobre el tema, de la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2020 parece advertirse un cambio de tendencia, pero entiendo que no toda publicación en una red social cabe entenderla como prueba documental. Por ejemplo, considero que una conversación de Whatsapp difícilmente podrá revestir una condición de documento, aunque es posible que en una interpretación amplia sobre la doctrina del Tribunal Supremo quepan estos y otros medios de comunicación.

Por lo que respecta a las bondades de la prueba electrónica, cabe apuntar que la misma presenta evidentes ventajas en tanto en cuanto que suele ofrecer una información “objetiva, clara, precisa, completa y neutra” (BUENO MATA, 2014, p. 172). Ahora bien, siempre y cuando dicho material no haya sido manipulado, extremo sobre el que volveré más adelante en profundidad. De tal manera, que a través de este medio probatorio se suelen eliminar las inconsistencias, cambios de criterio y subjetividad que suelen presentar las declaraciones testificales. También tiene la ventaja de que su conservación y almacenamiento suelen ser bastante sencillos. Con todo, en el concreto caso de los comentarios y conversaciones mantenidas en redes sociales nos podemos encontrar con serios problemas con respecto a su volatilidad (SELMA PENALVA, 2014), aunque sobre este punto pueden aparecer tres problemas adicionales:

- el primero está relacionado con la autenticidad del emisor y receptor del mensaje, es decir, que el autor del envío de estos mensajes sea el empresario o el trabajador sancionado;
- el segundo guarda relación con la integridad del mensaje, es decir, que la conversación (su contenido) sea real y, por ende, no haya sido manipulada;
- el tercero consiste en que en el momento de la vista oral es muy probable que el texto ya haya sido eliminado (la ya mencionada volatilidad). Así, en definitiva, la volatilidad, entendida como la facilidad de destruir o borrar la prueba y la facilidad de manipulación, demuestran la vulnerabilidad de estos medios (BUENO MATA, 2014).

## **2. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA VOLATILIDAD DE LA PRUEBA BASADA EN REDES SOCIALES**

Comenzando por comentar aspectos relaciones con la volatilidad, cabe aseverar que, cuando un trabajador realiza un comentario en abierto y es consciente de que el mismo le puede situar en una situación comprometida, puede optar por eliminarlo sin demasiadas dificultades. La rápida supresión de los mismos o, incluso, la desactivación de una cuenta de usuario en alguna de estas plataformas digitales constituye un primer problema de inseguridad jurídica de la prueba. De este modo, la falta de permanencia es un rasgo que dificulta la facultad probatoria cuando, una vez llegado el juicio, el contenido ya hubiera desaparecido.

Ante la falta de poder acreditar el contenido de la publicación a través de la exhibición del dispositivo digital, la solución pasa por aportar al proceso una fotografía o un “pantallazo” (captura de pantalla) que muestre el contenido de la publicación eliminada. Con todo, en principio, el medio de prueba más fiable consiste en la aportación en el acto del juicio del soporte electrónico (ordenador o teléfono móvil) donde se pueda observar el comentario publicado o la conversación mantenida por redes sociales. El dispositivo móvil puede ser aportado como prueba, siendo el juez quien, por medio del principio de inmediación, inspeccionará el contenido de los mensajes. Pero, tal y como ya he anticipado, en algunos supuestos será inevitable aportar una captura de pantalla o la fotografía de la pantalla del ordenador.

En definitiva, puede darse la circunstancia que, en el momento del juicio, no tengamos prueba. Para evitar esta cuestión resulta necesario actuar con prontitud conservando una copia del comentario publicado en redes sociales, entre ellas, el ya mencionado “pantallazo”, sobre el que sobrevuelan otra serie de problemas a los que aludiré más adelante.

## **3. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA AUTENTICIDAD DE LA PRUEBA BASADA EN REDES SOCIALES**

Por lo que respecta a la autenticidad de lo manifestado a través de las redes sociales, la solución más sencilla consiste en interrogar a las partes, debiéndose de otorgar plena validez al contenido de la publicación cuando la persona que ha realizado la publicación admite ser el titular de la cuenta y suscribe ser la autora del comentario. En el caso de que el comentario sea unilateral, por ejemplo, cuando un trabajador expresa su opinión en el Facebook (u otra red social), bastará con su declaración de autenticidad reconociendo ser el titular de la cuenta y la

persona que lo escribió. Por su parte, cuando se trate de una conversación, por ejemplo, mantenida por la aplicación de Whatsapp, será necesario que ambas partes reconozcan la autoría y la realidad de los mensajes. Cuando esta situación se produzca, en principio, considero que el juez de lo social debe de otorgar valor al interrogatorio de partes. En este sentido, la falta de impugnación por parte del emisor y del receptor puede ser valorada como una aceptación “tácita” de la autenticidad y validez de la publicación (ARMENTA DEU, 2018).

La cuestión se torna bastante más compleja cuando alguna de las partes cuestiona la veracidad de los mensajes. Para dar solución a este problema creo que es necesario aportar ciertas garantías sobre la autenticidad, la existencia y la veracidad de la publicación. Para ello, entiendo que será interesante contar con un acta notarial que refleje el contenido del mensaje, dando valor al “pantallazo”, constatando su existencia. Con todo, la certificación otorgada por el fedatario público es necesaria, pero insuficiente, toda vez que puede acreditar el contenido, pero no la autenticidad, es decir, si el mensaje ha sido escrito por el titular de la cuenta o por un tercero. Para intentar paliar esto también será interesante aportar una prueba pericial informática que revele la inexistencia de alteraciones sobre el contenido (CERVILLA GARZÓN, 2016). De lo que se trata es, en suma, de aportar al proceso judicial una prueba adicional que proporcione mayores garantías sobre el hecho de que la conversación no ha sido manipulada. No cabe desconocer que los riesgos de manipulación son relativamente sencillos en la actualidad, tanto por la existencia de programas informáticos que pueden interferir en los datos, así como por el fácil acceso que un teléfono móvil puede tener para terceros.

Aunque relativo a un caso de transcripción, en papel, de unos correos electrónicos, el Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona, en su sentencia de 31 de marzo de 2017, argumentó que:

si la parte contraria no impugna el correo y su volcado en soporte impreso, bien puede considerarse que implica la admisión de su contenido. Pero, si la parte contraria, los impugna y reconoce su validez y eficacia probatoria, quien los aportó al proceso deberá acompañar una prueba pericial que garantice la autenticidad e integridad de los correos y su contenido (JS núm. 3 Pamplona 31-3-17, núm. 74/17).

De otro lado, aunque no se trate de una sentencia que resuelva un litigio laboral, comparto el criterio mantenido por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de mayo de 2015 (EDJ 77775) que, a la hora de valorar la admisión de la prueba de un “pantallazo” sobre la conversación mantenida por teléfono móvil considero que la impugnación de la autenticidad,



cuando son aportados a la causa mediante archivos de impresión, “desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria”. Por lo tanto, cuando una de las partes impugne la autenticidad del mensaje vertido a través de una red social, debe de ser la contraparte la que intente despejar estas dudas, probando la veracidad de la conversación.

Esta prueba puede consistir, perfectamente, en la manifestación por parte de un perito informático que identifique el origen del mensaje, identidad de los interlocutores y, en definitiva, la integridad de su contenido. También es aconsejable la aportación de un acta notarial que deje constancia fehaciente del contenido del mensaje, para evitar el riesgo de que en el momento del juicio el mismo haya sido eliminado. Dicha prueba tiene la consideración de documento público (art.317.2 LEC). De esta forma, el contenido del mensaje proferido a través de una aplicación de teléfono móvil hará “prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella” (art.317.2 LEC). Ahora bien, el notario simplemente debe contrastar la veracidad de un comentario, pero no puede determinar quién ha sido el verdadero emisor del mismo (NORES TORRES, 2016), extremo que debe de ser completado con el informe del perito informático anteriormente aludido. En consecuencia, en mi opinión, es la conjunción de ambas pruebas la que puede arrojar cierta luz acerca de la veracidad y falta de manipulación del contenido de un mensaje cuando una de las partes no admite ser el autor del mismo.

En último término, por lo que respecta a la realidad del contenido de un mensaje, ya he comentado con anterioridad que el notario puede dar fe de que el dispositivo electrónico existe una conversación, dando fe de lo allí expresado, pero no así de su eventual manipulación (BORGES BLÁZQUEZ, 2018).

Dado que estos sistemas también admiten notas de audio, es posible que quepa proponer como prueba el reconocimiento de la voz del emisor del mensaje. En cualquiera de los supuestos, parece que es necesario aportar un informe pericial que identifique el teléfono emisor de los mensajes, salvo que, nuevamente, las partes acrediten dicha remisión (GUTIÉRREZ ROMERO, 2018). También será posible que los mensajes sean conocidos por el entorno del receptor, porque se haya podido reenviar, teniendo acceso, por ende, a su contenido. En estos casos también se pueden disipar ciertas dudas acerca de la autenticidad acudiendo a la prueba testifical de terceros y que sean conocedores del mismo. Podría utilizarse esta técnica en los casos en los que el comentario objeto de la controversia se haya manifestado en un grupo de Whatsapp, indicándose por la doctrina que en estos casos cabría interesar la aportación de otros dispositivos electrónicos de personas que participen en dicho grupo. Esto podría reflejar que

el mensaje de origen no ha sido manipulado (BORGES BLÁZQUEZ, 2018). No en vano, para ello, el autor no debe de haber eliminado los mensajes, en cuyo caso se podrían presentar los eventuales “pantallazos” efectuados por esas terceras personas participantes del grupo de Whatsapp. Por su parte, en el caso particular de Whatsapp, la prestadora del servicio no puede certificar el contenido de mensajes enviados o recibidos, por lo que se tiene que aportar el dispositivo electrónico usado para la conversación (ARMENTA DEU, 2018) (o una captura de la pantalla o “pantallazo”). Otras compañías que gestionan las redes sociales, como, por ejemplo, Twitter o Facebook, tampoco pueden certificar el contenido, pero sí llegar a facilitar, con las debidas cautelas, el usuario que está detrás de una cuenta falsa o que actúa bajo pseudónimo cuando existan dudas acerca de la autoría de una publicación.

En cualquier caso, me gustaría aclarar que, en principio, la manipulación del mensaje no debería de determinar la exclusión total de la prueba. La nulidad de la prueba se predica en los casos en los que la misma ha sido obtenida violando algún derecho fundamental. En estos supuestos, a simple vista, no parece que exista vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones desde el momento en el que, en la mayoría de casos, la aportación de la prueba al proceso viene propuesta por la propia persona titular del dispositivo electrónico en cuestión (GUTIÉRREZ ROMERO, 2018).

#### **4. PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA AUTORÍA DE LA PRUEBA BASADA EN REDES SOCIALES**

Conectando con la última idea expresada, me referiré a continuación a comentar los problemas que suscita la autoría del comentario vertido a través de las redes sociales, puesto que, para poder despedir (o sancionar) a alguien hay que saber con total claridad quien es la persona que está detrás del mismo, cuestión que no siempre resulta fácil de determinar.

En primer lugar, puede darse el caso de que la persona que publica un comentario actúe bajo un pseudónimo. En segundo lugar, también puede suceder que el apelativo de su perfil en una red social no coincida con su nombre real. En ambos supuestos, el obstáculo principal radica en averiguar quien actúa detrás de esa cuenta, cuestión que se revela algo más sencilla si el titular de la misma se maneja con su nombre real. Si bien, cuando el nombre del perfil de la cuenta no coincida con el nombre real se deben de utilizar varias conjeturas que lleven al convencimiento sobre quien es la persona que ha vertido el comentario o ha subido la fotografía, etc. Uno de los principales elementos de comprobación consiste en el conocimiento de la IP del ordenador desde el que se ha efectuado

la conducta sancionada (o del dispositivo móvil). Para dar con la IP, lo más frecuente es que la empresa contrate a un perito informático. Otra posibilidad consiste en contactar con la empresa que gestiona la red social, solicitándole los datos de la persona que figura como titular de la cuenta cuyo perfil actúa bajo pseudónimo (con las dudas que puede suscitar esta cuestión en materia de protección de datos). En último término, cuando los comentarios puedan ser susceptibles de calificarse como delito, la cuestión puede ponerse en manos de la policía nacional y denunciarse por la vía penal. En este último escenario, cuando la jurisdicción penal se entrelaza con la medida disciplinaria practicada por el empresario puede surgir un problema procesal añadido, consistente en la prescripción de la sanción de la falta laboral y del plazo para poder interponerla. En este sentido, cabe poner de relieve que la denuncia interpuesta ante la policía nacional interrumpe la prescripción del plazo para poder despedir al trabajador, especialmente, cuando el empresario desconoce por completo la persona que actúa bajo un pseudónimo. Cuando el trabajador oculta la comisión de un ilícito dicha actuación torticera no puede afectar, desde mi punto de vista, al plazo que tiene el empresario para reaccionar frente a la conducta, de acuerdo con lo dispuesto por art.60 ET. El plazo no comenzará a computar hasta que el empresario tenga conocimiento de la persona a la que debe de sancionar.

En relación con la utilización de un pseudónimo en la cuenta de usuario de redes sociales, cabe tener en cuenta el asunto resuelto por el TSJ Valladolid, de 21 de abril de 2010. En este supuesto, el trabajador utilizó el pseudónimo “la cosa nostra” para publicar amenazas contra la empresa en un portal de internet (los hechos acaecieron el 31 de mayo de 2008). El empresario interpuso denuncia ante la policía nacional que informó al Juzgado de Instrucción de la persona titular de la dirección de IP el día 27 de noviembre, cuyo conocimiento por parte del empresario tuvo lugar el día 8 de junio de 2009, llevándose a cabo el despido el día 10 de julio. Tal y como sostuvo la sentencia aludida: “la prescripción de la falta fue interrumpida mediante denuncia interpuesta por el responsable empresarial el día 11 de junio de 2008 y tal interrupción se mantiene en tanto en cuanto no termine por resolución firme el proceso penal derivado de la misma y de la querrela igualmente reseñada”. Por lo tanto, en este caso la empresa no podía sancionar a nadie, pues no sabía quién era el trabajador que vertió el comentario. Así, desde el momento en el que tuvo conocimiento del autor reaccionó despidiendo a la persona que lo profirió, sin que esta cuestión hiciera decaer la sanción impuesta por la entrada en juego de la prescripción. Por lo demás, no hay impedimento alguno en despedir a un trabajador mientras pende un proceso penal o,

dicho de otro modo, no hace falta esperar a su finalización para sancionar laboralmente al autor de los hechos en un supuesto como el comentado, en el que inicialmente se desconoce a la persona infractora.

Otra de las posibilidades que puede ocurrir es que el titular de la cuenta, con nombre real en su perfil, no haya sido el autor del comentario o el artífice de la fotografía que ha desembocado en la sanción disciplinaria. De mediar esta circunstancia, entiendo que la sanción laboral debe recaer sobre el titular de la cuenta, siendo en sede judicial cuando se puede discutir si ha sido otra persona la que se ha metido en su cuenta y escrito algo en su nombre. De esta suerte que, en principio, los jueces deberían de confiar en que la autoría es de la persona cuyos datos personales están asociados al perfil de una determinada red social, salvo prueba en contrario (SELMA PENALVA, 2014). Perceptiblemente, este asunto no originará demasiados problemas prácticos cuando el autor ha confesado ser el titular de la cuenta. Ahora bien, cuando la persona que ha sido sancionada niega en sede judicial que el comentario ha sido escrito por ella y mantiene la postura de que ha sido un tercero, la situación se vuelve a complicar, puesto que en muchos casos habrá que acudir a indicios que decanten la balanza hacia una solución acerca de la autoría.

Pese a que no sea un supuesto sobre el que haya conocido la jurisdicción social, entiendo que es de indudable interés en este punto citar la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar) de 29 de noviembre de 2018. El asunto en cuestión consistió en una sanción (pérdida de 15 días de haberes con la correspondiente suspensión de funciones) impuesta a un Guardia Civil que colgó en su perfil público de la cuenta de Twitter una fotografía de un cuadrante de servicio del Puesto Principal de Arcos de la Frontera (Cádiz). Durante la tramitación del expediente sancionador se realizó una captura de pantalla del comentario, siendo posteriormente desactivada la cuenta de Twitter por parte de su titular. La compañía Twitter, Inc. confirmó que la cuenta estaba desactivada, no pudiendo ofrecer datos acerca de la dirección de IP ni de otra serie de datos personales del usuario. En el recurso de casación formulado ante la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo no se discutió la imposición de la falta por violación del secreto profesional, sino que se violó la presunción de inocencia al faltar datos que acreditaran que el Guardia Civil expedientado era el titular de la cuenta de Twitter. En líneas generales, el demandante alegó que no fue el autor del comentario. En este sentido, según criterio doctrinal no discutido por la sección primera de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, ante la falta de la prueba directa de cargo, cabe acudir a una

serie de indicios y conjeturas para poder sustentar un pronunciamiento condenatorio.

En resumidas cuentas, ante la falta de confirmación de que el comentario ha sido publicado por la persona expedientada, cabe acudir a la prueba indiciaria para demostrar si el titular de la cuenta es la persona sancionada. Es en este punto, precisamente, donde podemos observar dos posturas distintas, puesto que se produjo una división de pareceres dentro de la terna que Magistrados que resolvió la sentencia:

- a) para la mayoría (tres Magistrados), el autor del comentario de Twitter fue el Guardia Civil expedientado. Los indicios que les llevaron a esta conclusión fueron los siguientes:
  - que el nombre del Guardia Civil coincidía con el existente en la cuenta de Twitter;
  - junto a dicha cuenta aparecía la fotografía de la cara del sancionado;
  - la cuenta fue desactivada durante la incoación del procedimiento sancionador;
  - el cuadrante publicado correspondía al Puesto Principal de Arcos de la Frontera, que coincidía con la unidad en la que el Guardia Civil se encontraba destinado;
  - en último término, también resultó un indicio claro el hecho de que el sancionado hubiera alegado la vulneración del derecho a su intimidad cuando se solicitó a Twitter los datos de la cuenta, “pues si no fuese suya no tendría sentido haberlo hecho”.
- b) La opinión disidente de dos de los cinco Magistrados se basó en que los indicios anteriormente reproducidos, a su juicio, no eran suficientes para señalar al sancionado como autor del comentario. Para los Magistrados que formularon voto particular solamente quedó corroborado que el cuadrante de servicios coincidía con el puesto de trabajo del Guardia Civil, circunstancia que no resultaba determinante dado que el sancionado no era el único que podía haber tenido acceso al mismo. Respecto del nombre y la fotografía de la cuenta de Twitter, coincidentes con el Guardia Civil expedientado, entendieron que podría ser, perfectamente, objeto de falsificación. En este sentido, en el caso de producirse una supuesta suplantación de identidad, tampoco sería

de extrañar que el verdadero autor desactivara la cuenta tras dicha intromisión. Por tanto, concluyeron que no había prueba directa que implicara al Guardia Civil sancionado, siendo que, además, el único testigo (el compañero que efectuó el “pantallazo”), tampoco supo decir si el que escribió el conflictivo “tuit” había sido otra persona.

En último término, dentro de las relaciones laborales el problema de la autoría puede adquirir un cierto grado de especialidad cuando el comentario ha sido manifestado por un representante legal de los trabajadores a través de la cuenta del sindicato. No he encontrado ninguna sentencia que resuelva este supuesto para el caso de las redes sociales, pero sí algún ejemplo en el que un sindicato ha actuado a través del correo electrónico de la sección sindical y de la página web de dicha organización. En este sentido, la sentencia del TSJ Madrid, de fecha 21 de junio de 2005 resolvió un supuesto en el que la sección sindical de la CGT emitió un comunicado dirigido a todo el personal a través del sistema informático de la empresa (correo electrónico) y mediante el que se difundieron expresiones injuriosas hacia un trabajador. La empresa procedió a despedir a la persona encargada de gestionar la cuenta de correo. En la sentencia se puede leer el siguiente razonamiento:

el demandante es el responsable del correo electrónico desde el que se difundió el comunicado porque, tomando doctrina de la Audiencia Nacional, que es la jurisprudencia recogida en las sentencias del TS de 13 de octubre de 1995 y 26 de noviembre de 2001, al haber puesto la empresa a disposición de los sindicatos los medios de comunicación y las reglas para su uso, el demandante asumió la responsabilidad en el uso de aquel correo electrónico del password y contraseña. (TSJ Madrid, 21 jun. 2005).

Un caso opuesto lo podemos encontrar en la sentencia del TSJ Cataluña 4 de marzo de 2009, que se pronunció sobre un supuesto relacionado con un comunicado insultante y ofensivo realizado desde la página web de la sección sindical de CNT-AIT. En este caso, la empresa procedió a despedir al portavoz y, a su vez, representante legal de la citada sección sindical en la empresa. No obstante, el acto del juicio no se constataron pruebas fehacientes sobre su autoría material e intelectual, más bien al contrario, esta última fue asumida por otra persona. Por ello, concluyó la Sala que:

no existe base jurídica para confirmar la calificación de despido nulo efectuada en la instancia, pero tampoco puede considerarse que nos

hallemos ante un despido procedente, al no haberse acreditado que el trabajador sea el autor del desafortunado comunicado litigioso, en el que ciertamente se vierten acusaciones gratuitas, carentes de toda base probatoria, insultos y descalificaciones hacia la representación de los trabajadores personificada en el comité de empresa, e incluso hacia otros sindicatos, como UGT y CCOO, a los que califica de traidores, en una actuación digna sin duda alguna de reproche e impropia de una organización sindical, pero sin que pueda justificarse la atribución de responsabilidad al trabajador y, en consecuencia, la calificación adecuada, conforme al artículo 55 del ET es la de improcedencia del despido. (TSJ Cataluña, 4 marzo 2009).

La anterior doctrina judicial dictada en relación con las páginas web puede trasladarse, *“mutatis mutandi”*, a los comentarios, comunicados y críticas manifestados por parte de una organización sindical a través de alguna red social. En este sentido, considero que la posible sanción laboral debe de recaer sobre aquella persona encargada de gestionar la plataforma de internet o que tenga acceso a la misma con su usuario y contraseña y, en caso de ser varios los encargados, resulta necesario conocer el ordenador desde el que se han escrito los comentarios (quizá a través de un rastreo de la IP). Cuando no se pueda identificar a la persona que ha “colgado” la fotografía o proferido el comentario no es posible llevar a cabo la sanción laboral y, si así se hubiera hecho, no puede ser acogida en un posterior juicio. Tampoco puede sancionarse, obviamente, si la persona que ha dañado la imagen de la empresa u ofendido a un miembro de la misma está fuera del círculo empresarial, es decir, se trata de un tercero ajeno a la empresa. En todo caso, en estos últimos supuestos es posible que puedan derivarse responsabilidades civiles en tanto en cuanto estarían actuando como prestadores de servicios de la sociedad de la información.

## **5. LA EVENTUAL AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LA PRUEBA OBTENIDA DE PUBLICACIONES EN REDES SOCIALES**

Pese a que la prueba basada en publicaciones de redes sociales es, en principio, posible, cabe tener presente que nuestro ordenamiento prohíbe aquellas que hayan sido obtenidas habiéndose vulnerado algún derecho fundamental. En el orden jurisdiccional social esta cuestión aparece reflejada expresamente en el art. 90.2 LRJS. A través de las funciones de recopilación y almacenamiento de datos y de comunicación con terceros (llamadas, grabaciones de voz, mensajes de texto, archivos con fotografías, vídeos, etc.), se pueden llegar a vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones (art.18.3 CE), los derechos al honor, a la

intimidad personal y a la propia imagen (art.18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art.18.4 CE). En este sentido, cuando la prueba que revela las publicaciones difundidas en una red social invade el derecho fundamental a la intimidad de su autor la prueba resultará inválida o, dicho de otro modo, será considerada nula. Se trata de una ilicitud extraprocésal, en el sentido de que la misma se produce fuera del marco del proceso propiamente dicho, es decir, en el momento de la obtención de la fuente de prueba (BUENO MATA, 2014).

### 5.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

A mi modo de ver, la mayoría de pruebas obtenidas sobre una publicación difundida en una red social está perfectamente justificada y no siempre se irrumpe en la intimidad de su autor, ni se infringe ningún derecho a la protección de datos, desde el siguiente punto de vista: en el preciso instante en el que alguien escribe cualquier cosa en una red social es plenamente consciente de que está haciendo pública esa publicación. De tal suerte que el autor está perdiendo y, con ello renunciando, a cualquier tipo de expectativa razonable de intimidad o confidencialidad sobre aquello que ha publicado. Dicho de otro modo, el propio trabajador estaría renunciando al posible carácter íntimo o particular que pudiera querer atribuírsele (SELMA PENALVA, 2014).

Esta situación se aprecia con total nitidez cuando la publicación se ha insertado en una red social con el perfil del usuario totalmente abierto, en cuyo caso, el rastreo por parte del empresario entiendo que no afecta a su derecho a la intimidad. En este punto resulta conveniente traer a colación la sentencia del TSJ Asturias 14 de junio de 2013 que, en el contexto del despido de una trabajadora en situación IT por las fotografías colgadas en su muro de Facebook, consideró lo siguiente:

no se ha vulnerado la intimidad de la trabajadora al haber sido obtenidas las fotografías sin necesidad de utilizar clave ni contraseña alguna para acceder a las mismas dado que no estaba limitado el acceso al público, de modo que se obtuvieron lícitamente pues al estar colgadas en la red pudieron ser vistas sin ningún tipo de limitación con lo que ni hay una intromisión a la intimidad de la trabajadora que además aparece en las instalaciones de un parque de atracciones de Madrid y por tanto en un lugar público (TSJ Asturias, 14 jun. 2013).

Desde mi punto de vista, no le resta certeza a esta afirmación el hecho de que se haya mantenido una cierta privacidad en la configuración de la



cuenta asociada a dicha plataforma digital o de que el titular disponga de un mayor o menor número de contactos en su red social. En este sentido, considero que será lícita toda aquella información obtenida por parte de la empresa, aunque el perfil del trabajador haya sido configurado en la modalidad de acceso restringido, es decir, haya sido limitado solo para sus “amigos”. En su caso, entiendo que el alcance que pueda tener una publicación, medida si se quiere por el número de contactos o el carácter restringido de la cuenta, puede ser a la hora de valorar la gravedad de la conducta (CASTILLO BLANCO, 2019). Dicho con otras palabras, estas circunstancias podrían llegar a matizar o atenuar la gravedad de la sanción laboral (o una eventual indemnización por daños morales), pero no estaremos, en mi opinión, ante una prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales.

En el concreto caso de Facebook, que sigue siendo la red social más utilizada a día de hoy, cabe la posibilidad de que se configuren unos perfiles personales sobre los que únicamente puede conocerse toda la información cuando se “acepta” a alguien como “amigo”. Pero también existen otras páginas de libre acceso a las cabe unirse y “seguir” su actividad con un sencillo “me gusta” (“like”). Por lo tanto, la licitud probatoria sobre las expresiones proferidas en estas “páginas web internas” dentro de Facebook no plantea demasiados inconvenientes, puesto que no parece que, en ningún caso, se pueda llegar a vulnerar la intimidad del trabajador si se entra libremente al contenido. En cambio, sí que se pueden desprender mayores reparos cuando la publicación se ha escrito a través de una cuenta de perfil personal a la que solamente pueden acceder los “amigos” –o conocidos– del titular de la misma. En este sentido, se ha expresado desde la doctrina que la respuesta sobre este interrogante debería pasar por las condiciones de uso que haya dado el titular de la cuenta, es decir, si esta es de acceso público e ilimitado o restringido (NORES TORRES, 2016). De este modo, se ha opinado que la obtención de la prueba para justificar la sanción al trabajador por comentarios vertidos en una red social es posible siempre que esta sea pública (APARICIO ALDANA, 2017).

Sin embargo, desde mi punto de vista, esta cuestión es totalmente irrelevante puesto que, desde el momento en que el comentario ha sido “colgado” en una red social, su conocimiento pasa a ser público. De tal suerte que, por más que se quiera privatizar una cuenta, siempre resultará más o menos sencillo acceder al contenido del mismo. En este sentido, cuando el titular restringe su cuenta a terceros y la limita solo a los “amigos”, pese a que el acceso sea más complicado, siempre es posible que el contenido sea conocido a través de reacciones por parte

de amigos en común, bien sea por medio de los “me gusta” y de sus diversas variantes, o por comentarios divulgados al hilo del publicado inicialmente. También puede darse la variante de que el comentario sea accesible por alguno de los contactos y sea este el que después difunda la información (por ejemplo, en el caso resuelto por el TSJ de Madrid en su sentencia de 23 de enero de 2012, la empresa tuvo conocimiento de unas imágenes sobre un trabajador que se supone que se encontraba de baja a través de la hija del empresario que accedió por contactos comunes con el trabajador en cuestión). Por lo tanto, la información le puede llegar perfectamente al empresario a través de los contactos en común, o bien por la vía de un “retweet” (caso de Twitter) o porque otra persona lo comparta (FERRANDO GARCÍA, 2016). Esta tesis se agudiza con la expansión y generalización del uso de los “Smartphones” y las posibilidades que la “captura de pantalla” presenta frente a la difusión de los comentarios por otras vías, pues ahora es mucho más fácil y rápido hacer circular la información. En todos estos supuestos la empresa se toparía con el comentario de una forma accidental, normalmente a través de un tercero, lo que vedaría un posible quebrantamiento del secreto de las comunicaciones o, en su caso, del derecho a la intimidad, así que, desde esta perspectiva, la prueba es totalmente válida, pues la empresa, directamente, no ha infringido ningún derecho fundamental.

En sentido contrario, opino que sí que se vulnerará la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones cuando la empresa hubiera accedido a un chat de conversación instantánea, siempre y cuando el acceso a su contenido se realice de forma ilícita, es decir, por ejemplo, “hackeando” la contraseña del titular. En cualquier caso, cuando una conversación privada mantenida en una red social ha sido revelada por uno de los trabajadores no existen demasiados problemas en admitir que no ha existido afectación de derechos fundamentales por parte de la empresa. Por ejemplo, es el caso, entre otras, de la sentencia del TSJ de Cataluña de 30 septiembre de 2015 en el que:

la actora dirigió ofensas verbales y escritas a compañeros de trabajo, careciendo las escritas de toda justificación por ir acompañadas de una mayor reflexión y comprensión de su alcance y significado, por más que lo fueran a través de medio de comunicación personal y que rompieron el clima laboral normal de convivencia y respeto. (TSJ Cataluña, 30 sept. 2015).

La empresa conoció el contenido porque se lo mostró una persona integrante de la conversación.

El detonante en estos casos, en mi opinión, va a ser la forma de acceder a dicha información. Sí que sería reprochable la actuación por parte de la empresa consistente en la creación de un perfil falso para espiar o fiscalizar la conducta de sus trabajadores o sus representantes (y observar así las faltas de asistencia, bajas por incapacidad temporal, comentarios realizados etc.). Cabe advertir que, a la hora de introducir los datos para crear una cuenta en las redes sociales, generalmente, no se requiere exhibir ningún documento oficial de identidad ni se contrasta la veracidad de lo que está introduciendo, por lo que resulta relativamente factible crear un perfil simulado o ficticio. También se invade la privacidad del trabajador cuando la entrada en el perfil del titular se ha llevado a cabo “hackeando” su usuario y contraseña. Se trata de una forma de acceso llevada a cabo través de maquinaciones informáticas que consiguen acceder de manera subrepticia a la información allí reflejada. En todos estos supuestos, las pruebas deben de rechazarse por haberse obtenido de una forma antijurídica, contraviniendo el secreto de las comunicaciones y/o la intimidad del trabajador.

Por su parte, otra de las redes sociales más utilizadas, como es el caso de Twitter, no parece que puedan plantear demasiados problemas los aspectos relativos a la privacidad, puesto que las publicaciones vertidas en dicha plataforma son siempre en abierto y cualquier persona puede acceder a las mismas, en especial, cuando se “sigue” a quien lo ha publicado, situación que no precisa, ni siquiera, de la aceptación por parte de su titular.

Si nos vamos a otra red social masivamente utilizada—Instagram—, las conclusiones a las que debemos de llegar son muy similares a las argumentadas para el caso de Facebook. No en vano, en Instagram es mucho más habitual que los perfiles estén totalmente abiertos y que se pueda “seguir” a una persona sin que esta acepte tal petición. Así las cosas, cuando el comentario, la fotografía o el archivo se ha publicado en una cuenta abierta, la vulneración de la intimidad es imposible que llegue a producirse. Pero, nuevamente, cuando el titular de la cuenta la tiene cerrada, entiendo que tampoco cabe presumir una expectativa razonable de confidencialidad sobre lo publicado. Esto es así porque los contactos en común pueden compartir una publicación con otras personas, incluso, cuando la posibilidad de compartir una fotografía está limitada (opción permitida por la aplicación, puesto que esta puede llevarse a cabo sin demasiadas dificultades a través de una “captura de pantalla” por parte del contacto en común). Por esta razón, si el conocimiento por parte de la empresa ha sido por la revelación de un tercero y sin emplear para ello otros métodos más invasivos o torticeros, la intimidad del trabajador que

ha realizado la publicación no se habrá vulnerado. Lo mismo sucede con los chats privados, pues ya hemos visto como las conversaciones mantenidas por Whatsapp o Facebook Messenger tampoco han sido ajenas al poder disciplinario del empresario sin que con ello se haya visto afectada la intimidad de su emisor. Por lo que se refiere a las “stories” o publicaciones temporales, en principio, tampoco parece que puedan vulnerar los derechos fundamentales de la persona que la publica si el conocimiento de la misma por parte del empresario ha sido de forma fortuita y, con ello, antijurídica.

Si se analiza la dinámica de la aplicación de Whatsapp (o Telegram o aplicación similar), la intimidad del trabajador podría llegar a quebrantarse cuando la forma de obtener la información de un comentario hubiera ido de forma antijurídica, bien sea “hackeando” la cuenta, el número secreto del teléfono o bien, directamente, cogiendo el teléfono de esa persona sin su permiso (o bien por cualquier otra acción similar). Pero ello no quita para el empresario pueda llegar a ponerse en antecedentes de una forma menos invasiva, por lo general, cuando sea un tercero el que le revele el contenido de una conversación: ya sea enseñándole directamente el dispositivo móvil o tal vez “cortando” y “pegando” la misma y enviándosela por cualquier medio. Sobre esta cuestión contamos ya con algunos pronunciamientos judiciales que han admitido la procedencia de un despido a causa del contenido de una conversación de Whatsapp (por ejemplo, entre otras, véase TSJ Cataluña de 11 de julio de 2014).

Cuando la prueba consiste en una monitorización de las herramientas informáticas (ordenador, tablet o teléfono) que sean propiedad de la empresa, con la finalidad de destapar un uso desproporcionado en tiempo de trabajo de las redes sociales, cabe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 87 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre. Las líneas maestras de este precepto son las siguientes: se pueden controlar las herramientas informáticas propiedad de la empresa (no así las personales); se deben establecer códigos o reglas de conducta en el uso y manejo de los mismos (protocolos); se debe informar a los trabajadores de dichos protocolos y de la posibilidad de monitorizar la actividad; en todo caso, la práctica del control deberá de llevarse a cabo con las máximas garantías, limitándose a lo preciso y sin abrir o llegar a conocer correos o demás aspectos de la vida privada. La respuesta de los tribunales españoles, principalmente del Tribunal Constitucional, se produjo con dos primeras sentencias bastante favorables para los intereses empresariales (STC 241/2012 y STC 170/2013). Posteriormente, fue el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) el que resolvió el asunto en sus sentencias de 16 de

enero de 2016 y 5 de septiembre de 2017 (esta última dictada por la Gran Sala). La segunda sentencia consideró que se produjo una intromisión en la esfera privada del trabajador por la monitorización desmedida de su ordenador. En último término, el Tribunal Constitucional español ha dictado una sentencia con fecha de 15 de marzo de 2021 mediante la cual ha considerado vulnerados los derechos fundamentales de un trabajador al que se le monitorizó el ordenador de forma desmedida, accediendo a datos personales. De tal suerte que:

la monitorización del ordenador de la demandante ha permitido a la empresa conocer y grabar todo lo que apareciese en su pantalla, y se ha traducido en el conocimiento de mensajes de correo electrónico, ajenos a lo laboral y por tanto personales, que la actora remitió a familiares y a su asesora legal, como se desprende del contenido de la propia carta de despido. (STC, 15 marzo 2021).

En este punto el TC ha resuelto que la prueba vulneró derechos fundamentales, por esta razón la prueba es nula y, con ello, debe de expulsarse del proceso. Cuando la única prueba de cargo sea la que ha sido anulada el despido deberá declararse improcedente por defecto de causa. Junto con ello, el TC establece que es posible que el trabajador pueda tener derecho a una indemnización por la vulneración de derechos fundamentales.

## 5.2. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

También se puede plantear una eventual violación del secreto de las comunicaciones, expresamente vedada por el art. 18.3 CE. En virtud del señalado precepto, es inconstitucional llevar a cabo una ilegítima intromisión e intervención de las conversaciones privadas.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reiterado (entre otras, SSTC 281/2006, 230/2007, 142/2012 o 241/2012) que el derecho contenido en el art. 18.3 CE impide, tanto la interceptación como el conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas. Por esta razón, si el empresario interviene una conversación de Whatsapp y, en virtud a la misma, sanciona al trabajador, dicha prueba no puede ser tenida en cuenta por parte del juez, precisamente, por conculcar el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Ahora bien, dicha intromisión debe ser ilegítima y esto no se dará cuando el empresario ha sido conocedor de la conversación a través de la citada red social cuando la misma ha sido revelada por parte de otra persona.

Se puede ver esta interpretación, entre otras, en la sentencia del TSJ Galicia 25 de abril de 2014. En esta sentencia se discutió la sanción de suspensión de empleo y sueldo por tres días practicada sobre una trabajadora de un geriátrico que ocasionó la confusión sobre la medicación de un residente, proporcionándole al mismo la de otra persona y provocándole con ello somnolencia y síntomas de intoxicación durante 24 horas. La empresa detectó dicha conducta a través del visionado de las cámaras de vídeo-vigilancia y por la conversación mantenida por la trabajadora sancionada a través de Whatsapp. Con esta conversación, la empresa corroboró que la trabajadora no se encargó de una de sus obligaciones como enfermera, consistente en administrar y supervisar la toma de la medicación. En este orden de cosas, el TSJ Galicia aceptó sin fisuras la prueba basada en la conversación de Whatsapp, considerando que no se vulneró el secreto a las comunicaciones por cuanto que el “conocimiento de la conversación privada lo tiene la empresa por revelación de la otra interlocutora, o sea que una de las intervinientes en dicha conversación fue quien se la facilitó a la empresa”.

En el mismo sentido se pronunció el TSJ de La Rioja en su sentencia de 22 de enero de 2016. En este supuesto, una trabajadora fue despedida por mantener una conducta grosera con los clientes y por acosar a un compañero, enviándole más de 60 mensajes por Whatsapp sin obtener respuesta. En dichos mensajes utilizó un tono amenazante y una acreditada falta de modales. La defensa de la trabajadora interesó la violación del secreto de las comunicaciones por parte del empresario, deduciéndose que esta vulneración no se había producido porque el conocimiento de la conversación privada fue revelado por la otra parte interlocutora, es decir, que fue la persona receptora de los mensajes la que se los mostró al empresario. Tampoco se vulneró el derecho a la intimidad, toda vez que el contenido de los mensajes no mostraba una esfera de privacidad, sino que lo conformaron meras expresiones, unilaterales e insultantes hacia un compañero de trabajo.

Por descontado, el secreto a las comunicaciones tampoco rige entre los propios comunicantes, como desde antiguo viene reconociendo el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su STC 114/1984. En este sentido, en los casos en los que la conversación se realiza directamente con la empresa no existirán dudas acerca de la ausencia de la violación de este derecho fundamental. Tampoco, claro está, cuando se comenta y se difunde cualquier cosa en una red social abierta al público.

Guarda una estrecha relación con este tema el asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, en su Sala de lo Civil, en sentencia de 20 noviembre de 2014, en relación con una grabación que se realizó en la

vía pública, a la entrada de una empresa y que recoge una conversación entre un empleador y una trabajadora en la que el primero entrega una carta de despido o de sanción a la segunda y la invita a que se vaya. Cuando la demandada llegó a su trabajo, al comprobar la presencia del vehículo del demandante, activó la grabadora de su teléfono móvil y, cuando se acercó a la puerta del lugar de trabajo, el demandante salió y se produjo una conversación entre ambos relacionada con su situación laboral. La conversación grabada no contenía referencias a la vida personal o familiar ni profesional, sino exclusivamente sobre aspectos de trabajo y no ha sido difundida (ni siquiera llegó a ser utilizada en el proceso laboral en el que se propuso como prueba). Según el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, la existencia de una previa situación de conflicto entre las partes añade una nota de razonabilidad a la conducta de la demandada. En lo que se refiere estrictamente al derecho al secreto de las comunicaciones, cabe señalar que quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 CE. Por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. En resumen, el objeto protegido por el art. 18.3 CE es el de “un proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público” (STC 170/2013).

Siguiente con el tema del teléfono, y para concluir con este estudio, se ha entendido que, si el teléfono es profesional, es decir, que es la empresa quien lo entrega al trabajador y existe una prohibición expresa de uso personal, parece que no existe expectativa de confidencialidad por parte del trabajador. Se trata, como ha señalado algún sector de la doctrina, de un conflicto “falso o inexistente” entre derechos fundamentales (CUADROS GARRIDO, 2014, p. 6). Distinta es la situación si el teléfono es particular del trabajador, de uso estrictamente personal. En el primer caso el empresario podría restringir su uso y, en su caso, controlar las llamadas realizadas y otra serie de cuestiones, siempre que exista un protocolo y se efectúe con ponderación.

En definitiva, la prueba basada en evidencias obtenidas a través de las redes sociales: comentarios, fotografías, conversaciones y, en general, publicaciones o estados es, de entrada, admisible en el proceso social. Esto es así por la LRJS permite el acceso al proceso de la denominada “prueba electrónica”. Ahora bien, pese a que la “prueba electrónica” esté legitimada, no cabe desconocer los problemas que la misma presenta. De un lado, la prueba basada en publicaciones realizadas en redes sociales presenta

evidentes contrariedades en relación con la autoría y la veracidad de lo publicado. Para paliar esta cuestión, será necesario: o bien que ninguna de las partes discuta este extremo, o bien intentar asegurar la prueba con otra serie de elementos (acta notarial y dictamen pericial) y, en el peor de los casos acudir a conjeturas o indicios que intenten despejar quien es el autor y si el contenido es real. De otro lado, es más que probable que en el momento del juicio la prueba ya no exista, porque el comentario haya sido eliminado o, incluso, ya no exista la cuenta desde la que se ha consumado el ilícito. Aquí lo único que cabrá aportar son “capturas de pantalla” o copias de la publicación que, nuevamente, será aconsejable que se presenten con las mayores garantías acerca de su existencias y veracidad. En último término, este tipo de prueba puede llegar a vulnerar derechos fundamentales, particularmente, la intimidad y el secreto de las comunicaciones (aunque también podrían quedar comprometidos el derecho a la imagen, a la protección de datos e, incluso, en determinados supuestos el honor). En principio, si el empresario ha sido conocedor del contenido de una forma fortuita, bien lo ha obtenido por el carácter abierto de la cuenta de su autor en la red social, o bien porque otra persona se lo ha mostrado, no parece que se vulnere ningún derecho fundamental. Distinta será la solución en los casos en los que el empresario ha obrado de forma maliciosa, a través de maquinaciones y otra serie de conductas para obtener una información que choquen frontalmente con los derechos fundamentales de los trabajadores. En estos supuestos la prueba será considerada nula, por lo que la consecuencia será su expulsión de proceso o, dicho en otros términos, que no será tenida en cuenta por parte del juez. Ello no impedirá que se puedan aportar otro tipo de pruebas que puedan llegar a convencer al órgano judicial de los hechos que se pretenden hacer valer en el juicio.

## REFERENCIAS

APARICIO ALDANA, R.K. Nuevas tecnologías y derecho a la libertad de expresión e información de los trabajadores en la empresa. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 50, 2017.

ARMENTA DEU, T. Regulación legal y valoración de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. *Revista Internet, Derecho y Política*, núm. 27, 2018.

BORGES BLÁZQUEZ, R. La prueba electrónica en el proceso penal y el valor probatorio de conversaciones mantenidas utilizando programas de mensajería instantánea. *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018.



BUENO MATA, F. *Prueba electrónica y proceso 2.0: especial referencia al proceso civil*. Ed. Tirant lo Blanch, 2014.

CASTILLO BLANCO, F.A. Grupos de whatsapp, cuerpos de seguridad y crítica de los responsables institucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, 2019.

CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. J. Los “pantallazos” de los mensajes de “whatsapp” como medio de prueba en el proceso laboral. *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2016.

CUADROS GARRIDO, M.E. El uso del whatsapp en las relaciones laborales. *NREDT*, núm. 171. 2014.

FERRANDO GARCÍA, F. M<sup>a</sup>. Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnología. *RTSS-CEF*, núm. 399, 2016.

GUTIÉRREZ ROMERO, F.M. Violencia de género a través de las redes sociales: WhatsApp, prueba documental o prueba personal. Artículo Monográfico, *Editorial Sepin*, Ref. (SP/DOCT/74627), 2018.

NORES TORRES, L.E. Algunos puntos críticos sobre la repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales. *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016.

SELMA PENALVA, A. La información reflejada en las redes sociales y su valor como prueba en el proceso laboral. Análisis de los últimos criterios jurisprudenciales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39. 2014.

TALÉNS VISCONTI, E.E. *La incidencia de las Redes Sociales en el ámbito laboral y en la práctica procesal*. Ed. Francis Lefebvre, 2020.



RECEBIDO EM: 05/11/2019

APROVADO EM: 14/01/2020.

**ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL  
E SINDICALISMO PROFISSIONAL:  
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE  
A (IN) COMPATIBILIDADE DA LEI  
13.467/2017 COM A RACIONALIDADE DA  
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

***WELFARE STATE AND PROFESSIONAL TRADE  
UNIONISM: BRIEF CONSIDERATIONS ON THE (IN)  
COMPATIBILITY OF THE LAW 13.467/2017 WITH THE  
RATIONALITY OF THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF  
1988***

*César Pasold*

*Pós Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná-UFPR; Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco-Universidade de São Paulo-USP; Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC; Mestre em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo-USP; Docente da Universidade do Vale do Itajaí.*

*Guilherme Kirtschig*

*Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 12ª Região.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. O Estado de Bem-Estar Social e a Constituição Brasileira de 1988; 2. O papel dos Sindicatos Profissionais na conformação do modelo de Estado de Bem-Estar Social; 3. A Reforma Trabalhista e o esvaziamento da relevância dos Sindicatos Profissionais como atores políticos; Considerações Finais.

**RESUMO:** O objetivo geral deste artigo consiste em examinar o papel dos Sindicatos Profissionais na configuração do modelo de Estado de Bem-Estar Social, tanto num aspecto geral quanto especificamente no caso brasileiro, e a partir disso aquilatar a compatibilidade do modelo com alterações no regime jurídico dos sindicatos, efetuadas no contexto da Lei 13.467/2017. Primeiramente, destacaram-se algumas das concepções teóricas sobre o modelo de Estado de Bem-Estar Social, e foi endereçada a relação desse desenho institucional com a Constituição Brasileira de 1988, questionando-se a sua racionalidade e o seu possível enquadramento nele. No item seguinte, abordou-se o papel dos Sindicatos Profissionais no modelo de Estado de Bem-Estar Social em geral e na Carta Brasileira em especial. Finalmente, a partir desse contexto, abordaram-se as modificações legislativas introduzidas pela “Reforma Trabalhista”, quanto à atuação e prerrogativas dos Sindicatos Profissionais, à luz da ratio emanada das concepções de Estado de Bem-Estar Social em geral e da Constituição Brasileira em especial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de Bem-Estar Social. Sindicatos Profissionais. Movimento Obrero. Constituição de 1988. Lei 13.467/2017.

**ABSTRACT:** The present article aims to examine the role of labour unions in the Welfare State model configuration, both in general terms and specifically in the Brazilian case; and, from that basis, to evaluate the model's compatibility with recent modifications in the unions' legal framework, in the broad context of Brazil's Law 13.467/2017. Initially, theoretical constructions about the Welfare State were brought forward, along with its institutional design's relation with the Brazilian Constitution of 1988. Its rationality and possible framing in that model were also inquired. In the following item, the labour unions' role in the Welfare State model in general, and in the Brazilian constitutional

design in specific, were examined. Finally, considering that context, the legal changes introduced by the “Labour Reform”, concerning the unions prerogatives and institutional activities, were addressed, in light of the Welfare State’s rationality in general and the Brazilian Constitution’s in particular.

**KEYWORDS:** Welfare State. Unions. Labour Movement. Brazilian 1988 Constitution. Law 13.467/2017.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o desenho institucional do Estado brasileiro, sob a perspectiva da teoria propositiva de Estado de Bem-Estar Social<sup>1</sup>. No seu objetivo Sindicatos Profissionais buscase o exame do papel deles conforme a configuração desse modelo, tanto num aspecto geral, quanto enfocando especificamente o caso brasileiro. A partir desse arcabouço, aquilatar a compatibilidade do referido modelo com recentes alterações empreendidas pelo legislador ordinário no regime jurídico dos Sindicatos, no bojo da denominada “Reforma Trabalhista”<sup>2</sup>.

Na busca do atendimento ao objeto e do cumprimento do objetivo realizou-se uma Pesquisa Científica em cuja *fase de investigação* operou-se com o Método Dedutivo. Na *fase de análise de dados* utilizou-se o Método Analítico, e no *relatório dos resultados* que é o presente artigo, trabalha-se também com o Método Dedutivo. As Técnicas utilizadas nas fases acima referidas, foram: Técnica do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional, e da Pesquisa Bibliográfica<sup>3</sup>.

Intentou-se pôr em destaque, primeiramente, as concepções teóricas mais amplas sobre o modelo de Estado de Bem-Estar Social, suas origens e características distintivas, utilizando para tanto instrumental da Ciência Política e do Direito. Também foi endereçada a relação desse desenho

---

1 No presente Artigo, por opção expressa dos dois Autores, estaremos operando parcialmente com a proposta de Estado Contemporâneo com Função Social, constante em : Função Social do Estado Contemporâneo. 4 ed. Itajaí: Univali-2013- ebook, disponível gratuitamente em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>

2 “Objeto: motivo temático ou causa cognitiva que determina a realização da Pesquisa científica.”  
“Objetivo: meta que se deseja alcançar como desiderato da Pesquisa Científica.” (PASOLD, 2018. p. 216) (negritos no original).

3 Sobre Métodos e Técnicas vide: (PASOLD, 2016, p. 89 a 101) (negrito no original).

institucional com a *Constituição Brasileira* de 1988, questionando-se a sua racionalidade e o seu possível enquadramento nele.

No item seguinte, tratou-se do papel dos Sindicatos Profissionais no modelo de Estado de Bem-Estar Social em geral e na Carta brasileira em especial, também destacando algumas contribuições da Ciência Política e do Direito.

Finalmente, diante desse pano de fundo, foram abordadas as modificações legislativas introduzidas pela “Reforma Trabalhista”, no tocante à atuação e prerrogativas dos Sindicatos Profissionais, à luz da *ratio* emanada das concepções de Estado de Bem-Estar Social em geral e da *Constituição Brasileira* em especial.

## **1. O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

Desde as revoluções burguesas do século XVIII até o presente momento, a grande maioria dos Países ocidentais tem configurado a sua vida política a partir de certos perfis ideológicos, os quais se revelam nos distintos modos como vêm eles constituindo as suas respectivas organizações estatais. Para o raciocínio deste artigo, estamos considerando: o Liberalismo, o Socialismo, e o Estado de Bem-Estar Social (CRUZ, 2009). Para Norberto Bobbio (2004), estas constituem-se nas três grandes correntes do pensamento político moderno.

O Liberalismo Clássico remonta à assunção do poder político pela classe burguesa, nos países ocidentais; e estrutura-se em torno da propriedade privada, da liberdade individual, da livre iniciativa, da liberdade contratual, e da igualdade formal perante a lei (CRUZ, 2009).

Assentaram-se, desse modo, as bases para o desenvolvimento econômico capitalista (CRUZ, 2009), que veio a desembocar na Revolução Industrial e na denominada “Questão Social”, ou seja, o descontentamento popular gerado pela superexploração da força de trabalho, para a qual o ideário liberal carecia de respostas (CRUZ, 2009).

As ideias socialistas surgiram, em várias vertentes, no seio desse descontentamento, e consistiam na defesa da igualdade material entre os homens, na substituição da propriedade privada pela comunidade solidária, e na coletivização dos meios de produção (CRUZ, 2009). Em sua corrente

marxista, propunha-se a emancipação das classes trabalhadoras através da tomada do poder político por parte delas, mediante uma revolução (CRUZ, 2009).

Já o Estado de Bem-Estar Social, conforme a respectiva doutrina, surge de uma reforma do Estado Liberal Clássico, com o objetivo de superar as crises de Legitimidade decorrentes da exclusão das classes populares de qualquer participação no exercício do poder político (CRUZ, 2009). Caracteriza-se pela manutenção da estrutura jurídico-política do Estado Liberal, unindo a “[...] garantia das liberdades individuais com o reconhecimento de direitos coletivos, de certos serviços sociais que o Estado providencia, pela intervenção [...] de modo a proporcionar iguais oportunidades a todos” (CRUZ, 2009).

A reforma do Estado Liberal, no Ocidente, decorreu da incorporação, aos sistemas políticos dos vários países, de segmentos organizados de trabalhadores, permitindo a eles debater institucionalmente os temas que lhes interessavam, e direcionar o exercício do poder estatal para a adoção de medidas que mitigassem os aspectos mais perversos do sistema capitalista (CRUZ, 2009). Desse modo, isolaram-se as facções radicais das classes populares, que vislumbravam a revolução proletária como objetivo (CRUZ, 2009) (STRECK; MORAIS, 2014).

Lênio Luiz Streck e José Luiz Bolzan (2014) de Moraes apontam que a atenuação das características do Estado Liberal tinha por objetivo manter a separação entre os trabalhadores e os meios de produção, bem como a apropriação privada de lucros pelos detentores do capital.

Boaventura de Souza Santos enxerga a integração política dos movimentos operários como uma conquista destes, para efeitos de partilhar de forma mais justa a riqueza criada pelos trabalhadores; porém, também alerta para o apartamento entre os espaços de cidadania e de produção, gerando consequências para o segmento, quando o modelo de Estado Social começa a ser questionado (SANTOS, 1999, p. 236).

Bobbio (2004), por sua vez, nota que o Estado de Bem-Estar Social funda-se na concepção de uma relação de complementaridade entre a garantia da liberdade e de um mínimo bem estar econômico apto a permitir uma vida digna, sendo esse condição daquela.

Para Maurício Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto (2007), tal forma de organização política agrega “[...] ideais de liberdade,

democracia, valorização da pessoa humana e do trabalho, justiça social e bem-estar das populações envolvidas”.

Delgado e Porto (2019) apontam o que entendem serem as características básicas do referido modelo, destacando-se: democracia multidimensional; presença e institucionalização dos direitos civis e políticos; presença e institucionalização de largo leque de direitos individuais, sociais e coletivos; reconhecimento dos movimentos sociais, em especial do sindicalismo; intervenção e participação estratégica do Estado na Sociedade e na economia; presença e institucionalização de um sistema econômico capitalista sustentável, dotado de ampla responsabilidade social e ambiental. É relevante destacar que, para estes autores, o conjunto não é exaustivo, sendo seus elementos complementares, interseccionando-se uns com os outros (DELGADO; PORTO, 2019).

Ademais, embora se trate de uma modalidade de organização estatal, um de seus caracteres consiste justamente no reconhecimento, estímulo, garantia e proteção de diversas manifestações exteriores à seara estatal, precisamente porque através delas a Sociedade efetiva e concretiza inúmeras posições jurídicas por ela valorizadas (DELGADO; PORTO, 2019).

Acerca desse ponto, interessante a consideração de Cesar Luiz Pasold (2013), para quem a Função Social do Estado Contemporâneo não deve ser compreendida como uma dádiva da própria organização, “[...] antes, constitui-se numa dinâmica que supõe e requer a cooperação social, mobilização solidária dos componentes da Sociedade considerada, sustentando, verificando e participando do dever de agir e do agir do próprio Estado.

Desse modo, e retomando nossa linha de raciocínio básica, as características do Estado de Bem-Estar Social não se realizam apenas no Estado, mas sim através dele, ou ainda sob a proteção e garantia de suas instituições.

As versões mais estruturadas e consolidadas do Estado de Bem-Estar Social tiveram seu desenvolvimento principalmente a partir do período posterior à Segunda Guerra Mundial, e podem ser encontradas na Europa Ocidental, Austrália, Nova Zelândia e Canadá (DELGADO; PORTO, 2019). Inobstante isso, observam-se experiências de sua implantação também na América Latina, embora de forma incompleta (DELGADO; PORTO, 2019).



Para Roberto Gargarella (2013), a experiência histórica constitucional latino americana apontava para um viés liberal-conservador em suas constituições, razão pela qual os direitos sociais precisaram ser enxertados em organismos que lhes eram hostis, gerando problemas de efetividade. No entanto, o autor reconhece que, após as experiências ditatoriais da segunda metade do Século XX, as novas constituições que emergiram na região apresentaram um compromisso reforçado com os direitos sociais (GARGARELLA, 2013).

Streck e Morais (2014, p. 81) são mais críticos, ao assentar que “[...] o processo de colonização, séculos de governos autoritários, industrialização tardia e dependência periférica [...]” impediram o desenvolvimento de Estados de Bem-estar Social ou algo similar, no contexto latino-americano. Para estes autores, a intervenção estatal, característica do modelo discutido, confundiu-se em nossa região com práticas autoritárias, ampliando as desigualdades e o empobrecimento das populações. Apesar disso, eles reconhecem que a Constituição brasileira de 1988, especialmente em seu artigo 3º, aponta claramente para a transformação social a partir da construção de um Estado de Bem-Estar.

Paulo Bonavides (2002), por seu turno, tratando do caso brasileiro, afirma categoricamente que a Carta de 1988 é, em sua essência, uma Constituição de Estado Social, estruturada para que o Poder Público conceda e garanta direitos sociais básicos.

No mesmo sentido, Delgado e Porto (2019) assentam que a estruturação do Estado brasileiro sobre um conjunto de medidas e políticas civilizadoras, fundado na dignidade da pessoa humana, na democracia inclusiva, na funcionalização socioambiental da propriedade privada e da livre iniciativa, sem desprezo pela atuação estatal para ampliação de oportunidades no sistema econômico, social e cultural; indicam que a Carta de 1988 determinou a construção de um Estado de Bem-Estar Social no País.

Tanto Bonavides quanto Delgado e Porto observam, diante desse quadro, que eventuais conflitos e problemas envolvendo direitos subjetivos ou relações de poder devem ser resolvidos à luz da matriz constitucional do Estado de Bem-Estar Social (BONAVIDES, 2002).

Nessa toada, o conjunto de características do Estado de Bem-Estar Social podem ser entendidas como a racionalidade da Constituição Brasileira de 1988, ou seja, o modo pelo qual ela mostra sua razão de ser,

os pressupostos por meio dos quais ela se sustenta e que a justificam e lhe conferem sentido (NEVES, 1993).

No próximo item, será examinado o papel dos Sindicatos Profissionais, à luz dessa racionalidade, tanto no tocante ao Estado de Bem-Estar social em geral, quanto em relação à carta de 1988.

## **2. O PAPEL DOS SINDICATOS PROFISSIONAIS NA CONFORMAÇÃO DO MODELO DE ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL**

O Sindicato Profissional consiste em “[...] uma coletividade de trabalhadores organizada em função da atividade profissional para a defesa de interesses coletivos e individuais, profissionais e sociais, políticos e econômicos” (AROUCA, 2009, p. 23).

Essas entidades ostentam origem histórica que antecede à modernidade e, portanto, aos modelos de Estado que a ela remetem, sendo usualmente apontados os seus embriões nas guildas e nas corporações de ofício existentes desde a Idade Média (BRITO FILHO, 2009).

No entanto, em sua acepção atual, o sindicalismo pode ser reconduzido às Revoluções Burguesas do Século XVIII, cujos ideais, ao vislumbrar as corporações de ofício como atentatórias à liberdade individual, e legitimar a atuação estatal visando à sua dissolução, acabaram por separar o capital do trabalho, permitindo aos representantes deste buscar solução coletiva para os problemas que os afligiam (BRITO FILHO, 2009).

A importância desse papel acentuou-se no curso da Revolução Industrial. Neste período, a mecanização da produção reduziu a necessidade mão-de-obra, cuja ampla oferta gerou a imposição de condições desumanas de trabalho por parte do capital, assim despertando a consciência coletiva dos trabalhadores para o seu enfrentamento (BRITO FILHO, 2009).

Embora os Sindicatos Profissionais sejam caudatários dos mesmos movimentos que deram à luz o Estado Moderno e também contribuíram para a configuração do Estado Contemporâneo, as associações operárias inicialmente funcionavam à sua margem, e visavam justamente oferecer resposta às disfunções provocadas pela Revolução Industrial e pelo modelo de intervenção mínima do Poder Público (CRUZ, 2009).

Bobbio (2004) observa uma inflexão nesse quadro, na época em que foi publicada a encíclica “*Rerum Novarum*”, de 1891, quando os sindicatos

passaram a ser reconhecidos como entidades fundadas na liberdade de associação, base de um pluralismo de grupos que é da essência da democracia moderna.

Com efeito, a concepção clássica de democracia excluía da esfera de participação política precisamente as classes ligadas, de algum modo, ao exercício do trabalho, ainda que não se tratasse de escravos.

Para Aristóteles (1985), por exemplo, quaisquer atividades laborais prejudicariam o lazer necessário para o cultivo das qualidades morais exigíveis para o exercício da cidadania, e por isso somente aqueles indivíduos dotados de riquezas poderiam tomar parte nos assuntos do Estado.

Já segundo a visão pluralista, passa-se a admitir que o governo possa ser exercido a partir de concepções políticas distintas, e que os segmentos organizados de trabalhadores, juntamente com outras espécies de agrupamentos, sejam parte integrante do sistema político, constituindo um sistema de vasos comunicantes com o Estado e suas instituições (CRUZ, 2009).

Como já mencionado acima, a incorporação dos trabalhadores aos processos políticos sinaliza a passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social.

Essa incorporação não resultou apenas na intervenção e regulação estatal no tocante às questões de interesse dos trabalhadores, mas também no reconhecimento e valorização das suas entidades representativas; permitindo aos ordenamentos jurídicos manter em vigor preceitos caros ao direito de índole liberal, como a celebração de contratos e a autonomia privada, porém mitigando a desigualdade entre as partes, que caracteriza as relações de trabalho e foi a fonte de muitas de suas mazelas, no auge do estado mínimo (CRUZ, 2009).

Elísio Estanque aponta que a consolidação do capitalismo moderno, sob o signo da dignificação do trabalho assalariado, fundou-se no decisivo papel desempenhado pelos sindicatos nas complexas articulações entre a comunidade, o mercado e o Estado que contribuiriam para a superação do desprezo e exclusão a que o campo laboral se via submetido (ESTANQUE, 2013, p. 28).

Delgado e Porto (2019) ressaltam que é característica do Estado de Bem-Estar Social a garantia institucional e jurídica aos Sindicatos

Profissionais, de modo a harmonizar-se com o papel relevante atribuído às instituições empresariais, no sistema capitalista de produção.

Todavia, para além da representação de classe, é certo que tais entidades, vistas em seu conjunto, compõem o que Pedro Ibarra e Francisco Letamendía (2005) chamam de “movimento obreiro”, o qual ostenta desígnios para muito além das categorias ou filiados de cada sindicato, antes contemplando o conjunto de trabalhadores de um Estado, ou todos os seus cidadãos, ou até mesmo a humanidade inteira.

Na mesma linha, José Carlos Arouca aponta que, através de uniões em planos superiores, os sindicatos buscam a ascensão social dos trabalhadores, vistos coletivamente, e também soluções para problemas econômicos, políticos e sociais do povo em geral (AROUCA, 2009).

O movimento constitui, assim, um veículo para que os trabalhadores, mediante consciência de classe e vínculos de solidariedade, participem do pluralismo democrático característico do Estado de Bem-Estar, com as suas próprias concepções políticas (AROUCA 2009).

A atuação política dos trabalhadores organizados projeta-se a partir do papel que eles desempenham na Sociedade, que se acopla ao contexto estrutural da cidadania. Os trabalhadores atuam na esfera política enquanto tais, e nessa condição reivindicam, protestam, exigem e manifestam, de forma ampla, a vontade popular em um regime democrático (BABOIN, 2013).

Desse modo, para efeitos do Estado atual, os sindicatos são reputados como entidades políticas, no sentido de que têm por objetivo “[...] desenvolver e aplicar poder social organizado, ou seja, que o seu poder nasce e mantém-se mediante uma cooperação humana dirigida por uma ordenação regular comum [...]” (HELLER, 1968, p. 247-248). Essa ordenação tem, por efeito, a concentração de poder social atuando unitariamente e, embora seja exterior ao Estado, objetiva tomar e exercer uma parte do poder dele (HELLER, 1968).

Para Enrique de la Garza Toledo, o modelo Social caracteriza-se pela institucionalização dos conflitos de interesse, através do reconhecimento das organizações de trabalhadores e de sua legitimação para celebração de pactos corporativos, os quais assumem papel central nas decisões políticas do Estado, inclusive mediante transcendência dos espaços de democracia parlamentar (TOLEDO, 1995, p. 75).

Considerando-se, como se faz no presente artigo, o Estado ordenado pela Constituição Brasileira de 1988, como sendo um Estado de Bem-Estar Social, conforme apontado *supra*, não poderia deixar de contar com amplo reconhecimento e valorização das coletividades aqui discutidas (CRUZ, 2009).

Para Delgado (2006), no contexto constitucional brasileiro, as entidades sindicais profissionais exercem um *munus publicum*, fazendo parte do complexo sistema de compensação entre o capital e o trabalho, elo fundamental de sustentação tanto para o desenvolvimento do sistema econômico no seio do país, quanto para a estrutura de proteção aos Direitos Humanos nele vigente.

O artigo 8º da Constituição da República traça uma moldura jurídica dos sindicatos no País, assegurando-lhes a liberdade de atuação, organização e administração; atribuindo-lhes a defesa dos direitos individuais e coletivos das categorias; e assegurando sua participação obrigatória nas negociações coletivas de trabalho (BRASIL, 1988).

Também no artigo 7º, incisos VI, XIII, XIV e principalmente XXVI da Carta Magna, residem indicativos do relevante papel desempenhado por tais instituições, com destaque para o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, com obrigatória participação sindical (BRASIL, 1988).

A partir dessa estrutura normativa de ampla liberdade e autonomia sindicais, e asseguramento jurídico de importantes funções para as entidades sindicais, foi possível vislumbrar o amadurecimento e florescimento do movimento político obreiro no País, em linha com as configurações do Estado de Bem-Estar Social expostas anteriormente.

Conforme bem afirma Rafael Grassi Pinto Ferreira, após 1988 tal movimento “[...] atingiu as estruturas de poder, penetrou nos quadros de partidos políticos e criou redes de relacionamento e apoio recíproco com movimentos sociais [...] engajados em um processo de transformação social.” (FERREIRA, 2018, p. 1126).

Inobstante o *status* do qual são dotadas as entidades sindicais no desenho constitucional brasileiro, recentes alterações efetuadas no âmbito legislativo põem em xeque precisamente essa condição diferenciada, assim conduzindo ao questionamento quanto à sua compatibilidade com a espírito da aludida Carta.

Essas alterações serão abordadas no próximo item.

### **3. A LEI 13.467/2017 E O Esvaziamento da Relevância dos Sindicatos Profissionais como Atores Políticos**

O que vem sendo comumente denominado “Reforma Trabalhista” consiste em um conjunto de inovações ao regime jurídico das Relações de Trabalho, aportado, em grande medida<sup>4</sup>, pela Lei 13.467, de julho de 2017, a qual alterou mais de 200 artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT – Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943), principal diploma normativo relativo à matéria (FURTADO, 2017).

As entidades sindicais foram afetadas, de forma direta ou indireta, por diversas das modificações trazidas pela referida lei.

No tocante ao atingimento indireto, observa-se que a lei 13.467 (BRASIL, 2017a) introduziu uma série de dispositivos novos na CLT, relativamente aos objetos, requisitos e efeitos das negociações coletivas no âmbito das relações de trabalho.

Dentre esses, verifica-se que o novel artigo 477-A consolidado expressamente afastou a necessidade de negociação coletiva para fins de dispensas coletivas de trabalhadores; o artigo 614 parágrafo 3º estabeleceu expressa vedação à ultratividade das normas coletivas; do artigo 484-A e seus incisos e parágrafos constou a criação da figura da rescisão contratual por mútuo acordo, tratada diretamente entre empregador e empregado; o parágrafo único do artigo 444 estatuiu a figura do “alto empregado” ou “trabalhador hipersuficiente”, preconizando expressamente a preponderância das negociações individuais travadas entre tais empregados e o empregador, em relação às negociações coletivas; e o parágrafo 5º do artigo 59 trouxe a possibilidade de estabelecimento de compensação de jornada do tipo “banco de horas” por meio de negociação direta entre empregado e empregador, pactuação que, na sistemática anterior, exigia acordo ou convenção coletiva.

Examinando essas alterações de uma forma geral, observa-se a priorização da atuação individual dos próprios trabalhadores frente ao seu empregador, em claro prejuízo à dimensão da negociação coletiva

4 Conforme: Decreto-lei 5.452 (BRASIL, 1943). Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm). Em grande medida, porque a Lei 13.429/2017 e as Medidas Provisórias 808/2018 e 873/2019 também trataram de matérias contempladas na lei 13.467, com objetivos similares aos dela, como referidos infra.

como instrumento de regulação das relações entre capital e trabalho (MICHILES<sup>2019</sup>).

A proeminência de negociações individuais no âmbito laboral gera efeitos sobre os sindicatos, porque sua participação é obrigatória nas negociações coletivas, por exigência constitucional (BRASIL, 1988).

Desse modo, a diluição da reserva da negociação coletiva resulta em afastamento entre o sindicato e os trabalhadores, subtraindo, das mencionadas entidades, poder de representação e organização das categorias respectivas (BORBA, 2019).

A extinção da ultratividade das normas coletivas, por seu turno, prejudica a capacidade dos sindicatos de atuar nas negociações coletivas ainda remanescentes.

Tal medida obriga as entidades a exercer, repetitiva e periodicamente, intensos esforços de negociação, envolvendo realização de assembleias e discussões, para a simples manutenção de vantagens anteriormente asseguradas (AZEVEDO, 2017). Como bem aponta Andréia Galvão, a mera “[...] preservação de cláusulas existentes nos instrumentos normativos requer capacidade de organização e resistência política”. (GALVÃO, 2019, p. 212).

Quanto aos efeitos diretos da Lei 13467 sobre os sindicatos, destaca-se que a nova redação dada por ela aos artigos 578, 579 e 582 da CLT, extinguindo a contribuição sindical obrigatória e condicionando o desconto salarial e repasse de quaisquer recursos, às entidades sindicais, à autorização prévia e expressa dos trabalhadores contribuintes (BRASIL, 2017a).

Também foi revogado o parágrafo 1º do artigo 477 consolidado, o qual exigia a assistência sindical por ocasião do pagamento de verbas rescisórias a trabalhadores com mais de um ano de serviço; e foi instituída, nos novos artigos 510-A a 510-D, com seus parágrafos incisos, a figura da comissão de representantes dos empregados, com objetivo de promover o entendimento direto entre estes e seu empregador, prevendo-se vedação expressa da interferência do sindicato em sua escolha (BRASIL, 2017a).

Essas duas últimas podem ser compreendidas sob a chave do afastamento entre o trabalhador e sua entidade representativa, tendência que o esvaziamento das negociações coletivas aponta claramente, como visto acima. O estímulo ao entendimento direto através da comissão, mais

além da vedação expressa da participação sindical, integra-se também ao referido quadro de esvaziamento negocial do sindicato, subtraindo-lhe um papel de intermediação tradicionalmente reconhecido como seu (GALVÃO, 2019, p. 203).

A alteração de impacto mais imediato face às entidades sindicais profissionais, porém, foi a supressão da contribuição sindical obrigatória, conhecida popularmente como “imposto sindical”; pois representou, sem qualquer período de transição, a eliminação imediata de uma fonte segura de custeio para suas atividades (MICHILES, 2019).

Os objetivos dessa alteração, em especial, seriam a preservação da liberdade sindical, evitando o compartilhamento do custeio das entidades por parte de trabalhadores que fizessem valer seu direito a não se filiar a sindicatos, e o combate ao sindicalismo desprovido de representatividade, vislumbrando-se a exigência de uma atuação efetiva para motivar o trabalhador a filiar-se e pagar as taxas respectivas (BRASIL, 2017b).

No entanto, a supressão da mencionada fonte de custeio não foi acompanhada de uma revisão da regra da unicidade sindical, até porque se trata de matéria constitucional (BRASIL, 1988). Os dois institutos estão irremediavelmente imbricados. Em voto vencido proferido por ocasião do exame da matéria no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Edson Fachin apontou que a unicidade, o efeito *erga omnes* das negociações coletivas, e o financiamento por contribuições compulsórias constituíam um tripé que sustentava o sistema sindical brasileiro, e a remoção de um deles poderia fazê-lo ruir por completo (BRASIL, 2018).

E, de fato, todas as atribuições que restaram aos sindicatos, especialmente a negociação coletiva, são obrigatoriamente exercidas pela única entidade representativa de cada categoria profissional, e seguem tendo efeitos *erga omnes*, sem possibilidade dessa atuação beneficiar unicamente aos filiados ou contribuintes. Criou-se, assim, uma externalidade positiva para tantos quantos escolham não se filiar ou contribuir, dado que prosseguirão auferindo os benefícios da atuação sindical, sem necessidade de arcar com os respectivos custos. Tal fato inviabiliza a atuação sindical, ao desincentivar o pagamento de quaisquer contribuições, e a própria filiação às instituições (OLIVEIRA NETO, 2019).

Destaque-se que a existência de fontes próprias de financiamento é uma dimensão inarredável da liberdade sindical, pois garante que a definição dos objetivos sindicais e a execução de suas atividades estarão



isentas de interferências externas, por parte de empregadores ou do próprio Estado (OLIVEIRA NETO, 2019).

Tal liberdade é essencial para a atuação política das entidades sindicais e do movimento obreiro em seu conjunto, conforme aludidas no item 2, retro. Certamente, a redução do financiamento sindical força as entidades a priorizar a solução de questões mais imediatas e “paroquiais”, prejudicando sua capacidade de atuação em matérias transversais de maior amplitude, que tipicamente conclamam a atuação de um movimento obreiro organizado horizontalmente.

Dessa forma, afigura-se patente que o legislador reduziu consideravelmente a estatura dos Sindicatos Profissionais e do movimento obreiro em geral, enquanto interlocutores políticos no contexto da democracia pluralista brasileira.

O próprio contexto da aprovação da Lei 13.467/2017 registra uma situação que confirma a existência de desiderato nesse sentido, por parte das forças políticas que impulsionaram a tramitação legislativa.

Embora não seja o objetivo deste artigo endereçar desconformidades específicas entre dispositivos da legislação reformadora e a Constituição Brasileira ou tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário; é pertinente mencionar que, antes da aprovação da lei 13.467/2017 (durante a tramitação do respectivo projeto), o departamento de normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) respondeu a consulta formulada por centrais sindicais brasileiras, no sentido de que reformas da legislação trabalhista devem ser precedidas de consultas detalhadas aos interlocutores sociais do País, dentro do denominado princípio tripartite (FELICIANO, CONFORT e PORTO, 2018, p. 211 a 221).

Considerando-se que essas negociações não ocorreram, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) reputou violada a Convenção 154 da OIT, interpretada à luz dos verbetes 1075, 1081 e 1082 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT (BRASIL, 2017c).

Sem adentrar o mérito da possível inconveniência da lei 13.467/2017, percebe-se do quadro descrito a reafirmação de que o Legislador Brasileiro deixou de considerar o movimento obreiro como interlocutor político válido, ou de reconhecer, a ele, qualquer papel no desenho de políticas públicas, ainda que o afetassem diretamente.

Trata-se de comportamento coerente com a direção apontada por um exame conjunto de diversos itens de seu conteúdo, como demonstrado acima, qual seja, o desempoderamento político das entidades sindicais profissionais e da organização obreira em geral, no tocante à definição dos rumos a serem seguidos pela Sociedade brasileira, inclusive no tocante à regulamentação do próprio trabalho e de suas relações com o capital.

Ocorre que, como apontado nos itens antecedentes, a participação política dos trabalhadores é traço diferencial e constitutivo da Democracia moderna, pluralista; e, mais ainda, se encontra indissociavelmente ligada ao modelo de Estado de Bem-Estar Social, cuja racionalidade perpassa a Constituição de 1988.

O esvaziamento das suas entidades representativas, embora sem qualquer alteração do Texto Constitucional, já que efetuado através de medida legislativa, representa, mais que um retrocesso na concretização do modelo propugnado pela Carta Magna, um passo na direção de sua desestruturação e desmonte.

O enfraquecimento dos sindicatos abre as cancelas para a esfacelamento de outras características do Estado de Bem-Estar Social que devem seu reconhecimento à atuação política da classe trabalhadora organizada, especialmente os Direitos Sociais, tais como as prestações estatais asseguradoras de serviços de saúde, educação e previdência social.

Embora, como já aludido, seja possível questionar diversos itens da Lei 13.467/2017 em relação a dispositivos também específicos da Carta; é inarredável que, no tocante à matéria sindical, há uma incompatibilidade entre as alterações promovidas por essa legislação e o próprio espírito da Constituição de 1988.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Concluindo, é possível afirmar que a Lei 13.467/2017, no tocante às alterações promovidas na ordem jurídica em relação às funções, atribuições e financiamento das entidades sindicais profissionais, não guarda conformidade com o modelo de Estado de Bem-Estar Social, nos moldes da Constituição de 1988.

Afinal, tal modelo pressupõe o pluralismo em geral, e o acolhimento, incremento, reconhecimento e proteção da participação dos trabalhadores, considerados enquanto tais, na definição dos rumos a serem seguidos pela

Sociedade, tanto em relação a questões de seu interesse, quanto àquelas mais abrangentes. A incorporação aos processos políticos desse segmento, desprovido de capital e poder econômico, foi a grande responsável pela fundamentação dos Direitos Sociais que caracterizam tal modalidade de Estado, centrado na Dignidade da Pessoa Humana.

Tal pressuposto, por seu turno, é indissociável da atribuição de papel relevante aos Sindicatos Profissionais, na sua condição de entes representativos, aglutinativos e incrementadores dessa participação, tanto em si mesmos considerados, quanto na qualidade de integrantes de um movimento obreiro de escopo mais largo.

O legislador, ao revés disso, sem qualquer discussão e negociação prévias envolvendo o movimento obreiro, promoveu alterações no arcabouço legislativo da atuação sindical, de modo a afastar o trabalhador de sua entidade representativa. Resultados: reduziu as situações nas quais a atuação sindical é exigida; diminuiu a importância das negociações coletivas como instrumento de regulação das relações entre capital e trabalho, e a dificultá-las quanto ao remanescente.

Ademais disso, subtraiu-se importante fonte de custeio das atividades sindicais, sem a qual as entidades perdem grande parte da capacidade de definição dos objetivos a serem por elas perseguidos, especialmente no tocante àqueles mais amplos, demandantes de uma atuação organizada e transversal do movimento obreiro, em seu conjunto.

Desse modo, mais que um retrocesso no nível de concretização do Estado de Bem-Estar Social vislumbrado pela Constituição de 1988, já efetuada anteriormente pelo legislador; as modificações introduzidas contribuem para esvaziar a substância desse desenho institucional, comprometendo-o em sua qualidade, e encaminhando-o à desestruturação e desmonte.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Cury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

AROUCA, José Carlos. *Comentários à legislação sindical*. Da CLT à reforma trabalhista. Lei n. 13467. São Paulo: LTr, 2018

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. 2.ed. São Paulo: LTr, 2009.

AZEVEDO, Platon Teixeira de. A Reforma Trabalhista e a vedação da ultra-atividade das normas coletivas: retrocesso social? In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISÓ, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs). *Reforma Trabalhista*. Visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017, p. 187 a 198.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. *O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *Letá dei Diritti*.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BORBA, Fernanda Santos. O sistema sindical brasileiro: da Constituição de 1934 à lei n. 13.467/2017. In: SILVA FILHO, Carlos Fernando da; JORGE, Rosa Maria Campos; RASSY, Rosângela Silva. *Reforma trabalhista: uma reflexão dos auditores-fiscais do trabalho sobre os efeitos da lei 13.467/2017 para os trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2019, p. 311 a 324.

BRASIL. Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. *Enunciados aprovados na 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho*. Enunciado n. 1 (2017). Disponível em <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis2.asp>>

BRASIL. *Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.787, de 2016, do poder executivo, que altera o decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, a e Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências (2017)*. Disponível em < [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiSnqPojYzgAhWBILkGHWfrAosQFjABegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.camara.gov.br%2FproposicoesWeb%2Fprop\\_mostraintegra%3Fcodeor%3D1544961&usg=AOvVaw2tCdXercg4Vt\\_vMT3BDOuA](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewiSnqPojYzgAhWBILkGHWfrAosQFjABegQICRAC&url=http%3A%2F%2Fwww.camara.gov.br%2FproposicoesWeb%2Fprop_mostraintegra%3Fcodeor%3D1544961&usg=AOvVaw2tCdXercg4Vt_vMT3BDOuA)>

BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)

BRASIL. *Decreto-lei 5.542 (1943)*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)

BRASIL. *Lei 13.467 (2017)*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.794* Distrito Federal. Voto do Ministro Relator Edson Fachin (2018). p. 11 e 12. Disponível em <[www.stf.jus.br/arquivo/cms/anexo/VotoADI5794](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/anexo/VotoADI5794)>

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito Sindical*. São Paulo: LTr, 2009.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (orgs). *Welfare State. Os grandes desafios do Estado de Bem-estar Social*. São Paulo: LTr, 2019, p. 23 a 49.

ESTANQUE, Elísio. Crise, *Estado social e desafios do sindicalismo*. Breve reflexão sobre a Europa. Educar em Revista, Curitiba, n. 48, p. 23 a 37, abr-jun. 2013.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; CONFORT, Luciana Paula; PORTO, Noemia Aparecida Garcia. A Reforma Trabalhista e suas “Modernidades” na Visão do Mundo Exterior: o “Caso Brasil” na 106ª Conferência Internacional do Trabalho e as Violações às Normas Internacionais do Trabalho. In: TREMEL, Rosângela; CALCINI, Ricardo (orgs). *Reforma trabalhista. Primeiras Impressões*. Campina Grande: Editora da Universidade Estadual da Paraíba, 2018, p. 202 a 224.

FERREIRA, Rafael Grassi Pinto. *O impacto da reforma trabalhista nas negociações coletivas de trabalho*. Revista Direito & Política, v. 13, n. 3, 2018. p. 1112 a 1139. p. 1126.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. A reforma trabalhista e o trabalho intermitente – o tiro de misericórdia na classe trabalhadora. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (orgs). *Reforma trabalhista. Visão, compreensão e crítica*. São Paulo: LTr, 2017. p. 107 a 116.

- GALVÃO, Andréia. Reforma trabalhista: efeitos e perspectivas para os sindicatos. In: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Veras de; FILGUEIRAS, Vítor Araújo (orgs). *Reforma Trabalhista no Brasil: Promessas e Realidade*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2019. p. 199 a 223.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism 1810-2010. The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.
- IBARRA, Pedro; Letamendía, Francisco. *Los Movimientos Sociales*. In: BADIA, Miquel Caminal (Editor). *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Editorial Tecnos, 2005. p. 375 a 403.
- LANGER, Octaviano; STAFFEN, Márcio Ricardo. *Considerações sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais em um estado democrático de direito*. Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v. 6, n. 3, p. 966-991, set-dez. 2011.
- MICHILES, Francimary de Oliveira. Reforma trabalhista: impacto no direito coletivo do trabalho e no poder sindical. In: SILVA FILHO, Carlos Fernando da; JORGE, Rosa Maria Campos; RASSY, Rosângela Silva. *Reforma trabalhista: uma reflexão dos auditores-fiscais do trabalho sobre os efeitos da lei 13.467/2017 para os trabalhadores*. São Paulo: LTR, 2019, p. 297 a 310.
- NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia Jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. *Contribuições sindicais*. Modalidades de financiamento sindical e o princípio da liberdade sindical. São Paulo: LTR, 2019.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 4 ed. Itajaí: Univali-2013- ebook, disponível gratuitamente em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>
- PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual.amp. Florianópolis: EMais Editora, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice*. O Social e o Político na Pós-Modernidade. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TOLEDO, Enrique de la Garza. Neoliberalismo e Estado. In: LAURELL, Asa Cristina (org). *Estado e Políticas Sociais no Neoliberalismo*. São Paulo: Cortez Editora, 1995, p. 71 a 89.





RECEBIDO EM: 23/02/2021

APROVADO EM: 18/03/2021

# PERSPECTIVAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL E A COVID-19.

*STATE CIVIL LIABILITY AND COVID-19*

*Fabiano de Figueiredo Araujo*

*Doutorando em Direito. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro  
Universitário de Brasília. Especialista em Administração Pública pela Fundação  
Getúlio Vargas. Procurador da Fazenda Nacional. Professor Universitário*

**SUMÁRIO:** Considerações Iniciais; 1. O Estado como Limitador da Atuação Econômica e a Aplicação da Teoria do Risco Administrativo; 2. O Estado como Tutelador da Saúde e a Responsabilidade Civil Por Omissão; Considerações Finais.

**RESUMO:** A COVID-19 suscitou discussões sobre a responsabilidade civil estatal decorrente das condutas empreendidas como forma de enfrentamento dos efeitos da COVID-19, uma vez que a legislação de regência estabeleceu o Estado como elemento central para evitar a propagação do vírus, por intermédio de medidas de quarentena ou limitações administrativas. Diante desse espectro, o objetivo do artigo é de tratar sobre a responsabilidade aquiliana estatal no contexto da COVID-19. O artigo tem duas partes, uma pertinente a examinar se as limitações administrativas feitas pelos entes federativos, estabelecendo quarentenas e restrições de atividade econômicas, têm o condão de gerar responsabilidade civil estatal, enquanto o segundo capítulo trata do assunto em relação à assistência à saúde estatal. A conclusão do artigo é que o cenário normativo de responsabilização estatal no âmbito da COVID não é diferente do paradigma ordinário, de sorte que a pandemia, em si, não modificou a forma de apuração da responsabilidade. O artigo teve como lastro metodológico a análise documental e a revisão da literatura jurídica específica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. COVID. Teoria do Risco Administrativo. Assistência à Saúde. Omissão Estatal.

**ABSTRACT:** There are discussions about COVID-19 and State Civil Liability, because of the role of the State in order to control the effects of pandemic and to prevent the spread of the virus, through quarantine measures or administrative limitations. So, the objective of the paper is to deal with the State Civil Liability in the context of COVID-19. This paper has two parts. The first chapter examines if the administrative limitations made by the federative entities, establishing quarantines and economic activity restrictions, have the power to generate state civil liability, while the second chapter deals with the subject in relation to health care provided by State. The conclusion of this paper is the legal model of state accountability within the scope of COVID is no different from the ordinary model, so that the pandemic itself did not change the way of recognizing civil liability. The paper methodology was the documentary analysis and the review of the specific legal literature.

**KEYWORDS:** Civil Liability. COVID. Risk Theory. Health Care. State Omission.

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A atual crise sanitária decorrente da COVID-19 trouxe à tona uma ampla discussão acerca dos limites e do papel do Estado na adoção de medidas tendentes ao enfrentamento da pandemia.

A legislação basilar sobre o combate à COVID-19, a Lei nº 13.979, de 2020, modelou o Estado no papel central de evitar a propagação do vírus, podendo utilizar de medidas de quarentena e limitações administrativas. Outrossim, o combate à COVID-19 renovou a importância do Sistema Único de Saúde (SUS), sistemática de assistência pública à saúde institucionalizado no Brasil.

Desse modo, o papel mais assertivo estatal na condução e enfrentamento da COVID-19 acaba ensejando debates sobre as consequências relativas à futura responsabilidade civil estatal relacionadas com condutas, comissivas ou omissivas, advindas deste período.

Sendo assim, o escopo desse artigo é o de discorrer sobre o liame do combate à COVID-19 e a eventual responsabilidade aquiliana governamental.

Para atender ao aludido desiderato, o primeiro item deste artigo é o de examinar se as limitações administrativas feitas pelos entes federativos, estabelecendo quarentenas e restrições de atividade econômicas, têm o condão de gerar responsabilidade civil estatal. Continuando, o segundo capítulo deste artigo já enfrenta a assistência à saúde estatal e a eventual possibilidade de ressarcimento pelo Estado por condutas comissivas ou omissivas governamentais. Finalmente, promovem-se conclusões jurídicas pertinentes sobre a matéria.

No aspecto metodológico, consigne-se que o artigo teve como lastro análise documental, por intermédio de exame de proposições legislativas e de acórdãos dos Tribunais Superiores, bem como uma revisão da literatura jurídica específica sobre a responsabilidade civil, em especial do Estado.

### **1. O ESTADO COMO LIMITADOR DA ATUAÇÃO ECONÔMICA E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO**

Há grande complexidade no confronto sanitário da pandemia da COVID-19. A enfermidade derivada do vírus possui especificidades que

foram conhecidas apenas no próprio decorrer da propagação da COVID019, cenário, decerto, bastante desafiador a todos.

Diante desse contexto, não há dúvidas de que o Estado é instrumento essencial e estratégico para combate dos efeitos negativos da pandemia, como sustentáculo de medidas de enfrentamento do grave problema sanitário colocado e das suas sensíveis consequências econômicas. Assim, adveio a necessidade de que o Poder Público lograsse ter assertividade nesse contexto.

Um dos mecanismos empregados para enfrentamento da calamidade sanitária foi a determinação de restrições de atividade econômica. Os entes federativos empreenderam paulatinas quarentenas e restrições setoriais de atividades econômica, utilizando a permissiva legal dada pelo art. 2º, II, da Lei nº 13.979, de 2019, lei geral de enfrentamento da emergência de saúde pública oriunda da COVID-19, conforme a autorização dada pelo Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341, quando registrou que os entes subnacionais logram obter competência para realizar medidas de combate à COVID.

Essas condutas tiveram como motivação basilar diminuir a circulação de pessoas, de maneira a evitar a propagação do vírus. Sem embargo, as medidas sanitárias de isolamento ensejaram a paralisação da atividade econômica de milhares de sociedade empresárias.

Dessarte, esse comportamento comissivo do Estado, de paralisação de atividades realizadas pelos agentes econômicos, com a finalidade de atender ao desiderato de controle sanitário, gerou decerto consequências pecuniárias aos aludidos atores. Essa ilustração pode gerar eventual discussão acerca da aplicabilidade da responsabilidade civil estatal em face dessas limitações administrativas relacionadas com o enfrentamento da COVID-19.

Sem querer ser extenso, mas como elemento necessário ao deslinde do presente artigo, vale a pena tecer breves linhas sobre a temática.

Como sabido, o debate da responsabilidade extracontratual do Estado logrou obter grande transformação no decorrer do tempo, derivado da própria ampliação da complexidade das atividades realizadas pelas grandes organizações, dentre elas o próprio Estado<sup>1</sup>.

1 “A responsabilidade civil do Estado traz alguns problemas hermenêuticos por ser um instituto do Direito Civil que sofreu adaptações no seu transporte para o Direito Administrativo: no Direito Civil, a evolução de uma responsabilidade por culpa para a teoria do risco decorreu da complexização de algumas

A responsabilidade extracontratual do Estado, no contexto brasileiro, é delineada basicamente pela *Teoria do Risco Administrativo*, a qual acentua que, presentes o fato do serviço da Administração Pública e a relação direta de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, advém ao Poder Público o encargo de ressarcir tal prejuízo. Ao particular que suportou o prejuízo não lhe cabe demonstrar a culpa do Estado ou de servidor público específico. Nesse cenário, o Estado é que poderá, com o fito de afastar ou infirmar a sua responsabilidade, comprovar a existência, em caso concreto, das denominadas excludentes, em geral doutrinariamente acatadas como culpa exclusiva da vítima, a força maior e o caso fortuito.

Com efeito, a fundamentação tradicional acerca do emprego da responsabilidade objetiva estatal, mediante a *Teoria do Risco Administrativo*, advém da tradicional visão doutrinária de repartição de encargos e preservação do primado da isonomia (CARVALHO FILHO, 2016; MELLO, 2013, p. 1015), uma vez que não é condizente com a igualdade a conduta governamental que gere prejuízo a específico terceiro em atividades de interesse de todos, sem que haja o devido ressarcimento. Outrossim, utiliza-se como motivação para a responsabilidade objetiva o próprio risco dos empreendimentos estatais, em consonância com o que ocorre na responsabilidade civil em outras esferas (ARAGÃO, 2004).

Portanto, a responsabilidade civil objetiva evidencia que o Estado e as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos em geral, consoante a literalidade do art. 37, §6º, da Constituição Federal, têm responsabilidade pelo mero deslinde que a conduta por eles exercida envolve, isto é, mesmo que a atuação estatal seja normativamente lícita.

A responsabilidade civil objetiva não exige que haja conduta *ilícita* do agente público causador do cenário danoso ao particular, havendo, pois, a dispensa do elemento subjetivo (*culpa ou dolo*) para qualificação da aludida responsabilidade. Concernente às condutas realizadas pelo Estado Brasileiro, esse viés interpretativo incide desde há muito, com previsão

---

atividades econômicas de massa, cujos riscos e consequentes responsabilidades passaram a ser incluídos nos custos da própria atividade empresarial". (ARAGÃO, 2004, p. 27-38.). Deveras, essa massificação da atividade econômica infirmou a tradicional visão de responsabilidade patrimonial lastreada no viés estritamente individualista, tanto no âmbito do agente causador do dano (uma vez que a larga organização empresarial elimina a existência de um único ser que atenderia com diligência a todos os detalhes de seu empreendimento), quanto em relação à vítima (esse cenário novo institucional dificultaria certamente a identificação precisa do indivíduo responsável direto pelo dano gerado). Por sua vez, um dos cofundadores da teoria do risco no ambiente francês, esfera tradicional do Direito Administrativo, foi L. JOSSERAND, que sustentou a aplicabilidade da lógica do risco administrativo oriunda da visão que já se tinha no âmbito da responsabilização do acidente de trabalho.

inicial na prestação de serviço das estradas de ferro (Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912) e com ampliação alargada no âmbito estatal com a Constituição de 1946. Esse norte normativo retrata a lição de Orlando Gomes (1989, p. 294) de que o âmago da responsabilidade civil cambiou da vetusta visão de ato ilícito em si (violação do dever de atenção) para a noção de dano injusto.

Sem embargo, não se pode olvidar que a obrigação de indenizar pelo Estado pressupõe o preenchimento de pressupostos específicos.

Inicialmente, há de se fazer uma relação de causalidade entre uma conduta (comissiva/omissiva) estatal e uma consequência danosa a um terceiro, determinante de prejuízo. Em suma, uma ligação de causa e efeito. Esse elemento é denominado doutrinariamente por nexo causal.

A relação de causalidade tem ampla abordagem doutrinária no âmbito do Direito Civil. Superando outras teorias a respeito da relação de causalidade (CAHALI, 2007, p. 75), a exemplo da *Teoria da Equivalência das Condições* ou *Teoria da Causalidade Adequada*, é aplicável no contexto brasileiro a *Teoria do Dano Direto e Imediato*, previsto, de forma expressa, apenas na responsabilidade civil contratual pelo art. 403 do Código Civil. Deveras, com lastro nessa teoria, nem toda concausa prejudicial ao deslinde do cenário objeto do prejuízo enseja relação de causalidade, sendo que o dever de indenizar advém quando o dano for efeito direto e necessário de um causa. O Supremo Tribunal Federal corroborou esse viés em famoso precedente (Recurso Extraordinário nº 130.764, Primeira Turma, julgado em 12/05/1992), em que se afastou a responsabilidade civil estatal em face de um prisioneiro que, temporariamente hospitalizado, fugiu do ambiente hospitalar e cometeu assalto após vinte e um meses da fuga.

Tendo em vista esse primado de que o dano deve ser gerado direta e necessariamente por uma conduta estatal, o nexo causal não é verificado caso a própria vítima tenha dado ensejo ao prejuízo, ou em situações de força maior ou “por fato de terceiro alheio à prestação do serviço público” (FREITAS, 2005, p. 29)<sup>2</sup>. Essas hipóteses são denominadas como *cláusulas excludentes de causalidade*.

---

2 Sem embargo da eventual possibilidade de emprego da Teoria do Risco Social, conforme abordagem ainda a ser feita neste artigo.

O último pressuposto para configuração da responsabilidade civil estatal é a existência de dano, que se configura no prejuízo, no desfalque sofrido por alguém (VENOSA, 2013). Sem embargo de outras tipologias, os danos em geral podem ser configurados como *danos materiais*, que ensejam uma lesão patrimonial (*emergente ou lucro cessante*), danos morais, entendidos como aqueles de cunho psíquico, de afeição, de personalidade (VENOSA, 2013, p. 314), ou *danos estéticos*, que têm pertinência com a aparência da pessoa, e não se confundem com os danos morais (Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça).

Diante dessas considerações, verifica-se que o Estado, possuidor de ampla liberdade de atuação, mediante outorga dada pela própria Constituição Federal, pode gerar danos específicos por força de suas condutas diretas ou até mesmo por intermédio de normas diretivas ou fomentadoras. Essas atuações estatais, vale mais uma vez aditar, seria pressupostamente lícitas, porquanto autorizadas pelo Ordenamento Jurídico, sem embargo de eventualmente geradoras de prejuízos econômicos ou de outras matizes.

Não cabe confundir, convém registrar, responsabilidade civil objetiva por ato lícito com *sacrifício de direito* (CELSONO, 2013, p. 1010; SUNDFELD, 2003, p. 95). Sacrifício de direito é o efeito de um instituto cujo razão de existência seja imediatamente a realização de limitação ou exclusão do direito, podendo-se citar como lembrança emblemática a desapropriação. Por outro lado, a responsabilidade civil objetiva por ato lícito deriva de um prejuízo causado por uma conduta governamental. O efeito prático da referida distinção que o sacrifício de direito pressupõe uma indenização prévia, por consubstanciar fatalmente uma desapropriação de direito, enquanto a responsabilidade civil deve ser previamente conhecida, para gerar futuros efeitos pecuniários.

A responsabilidade civil do Estado por atos lícitos já foi examinada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em várias oportunidades. No julgamento do RE nº 571969, Plenário, em 2014, o STF acolheu a responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica normativamente lícita implementada pelo Governo. Outrossim, no Recurso Extraordinário com Agravo nº 884.325, Plenário, julgado em 2020, acatando a premissa de que é cabível a responsabilidade civil no cenário em comento, firmou a tese de que “é imprescindível para o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado em decorrência da fixação de preços no setor sucroalcooleiro a comprovação de efetivo prejuízo econômico, mediante perícia técnica em cada caso concreto”.

Continuando, a determinação de paralisar específicas atividades econômicas e demais medidas que tiveram o condão de combater a transmissão do vírus possui previsão legal expressa (arts. 2º e 3º da Lei nº 13.979, de 2020), além de estar, decerto, consonante com as obrigações constitucionais do Estado de empreender medidas de combate a pandemias para preservação da saúde da população, conforme inclusive entendeu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6341, proposta em face de preceitos da Lei nº 13.979, de 2020, após a edição da Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020.

Dessarte, a conduta governamental (*paralisação de atividades econômicas*) pode ensejar consequências pecuniárias aos agentes econômicos que atuam nos campos objeto de medidas de quarentena, podendo haver eventual alegação de responsabilidade aquiliana por parte do Estado. Sem embargo, como sabido, a responsabilidade civil extracontratual tem como pressuposto a demonstração cabal do prejuízo do particular interessado, descabendo a mera alegação de dano sem evidência probatória do fato. Esse é o entendimento já exposto pelo STF (Recurso Extraordinário com Agravo nº 884.325) e acatado doutrinariamente (CAHALI, 2007, p. 67 e ss.; DANTAS BISNETO & SANTOS & CAVET, 2020).

Esse dano, vale aditar, no âmbito da responsabilidade civil objetiva estatal por ato lícito, deve ser anormal e individualizável (CAHALI, 2007, p. 68; ZANCANER, 1981, p. 66-7), descabendo a responsabilidade civil estatal por edição de um ato que logra obter generalização.

Afinal, é ínsito à atividade administrativa o emprego de mecanismos transversais ou, melhor explicitando, a universalidade da condução e dos comandos estatais é elemento inerente à sistemática governamental, de sorte que o engendramento de condutas que influenciem um largo espectro de pessoas, quicá todos, com eventuais prejuízos econômicos, não enseja necessariamente um benefício de terceiros ou da coletividade em detrimento de um prejuízo singular, individualizado, pressuposto, como já delineado outrora, da responsabilidade civil objetiva estatal (a fim de salvaguardar a isonomia).

Desse modo, política econômica desastrada, por exemplo, por não configurar empreendimento governamental com efeitos singularizados, mas, ao contrário, com consequências transversais, não gera responsabilidade civil objetiva estatal. O dano deve ser direto, imediato e particular – medidas que atingem a todos, em si, não é geradora de ressarcimento por parte do Estado.



Esse viés, portanto, pode orientar a responsabilização civil estatal no tocante às medidas de limitações administrativas relacionadas com o combate da COVID-19. Afinal, as restrições de atividade econômicas atingem a totalidade de agentes econômicos de setores objeto das medidas de quarentena, não focando diretamente indivíduo específico.

A referida interpretação lastreou julgamento ocorrido no Estado alemão de Baden-Württemberg, no sudoeste da Alemanha. Uma proprietária de salão de beleza, cujo empreendimento fora fechado por medidas sanitárias, ajuizou demanda indenizatória em face do referido ente federativo, sob o pálio de que os comandos estatais de limitação econômica lhe geraram prejuízo financeiro. O juízo negou o pleito, aduzindo, além de que já havia lei local que estabeleceria uma subvenção econômica, que a medida de paralisação de atividades era válida não apenas para a demandante, mas para toda a população (MIGALHAS, 2020).

A aplicabilidade adequada da responsabilidade civil estatal por ato lícito, atentando-se à lógica da necessidade de demonstração do nexo de causalidade bem como o efetivo dano direto a particular, possibilita a clara distinção da *Teoria do Risco Administrativo* em face da denominada *Teoria do Risco Social*, em que possibilita que o Estado tenha a obrigação de ressarcir prejuízos sofridos por específica vítima, a despeito de não haver qualquer conduta (comissiva ou omissiva) de agente estatal que enseje respectivo nexo de causalidade (MELLO, 2014, p. 1015)

Em suma: responsabiliza-se por atos de terceiros. Assim, verifica-se que essa espécie de responsabilidade não tem lastro expresso no art. 37, §6º, da Constituição Federal, estando à margem de tal preceito constitucional (CARVALHO, 2016). Exemplo de tal responsabilização pode ser extraído da Lei nº 10.744, de 2003, que autorizou a União a assumir despesas de responsabilidades civis perante terceiros na hipótese da ocorrência de danos a bens e pessoas, passageiros ou não, provocados por atentados terroristas. Outra hipótese famosa é a da Lei nº 12.663, de 2012, a *Lei Geral da Copa*, cujo art. 23 dispõe que a União assumiria os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos notórios eventos esportivos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, já houve debate se há permissivo constitucional para que o ente estatal possa assumir

responsabilidade por danos praticados por terceiro. Em meados do ano de 2014, o STF examinou a constitucionalidade do dispositivo já mencionado na Lei Geral da Copa, por intermédio da ADI nº 4976. Acentuou a possibilidade de que o ente estatal assumira responsabilidade de forma ampliada ao disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal, mormente em situações específicas de grave risco para a população ou de relevante interesse coletivo, em que “pode o Estado ampliar a respectiva responsabilidade por danos decorrentes de sua ação ou omissão, para além das balizas do supramencionado dispositivo constitucional, inclusive por lei ordinária” (trecho do voto condutor).

Verifica-se, portanto, que o STF legitimou a responsabilização do Estado à margem do disposto no art. 37, §6º da Constituição Federal, de sorte que soa possível a possibilidade de instituição de preceito legal que gerasse a assunção, por ente federativo, de responsabilidade com lastro na Teoria do Risco Social.

Tendo em vista inclusive esse cenário no contexto da COVID, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei (PL) nº 1826/2020, cujo intuito era o de prever compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde, ou a dependentes, conforme o caso, que, durante o período de emergência de saúde pública de importância nacional decorrente da disseminação da COVID-19, tornarem-se permanentemente incapacitados para o trabalho. Observa-se que a referida propositura tinha clara influência da *Teoria do Risco Social*, porquanto estabeleceu uma obrigação indenizatória pela União sem que houvesse necessariamente conduta governamental federal que ensejasse o dano aos interessados. O PL acabou sendo vetado totalmente pelo Presidente da República, tendo como lastro motivações majoritariamente de cunho orçamentário-financeiro.

Firmadas essas considerações, entende-se que as políticas de limitação administrativas feitas pelos entes federativos, para fins de controle pandêmico, não são, por si só, geradoras de responsabilidade civil estatal, uma vez não ostentam condutas governamentais singularizadas, mas com consequências gerais. A casuística, portanto, deve nortear eventual aplicação de responsabilidade civil no caso em comento.

## **2. O ESTADO COMO TUTELADOR DA SAÚDE E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR OMISSÃO**

Um outro espectro de exame da responsabilidade civil pertine à própria atividade estatal no tocante à prestação de saúde. Deveras, o

mecanismo de assistência sanitária em nosso país, mormente o sistema público de saúde, está sendo utilizado à saciedade no combate à COVID-19, havendo, inclusive, tristes episódios de colapso no sistema, a exemplo do que ocorreu em Manaus no início de 2021.

No contexto brasileiro, o direito de assistência à saúde é estabelecido institucionalmente de forma bastante ampliativa. Afinal, uma adequada lógica de saúde não é apenas concessão de medidas corretivas de enfermidades. É todo um contexto subjacente a este, tal como a estruturação de mecanismos de saneamento básico e de diminuição de desequilíbrios econômicos extensos. Tanto isso é verdade que a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1947, delineou um conceito bastante amplo acerca da sistemática, quando acentuou a definição de saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”<sup>3</sup>.

Dessarte, a Constituição Federal procurou implementar uma assertividade estatal na condução de medidas tendentes a salvaguardar a saúde, não se limitando a adentrar em questões pertinentes à estruturação de mecanismos de assistência direta à saúde, mas prevendo também a necessidade de que entes subnacionais promovam, por exemplo, programas de saneamento básico (art. 23, IX, Constituição Federal).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira a conferir ao direito à saúde o status de direito fundamental, no seu art. 6º (MENDES & BRANCO, 2017), em consonância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu art. XXV, assegura o direito à saúde como um dos direitos humanos.

Já o art. 196 e ss. da Constituição Federal delimita a ampla garantia da assistência da saúde ao nosso país. É de bom tom consignar pois a amplitude de extensão do direito à saúde no Brasil, tanto no aspecto objetivo (objeto da prestação do direito à saúde outorgado pelo Estado) quanto subjetivo (a própria universalidade do SUS, em relação aos seus beneficiários) (PINTO, 2017, p. 80).

Esse espectro jurídico demonstra que a população em geral logra possuir direito subjetivo a uma adequada assistência à saúde pelo Estado e até por força disso, há ampla intervenção do Poder Judiciário para

---

3 Conceito de saúde constante na parte inicial da Constituição da Organização Mundial de Saúde, firmada em 22 de julho de 1946.

compelir os entes federativos a concretizar o direito à saúde da população brasileira, pelos mais diversos focos (desde fornecimento de medicamentos a obrigatoriedade de fornecimento de específicos tratamentos).

Dessarte, a aplicabilidade da temática da responsabilidade civil do Estado no âmbito da prestação de saúde fica evidente, havendo ampla discussão sobre o assunto. Com efeito, a prestação inadequada de serviço (conduta comissiva estatal) ou a falta de um atendimento condizente e escoreito (omissão governamental), desde que haja nexos de causalidade e um dano material, moral ou estético, tem o condão de gerar obrigação indenizatória do Estado.

Esse cenário fica bem demonstrado, inclusive no contexto da COVID-19, em relação a atos comissivos. Condutas positivas em ambientes de assistência à saúde estatais que gerem consequências danosas às vítimas logram ter maior facilidade de evidenciar a responsabilidade estatal. Essa exegese, inclusive, já foi aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando acentuou que existindo nexos de causalidade, imputa-se responsabilidade civil ao Estado quando um indivíduo se contamina com HIV em face de procedimento realizado em unidade pública de saúde (Recurso Especial nº 1299900, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015; Agravo Interno no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 672.799, Segunda Turma, julgado em 04/09/2018).

O debate mais alentado ocorre, na verdade, no tocante a eventuais falhas ou omissões estatais no tocante ao combate da pandemia. Advém, nesse âmbito, a discussão sobre a responsabilidade civil concernente a omissões estatais.

A doutrina tradicional (por todos, MELLO, 2013, p. 1019 e ss.; SUNDFELD, 2009, p. 182) explicita que a responsabilidade civil estatal por omissão configura uma *responsabilidade subjetiva*, não no sentido tradicional de necessidade de demonstração de culpa ou dolo individualizado do responsável pela omissão geradora do dano. Deveras, a culpa seria ostentada como *culpa anônima* ou *culpa administrativa*, no sentido de que não caberia à vítima demonstrar o servidor público responsável pelo prejuízo, mas o de evidenciar o não ou mau funcionamento do Estado, bem como a relação entre essa falta (ou inadequação) governamental e o dano do indivíduo.

Consoante lição conhecida (MELLO, 2013, p. 1021-2; JIMENEZ, 2013, p. 73), a culpa administrativa decorre de três situações, quais sejam, a falta do serviço, a inexistência do serviço ou o do retardamento da

atividade administrativa. Verifica-se, pois, que ao contrário do que ocorre no âmbito da responsabilidade civil objetiva, a atividade administrativa em si (ou o *fato de serviço*, consoante expressão aduzida pela doutrina) não é o elemento indutor da responsabilidade civil, mas a *falta ou culpa do serviço* administrativo.

O motivo por trás dessa visão é a de que o nada em si gera nada: se o Estado não agiu, não lhe pode ser imputado a princípio qualquer responsabilidade por prejuízo. Eventual dano só existiria a terceiro caso se evidenciasse que o Estado tivesse a obrigação normativa de atuar de forma adequada e tempestiva, de sorte que a sua omissão gerasse, em tal panorama, específica consequência. A estruturação de tal obrigação denota que a inexistência de conduta, ou eventual conduta a destempo ou inadequada, se deveu por falha governamental, ostentando, assim, o elemento subjetivo ínsito a tal espécie de responsabilidade civil.

Sem embargo dessa exegese tradicional, o STF vem delineando recentemente que a responsabilidade civil estatal por omissão seria também objetiva.

O STF acentuou que nas situações em que o Estado logra ter poder de guarda de pessoas ou coisas, o Poder Público se encontra em posição de garantidor, tendo o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas que estejam a ele vinculadas. Desse modo, havendo morte de detento, por exemplo, o STF consigna que há responsabilidade civil estatal, na modalidade objetiva (Recurso Extraordinário nº 841526, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016).

Outrossim, no Recurso Extraordinário nº 136861, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2020, o STF reconheceu a responsabilidade civil estatal objetiva no âmbito de danos derivados de falhas de fiscalização de fogos de artifício e estabeleceu a seguinte tese em sede de Repercussão Geral:

Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular.

A despeito de o STF ter acentuando que, nessas hipóteses, a responsabilidade civil estatal por omissão seria objetiva, verifica-se que

a Suprema Corte acaba estabelecendo uma exigência específica para imputação do dever de ressarcimento, qual seja, falha governamental em não realizar especial conduta (guardar ou fiscalizar, respectivamente), o que não deixa de ser a aplicação da tradicional visão da demonstração da culpa administrativa para fins de qualificação da responsabilidade civil por omissão, já que se traz à tona a necessidade de evidenciar um elemento subjetivo no âmbito estatal como pressuposto de incidência da responsabilidade aquiliana.

Verifica-se, portanto, que, com a devida vênia, a interpretação recente do STF com a imputação de responsabilidade civil objetiva nos prejuízos derivados de omissões estatais logra ter efeito muito mais retórico do que propriamente inovador no panorama normativo da questão.

A responsabilidade civil por omissão pode incidir no âmbito da COVID-19, caso se evidencie, em circunstâncias específicas, omissões na assistência à saúde que gerem dano direto aos indivíduos. Não há como se afirmar, de forma preambular, que a COVID-19 seria em si um cenário de caso *fortuito ou força maior*, uma vez que proliferações de vírus e doenças em si são cenários verificados constantemente. Não por acaso, o STJ já acentuou, em precedente antigo, que é responsabilidade da Administração Pública tomar medidas para controle de pandemia, e que desconhecimento científico pontual não expurga, por si, o papel do Poder Público em empregar medidas com o intuito de mitigar os efeitos pandêmicos (Recurso Especial nº 1299900, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015).

Sem embargo, a incidência da responsabilidade civil do Estado por omissão pressupõe, decerto, uma relação de causalidade entre o cenário omissivo e um dano direto e efetivo ocorrido em face de terceiro. A calamidade derivada do cenário da COVID-19 não expurgará a necessidade de preenchimento dos pressupostos tradicionais da responsabilidade aquiliana. O encargo do ressarcimento por danos não é abstratamente determinado, dependendo, decerto, da análise do nexu causal em face de um prejuízo efetivo (DANTAS BISNETO & SANTOS & CAVET, 2020). O simples fato de ser acometido pela COVID-19 não será, decerto, fator passível de responsabilização civil.

A fim de corroborar tal premissa, é trazido precedente do Superior Tribunal de Justiça relacionado com os programas de prevenção e combate à dengue, tombado sob o nº 703.471, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005. Conforme ideia do acórdão, soa indevida a reparação de danos ocasionada

por falta do serviço público quando não seja possível registrar o número de vítimas contaminadas em decorrência de atraso na implementação de programa de combate à dengue, não tendo sido sequer comprovado o efetivo atraso ou se ele teria provocado o alastramento do foco epidêmico.

Factualmente, a responsabilidade civil por inadequada assistência à saúde será aferida mediante uma efetiva análise da casuística, no sentido de se avaliar se uma omissão ou atuação inadequada pelos agentes estatais enseje consequências danosas na enfermidade em comento. Em suma, uma assistência à saúde falha que influencie diretamente no aumento dos efeitos danosos da COVID-19, quiçá o falecimento.

Pode-se, pois, vaticinar que o espectro de responsabilização do Estado por omissão, em relação às consequências sanitárias da COVID-19, não é necessariamente distinto do que ocorre no contexto ordinário de tratamento da responsabilidade civil estatal. O elemento pandêmico, em si, não seria uma nota de indenidade para afastar a responsabilização estatal, mas também não infirmaria a necessidade de preenchimento dos tradicionais pressupostos para reconhecimento da responsabilidade aquiliana estatal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As consequências inéditas e amplas da COVID-19 geram repercussões de efeito no Direito brasileiro.

Extrai-se toda uma construção de uma normatização específica, denominada inclusive “de Crise”, para estruturar paradigmas singulares condizente com o cenário e consequências da pandemia. Como exemplos, pode-se citar a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, que implementou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado, ou a Emenda Constitucional nº 106, de 2020, que instituiu regime extraordinário financeiro-orçamentário.

Sem embargo, no tocante à responsabilidade civil estatal, como não adveio estruturação positiva própria, verifica-se que a pandemia da COVID-19 não ostenta uma efetiva mudança na forma como se visualiza a responsabilidade civil do Estado.

Afinal, as condutas governamentais tendentes a promover limitações administrativas, com a finalidade de controlar a propagação da COVID-19, não ensejam, por si só, a responsabilidade civil objetiva por ato lícito,

porquanto configuram atos governamentais gerais, e não singularizados. A pandemia, pois, não tem o condão de por si ensejar modificação nos pressupostos ordinários para qualificação da responsabilidade aquiliana pelo Estado.

Outrossim, aponta-se que no tocante a omissões ou falhas de assistência à saúde, o cenário normativo de responsabilização estatal no âmbito da COVID não é diferente do paradigma ordinário. Desse modo, uma lide judicial que venha a tratar sobre prejuízos de particulares irá pressupor uma instrução probatória que evidencie a relação causal entre a conduta omissiva (ou comissiva) governamental e o específico dano.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Os Fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado*. Revista de Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, v. 58, 2004, p. 27-38.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DANTAS BISNETO, Cícero; SANTOS, Romualdo Baptista dos; CAVET, Caroline Amadori. Responsabilidade civil do Estado por omissão e por incitação na pandemia da COVID19. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 2, p. 71-92, maio/ago. 2020

GOMES, Orlando. *Tendências modernas da reparação de danos*. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco (org.). Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

JIMENEZ, William Guillermo. *Origen y Evolución de las teorías sobre la Responsabilidad Estatal*. Revista Dialogos de Saberes. N. 38, p. 63-78, junio de 2013, Bogotá-Colômbia.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



MIGALHAS. FRITZ, Karina. Estado não responde por perdas patrimoniais de empresa fechada por causa do coronavírus, diz magistrado de Heilbronn. *Revista Migalhas: German Report*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/327621/estado-nao-responde-por-perdas-patrimoniais-de-empresa-fechada-por-causa-do-coronavirus-diz-magistrado-de-heilbronn>. Acesso em: 10 dez 2020.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

FREITAS, Juarez. *A responsabilidade extracontratual do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 241, pp. 21-37, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Responsabilidade civil*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.



RECEBIDO EM: 10/08/2020

APROVADO EM: 05/01/2021

# LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DOS ELEMENTOS DOS ACORDOS DE COLABORAÇÃO ENTRE OS ÓRGÃOS DE CONTROLE

*LIMITS OF SHARING ELEMENTS OF COLLABORATION  
AGREEMENTS AMONG CONTROL AGENCIES*

*Guilherme Corona Rodrigues Lima*

*Mestre e Doutorando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade de  
São Paulo - PUC-SP. Advogado Sócio de Corona e Bío Sociedade de Advogados.*

*Professor de Direito Administrativo.*

*Clovis Beznos*

*Doutorado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*

*Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Os acordos de colaboração e seus principais aspectos; 2. Requisitos para o compartilhamento dos elementos obtidos em acordos de colaboração; Conclusão; Referências

**RESUMO:** Pretende-se com o presente artigo fixar os principais aspectos e os limites ao compartilhamento dos indícios obtidos em acordos de colaboração entre os diversos órgãos de controle, considerando a localização dos acordos no sistema legal brasileiro, assim como as condições para que haja acesso a seus elementos por parte de órgãos de controle. Utiliza-se como ponto de partida o entendimento doutrinário acerca desses elementos para, em segundo momento, compará-lo a determinadas decisões judiciais de tribunal superior. Conclui-se que os parâmetros de quando esse compartilhamento é oportuno e seus limites passam, necessariamente, pela preservação dos direitos do colaborador e pela impossibilidade de sua esfera de responsabilização ser, de qualquer modo, agravada pelo órgão que receba os elementos compartilhados.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Administrativo. Direito Administrativo Sancionador. Órgãos de controle. Acordos de Colaboração. Leniência. Compartilhamento.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to establish the main aspects and limits to the sharing of research elements obtained in collaboration agreements among the various control agencies, regarding the position of collaboration agreements in the Brazilian legal system, as well as the conditions to grant access of its elements to control agencies. It is taken as starting point the doctrinal understanding about these elements to then compare it to certain judicial decisions of superior court. It concludes that the parameters of when this sharing is recommended and its limits necessarily considers the preservation of collaborator's rights and the impossibility of aggravation of his legal situation by the receiving control agency.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Sanctioning Administrative Law. Control Agencies. Collaboration Agreements. Leniency. Sharing.

## INTRODUÇÃO

O complexo sistema de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas, que praticam atos lesivos ao erário instituído no Brasil, faz com que surja interessante debate sobre o compartilhamento de indícios obtidos, em especial, por meio dos acordos de colaboração premiada e dos acordos de leniência. Isto porque diversos órgãos possuem poderes de investigação e prerrogativas de aplicação de sanções dentro de suas esferas de atuação e, ao mesmo tempo e em tese, podem firmar ajustes objetivando buscar a colaboração nas investigações e na reparação dos danos com investigados.

Desse modo, pretende-se avaliar por meio do presente estudo as hipóteses em que os elementos obtidos, quando da celebração de tais ajustes por determinado órgão de controle, podem ser compartilhados com outros órgãos controladores bem como os efeitos e limites de tal compartilhamento.

Utilizaremos para esse intuito a expressão “indícios”<sup>1</sup> e não simplesmente “provas”<sup>2</sup> pois as declarações colhidas no âmbito dos acordos de colaboração sobre atos ilícitos devem, necessariamente, ser confirmadas por outros elementos de corroboração, por exemplo documentos que comprovem os ilícitos para que, após valorados pelos órgãos competentes, possa-se imputar eventuais responsabilidades aos envolvidos, sob pena de não se mostrarem suficientes para o apenamento dos infratores.

De forma diversa é defeso proceder, pois as sentenças condenatórias não podem estar fundamentadas nas declarações isoladas de agente colaborador, nos termos do art. 4º, §16 da Lei n.º 12.850/13, a chamada Lei das Organizações Criminosas, o que se tem, de forma analógica, para os acordos de leniência do âmbito cível e administrativo em geral.

---

1 “Apesar de grande parte da doutrina referir-se aos indícios apenas com o significado de prova indireta, nos termos do art. 239 do CPP, a palavra indício também é usada no ordenamento penal pátrio com o significado de uma prova semiplena, ou seja, o sentido de um elemento de prova mais tênue, com menos valor persuasivo. É com esse significado que a palavra indício é utilizada nos arts. 126, 312 e 413, caput, todos do CPP. (LIMA, 2016)

2 “O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, provar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar” (NUCCI, 2016, p. 246)

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo traçar além de um breve panorama sobre os principais aspectos dos acordos celebrados com os órgãos de controle, delimitar os requisitos para o compartilhamento dos elementos obtidos por meio deles, avaliando-se a importância da regularidade dos procedimentos de compartilhamento de dados no âmbito geral de uma política pública de enfrentamento à corrupção que, ao mesmo tempo busque a reparação dos danos causados ao erário e o aprofundamento das investigações e respeito os direitos a ampla defesa e ao contraditório garantidos aos acusados em geral.

### **OS ACORDOS DE COLABORAÇÃO E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS**

A Constituição Federal de 1988 adotou um multifatorial sistema de controle da Administração Pública, prevendo a existência de diversos órgãos autônomos e com competências muito semelhantes para a investigação e responsabilização de atos de malversação do dinheiro público.

O Decreto-Lei n.º 4.657/1942, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, traz em seu artigo 26, que foi incluído pela Lei n.º 13.655/18, autorização genérica para que a Administração Pública, objetivando “eliminar irregularidade, incerteza ou situação contenciosa na aplicação do direito público” possa celebrar acordos com os interessados. Tem-se na previsão normativa supracitada a autorização normativa para que os órgãos administrativos e, também, os órgãos controladores (que dentro da organização administrativa do Estado brasileiro não deixam de ser órgãos administrativos) possam celebrar acordos objetivando sanar irregularidades e recompor o erário.

É o avaliado por Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas:

O referido dispositivo ainda prevê que tal “compromisso poderá ser celebrado com os interessados”. Disso decorre tratar-se de permissivo genérico para a celebração dos acima referenciados acordos de complementação. É que o legislador, em vez de se utilizar do termo “partes” houve por bem ampliar seu espectro para todos os interessados que possam ter seus direitos afetados pela situação jurídico-contenciosa. (MARQUES NETO E FREITAS, 2019, P. 109)

Além da autorização genérica acima mencionada, o ordenamento jurídico traz, pelo menos, dez tipos de outros acordos específicos que podem ser celebrados com os órgãos controladores, conforme notícia a

Cartilha de “Orientações para celebração de acordos de colaboração por empresas” produzida pela Deloitte e pelo Instituto Brasileiro de Direito e Ética Empresarial – IBDEE em agosto de 2018:

Acordos de leniência (Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – MTCGU e Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE), termo de compromisso de cessação (CADE), acordo de controle de concentrações (CADE), termo de compromisso (Banco Central – BACEN), acordo de supervisão (BACEN), termo de compromisso (Comissão de Valores Mobiliários – CVM), acordo de supervisão (CVM), termo de ajustamento de conduta em matéria trabalhista e termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental.<sup>3</sup>

Digno de destaque, ainda, em matéria penal, os eventuais benefícios decorrentes do estabelecimento final de acordo de colaboração premiada, previstos no artigo 4º e seguintes da Lei 12.850/13.

A tais tipos de acordos acrescentam-se ainda, o acordo de não persecução penal previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal<sup>4</sup>, com redação dada pela Lei Federal nº 13.964/19 bem como a celebração de acordo de não persecução cível da ação de improbidade administrativa, a ser celebrado tanto na fase extrajudicial como na fase judicial, nos moldes do §1º do artigo 17 da Lei Federal nº 8.429/92, introduzido pela mencionada Lei Federal nº 13.964/19.

Por serem os mais difundidos e, de certa forma, se mostrarem complementares, abordaremos brevemente do acordo de colaboração premiada em matéria criminal e do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção. Em que pese a natureza complementar dos institutos, é relevante notar que o cenário em que se inserem requer ainda uma sistematização quanto aos legitimados, considerando-se a importância do debate acerca do chamado “balcão único”, cumpre destacar a avaliação da doutrina sobre como o conteúdo moral do combate à corrupção pode prejudicar tal sistematicidade.

Nesse sentido Tojal e Tomasauskas:

- 
- 3 Orientações para celebração de acordos de colaboração por empresas. Disponível em: <<http://ibdee.org.br/wp-content/uploads/2018/10/Cartilha-acordos-Deloitte-IBDEE.pdf>>, acesso em 4 de fevereiro de 2019.
- 4 Na lição de Aury Lopes Jr. o acordo de não persecução penal é “poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto, que agora precisa abrir-se para uma lógica negocial” (LOPES JR., 2020, p.224)

Esse sem dúvida é o grande desafio que o instituto da leniência possui no Brasil atualmente: sobreviver à competição e à autofagia de diversos órgãos e instituições do Estado que, sob efeitos do discurso anticorrupção, agem de forma esquizofrênica, competindo por um desarraçado protagonismo ou simplesmente boicotando o instituto em razão de interesses até mesmo escusos. (TOJAL E TOMASASAKAS, 2018, P.238-254)

Feita a advertência doutrinária, reafirmamos serem os acordos complementares porque, não raro, os elementos obtidos em um ou outro acordo são compartilhados para fins de se obter maior consistência na acusação a ser promovida pelos órgãos competentes, em especial diante dos inúmeros órgãos de controle existentes no sistema normativo brasileiro<sup>5</sup>.

A colaboração premiada<sup>6</sup>, por um lado, tem previsão no artigo 4º e seguintes da Lei n.º 12.850/13 que condiciona o resultado da colaboração aos resultados elencados em seus incisos ao prever que, a requerimento das partes, o magistrado poderá conceder o perdão judicial<sup>7</sup>, reduzir até dois terços de pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que colabora espontaneamente e com efetividade com a investigação e processo criminal.

Dessa forma, a colaboração criminal<sup>8</sup> deve auxiliar em um ou mais dos seguintes resultados: identificação dos demais participantes da organização criminosa e também das demais infrações penais praticadas

5 Oportuna a crítica de Cibele Fonseca “Se o Ministério Público realiza acordo de colaboração premiada na esfera penal e ajuíza ação de improbidade na seara cível, está sendo desleal, contraditório, frustrando a expectativa do colaborador” (FONSECA, 2017, p. 152.)

6 “O nome delação passa a ideia de que, tendo sido flagrado cometendo o delito, bastaria ao agente entregar crime cometido por outrem, trazendo carga negativa de ordem ideológica e ética ao instituto, mercando posição de cúmplice pernicioso; além de não servir para identificar corretamente o conteúdo do instrumento; tampouco se enquadra na sua natureza e razão de ser, que abrange condutas cooperativas destinadas ao esclarecimento de delitos, à individualização dos seus autores ou à forma de atuação de organização criminosa, e ainda a recuperação total ou parcial do produto do crime sem que haja a imputação de fatos a terceiros em duas dessas situações” (PEREIRA, 2013)

7 “Dito isso, é possível, em linhas gerais como uma técnica de investigação sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigado, buscando o ingresso cognitivo dos órgãos de persecução penal no interior da organização criminosa a partir da confissão do colaborador, sendo que a atitude cooperativa advém, de regra, da expectativa do prêmio consistente em futura amenização da punição, em vista da relevância da informação voluntariamente prestada” (PEREIRA, 2013)

8 “(...) modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual



pelo grupo, revelar a estrutura hierárquica e de divisão de tarefas, prevenir novas infrações que viriam a ser praticadas pela organização criminosa, auxiliar na recuperação total ou parcial do produto das infrações ou auxiliar na localização de eventual vítima com a sua integridade preservada.<sup>9</sup>

Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt, a colaboração premiada pode conduzir à “[...] redução da pena (podendo chegar, em algumas hipóteses, até mesmo a isenção total da pena) para o delinquente que delatar seus comparsas, concedida pelo Juiz na sentença final condenatória” (BITTENCOURT, 2010, p.724)

Por sua vez, dispõe o artigo 16 da Lei 12.846/13 sobre a autorização para que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebre “acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo”, condicionando a celebração da avença a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Na lição de Modesto Carvalhosa:

Leniência, portanto, no contexto da presente lei representa um pacto de colaboração firmado entre a autoridade processante e a pessoa jurídica indiciada ou já processada, através da qual se estabelece a promessa de serem abrandadas as penalidades aqui instituídas (art. 6º) uma vez alcançada a maior abrangência do concurso delitivo em termos de pessoas jurídicas e/ou de agentes públicos envolvidos, sabendo-se que estes últimos não integram, como sujeito ativo, o devido processo penalmente administrativo, como reiterado. (CARVALHOSA, 2015, p.171)

Assim, em matéria de acordos de tal natureza, seja em que esfera ou órgão se derem, tem-se um duplo objetivo das partes envolvidas: redução

---

de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes” (VASCONCELLOS, 2015)

9 “Esse apelo à cooperação do agente criminoso tem a sua razão de ser: no caso de delitos praticados por organizações complexas e estruturadas de pessoas, as atividades de investigação são significativamente dificultosas em decorrência da intenção e da capacidade do grupo de praticar os delitos aos quais se propõem, ocultando os rastros de provas que poderiam levar à descobertas essas práticas ilícitas. Assim, a cooperação de um integrante da própria organização criminosa, incentivada por meio da concessão de benefícios àquele que coopera, passa a ser a estratégia investigativa mais facilitada disponível aos órgãos de persecução” (CALLEGARI, 2019)

ou exclusão das sanções e obtenção de elementos que confiram robustez para a investigação e auxiliem na reparação e prevenção de ilícitos.

Razão pela qual o órgão controlador, ao celebrar o acordo, almeja obter de forma rápida elementos para responsabilizar o maior número possível de envolvidos e evitar a prática de novos ilícitos daquela natureza, prevenindo sua ocorrência e responsabilizando os envolvidos. Objetivo principal, ainda, é obter a devida reparação do dano ao erário de forma célere e eficaz.

Portanto, aquele que cometeu o ilícito, por sua vez, ao celebrar o acordo pretende que suas sanções sejam mitigadas e sua imagem preservada e, no caso de pessoas jurídicas, objetivam garantir a continuidade do empreendimento empresarial evitando sanções que inviabilizem o negócio.

## **2. REQUISITOS PARA O COMPARTILHAMENTO DOS ELEMENTOS OBTIDOS EM ACORDOS DE COLABORAÇÃO**

Conforme demonstrado, o ordenamento jurídico brasileiro não impede a apuração dos mesmos fatos em esferas autônomas de responsabilização e nem mesmo a celebração de acordos de colaboração com distintos órgãos controladores, podendo para tanto haver o pretendido compartilhamento de elementos entre eles desde que o colaborador não tenha sua esfera jurídica de direitos prejudicada.

A clareza quanto à possibilidade de compartilhamento de tais elementos objetiva fortalecer a obtenção dos acordos que, muitas vezes, são os únicos meios de se conseguir a prova dos ilícitos praticados dando a eles a necessária segurança jurídica<sup>10</sup> e de outro lado a proteção dos colaboradores das sanções a serem aplicadas pelos outros órgãos que não participaram da colaboração.

Antônio Magalhães Gomes Filho, falando genericamente sobre a obtenção de provas pelos órgãos sancionadores, afirma que:

(...) ao estabelecer os estreitos parâmetros de tais atividades, fica clara a intenção do legislador em assegurar que a obtenção de provas

---

10 "A segurança jurídica consiste no "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída" (SILVA, 2006, p. 133)

seja realizada de forma compatível com os direitos fundamentais envolvidos com a intimidade, a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das comunicações (art. 5º, incs X, XI e XII, CF). (GOMES FILHO, 2016, p. 61)

A proteção ao colaborador, nessa linha, é um incentivo real para que aquele que cometeu um ilícito possa celebrar o acordo pretendido bem como para que o interesse público que se visa alcançar na celebração da avença possa ser devidamente atingido, tudo isso em atenção ao que o Ministério Público Federal chama de “conceito transversal” do acordo.

De modo que, enquanto o órgão do parquet for o âmbito institucional por onde as colaborações necessariamente transitam, ao menos em matéria penal, é imprescindível considerar o teor da Nota Técnica n.º 01/2017, oriunda da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Nela é possível identificar a preocupação com a referida proteção do colaborador, uma vez que compreende que o participante não está adstrito a apenas um âmbito de responsabilização. Isto porque mesmo dentro da instituição existem órgãos de execução com atribuições distintas, cada qual com uma atuação delimitada, enquanto o colaborador é pessoa cujas responsabilidades serão concentradas unicamente em si, seja sob sua liberdade ou sob seu patrimônio. Tal complexidade exige a sistematização própria da colaboração, de modo a incentivar a utilização do instituto, garantindo o benefício almejado pelo colaborador aderente de tentar resolver todas as questões afetas ao ilícito que pretende confessar e reparar.<sup>11</sup>

Assim, as limitações ao compartilhamento seguirão em um primeiro momento as limitações gerais da utilização de evidências por outras instâncias. De modo que tendo sido produzida legalmente de início, isto é, por meio de juiz natural com observância de contraditório e ampla defesa,

---

11 “Compreende-se por caráter transversal a heterogeneidade de situações jurídicas em que estão a pessoa jurídica infratora (parte disposta a colaborar) e o Poder Público (parte leniente). Em razão da existência e da autonomia dos sistemas de responsabilização, o Poder Público apresenta-se fragmentado, com órgãos e entidades diversas, com atribuições constitucionais e legais diferenciadas, que detêm pretensões sancionadoras distintas em razão dos mesmos atos ilícitos. No entanto, em situação diversa, do ponto de vista da pessoa jurídica infratora a realidade infracional é unitária, ainda que sujeita aos diferentes canais estatais de responsabilização. De um lado, fragmentação sancionatória; de outro, unidade da personificação jurídica afetada pelas diversas consequências sancionatórias. Para compatibilizá-la com a aludida fragmentação organizacional do Estado, no intuito de assegurar efetivo equilíbrio às posições de cada parte, há de se interpretar as diversas regras do microsistema para respeitar o princípio de que a leniência deve beneficiar, mas não prejudicar o colaborador, quando se compara sua situação posterior à leniência com aquela em que estaria caso não tivesse optado pelo acordo.” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017)

e em seguida oportunizado novo contraditório e ampla defesa para o processo seguinte, inexistirão óbices ao compartilhamento. Outras questões processuais podem ser levantadas, como o objeto da prova coincidir e o rito processual ser idêntico. Ocorre que tais questões inviabilizam o uso de prova em âmbitos de responsabilidade diversos, como o produzido na seara criminal e que seria levado ao âmbito da improbidade administrativa, procedimentos disciplinares, anticorrupção e outros.

Exatamente em razão de tal proteção ao colaborador, é que existem restrições da publicidade dos termos da avença, conforme se extrai do § 3º do artigo 7º da Lei nº 12.850/13 que dispõe que o acordo de colaboração é sigiloso até que seja recebida a denúncia criminal oferecida em razão dos fatos objeto da colaboração.

Quanto a publicidade, o Ministério Público Federal, no bojo da Petição 5.588-DF do Supremo Tribunal Federal, trouxe interessante diferença do tratamento do tema, entendendo haver questões internas e externas ao processo que devem ser levadas em conta em tal análise.

Em termos endoprocessuais, o acordo deixaria de ser sigiloso após o recebimento da denúncia criminal de modo a garantir que os atingidos por ele, os chamados delatados, possam ter conhecimento das imputações feitas e realizarem, de forma ampla, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Já em termos extraprocessuais a publicidade está ligada a garantia constitucional prevista no artigo 5º, inc. LX, da Constituição Federal que excepciona o princípio da publicidade processual somente na hipótese de defesa da intimidade e quando o interesse social assim exigirem<sup>12</sup>.

12 A respeito do sigilo da colaboração premiada, deve-se diferenciar o tratamento endo (ou interna) e extraprocessual (ou externa) do princípio da publicidade.

A primeira parte do art. 7º, § 3º, da Lei 12.850 trata do sigilo endoprocessual, ou seja, para as demais partes do processo, em especial para os atingidos pela colaboração. Por isso dispõe que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia. O foco, no caso, é o direito daqueles que foram atingidos pelo conteúdo do acordo, buscando maximizar o contraditório e a ampla defesa. Em tal caso, o termo final máximo do sigilo é o recebimento da denúncia. A partir desse instante, o acordo e seus desdobramentos tornam-se, necessariamente, públicos para os réus inculcados pela colaboração (ao menos em relação àqueles termos pertinentes, que foram substrato para o oferecimento da denúncia). Mas é importante destacar que, conforme dito, trata-se de um termo final máximo.

[...]

Por sua vez, outra coisa diz respeito ao sigilo extraprocessual (publicidade externa) – ou seja, a possibilidade de os cidadãos acompanharem ou não o processo. Também aqui incide princípio da publicidade, que se plasma, nas palavras de Ferrajoli, numa garantia das garantias ou garantia de segundo grau, ou seja, pois representam instrumentos pelos quais se assegura o controle sobre a

O Ministro Teori Zavascki, na decisão relativa a petição nº 5.588-DF, proferida em 26 de novembro de 2015, afirmou que:

É certo que a Lei 12.850/2013, quando trata da colaboração premiada em investigações criminais, impõe regime de sigilo ao acordo e ao procedimento correspondente (art. 7º), sigilo que, em princípio, perdura até a decisão de recebimento da denúncia, se for o caso (art. 7º, § 3º). Essa restrição, todavia, tem como finalidades precípua (a) proteger a pessoa do colaborador e de seus próximos (art. 5º, II) e (b) garantir o êxito das investigações (art. 7º, § 2º).

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente sobre a possibilidade de compartilhamento de evidências obtidas em procedimentos de natureza criminal para instruir procedimentos de natureza civil e administrativa.

Admite o Supremo Tribunal Federal a prova emprestada do processo penal em procedimentos administrativos (RE 810.906, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 25.5.2015, DJe de 28.5.2015) bem como a prova penal emprestada para subsidiar apurações de cunho disciplinar (Inq-QO 2.725, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 25.6.2008, publicado em 26.09.2008, Tribunal Pleno).

O compartilhamento dos indícios obtidos em acordos de colaboração, no entanto não podem ser tratados como um simples compartilhamento de provas a ser feito de forma processual corriqueira uma vez que tais elementos não foram obtidos pelo Estado-acusação, por seus próprios meios, por meio de instrução processual comum, mas sim com a ativa colaboração do delator.

Os elementos foram fornecidos, por vontade própria, pelas partes envolvidas que renunciaram ao seu direito de não incriminação e decidiram colaborar com o Estado em troca de benefícios previstos na legislação de regência.

Dessa forma, pode ocorrer o compartilhamento dos indícios produzidos no interesse dos demais órgãos de controle, porém a sua utilização não pode se dar contra o colaborador e nem em prejuízo a ele em procedimentos judiciais ou administrativos de qualquer natureza. Isto

---

efetividade das demais garantias. Em nosso ordenamento constitucional, a exceção à publicidade dos atos processuais somente deve ser admitida pela lei quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem, conforme dispõe o art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal.

porque, em profundidade, tais ajustes têm raízes no Sistema Nacional de Defesa da Concorrência, dimensão na qual se manifestam não só como meio de defesa, mas também como alternativa de investigação vindo a ser incorporado, posteriormente, no chamado microsistema de combate a corrupção brasileiro, formado por diversos instrumentos legislativos, nas mais diversas searas do direito, que objetivam reprimir os atos lesivos a Administração Pública.

É diferente do mero reconhecimento dos fatos e por essa razão tem de ter consequências diversas. Na medida em que constitui tipo de confissão qualificada, aquele que se beneficiou das práticas ilícitas vai apontar e demonstrar a extensão das suas atividades ilegais e demais envolvidos de que tiver ciência, com vistas a uma melhora da sua situação legal. É preciso trazer à equação negocial e judicial a justa expectativa do colaborador de, uma vez contribuído, responder na exata medida do fixado no ajuste de colaboração. De rigor, portanto, a inaplicabilidade dos elementos obtidos nos acordos de colaboração e leniência em prejuízo não antecipado pelo colaborador.

O deferimento do compartilhamento, nessa linha, deve-se revestir do binômio necessidade e pertinência, ou seja, deve haver necessidade concreta dos elementos de prova que se produziu em outro procedimento bem como tal procedimento deve guardar pertinência com a investigação que esteja em curso perante o órgão que pretende obter referidos elementos de prova.

Razão pela qual o requerimento de compartilhamento da prova deve estar devidamente justificado por meio de documentos idôneos que demonstrem a pertinência e a necessidade de pretensão, como por exemplo, cópia da portaria de instauração de Inquérito Civil que apuram fatos correlatos ou instauração de procedimentos fiscal.

Tal compartilhamento dos elementos obtidos nos acordos de colaboração premiada e de leniência com outros órgãos de controle só pode se dar se tais órgãos aderirem, de forma expressa, aos termos convencionados, única hipótese em que haveria viabilização legítima de compartilhamento daquilo que foi obtido pelo órgão que celebrou o acordo por outro órgão que pretende utilizar dos seus elementos. É natural que as demais instituições de controle se manifestem pela obtenção desses dados, com vistas a reflexos orçamentários ou mesmo pela atuação incumbida a elas pela lei.

Sobre o comportamento dos órgãos de controle, Mahoney e Thelen:

Pela nossa abordagem, as instituições estão repletas de tensões porque elas inevitavelmente geram considerações de recursos e elas invariavelmente têm consequências distributivas. Qualquer conjunto especificado de regras ou expectativas – formais ou informais – que padronizam a ação terão consequências desiguais para alocação de recursos, e claramente muitas instituições formais visam especificamente distribuir recursos para alguns tipos de atores e não para outros. Isto se dá precisamente para aquelas instituições que mobilizam recursos significativos e altamente valorizados (e.g., a maioria das instituições políticas e econômico-políticas). (tradução nossa)<sup>13</sup>

E, mesmo com a adesão, há sempre a vedação expressa de utilização das provas contra o colaborador. Esta vedação é absoluta e está de acordo com a referida transversalidade caracterizada pelo parquet federal. Não se pode confundir, no entanto, a vedação que se refere ao colaborador com o conjunto probatório por ele produzido, o qual está apto a ser compartilhado com autoridades administrativas, civis e fiscais, para persecução de atos não atribuíveis ao colaborador.

Importante notar que a inobservância da norma pode causar um abalo no sistema anticorrupção, tanto do procedimento que estiver fundamentando quanto do planejamento institucional de combate à corrupção que se está levando a efeito. Não por outra razão há doutrina que contesta o uso dos instrumentos probatórios que decorrem de colaboração, às vezes associados a práticas consideradas ilegais. Nesse sentido é o asseverado por Edgardo Buscaglia:

Os abusos judiciais mais frequentes parecem ser o descaminho de prova, alegações de tortura que não foram investigadas e contradições na valoração ou peso aplicado pelo juízo ou acusação ao conjunto probatório, que se traduz em conflito entre a doutrina doméstica prevalecente e jurisprudência. [...] Outros abusos incluíam atrasos judiciais injustificados; uso contraditório de critérios jurisprudenciais dentro do mesmo tipo de caso no mesmo juízo, e o uso de jurisprudência

---

13 “In our approach, institutions are fraught with tensions because they inevitably raise resource considerations and invariably have distributional consequences. Any given set of rules or expectations – formal or informal – that patterns action will have unequal implications for resource allocation, and clearly many formal institutions are specifically intended to distribute resources to particular kinds of actors and not to others. This is true for precisely those institutions that mobilize significant and highly valued resources (e.g., most political and political-economic institutions)”. (MAHONEY e THELEN, 2009, p. 8)

irrelevante ou lei não aplicável (isto é, incorreta) para embasar entendimento de decisão judicial.(tradução nossa)<sup>14</sup>

Aparentemente atento ao cenário, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da PET 7.065, em decisão da lavra do Ministro Celso de Mello, afirmou que em situações como tais estão presentes: “de um lado, direitos fundamentais do agente colaborador, de outro lado, os limites materiais daquilo que foi objeto de uma pactuação negocial, quer o acordo de colaboração premiada, quer no acordo de leniência” (BRASIL, 2018), por isso a preocupação anteriormente aventada no sentido de que os direitos daquele que opta pela celebração do acordo devem ser preservados.

E, ao autorizar pedido de compartilhamento de provas, o Supremo Tribunal Federal foi enfático ao determinar a preservação dos direitos do colaborador que, como cediço, não pode ser prejudicado pelo próprio acordo, sob de violação de seus direitos constitucionais.<sup>15</sup>

Pode-se afirmar que há um limite material para a utilização dos elementos de prova compartilhados, qual seja, a adesão ao órgão de controle requerente aos termos do acordo que se pretende utilizar. Tal adesão, por certo, acarretará também em benefícios ao colaborador junto ao órgão aderente, nos moldes do que restar convencionado entre as partes.

Caso não haja tal adesão e os elementos compartilhados sejam utilizados fora dos limites do acordo pelo órgão de controle pode seu agente ser apenado em razão do cometimento de falta funcional, nos moldes da Lei que disciplina a carreira do servidor que cometer a falta.

---

14 “The most frequent judicial abuses appear to be mishandling of evidence, allegations of torture that were not investigated, and contradictions in the value or weight attached by the judge and/or prosecutor to the evidentiary material that represented a conflict between the prevailing domestic doctrines and jurisprudence. [...] Other abuses included unjustified procedural delays; contradictory uses of the jurisprudential criteria within the same case types sampled within the same criminal court, and the use of irrelevant jurisprudence or unrelated (that is, incorrect) laws to support judicial rulings.” (BUSCAGLIA, 2011, p. 463)

15 “Penal e Processual Penal. 2. Compartilhamento de provas e acordo de leniência. 3. A possibilidade de compartilhamento de provas produzidas consensualmente para outras investigações não incluídas na abrangência do negócio jurídico pode colocar em risco a sua efetividade e a esfera de direitos dos imputados que consentirem em colaborar com a persecução estatal. 4. No caso em concreto, o inquérito civil investiga possível prática de ato que envolve imputado que não é abrangido pelo acordo de leniência em questão. 5. Contudo, deverão ser respeitados os termos do acordo em relação à agravante a aos demais aderentes, em caso de eventual prejuízo a tais pessoas. 6. Nego provimento ao agravo, mantendo a decisão impugnada e o compartilhamento de provas, observados os limites estabelecidos no acordo de leniência em relação à agravante e aos demais aderentes.” (BRASIL, 2018).



Tome-se como exemplo o disposto no artigo 26, §1º da Lei n.º 8.625/1993, que dispõe que os membros do Parquet são responsáveis “pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”.

Assim, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou de forma assertiva acerca do compartilhamento de provas em ajustes sancionatórios, casos em que, ao fim, não foi obstaculizado o compartilhamento dos elementos de prova. Houve, no entanto, reforço do poder normativo do ajustado quanto às consequências jurídicas passíveis de atingir o colaborador. Isto sob o fundamento de que há risco à efetividade do acordo quando os elementos de prova trazidos pelo colaborador são transportados a outras instâncias de controle e investigação ausentes do ajuste. É o caso evidente de procedimento administrativo investigatório civil que tem por objeto fatos alheios a acordo de leniência levado a efeito pelo colaborador e órgão público legitimado. De modo que não podem ser impedidos de figurarem em tal procedimento toda e qualquer evidência produzida pelo colaborador, mas está absolutamente impedido que este conjunto probatório gere eventual prejuízo novo ao colaborador e todos aqueles que a ele aderiram.

Desse modo, não pode ter provimento pleito jurídico para obstar o compartilhamento de elementos de prova produzidas seja em acordo de leniência, seja em acordo de colaboração. Ocorre que existe a possibilidade de que o ajuste sancionatório disponha, ele próprio, cláusulas limitativas ao compartilhamento de provas, o que estaria de acordo com as finalidades do acordo, em especial para manutenção de segurança jurídica para o aderente<sup>16</sup>. No entanto, os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal estão no sentido de que nem o aderente ou o órgão público legitimado podem suprimir a publicidade e transferência dos elementos de prova ali produzidos, mas decorre do ajuste a salvaguarda dos colaboradores para que não sejam atingidos por sanções não previstas no acordo. Isto é, viola o direito à não autoincriminação a utilização desses elementos de forma não prevista no acordo contra aderente, mas a sua ciência e existência em procedimento alheio é possível, podendo fundamentar sanções a sujeitos estranhos ao ajuste original.

---

16 “O compartilhamento de provas, conforme firmado pela jurisprudência do STF, é cabível e pode ocorrer em relação a elementos produzidos por colaborador, desde que respeitados os termos do acordo de colaboração premiada homologado. Em respeito à segurança jurídica e ao direito de não autoincriminação, os termos do acordo devem ser atendidos” (VASCONCELLOS, 2019)

É por esse fundamento, aliás, que nos casos de negociação infrutífera, ou seja, quando o aderente ou o órgão público legitimado não concorda com as consequências jurídicas estipuladas no acordo, todas as declarações e documentos incluídos ou a serem incluídos no ajuste, referentes aos fatos sob análise não mais poderão ser fundamento de providência jurídica contra os investigados para qualquer finalidade. Razão pela qual eventual futura providência para responsabilização dos não aderentes por rejeição do acordo depende de procedimento investigatório distinto, vez que o conjunto de elementos de prova produzidos pelo colaborador estão impedidos de serem utilizados. Assim, inquérito distinto do originário ao ajuste, civil ou penal, que contém terceiros como investigados pode receber os elementos de prova produzidos em acordo sancionatório produzido anteriormente.

Estabeleceu-se, assim, jurisprudência no sentido de que inexistente destinatário final e exclusivo dos fatos esclarecidos em ajuste sancionatório, e conseqüentemente o órgão de controle que entabulou o ajuste com os aderentes não é proprietário daqueles elementos que obteve por meio de colaboração, razão pela qual não pode obstaculizar o acesso a eles por quaisquer outros órgãos de investigação ou controle. Fato esse que não põe em cheque a adesão, os termos negociados e o limite subjetivo da utilização dos elementos de prova ali produzidos, pois a legitimação do compartilhamento reside na persecução de terceiros não abrangidos pelo ajuste e não poderia ser diferente porque o sujeito que é parte como aderente de ajuste sancionatório já tem as consequências jurídicas daqueles fatos mapeadas pelo próprio ajuste.

Questão diversa e merecedora de análise futura pelo Supremo Tribunal Federal é a fragmentação fiscalizatória, que pode viabilizar o uso de prova produzida pelo colaborador em processo distinto, contra ele, nos casos em que o órgão público legitimado a ajustar sanções não detinha atribuição legal para determinada matéria, como eventual ajuste feito em seara penal federal diante de ilicitude fiscal local. Portanto, as limitações ao compartilhamento de elementos de prova se dão no aspecto teleológico e não no procedimental, não havendo que se falar em recorte ou amputação documental para que haja o transporte dos anexos, declarações e documentos ofertados pelo aderente. Todo o material será disponibilizado ao órgão solicitante, o qual estará impedido de se valer destes elementos para promover responsabilização nova, estranha ao já ajustado, do colaborador ou aderente, porque o ajuste homologado e cumprido é requisito para manutenção de estado de direito nesta nova forma de obtenção de provas.

## CONCLUSÃO

A celebração de acordos de colaboração com os distintos órgãos de controle tem por objetivo, por quem cometeu o ilícito, minorar as sanções a serem aplicadas e preservar sua imagem e, se o caso, a continuidade do empreendimento comercial e, pelo órgão controlador, obter elementos de prova que muitas vezes seriam de difícil obtenção e, ao mesmo tempo, fazer a rápida recuperação do patrimônio público desviado e prevenir a prática de novos ilícitos.

Nessa linha, celebrados acordos de colaboração e atendidos os requisitos próprios das leis específicas para tanto, os elementos de prova obtidos por meio deles podem ser compartilhados com outros órgãos de controle.

Não se pode perder de vista, contudo, que a questão jurídica do compartilhamento de evidências está inserida em um cenário nacional de enfrentamento à corrupção, enfrentamento esse que possui carga moral perigosa à objetividade que o debate requer, o que pode ser a causa da crítica doutrinária às instituições que disputam protagonismo. Isto não significa uma mera contenda sobre alocação de recursos ou monopólio da atribuição anticorrupção no país.

Tal assistemática está evidenciada pelo número de órgão diretamente envolvidos na possibilidade de realizar ajustes sancionatórios, quais sejam o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – MTCGU, Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Banco Central – BACEN, Comissão de Valores Mobiliários – CVM, além do próprio Ministério Público<sup>17</sup>, em quaisquer de suas figuras dentro dos entes federativos.

Isto ocorre porque a situação jurídica do colaborador tem estatura naturalmente distinta da contraparte negocial ou contrapartes negociais. Essas, dotadas de autonomia em seus sistemas de responsabilização, que

17 Importante destacar a existência do Acordo de Cooperação Técnica – ACT a ser adotado em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013 celebrado em 6 de agosto de 2020, sob a coordenação do Supremo Tribunal Federal, pela Controladoria Geral da União-CGU, Advocacia Geral da União – AGU, Tribunal de Contas da União – TCU e Ministério de Justiça e Segurança Pública, estando pendente de assinatura, após validação pela 5ª Câmara de Coordenação do Ministério Público Federal, pelo Parquet Federal, quando da elaboração do presente artigo. Extrai-se como um dos princípios do mencionado acordo as “restrições ao compartilhamento de prova com outros órgãos sem a garantia de não utilização em face do colaborador que as apresentou”.

produzirão necessariamente uma heterogeneidade jurídica. Debate no qual se insere o tema do “balcão único” que seria capaz de traduzir a complexidade dos âmbitos de responsabilização em um microssistema bem definido, o qual trataria necessariamente o compartilhamento de provas.

Razão pela qual há doutrina que identifica a violação de direitos fundamentais com referidos esforços anticorrupção, caso em que a malversação de indícios, alegação de tortura, parcialidade, transplante inadequado de doutrina estrangeira e até mesmo o casuísmo jurisprudencial e deliberada aplicação de normas não relacionadas aos casos são apontadas como práticas incidentes nos processos em que se maneja instrumentos de combate à corrupção. De modo que o compartilhamento de provas deve ser manejado levando em conta todas as circunstâncias relacionadas.

Nesse sentido é que tal compartilhamento possui um elemento material que o limita, qual seja, a preservação dos direitos do colaborador e impossibilidade de sua esfera de responsabilização ser ampliada, majorada ou de qualquer modo agravada pelo órgão que receba os elementos compartilhados. Com efeito, a utilização dos elementos obtidos deve-se dar nos estritos limites do acordo celebrado, sendo certo que sua utilização por órgão que não aderiu ao acordo e que venha a agravar a situação jurídica do colaborador não pode ser admitida.

Portanto, não só a segurança jurídica do aderente à colaboração está em jogo, mas também garantias fundamentais daqueles a serem atingidos juridicamente pelas suas declarações. Isto porque o delator produz indícios passíveis de sustentarem autoincriminação apenas porque garantido por ajuste legal os benefícios do acordo no caso de colaboração efetiva.

Assim, órgãos de controle poderão acessar os indícios ainda que não tenham participado do ajuste sancionatório entabulado pelo colaborador, no entanto, nenhum desses indícios pode se converter em prova contra aquele colaborador, ou seja, o acordo homologado será o itinerário necessário e suficiente da responsabilização do colaborador. Razão pela qual as decisões do Supremo Tribunal Federal se orientam pela possibilidade de reutilização dos indícios produzidos pelo colaborador, mas desde que seja executado integralmente o ajuste sancionatório, que não se resume aos seus termos, mas todas as normas de direito cogente do ordenamento correlatas, em especial a não autoincriminação.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 7.065, Relator Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça Eletrônico de 30.10.2018*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 4.420 Agravo Regimental, Relator Ministro. Gilmar Mendes, *Diário da Justiça Eletrônico de 6.12.2018*.
- BUSCAGLIA, Edgardo. On best and not so good practices for addressing high level corruption worldwide: an empirical assessment, In: *Internacional Handbook of Economics of Corruption*, Volume 2, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2011.
- BRASIL. *Ministério Público Federal*. Nota Técnica Conjunta 01/2018. 1ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Cooperação do Ministério Público Federal. Expedida em 11 de abril de 2018.
- CALLEGARI, André Luis e LINHARES, Raul Marques. *Colaboração premiada: lições práticas e teóricas de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2019.
- CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora *Revista dos Tribunais*, 2015.
- FONSECA. Cibele Benevides Guedes. *Colaboração Premiada*. Belo Horizonte. Del Rey, 2017.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 122/2016, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. Salvador: JusPodivm
- LOPES JR. Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2020.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo e FREITAS, Rafael Veras. *Comentários à Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2019.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen Ann (Orgs.), *Explaining institutional change: ambiguity, agency, and power*, Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica 01/2017*. 5ª Câmara de Coordenação e Cooperação do Ministério Público Federal. Expedida em 20 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nota-tecnica-conjunta-no-1-2017-indulto.pdf>.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento; aspectos controvertidos do instituto da colaboração premiada de coautor de delitos como instrumento de enfrentamento do crime organizado*. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAMASAUSKAS, Igor Sant'Anna; TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Leniência Anticorrupção: Primeiras Aplicações, Suas Dificuldades e Alguns Horizontes para o Instituto*, in: Colaboração Premiada, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015. p. 55.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Compartilhamento de provas na colaboração premiada: limites à persecução penal baseada nos elementos de autoincriminação produzidas pelo delator*. Porto Alegre: RDU, volume 15, n. 87, 2019.

RECEBIDO EM: 25/02/2021

APROVADO EM: 09/03/2021

**DETERMINAÇÕES DA JUSTIÇA DO  
TRABALHO PARA REMESSA DE CRÉDITO  
PERTENCENTE À EMPRESA CONTRATADA  
PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O QUE  
PODE SER CONSIDERADO CRÉDITO DA  
EMPRESA PARA O CUMPRIMENTO DA  
ORDEM?**

***LABOR JUSTICE DETERMINATIONS FOR REMITTANCE  
OF CREDIT PERTAINING TO THE COMPANY HIRED  
BY THE PUBLIC ADMINISTRATION: WHAT CAN  
BE CONSIDERED A COMPANY'S CREDIT FOR THE  
FULFILLMENT OF THE ORDER?***

*Israel Telis da Rocha*

*Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento. MBA em Gestão Pública.*

*Especialização em Direito Constitucional e Administrativo; Procurador Federal  
- Advocacia-Geral da União e Professor Titular na Faculdade de Direito de Santo*

*André - FADISA*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Obrigações da Administração Pública quando contrata empresas prestadoras de serviço com dedicação exclusiva de mão de obra; 2 Análises para cumprimento das solicitações da Justiça do Trabalho; 3 Natureza do contrato administrativo e a exceptio non adimpleti contractus; 4 Crédito da empresa passível de ser colocado à disposição do Juízo trabalhista; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A Justiça do Trabalho, como forma de garantir o crédito dos reclamantes, tem expedido ofícios/mandados de penhora aos entes da Administração Pública, contratantes das empresas prestadoras de serviço, indagando sobre a existências de crédito a elas devido e, caso existam, a sua remessa à disposição do Juízo. Ocorre que há casos em que o reclamante não teve qualquer relação com a Administração que recebeu a ordem judicial, mostrando-se relevante identificar o que poderá ser considerado crédito da empresa, passível de remessa ao Juízo do Trabalho, sob pena de a Administração não ter como prover o pagamento dos empregados vinculados ao seu contrato e ser condenada subsidiariamente, resultando em prejuízo ao erário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato Administrativo. Justiça do Trabalho. Responsabilidade Subsidiária. Conta Vinculada. Crédito da Empresa. Penhora.

**ABSTRACT:** The Labor Justice, as a way to guarantee the claimants' credit, have issued letters/writs orders of attachment to the Public Administration entities, contractors of the service companies, inquiring about the credit stocks due to them and, if any, their remittance at the Court's disposal. There are cases in which the claimant had no relation whatsoever with the Administration that received the judicial order, proving to be relevant the identification of what may be considered a company's credit, which may be remitted to the Labor Court, under penalty of the Administration not being able to provide payment to the employees bound to its contract and being condemned subsidiarily, resulting in damage to the public treasury.

**KEYWORDS:** Administrative Contract. Labor Justice. Subsidiary liability. Linked Account. Company Credit. Garnishment.



## INTRODUÇÃO

O presente artigo faz uma análise sobre a atuação da Administração Pública diante das determinações da Justiça do Trabalho, para informar, reter e colocar à disposição do Juízo Trabalhista, créditos pertencentes às empresas contratadas, prestadoras de serviços.

Quando a Administração figura como responsável subsidiária no polo passivo da reclamação trabalhista, significa que o reclamante em algum momento esteve vinculado ao contrato celebrado com a empresa prestadora de serviço este contrato. Independentemente de ter havido falha na fiscalização do contrato a ensejar a sua responsabilização, compete à Administração Pública, em virtude dos mecanismos colocados à sua disposição, disponibilizar a quantia eventualmente determinada.

De outro lado, tem sido comum, como forma de garantir os direitos do trabalhador, que o Juízo do Trabalho officie todas as entidades, públicas e privadas, que tenham contrato com a reclamada, para que informe a existência de créditos pertencentes a ela e, se existente, promova a transferência para a conta judicial. Nestas situações, a Administração deve cercar-se de cuidado em como proceder, principalmente se constatar que o reclamante em nenhum momento esteve vinculado ao seu contrato.

Nesta hipótese, o problema que se apresente consiste em responder ao seguinte questionamento: O que pode ser considerado crédito da empresa, portanto, passível de ser disponibilizado ao juízo trabalhista quando a entidade oficiada não é responsável subsidiária?

Entes privados e contratantes destas empresas também podem ser oficiados para a mesma finalidade, qual seja, colocar à disposição da Justiça do Trabalho os eventuais créditos da empresa contratada. Contudo, o presente estudo é feito apenas sob a ótica da Administração Pública, considerando os mecanismos colocados à sua disposição e o interesse público que envolve a questão.

Para responder ao questionamento, utiliza-se como metodologia a análise das obrigações da Administração Pública tomadora de serviços diante da legislação e atos normativos que regulam a matéria, sem deixar de considerar as consequências caso não sejam observadas.

## **1. OBRIGAÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUANDO CONTRATA EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA**

A Administração Pública, para a consecução das atividades administrativas, necessita de serviços que vão além daqueles inerentes à atividade estatal. Serviços de limpeza, vigilância, portaria, motorista, entre outros, são necessários, porém não fazem parte das suas atividades finalísticas.

Em um Estado, cuja ordem econômica e financeira se funda em princípios como a livre iniciativa e valorização do trabalho humano, não se mostra razoável a criação ou a manutenção de todos os cargos que se revelem “serviços auxiliares, instrumentais ou acessório”, para utilizar a definição do Decreto nº 9.507/2018, ou o que se poderia conceituar como atividade meio.<sup>1</sup>

Diante disso, observadas as vedações impostas pelo Decreto nº 9.507/2018, permite-se que a Administração Pública, para o desenvolvimento de suas atividades, contrate estes “serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios” prestados pelo setor privado.

Dentre estes serviços, necessários à finalidade pública e que não fazem parte da atividade fim da Administração, merece atenção aqueles considerados serviços com dedicação exclusiva de mão de obra, conceituados pela Instrução Normativa nº 05/2017-SG/MPDG, nos seguintes termos:

Dos Serviços com Regime de Dedicção Exclusiva de Mão de Obra

Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros requisitos, que:

I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços;

---

1 “Afinal, é questionável se o regime jurídico administrativo realmente se mostra necessário na presença de atividades não vinculadas diretamente à promoção de interesses públicos primários. É por essa via que fluem novas reflexões sobre a entrada do direito privado no âmbito da administração pública”. (MARRARA, 2014, p. 31).

II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e

III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III. (BRASIL, 2017)

Redação semelhante ao dispositivo acima transcrito pode ser encontrada no artigo 6<sup>o</sup>, do Projeto de Lei nº 4253/2020, do Senado Federal, já aprovado também na Câmara de Deputados, que será convertido na nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública.

Sobre esses contratos de prestação destes serviços, incidem obrigações legais, tributárias, previdenciárias e trabalhistas, da empresa contratada, que se projetam na esfera jurídica do ente contratante, a Administração Pública, criando-lhe responsabilidades.

No âmbito das obrigações tributárias, o artigo 128, do Código Tributário Nacional, dispõe que “a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte”. (BRASIL, 1966)

Para esta finalidade, a Lei Complementar nº 116/2003, no artigo 6<sup>o</sup> e §1<sup>o</sup>, conferiu competência aos Municípios atribuírem a responsabilidade tributária aos contratantes do serviço, tomadores, promoverem o recolhimento do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN,

---

<sup>2</sup> Art. 6<sup>o</sup> [...]

XVI – serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra: aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que:

- a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços;
- b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos;
- c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos;

“independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte”. (BRASIL, 2003)

Assim, a Administração Pública, diante da nota fiscal fatura emitida pela empresa contratada, deverá promover a retenção do imposto devido e efetuar o recolhimento.

Mas não é somente o ISSQN que a Administração Pública estará obrigada a fazer a retenção e o recolhimento. Deverá observar também as diretrizes da Instrução Normativa RFB nº 1234, de 11 de janeiro de 2012.<sup>3</sup>

Também, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos atribuiu responsabilidade solidária à Administração Pública “com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato”.<sup>4</sup> Diante disso, “deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida”.<sup>5</sup>

Quanto às obrigações trabalhistas, não compete à Administração Pública, em princípio, promover a retenção e o seu adimplemento, como no caso dos tributos e obrigações previdenciárias, mas deverá fiscalizar o contrato de modo a verificar o cumprimento pela empresa contratada, sob pena de vir a ser responsabilizada subsidiariamente em sede de reclamação trabalhista, promovida pelos empregados vinculados ao contrato de prestação de serviço, quando houver falha na fiscalização.

Eventualmente, caso a empresa prestadora de serviços não promova o correto adimplemento das obrigações trabalhistas perante os empregados, bem como a Administração Pública contratante não fiscalize de forma diligente, ela responderá subsidiariamente por essas obrigações, conforme entendimento consolidado na Súmula nº 331, do Tribunal Superior do Trabalho-TST:

---

3 DA OBRIGATORIEDADE DE RETENÇÃO DOS TRIBUTOS

Art. 2º Ficam obrigados a efetuar as retenções na fonte do Imposto sobre a Renda (IR), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o PIS/Pasep sobre os pagamentos que efetuarem às pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços em geral, inclusive obras, os seguintes órgãos e entidades da administração pública federal:

- I - os órgãos da administração pública federal direta;
- II - as autarquias;
- III - as fundações federais;

4 Artigo 71, §2º, da Lei 8.666/1993.

5 Artigo 31, da Lei 8.212/1991.

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

[...]

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Nesse contexto, observa-se que a Administração Pública, quando contrata serviços prestados por empresas privadas terá as seguintes obrigações legais, sob pena de responsabilidade solidária: i) Retenção e recolhimento de tributos; ii) Retenção e recolhimento da contribuição previdenciária dos empregados vinculados ao contrato; e, sob pena de responsabilidade subsidiária, no caso de má fiscalização contratual, pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pela empresa, junto aos empregados vinculados ao contrato.

Notadamente, nos casos em que a Administração Pública é responsável solidária, verbas tributárias e previdenciárias, o controle se mostra menos complexo, pois em ambos os casos a retenção é feita na fonte, com o posterior recolhimento daquilo que for devido.

As obrigações trabalhistas, entretanto, demandam toda uma atividade fiscalizatória que não se restringe ao uso da aritmética e ao cumprimento de uma atividade administrativa.

Fiscalizar o cumprimento do objeto do contrato e, ainda, cumprimento das obrigações trabalhistas, exige um acompanhamento diuturno por parte da Administração Pública, que deverá tomar todas as providências necessárias para não se ver, em virtude do reconhecimento da responsabilidade subsidiária, obrigada a desembolsar novamente aquilo que já o fez, quando efetuou o pagamento das notas fiscais faturas expedidas pela empresa contratante.

Em virtude desta dificuldade, diante do entendimento consolidado na Súmula 331, do TST e do rotineiro reconhecimento de responsabilidade subsidiária da Administração Pública contratante, perante a Justiça do Trabalho, o Estado, por meio de seus órgãos competentes, introduziu mecanismos para minorar os riscos da contratação, além de evitar que os trabalhadores viessem a ser prejudicados pela inadimplência da empresa contratada.

Dentre estes mecanismos, desde a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, cuja matéria é agora regulamentada pela Instrução Normativa SG/MPDG nº 05/2017, quando tomadora de serviços públicos, a Administração Pública fará a retenção de um percentual destinado à cobertura das obrigações trabalhistas, previdenciárias e com FGTS e, depositará em conta vinculada<sup>6</sup> ao contrato de prestação de serviços, aberta em nome da empresa, mas bloqueada para movimentação sem que haja autorização.

Esse importante mecanismo, que se presta não só para evitar o dano ao erário decorrente da inadimplência da empresa contratada, mas também como uma ferramenta social impeditiva de desrespeito aos direitos dos trabalhadores, foi adotado também no Projeto de Lei nº 4.253/2020, do Senado Federal, já aprovado também na Câmara de Deputados, que será convertido na nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, garantindo, inclusive, a impenhorabilidade de valores depositados na conta vinculada.<sup>7</sup>

6 Artigo 18, §1º, I, IN 05/2017

7 Art. 120. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado.

Assim, findo o contrato pela sua execução ou eventual rescisão, o fiscal do designado deverá “verificar o pagamento pela contratada das verbas rescisórias ou dos documentos que comprovem que os empregados serão realocados em outra atividade de prestação de serviços, sem que ocorra a interrupção do contrato de trabalho”.<sup>8</sup> Até a devida comprovação, a Administração Pública deverá reter o pagamento, de modo que lhe competirá, caso não seja feito pela empresa, promover o pagamento “diretamente aos empregados da contratada que tenham participado da execução dos serviços, objeto do contrato”<sup>9</sup> e, ainda, reter o valor depositado na conta vinculada pelo prazo de 5 (cinco) anos.<sup>10</sup>

A Administração Pública, portanto, para além do dever de garantir os direitos trabalhistas dos empregados vinculados ao contrato, retendo pagamentos de notas fiscais e pagando-os diretamente, quando constata durante a fiscalização que a empresa negligencia o seu dever, deve atuar com vistas a evitar, futuramente, prejuízos ao erário público.

## 2 ANÁLISES PARA CUMPRIMENTO DAS SOLICITAÇÕES DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Estando delineada as obrigações da Administração Pública, quando figura na qualidade de tomadora de serviço na relação contratual, ela tem

---

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

I – exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

II – condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III – efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV – em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V – estabelecer que os valores destinados a férias, ao décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

§ 4º Os valores depositados na conta vinculada a que se refere o inciso III do § 3º deste artigo são absolutamente impenhoráveis.

§ 5º O recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

8 Artigo 64, 05/2017-SG/MPDG

9 Artigo 64, parágrafo único, 05/2017-SG/MPDG

10 Nesse sentido, confira-se o julgamento do Mandado de Segurança nº 0722501-08.2018.8.07.0000 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (BRASIL, 2019).

se deparado com requisições para a retenção e remessa à disposição do juízo do trabalho de créditos pertencentes a estas empresas.

É comum que as empresas contratadas por um determinado ente público, tenham contratos com outros órgãos ou entidades da Administração Pública, além de empresas privadas.

Em vista da grande quantidade de contratos que uma empresa prestadora de serviços pode ter, inevitavelmente, em algum momento, serão demandadas perante a justiça do trabalho, pelos empregados que eventualmente se sintam prejudicados na relação trabalhista. Estes reclamantes, por sua vez, podem ou não ter alguma relação com o contrato de prestação de serviço celebrado com a Administração Pública.

Em alguns casos, as empresas resolvem a demanda judicial sem qualquer intercorrência maior, seja por meio de acordo judicial ou pelo cumprimento de uma eventual sentença condenatória, não revelando qualquer consequência para a Administração.

Em outros, no entanto, por má gestão ou qualquer outro motivo, estas empresas tornam-se devedoras, entrando em declínio financeiro, até ver suas dívidas trabalhistas em montantes que não mais permitem a sua sobrevivência ou em condições de celebrar outros contratos.

Neste segundo cenário, quando demandada a prestação jurisdicional, tem sido comum o Juiz do Trabalho conceder, como medida cautelar do processo de conhecimento, a determinação de expedição de ofício às entidades contratantes, indagando a existência de créditos pertencentes à empresa prestadora de serviço, que em caso positivo devesse retê-los e colocá-los à disposição do juízo perante. Caso o processo já esteja na fase de execução, determina expedição de mandado de penhora de créditos pertencentes à empresa.

Recebendo a determinação judicial, seja em medida cautelar ou penhora, a Administração deverá promover diligências para atender à solicitação. Ressalte-se essas diligências não significarão, necessariamente, que deverá disponibilizar quaisquer valores que a empresa supostamente teria a receber. A Administração deve considerar todas as obrigações que lhe são impostas como tomadora de serviços.

Existindo contrato vigente e estando a empresa contratada cumprindo com todas as suas obrigações, a Administração Pública deverá reter o crédito que seria entregue à empresa em forma de pagamento/



contraprestação, até o montante solicitado, certificando-se de que todas as retenções determinadas por lei foram realizadas, e colocá-lo à disposição do Juízo Trabalhista.

Não estando mais vigente o contrato, deverá a Administração Pública, do mesmo modo, certificar-se de que todas as retenções determinadas por lei foram realizadas, com o correspondente recolhimento. Neste caso, deverá certificar-se, também, de que todas as obrigações trabalhistas foram devidamente quitadas, seja pela empresa no momento oportuno, seja por ela própria, por meio do pagamento direto aos empregados vinculados ao contrato.

Diante das determinações judiciais, a Administração Pública irá se deparar diante de uma de três hipóteses: a) A reclamação trabalhista é promovida por empregado que em nenhum momento se viu vinculado ao contrato administrativo, ou seja, não foi alocado para prestação de serviços na entidade oficiada; b) A reclamação trabalhista é promovida por empregado que em algum momento se viu vinculado ao contrato administrativo, ou seja, o período reclamado foi parcialmente prestado na entidade oficiada; c) A reclamação trabalhista é promovida por empregado em que o período reclamado foi integralmente prestado na entidade oficiada.

A depender de qual hipótese for constatada, corresponderá uma atuação da Administração.

### **3 NATUREZA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO E A EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS**

Tendo por base o que expomos até o momento, mostra-se oportuno analisar, ainda que de modo simplificado, o contrato administrativo, no intuito de melhor entender as possibilidades e a correção na atuação da Administração Pública quando demandada pelo Juízo do Trabalho sobre a existência de créditos pertencentes à empresa contratada.

Embora haja divergência doutrinária, “a maioria dos administrativistas brasileiros, admite a existência de contratos administrativos, com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado”. (DI PIETRO, 2019, p. 558)

O contrato administrativo “é uma espécie de categoria jurídica de contrato, que se contém, por sua vez, no gênero pacto, figura amplíssima da Teoria Feral do Direito, que se caracteriza pela existência de algum tipo de conjugação harmônica de vontades”. (MOREIRA NETO, 2006, p.162)

Em se tratando de contrato administrativo, distinguindo-o dos contratos de direito privado, considera-se que naqueles a Administração, por representar o interesse público, age com poder de império, estabelecendo cláusulas, em observância à lei, de forma unilateral e que a coloca em posição de supremacia em relação ao particular. (DI PIETRO, 2019, p. 559)

Importante ressaltar que embora nos contratos administrativos decorram de uma manifestação unilateral da Administração Pública:

é necessário que esta manifestação se concerte com a vontade de outro ente para conformar, então, uma relação bilateral, em que os interesses das partes se compõem e se submetem a uma vontade comum, que emergirá do consenso, diferenciada das vontades individuais integradoras, e que as subordinará e passará a reger a relação assim formada. (MOREIRA NETO, 2006, p.162) (grifo do autor)

Nesse contexto, os contratos administrativos em que, de um lado, a Administração Pública figura como tomadora e, de outro, a empresa contratada como prestadora de serviço, tem como característica a bilateralidade:

Não se trata aqui da bilateralidade da formação da relação contratual, pois todo contrato é por definição, um ato jurídico bilateral, mas da bilateralidade dos seus efeitos: neste sentido, o contrato administrativo é sinalagmático, porque cria obrigações recíprocas para as partes.

São obrigações de prestar, a que se fez menção: de um lado, as da Administração, como as de pagar ou garantir o uso, e, de outro, as do administrado, basicamente de dar e de fazer. (MOREIRA NETO, 2006, p.170) (grifo do autor)

Sendo os contratos de prestação de serviços sinalagmáticos, “as obrigações das partes são recíprocas, ou seja, a execução da atividade de uma das partes enseja o adimplemento contratual pela outra” (CARVALHO, 2018, p. 540), de modo que, “Nenhum dos contratantes pode, antes de cumprida a sua obrigação, exigir o implemento da obrigação do outro”. (PEREIRA, 2008, p.139). Essa regra é expressamente prevista no artigo 476, do Código Civil.

Os contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública e as empresas privadas, como regra, determinam que o serviço seja prestado e, na data convencionada, a contratada deverá apresentar nota fiscal fatura, juntamente com toda a documentação que comprove

o cumprimento todas as obrigações legais e contratuais estabelecidas. Somente após a devida conferência pelo fiscal do contrato, que deverá “atestar” que o serviço foi adequadamente prestado e a empresa cumpriu todas as obrigações, nasce para a empresa a possibilidade de exigir o pagamento, ou seja, exigir que a Administração cumpra a sua obrigação.

Assim, enquanto a empresa privada não cumprir todas as suas obrigações, a Administração se vê impedida de cumprir a sua obrigação, correspondente ao pagamento, incidindo a regra da *exceptio non adimpleti contractus*:

O principal efeito da exceção do contrato não cumprido em face das partes é paralisar a ação de cumprimento, permitindo ao excipiente suspender o adimplemento da prestação a que é obrigado até que o excepto cumpra a que lhe compete. Daí porque chamar a *exceptio* de exceção dilatória.

Possibilitada, por lei, a arguição da *exceptio non adimpleti contractus*, não há que se falar, na espécie, de mora no cumprimento da obrigação, pois inexistente fato ou omissão imputável ao devedor, mas sim à contraparte, esclarecendo Serpa Lopes (1959, p. 313) que diante da *exceptio*, “o excipiente, como que, se coloca na mesma posição de um devedor a termo, até que o autor cumpra sua obrigação”. (PEREIRA, 2008, p.165) (grifo do autor)

A incidência do instituto, somado às obrigações da Administração Pública contratante, enquanto tomadora de serviço, influi diretamente na responsabilidade da Administração Pública frente ao Juízo requisitante, na medida em que o cumprimento da determinação judicial depende da existência de crédito pertencente à empresa, ou seja, aquilo que lhe seria entregue em contraprestação pelo serviço executado.

Mesmo que eventualmente a Administração Pública tenha retido pagamento e exista saldo na conta vinculada ao contrato, não significa que a empresa teria direito ao recebimento. Não significa que a empresa tenha crédito, antes de tomadas todas as providências necessárias à sua apuração.

Ademais, importante ressaltar que a exceção de contrato não cumprido é oponível não só entre as partes contratantes, mas também em face de terceiros que, embora não tenham participado da relação originária, intervenham na relação obrigacional:

Além de ser argüida perante os titulares originários do crédito sinalagmático, a exceção do contrato não cumprido também pode

ser oponível em face daqueles que não participaram diretamente do vínculo prestacional desde sua origem, mas que posteriormente, são atingidos por seus efeitos. (PEREIRA, 2008, p.139)

Diante de uma determinação judicial, emitida em uma reclamação trabalhista que busca a satisfação de direitos pleiteados pelos empregados da empresa contratada, caso se constate que eles não tenham sido alocados no contrato com a Administração oficiada, o descumprimento das obrigações pela empresa, impõe a apresentação da exceção do contrato não cumprido e a tomada de todas as providências legais e administrativas necessárias a isentar, a Administração contratante, das responsabilidades decorrentes do seu contrato.

#### **4 CRÉDITO DA EMPRESA PASSÍVEL DE SER COLOCADO À DISPOSIÇÃO DO JUÍZO TRABALHISTA**

Recebida a determinação judicial e constatado que o reclamante em nenhum momento teve qualquer vínculo com o contrato celebrado com a Administração oficiada, é necessário interpretar em que consiste a determinação judicial.

Estas decisões têm por objetivo entregar um crédito pertencente à empresa, ao seu empregado que lançou mão da garantia constitucional de acesso ao judiciário para ver o seu direito satisfeito. Para isso, a Administração, em vez de pagar a empresa, ela deverá colocar o valor à disposição do juízo. Em outras palavras, deve entregar ao juízo o que entregaria à empresa em contraprestação ao contrato executado, ou seja, o correspondente ao seu crédito.

Mas, emitida a nota fiscal fatura, onde conste determinado valor bruto nominal, o que poderá ser considerado crédito da empresa, portanto, passível de ser colocado à disposição do Juízo quando solicitado?

Num primeiro momento, a resposta é no sentido de que o crédito da empresa corresponde igualmente ao valor nominalmente expresso. Mas só num primeiro momento e sem considerar toda a complexidade envolvida nesta relação, como já se adiantou.

Isso porque, em virtude das previsões contratuais, legais e demais normativas infralegais, do valor bruto nominal expresso na nota fiscal fatura, incidirão os tributos que deverão ser retidos e repassados ao ente

tributante competente, cuja obrigação é responsabilidade do tomador do serviço, neste caso, a Administração Pública.

Mas não é só. Deverão ser retidas e recolhidas a uma conta vinculada ao contrato celebrado, um percentual que se prestará à composição de um montante destinado à quitação de verbas trabalhistas dos empregados vinculados a este contrato, no momento oportuno, caso haja inadimplência da empresa contratada.

Ainda, nos casos de execução defeituosa do objeto contratual, após o devido processo legal, a empresa poderá sofrer a aplicação de pena pecuniária, consubstanciada em uma multa, que deverá ser descontada do eventual crédito que a empresa deveria receber.

Por fim, por ser dever da Administração Pública, a fiscalização do cumprimento do contrato e da lei pela empresa contratada, quando constatado inadimplemento, deverá promover a retenção e entregar, ou melhor, fazer o pagamento diretamente aos empregados vinculados ao contrato, sob pena de, pela má fiscalização, responder subsidiariamente perante a Justiça do Trabalho.

Logo, a empresa jamais terá o direito de receber valor nominal bruto expresso na nota fiscal fatura.

O pagamento ou contraprestação devida pela Administração corresponderá ao valor líquido resultante das retenções tributárias, previdenciárias, as destinadas à conta vinculada ao contrato, deduções de eventuais multas aplicadas à empresa e eventuais valores pagos diretamente aos empregados vinculados ao contrato. Este valor líquido corresponderá ao crédito que a empresa teria a receber. Este é o valor que a Administração Pública teria o dever de colocar à disposição do Juízo do Trabalho, quando determinada a tanto, isto é, somente aquilo que seria passível de entrega à empresa. Somente o valor líquido pode ser considerado crédito da empresa, para fins de disponibilização ao Juízo trabalhista.

Nesse sentido, aliás, por meio do Parecer nº JL - 01, da lavra do Advogado-Geral da União (BRASIL, 2020), devidamente aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, de 27/05/2020, adotou-se o entendimento do Despacho do Consultor-Geral da União nº 953/2019/GAB/CGU/AGU e do Despacho nº 0679/2019/DECOR/CGU/AGU, que aprovaram o Parecer nº 031/2019/DECOR/

CGU/AGU. Ressalte-se que, por força do §1º, do artigo 40, da Lei Complementar nº 73/199311, vincula toda a Administração.

Fazemos a ressalva de que o caso submetido à análise da Advocacia-Geral da União tratava da (im)possibilidade de as empresas contratadas pela Administração Pública, cederem o crédito decorrente do contrato Administrativo.

Não obstante, tenha tratado de tema diverso, as conclusões do Parecer nº 31/2019/DECOR/CGU/AGU (BRASIL, 2020) são perfeitamente aplicáveis no que diz respeito aos cuidados e entendimento para dar resposta ao questionamento que se pretende responder com o presente estudo, uma vez que, ao concluir pela possibilidade de a empresa contratada ceder o crédito oriundo do contrato administrativo, também delimitou, com precisão, em que consiste o crédito a que terá direito o cessionário:

Ante o exposto, em sintonia com o posicionamento adotado pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, pela então Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e pela Procuradoria-Geral Federal, compreende-se que:

- a) a cessão de crédito decorrente de contrato administrativo é juridicamente viável, desde que não seja vedada pelo edital ou contrato;
- b) a aplicação supletiva do Direito Civil autorizada pelo art. 54 da Lei n.º 8.666/93 possibilita a cessão de crédito na seara pública;
- c) determinadas cautelas e formalidades devem ser observadas na cessão de crédito no âmbito administrativo, sobretudo a celebração de termo aditivo entre a Administração e a contratada, a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista também por parte da cessionária, bem como a certificação de que a cessionária não se encontra impedida de licitar e contratar por ter sido punida com fundamento no art. 87, III ou IV, da Lei n.º 8.666/93, no art. 7.º da Lei n.º 10.520/2002 ou no art. 12 da Lei n.º 8.429/92;

---

11 Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este, submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

d) o crédito a ser pago à cessionária é exatamente aquele que seria destinado à cedente (contratada) pela execução do objeto contratual, com o desconto de eventuais multas, glosas e prejuízos causados à Administração, sem prejuízo da utilização dos institutos da conta vinculada e do pagamento direto previstos na Instrução Normativa SEGES/MP n.º 5/2017; e

e) a cessão de crédito não afeta a execução do objeto contratado, que continuará sob a responsabilidade da empresa contratada.

Aprovando o referido Parecer, o Diretor do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, por meio do Despacho n. 00679/2019/DECOR/CGU/AGU (BRASIL, 2020) fez o seguinte complemento:

5. Isto posto, caso tecnicamente admitida pela Administração, a legalidade da cessão de crédito no âmbito dos contratos administrativos deve observar, em ligeira síntese, as seguintes cautelas e condições:

a) ausência de vedação no instrumento convocatório ou contrato administrativo;

b) formalização mediante termo aditivo ao contrato administrativo, a ser firmado entre a Administração e a contratada, produzindo efeitos a partir de sua celebração e cumprimento das formalidades de que cuida o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666, de 1993;

c) sem prejuízo do regular atendimento da obrigação contratual de cumprimento de todas as condições de habilitação (art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 1993) por parte da contratada (cedente), a celebração do aditamento de cessão de crédito e a realização dos pagamentos respectivos também se condiciona à regularidade fiscal e trabalhista da cessionária;

d) a celebração do termo aditivo de cessão de crédito e os subsequentes pagamentos se condicionam à prévia certificação de que a cessionária não foi sancionada com as seguintes penalidades: “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração”, de que trata o art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666, de 1993; “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública”, de que trata o art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993; impedimento de licitar e contratar com a Administração, de

que cuida art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002, e art. 49 do Decreto nº 10.024, de 2019; e da penalidade de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, de que cuida o art. 12 da Lei nº 8.429, de 1992; e

e) a cessão de crédito não altera as regras de liquidação e de recebimento do objeto contratado, por conseguinte, o valor do pagamento devido à cessionária será precisamente àquele que seria devido à empresa contratada (cedente), restando absolutamente incólumes todas as defesas e exceções ao pagamento e todas as demais cláusulas exorbitantes ao direito comum aplicáveis no regime jurídico de direito público incidente sobre os contratos administrativos, incluindo a possibilidade de desconto de multas, glosas, prejuízos causados à Administração, e se preservando a sistemática da conta-depósito vinculada e do pagamento direto de que cuida a Instrução Normativa SEGES/MP nº 5, de 2017. (grifo do autor)

Como evidenciado na alínea “e”, crédito da empresa é somente o resultado líquido, após o cumprimento de todas as obrigações decorrentes do contrato, de modo que a avaliação cuidadosa por parte da Administração Pública é essencial para evitar futuros prejuízos ao erário público, decorrente de uma má interpretação dos fatos e do direito aplicável.

## CONCLUSÃO

A Administração Pública, recebendo quaisquer das determinações do Juízo do Trabalho, ressalvadas opiniões em contrário, deve atentar-se às obrigações legais e normativas incidentes, que irão repercutir na sua responsabilidade perante as obrigações que emanam do contrato celebrado.

Constatando-se a existência de contrato, vigente, encerrado ou rescindido, a Administração deverá verificar a existência de supostos créditos pertencentes à empresa. Supostos porque crédito será o resultado líquido entre o valor bruto constante da nota fiscal fatura, após as devidas deduções, retenções e destino (pagamento direto aos empregados) determinados em lei e no contrato.

Para esta verificação, exige-se que a empresa tenha emitido uma nota fiscal fatura pelos serviços prestados. Do valor nominal constante deste documento, caberá à Administração promover as retenções e os recolhimentos tributário e previdenciário devidos, na qualidade de substituto, sob pena de futuramente ser responsabilizada.



Uma segunda providência é promover a retenção e transferência para a conta vinculada ao contrato, que se prestará a suportar encargos trabalhistas não honrados pela empresa.

A terceira providência, decorrente da obrigação de fiscalizar o cumprimento do contrato, consistirá em verificar se a empresa efetuou o pagamento dos empregados vinculados ao contrato. Se não o fez, compete à Administração reter os valores e promover o pagamento diretamente.

Nesse contexto, somente após todas as providências, caso ainda haja algum saldo remanescente, inexistindo reclamações trabalhistas em que a entidade oficiada figure como responsável subsidiária, será possível falar-se em crédito a ser disponibilizado para a empresa, portanto, passível de ser colocado à disposição do Juiz do Trabalho. Antes disso, a empresa não tem crédito disponível ou recebível, pois a ela não pertence os valores nominalmente expressos nas notas fiscais faturas.

Disponibilizar ao Juízo do Trabalho, valores vinculados ao contrato com a empresa prestadora de serviço, que se encontre em seu poder, para quitar débitos de empregados não vinculados a este contrato, ignorando o quanto foi exposto, implicará na sua responsabilidade subsidiária, diante das reclamações trabalhistas originadas em virtude desta má fiscalização, implicando impor à Administração contratante, logo, à sociedade, o pagamento em duplicidade pelo serviço eventualmente prestado, uma vez que disponibilizará o valor a quem não é o titular do crédito.

O valor líquido, após a adoção de todas as providências, poderá corresponder ao crédito da contratada e passível, portanto, de ser disponibilizado ao Juízo trabalhista, nos casos em que o reclamante não tenha sido alocado no contrato com a Administração oficiada.

Uma vez retido o pagamento das notas fiscais, recai sobre a Administração Pública não só a obrigação de efetivar os pagamentos aos trabalhadores vinculados ao Contrato por ela celebrado, mas também efetuar o recolhimento de todos os tributos que incidem sobre a folha de pagamento, tratando-se de obrigação legal decorrente da sua qualidade de substituto tributário.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Advocacia-Geral Da União*. Parecer nº JL - 01, de 26 de maio de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVil\\_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-JL-01-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/AGU/Pareceres/2019-2022/PRC-JL-01-2020.htm). Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm). Acesso em: 28 jan. 2021.

BRASIL. *Instrução Normativa RFB nº 1234, de 11 de janeiro de 2012*. Dispõe sobre a retenção de tributos nos pagamentos efetuados pelos órgãos da administração pública federal direta, autarquias e fundações federais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas que menciona a outras pessoas jurídicas pelo fornecimento de bens e serviços. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37200&visao=anotado#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20reten%C3%A7%C3%A3o%20de,fornecimento%20de%20bens%20e%20servi%C3%A7os>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. *Instrução Normativa nº 5, de 26 de maio de 2017*. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>. Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm). Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. *Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003*. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp116.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm). Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013)*. Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1611621651945&disposition=inline>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm). Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Mandado de Segurança nº 0722501-08.2018.8.07.0000. Relator: Desembargador Cruz Macedo. Julgamento em: 30 jul. 2019. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740048164/7225010820188070000-df-0722501-0820188070000>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed., Salvador: JusPODIVM, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARRARA, Thiago *et al* (orgs.). *Direito Administrativo: Transformações e Tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. *A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral*. 2008. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075623.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2020.



RECEBIDO EM: 04/02/2021

APROVADO EM: 16/04/2021

# ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ANÁLISE CRÍTICA

## QUANTITATIVE CHANGES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS: CRITICAL ANALYSIS

*Leandro Sarai*

*Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico e Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Advogado público. Membro do Comitê de Pós-Graduação (CPG) do Banco Central e da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Advocacia-Geral da União.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Panorama normativo; 2. Requisitos para alterações quantitativas; 3. Base de cálculo dos acréscimos e supressões; 3.1. Valor inicial atualizado - reajustes, repactuações, revisões e reequilíbrio; 3.2. Base de cálculo dos acréscimos e supressões no caso de serviços; 3.3. Acréscimos de itens de objetos contratuais compostos; 3.4.

Compensações entre acréscimos e decréscimos;  
Considerações finais.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar as normas relativas às alterações quantitativas nos contratos administrativos, buscando encontrar os limites legais para essas alterações. Para tanto, por meio do método dedutivo, apresenta o contexto normativo em que se enquadram os contratos administrativos e traz as normas pertinentes ao tema do artigo. Com tais normas apresentadas, realiza sua análise, recorrendo à doutrina e jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). Aborda os requisitos necessários às alterações contratuais e a base de cálculo para tais alterações. Trata das alterações em contratos de prestação de serviços. Analisa os acréscimos em contratos com objetos compostos. Apresenta a controvérsia a respeito da possibilidade de compensação entre supressões e acréscimos quantitativos. Formula proposta para sanar o problema da segurança jurídica para o administrador público decorrente das divergências de interpretação das normas legais. O tema é atual e importante, pois a nova Lei de Licitações reproduz as mesmas regras e o TCU possui recente acórdão sobre ele.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato administrativo. Alterações quantitativas. Compensações entre Acréscimos e Supressões. Análise Casuística. Tribunal de Contas da União.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the rules on quantitative changes in administrative contracts, seeking to find the legal limits for these changes. In order to do so, it presents the normative context in which administrative contracts are framed and brings the norms pertinent to the topic of the article. With these standards presented, through deductive method, it carries out its analysis, using the doctrine and jurisprudence of the Court of Auditors of the Union. It addresses the requirements for contractual changes and the basis of calculation for such changes. It deals with changes in service contracts. Analyzes the additions in contracts with compound objects. It presents the controversy regarding the possibility of compensation between suppressions and quantitative increases. It makes a proposal to remedy the problem of legal uncertainty for the public administrator due to divergences of interpretation of the legal norms. The theme is current and important, because the new Bidding Law reproduces the same rules and the TCU has a recent ruling on it.

**KEYWORDS:** Administrative contract. Quantitative changes. Compensation Snares Between Accruals and Deletions. Casuistic Analysis. Court of Auditors of the Union.

## INTRODUÇÃO

Aristóteles, afirma que existem duas espécies de justiça, a distributiva e a corretiva. A primeira estaria ligada a distribuição de ônus e bônus. A segunda, a reparação de danos (2003, p.108-112). Finalmente ele traz a ideia de equidade (ARISTÓTELES, 2003, p. 124-125), que, para ele, seria uma correção ou adaptação da regra geral ao caso concreto<sup>1</sup>.

Parece que hoje está muito em voga essa ideia, porém, em vez de os aplicadores das leis fazerem referência à “equidade”, socorrem-se dos denominados “princípios” para buscar adaptar as normas aos casos concretos.

É necessário ter essa ideia em mente ao tratar das normas relacionadas ao assunto em pauta, qual seja, as alterações quantitativas dos contratos administrativos, principalmente quando a norma legal não se adapta ao caso concreto.

É importante ressaltar que as normas da Lei nº 8.666/93 foram reproduzidas na Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e que o Tribunal de Contas da União possui acórdão recente sobre

---

1 “O que origina o problema é o fato de o equitativo ser justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais frequente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade), corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta. Por isso o equitativo é justo e superior a uma espécie de justiça, embora não seja superior à justiça absoluta, e sim ao erro decorrente do caráter absoluto da disposição legal. Desse modo, a natureza do equitativo é uma correção da lei quando esta é deficiente em razão da sua universalidade. É por isso que nem todas as coisas são determinadas pela lei: é impossível estabelecer uma lei acerca de algumas delas, de tal modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando uma situação é indefinida, a grenda também é indefinida, tal qual ocorre com a régua de chumbo usada pelos construtores de Lesbos para ajustar as molduras; a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, da mesma forma como o decreto se adapta aos fatos.” (ARISTÓTELES, 2003, p. 125).

elas, justificando a atualidade do tema, notadamente quanto à questão da possibilidade de compensação entre acréscimos e supressões.

Daí o título do artigo: “análise crítica”. Analisar é separar, tratar o todo em suas partes. A crítica é a investigação dos limites de algo.

Serão tratados assim os limites das normas aplicáveis aos acréscimos e decréscimos quantitativos. Ou seja, o objeto do presente artigo diz respeito às alterações quantitativas e não às qualitativas<sup>2</sup>.

Entender os propósitos das normas é essencial para sua correta aplicação. Aliás, não é por outro motivo que o art. 5º do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõe expressamente que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Também orienta o Judiciário a decidir “o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” quando “a lei for omissa”.

Uma norma não adequada para determinado caso concreto não deixa de ser uma omissão legislativa para esse caso específico.

Tão importante quanto saber qual norma aplicar é deixar de aplicar normas inapropriadas para certos casos.

As orientações acima não são dirigidas apenas ao Judiciário. Com efeito, caso a Administração não as utilize e haja um conflito, caberá ao Judiciário dar a última palavra. Assim, se nosso ordenamento permite que a última palavra seja dada, em certos casos, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito, e, mais do que isso, que se procure atender ao espírito da lei, não poderia ser diferente antes da última palavra, ou seja, no presente caso, na esfera administrativa.

Com essas premissas, o artigo procurará examinar algumas questões sobre alterações quantitativas nos contratos administrativos,

---

<sup>2</sup> Para as qualitativas, dispõe a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”. Há discussão sobre a aplicabilidade dos limites de 25% sobre essa hipótese, mas o assunto não será tratado nesse artigo, embora a Decisão nº 215/1999 do Plenário do Tribunal de Contas da União abaixo mencionada trate da questão.



buscando apontar a melhor a melhor interpretação da lei para alguns casos concretos.

Para tanto, o artigo é dividido em quatro partes, além desta introdução.

A primeira parte apresenta o contexto normativo em que se enquadra o contrato administrativo, pois, ao entender sua finalidade, contribui-se para a interpretação adequada das normas relativas a sua alteração.

A segunda parte apresenta os requisitos legais para realização das alterações quantitativas.

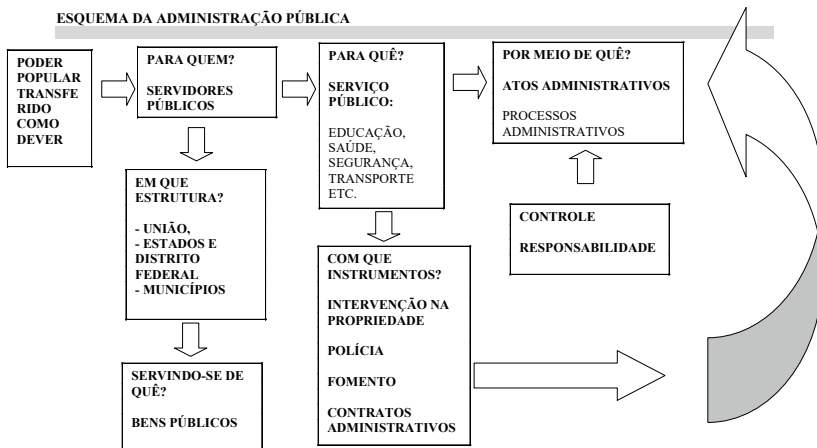
A terceira parte, mais complexa, subdividida em quatro seções. A primeira delas esclarece a base de cálculo para apuração dos limites das alterações, tratando também da questão envolvendo os reajustes contratuais em sentido amplo. A segunda seção trata de questões envolvendo alterações quantitativas em contratos de serviços, principalmente os continuados. A terceira seção aborda os acréscimos nos contratos com objetos compostos. A última seção da terceira parte cuida da questão das compensações entre acréscimos e decréscimos quantitativos.

A quarta parte encerra o artigo reunindo suas principais conclusões e propondo para reflexão uma alternativa para sanar a questão da insegurança jurídica decorrente de interpretações divergentes entre os órgãos públicos competentes para o controle da Administração.

## **1. PANORAMA NORMATIVO**

Para iniciar, é necessário introduzir as normas que regem o tema, pois elas darão os limites dentro dos quais a exposição poderá ser desenvolvida.

A Constituição Federal enfatiza já em seu art. 1º que o Brasil é uma República. Dessa forma, tudo o que disser respeito ao Estado estará sujeito à participação potencial de todos em sua manutenção -inclusive financeira-gestão, controle e na apropriação dos benefícios proporcionados, conforme os critérios de justiça e eficiência democraticamente eleitos. Nesse contexto, antes de prosseguir, é importante trazer o enquadramento dos contratos administrativos no esquema da Administração Pública:



Fonte: elaborado pelo autor

Como se vê, o poder popular é transferido ao Estado para que, por meio de seus servidores públicos atendam ao interesse público. Os servidores públicos são organizados dentre dos entes políticos e, para desempenhar seu papel, servem-se de bens públicos. O interesse público é atendido pela prestação de serviço público. A prestação de serviço é concretizada por atos administrativos, por vezes compondo processos administrativos e sempre sujeitos a controle. Finalmente, a prestação de serviços públicos demanda certos instrumentos, entre os quais se enquadram os contratos administrativos.

Assim, o contrato administrativo é mero meio de atendimento dos fins maiores. Se um contrato firmado com o Estado representa alguma vantagem para o contratado, e se o Brasil é uma República, então deve haver um sistema que torne compatível a participação potencial de todos nas relações contratuais com o Estado, ao mesmo tempo em que se atenda aos fundamentos da mesma República brasileira previstos no inciso IV do art. 1º, relativo aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Dito de outro modo, no Brasil, o trabalho e a livre iniciativa proverão bens e serviços. Quando o Estado deles necessitar, deverá observar determinado procedimento para que sua contratação não privilegie alguns em detrimento de outros de forma arbitrária.

Daí, a própria Constituição, em seu art. 37, XXI, expressamente adotou como regra a contratação mediante processo de licitação pública

que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante a execução contratual<sup>3</sup>.

Assim, a cada necessidade a ser atendida, abre-se possibilidade, em princípio, a todos os interessados em atendê-la.

Como são públicos os recursos que serão utilizados na aquisição de bens e serviços, sua utilização deverá observar os princípios da Administração Pública previstos no caput do art. 37 da Constituição, ou seja, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência<sup>4</sup>.

Corolário dos princípios da eficiência e da impessoalidade, o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que trata das contratações da Administração Pública, expressamente prevê que a licitação irá buscar obter a proposta mais vantajosa (eficiência) garantindo a observância do princípio da isonomia (impessoalidade). Os mesmos princípios constam do art. 5º da nova Lei de Licitações.

Ainda por consequência do princípio republicano, naqueles contratos firmados para atender necessidades contínuas, embora a Lei permita a prorrogação do prazo de vigência, ela limita essa possibilidade para que, ao término do último lapso, novamente se abra a oportunidade para novos interessados contratarem com a Administração. Mesmo a prorrogação, contudo, somente é permitida se o contrato continuar vantajoso para a Administração<sup>5</sup>.

3 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

4 Para mais alguns detalhes sobre os princípios e outras questões gerais relativas aos contratos administrativos, há uma síntese elaborada por Sarai (2004).

5 Prevê o art. 57 da Lei de Licitações: “Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: I - aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório; II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses; [...] IV - ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.”

Para a contratação, deve-se fazer um planejamento, de modo a que o uso dos recursos públicos seja racional e adequado. Muitas vezes, contudo, ocorrem imprevistos.

Ciente dessa realidade, a Lei nº 8.666, de 1993, previu a possibilidade de acréscimos e decréscimos no contrato, nos seguintes termos:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

[...]

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

[...]

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

[...]

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no §1º deste artigo.

Tais normas estão reproduzidas nos arts. 124 e 125 da Nova Lei de Licitações e Contratos. Elas não podem ser interpretadas isoladamente. Elas compõem o todo orgânico do ordenamento jurídico. Com essas premissas, alguns apontamentos já podem ser feitos.

Embora tais normas permitam determinados acréscimos e supressões, não se pode olvidar que, se o Estado divulga que fará uma contratação de certo objeto, não pode ele, depois de firmar o contrato, alterar a natureza desse objeto. Isso porque, se o objeto já alterado houvesse sido previsto no edital, outra seria a concorrência. Poderiam mudar os interessados em participar. O mesmo ocorre com o valor e quantitativos do objeto contratado.

De nada adiantaria divulgar um objeto a ser contratado, para atender ao princípio da publicidade, se, após a contratação, o objeto fosse alterado. A publicidade anterior teria sido inútil.

A permissão das alterações, por isso, serve apenas para cobertura daquelas situações de imprevistos normais, quando não se justificaria fazer outra licitação, e nunca para burlar os princípios que incidem na administração da coisa pública.

## 2. REQUISITOS PARA ALTERAÇÕES QUANTITATIVAS

Sob certo ponto de vista, os acréscimos representam uma contratação sem licitação. Por outro lado, como a Lei os permite e os editais normalmente preveem sua possibilidade, os licitantes já sabem sobre isso e, portanto, pode-se dizer que a disputa também abrangeu os eventuais acréscimos.

Contudo, se uma contratação tiver valor global vantajoso, mas os preços unitários estiverem acima do mercado, não se admitirá o acréscimo em relação a esses itens sem que a contratada aceite reduzi-los, salvo se houver aumento proporcional de todos os itens, de modo que o valor global continue mais vantajoso em relação ao mercado<sup>6</sup>.

Além da manutenção dos preços vantajosos para realização de acréscimos, é necessário que as alterações decorram de necessidades surgidas após o planejamento da licitação. Caso a necessidade já existisse

6 “quando a majoração de quantitativos ocorre em itens cujos preços estão acima dos de mercado, caracteriza-se o chamado jogo de planilha. Em casos da espécie, esta Corte de Contas tem adotado o entendimento de que os preços unitários dos quantitativos decorrentes de aditivos contratuais devem respeitar o valor de mercado. Já para os quantitativos inicialmente fixados, em respeito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro da avença, aceita-se os valores unitários constantes do contrato original.” (TCU, Plenário, Acórdão 332/2015) “É imprescindível a análise dos preços unitários em licitações do tipo menor preço global, de modo a se coibir a prática do denominado jogo de planilha, que se caracteriza pela elevação dos quantitativos de itens que apresentam preços unitários superiores aos de mercado e redução dos quantitativos de itens com preços inferiores, por meio de aditivos.” (TCU, Acórdão 1618/2019-Plenário, Relator Marcos Bemquerer)

e fosse conhecida antes do planejamento, a utilização do acréscimo poderia configurar eventual burla à licitação. É que, se as quantidades adicionais necessárias já estivessem previstas no edital, haveria licitação também em relação a elas. Por isso, nessa situação, dificilmente se poderá justificar o acréscimo sem a devida licitação. Em regra, o Tribunal de Contas da União veda esses acréscimos<sup>7</sup>.

Outro requisito é a observância dos limites legais, principalmente para os acréscimos. Para as supressões, embora os limites também se apliquem, a Administração pode superá-los, se houver concordância da contratada, conforme art. 65, §2º, II, da Lei nº 8.666, de 1993. Embora isso não esteja claro na nova lei, pode-se aplicar o mesmo entendimento.

Mesmo em relação aos acréscimos, há situações em que é permitido superar os limites legais, conforme Decisão nº 215/1999 do Plenário do Tribunal de Contas da União<sup>8</sup>, desde que atendidos os seguintes requisitos, aplicáveis, segundo a Corte, aos aumentos qualitativos:

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado de Estado do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I,

---

7 "Observe o princípio de que a execução de itens do objeto do contrato em quantidade superior à prevista no orçamento da licitação deve ser previamente autorizada por meio de termo de aditamento contratual, o qual deverá atender aos requisitos a seguir: • ser antecedido de procedimento administrativo no qual fique adequadamente consignada a motivação das alterações tidas por necessárias, que devem ser embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, bem assim caracterizar a natureza superveniente, em relação ao momento da licitação, dos fatos ensejadores das alterações; • ter seu conteúdo resumido publicado, nos termos do art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 554/2005 Plenário" (BRASIL, 2010, p.807). "Os acréscimos de serviços a contrato, conquanto justificados e realizados dentro dos limites legais, devem ser precedidos da demonstração de que a situação ensejadora das alterações não poderia ter sido constatada na época da contratação." (TCU, Acórdão 1134/2017-Plenário, Relator Augusto Sherman)

8 TCU, Plenário, Decisão 215/1999. Relator José Antônio Barreto de Macedo. Processo 930.039/1998-0. Julgado em 12 maio 1999

da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea “a”, supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja, gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

Essa decisão, apesar de antiga, representa posição sedimentada no âmbito da Corte de Contas<sup>9</sup>. Esse entendimento está de acordo com

9 “Em hipóteses excepcionais e devidamente comprovadas, as alterações qualitativas de contratos para o desenvolvimento e produção de produtos estratégicos de defesa - PED (art. 2º, inciso II, da Lei 12.598/2012) decorrentes do impacto de eventuais restrições orçamentárias no orçamento da contratada

o espírito da Lei de buscar a proposta e a solução mais vantajosa para a Administração, até porque essa vantagem representa em última instância benefício ao interesse público.

Outro requisito para a realização de alterações diz respeito à observância dos limites legais isoladamente tanto para acréscimos quanto para supressões<sup>10</sup>. Essa exigência é mais importante para contratações complexas com diversos itens e objetiva evitar que alguns itens sejam suprimidos e acrescidos outros em seu lugar, principalmente quando os primeiros tenham preço vantajoso e os últimos não. Dito de outro modo, essa exigência evita o conhecido “jogo de planilha”, de modo a impedir que o objeto da licitação seja desnaturado por alterações posteriores<sup>11</sup>.

Não importam quantas alterações sejam feitas, desde que respeitados esses limites e mantida a natureza do objeto contratual. Para aquisições, há maior restrição quanto ao número de alterações, uma vez que, em

---

para o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, de forma consensual, poderão ultrapassar o limite estabelecido no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, conforme jurisprudência do TCU consubstanciada nos Acórdãos 1826/2016-Plenário, 50/2019-Plenário, 3.576/2019-1ª Câmara, desde que atendidos os pressupostos definidos na Decisão 215/1999-Plenário: a) sejam mais vantajosas que eventual rescisão contratual seguida de nova licitação ou contratação emergencial, devendo, nesse caso, ser contabilizados todos os custos administrativos decorrentes do novo procedimento licitatório; b) sejam necessárias à otimização do cronograma físico-financeiro para a completa execução do objeto contratado, tendo em vista o benefício social e econômico esperado; e c) as consequências das alternativas para a continuidade do objeto contratado (rescisão contratual, contratação emergencial ou nova licitação) importem sacrifício insuportável ao interesse público, inclusive quanto à sua urgência ou emergência.” (TCU, Acórdão 566/2021-Plenário, Relator Augusto Sherman)

- 10 “Para fins de alteração contratual, os limites legais devem ser verificados separadamente tanto nos acréscimos quanto nas supressões de itens ao contrato, e não pelo cômputo final que tais alterações (acréscimos menos decréscimos) possam provocar na equação financeira do contrato.” (TCU, Plenário, Acórdão 2372/2013, Relator Raimundo Carreiro). “As reduções ou supressões de quantitativos decorrentes de alteração contratual devem ser consideradas de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993.” (TCU, Acórdão 50/2019-Plenário, Relator Marcos Bemquerer)
- 11 “[...] b) sucessivas modificações na planilha licitada podem frustrar o princípio da isonomia entre os licitantes e impossibilitam a escolha da proposta mais vantajosa, especialmente quando chegam ao ponto de transfigurar o objeto originalmente licitado; c) a obrigatoriedade de respeito ao limite legal, interpretado segundo o entendimento do TCU, visa a obstar que o objeto contratado seja descaracterizado, levando a que a obra efetivamente construída não guarde qualquer correspondência com o objeto licitado, em evidente prejuízo do interesse público e em afronta à Lei de Licitações e à Constituição Federal” (TCU, Plenário, Acórdão 1536/2016) Ainda sobre a impossibilidade de compensação, cf. Acórdãos 2.819/2011, 2.681/2013, 3.105/2013 e 1.160/2014 do Plenário do TCU.



princípio, uma vez adquirido um item perfeito e de acordo com o contrato, não caberia sua devolução e consequente redução do contrato.

Mas, tratando-se de serviços prestados, principalmente de natureza contínua, é possível que haja sua supressão parcial e acréscimo parcial quantas vezes sejam necessárias, respeitados os limites citados.

Essas regras gerais, contudo, demandam certo detalhamento com a finalidade de melhorar a clareza do espírito normativo.

### **3.BASE DE CÁLCULO DOS ACRÉSCIMOS E SUPRESSÕES**

A análise sobre os acréscimos e supressões e seus limites precisa ser separada quanto a quatro aspectos: o conceito de valor inicial atualizado; a base de cálculo no caso de serviços; a base de cálculo no caso de objetos contratuais compostos; e a questão da compensação entre acréscimos e supressões.

#### **3.1. Valor inicial atualizado - reajustes, repactuações, revisões e reequilíbrio**

A regra básica para acréscimos e supressões é a utilização do valor inicial atualizado do contrato, segundo os termos do §1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>12</sup>.

Desse modo, se um contrato tem valor original de R\$100 milhões, os acréscimos podem chegar a R\$25 milhões, pois o limite legal de acréscimo é de 25% do valor inicial atualizado<sup>13</sup>.

Caso tenha havido um reajuste contratual antes de qualquer acréscimo, passando o valor original para R\$110 milhões, esta será a nova base de cálculo para calcular o limite de 25%. Considerando o valor

---

12 “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

13 Exceto quando se tratar de reformas de edifícios e equipamentos, hipótese em que o limite é de 50%. No restante do artigo, será tratado apenas do limite de 25%, embora o mesmo raciocínio possa ser aplicado para o limite de 50%. Em caso de sistema de registro de preços, o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, veda em seu art. 12, §1º, a realização de acréscimos à ata de registro de preços, embora seja possível realizar acréscimos nos contratos decorrentes dessa ata, conforme §3º desse mesmo art. 12 (nesse sentido: BRASIL, 2014, p. 57-58).

atualizado de R\$110 milhões, os acréscimos poderão chegar a R\$27,5 milhões (25% de R\$110 milhões).

Pode ocorrer, contudo, de já ter havido algum acréscimo antes do reajuste. Para exemplificar, supondo que o contrato com valor original de R\$100 milhões já tenha sofrido um acréscimo de R\$5 milhões e que, depois disso, tenha sofrido um reajuste de 10%, passando o valor original para R\$110 milhões. Nesse caso, o acréscimo que já ocorrera correspondia a 5% do valor original, de modo que restaria possível ainda um acréscimo de 20%. Daí, basta calcular 20% sobre o valor original atualizado, que é de R\$110 milhões, para se chegar ao limite de acréscimo restante. Nesse caso, ele equivaleria a R\$22 milhões.

Para supressões, o raciocínio é praticamente o mesmo. Porém, para elas, em princípio, não há tantas preocupações. Isso porque, se está em questão o controle da coisa pública, a relevância maior estará nas contratações direcionadas e/ou indevidamente sem licitação ou no prejuízo ao erário, por superfaturamento ou pagamentos de valores nitidamente discrepantes e maiores do os vigentes no mercado<sup>14</sup>.

Além disso, as supressões podem superar o limite de 25% do valor inicial atualizado, caso haja concordância do contratado, conforme autoriza o inciso II do § 2º do art. 65 da Lei de Licitações, autorização esta implicitamente admitida na nova Lei.

Por fim, é importante mencionar que também nos casos em que há repactuações, revisões e reequilíbrios, o novo valor contratual é que servirá como base de cálculo para apuração dos limites legais de acréscimos e supressões .

Por isso, abaixo se procurará analisar alguns exemplos práticos, com a intenção de abranger o maior número possível de hipóteses.

Por fim, é importante mencionar que também nos casos em que há repactuações, revisões e reequilíbrios, o novo valor contratual é que

---

14 Uma situação hipotética em que a supressão teria relevância seria aquela em que o administrador público, de má-fé, elabora um edital com um objeto propositalmente superdimensionado com o único intuito de afastar certos licitantes que não iriam conseguir executá-lo. Feito a licitação e firmado o contrato com determinada empresa, em razão de direcionamento proposital da licitação, é feita uma supressão para que o objeto fique do tamanho efetivamente adequado. Nessa situação, caso desde o início o objeto estivesse adequadamente dimensionado, outras empresas poderiam ter participado da licitação.

servirá como base de cálculo para apuração dos limites legais de acréscimos e supressões<sup>15</sup>.

### 3.2. Base de cálculo dos acréscimos e supressões no caso de serviços

Quando se tratar de um contrato de prestação de serviço, será necessário distinguir entre os contratos por escopo e os contratos por tempo determinado.

O fator principal de distinção entre ambos, na prática, parece estar relacionado com a permanência, continuidade ou repetição da necessidade pública a ser atendida, que faz com que o fato extintivo do contrato seja a entrega do objeto no caso do contrato por escopo e o término do prazo no segundo caso.

Exemplos são necessários. No caso da pintura de um prédio, normalmente, após encerrado o serviço, não é necessário que o prestador continue prestando o serviço, pois, em tese, a pintura se manterá adequada por tempo razoável, podendo chegar a anos. Da mesma forma e muita mais clara é a situação da construção de um prédio para servir de estabelecimento escolar. Terminado o prédio, não há necessidade de manter o contrato de construção, uma vez que, provavelmente, o prédio existirá por anos. Em ambos os exemplos, terminada a obra ou serviço, em regra, é mais prático encerrar o contrato, pagar o objeto executado e, no futuro, se houver nova necessidade, firmar novo contrato.

Hipótese diferente ocorre normalmente com serviço de limpeza de prédios públicos. Trata-se de serviço que, normalmente, necessita ser feito todos os dias. Nesse caso, terminado o serviço de limpeza no dia, é certo que o serviço será necessário novamente no dia seguinte. Percebe-se que não seria prático efetuar pagamentos e firmar novos contratos todos os dias. Como a necessidade perdura, a lei possibilitou firmar contrato com prazo mais dilatado e também permitiu a prorrogação desse prazo, sem prejuízo da possibilidade de efetuar pagamentos durante a execução do contrato. De todo modo, em regra, terminado o prazo, extingue-se o contrato.

---

15 “Em relação ao limite de 25 % para os acréscimos ou supressões que se fizerem nos contratos, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n.º 8.666/1993, transcritos abaixo, os reajustes de preços, por serem meras atualizações dos valores originalmente pactuados, não se submetem a esse limite. Da mesma forma, as revisões ou repactuações também não, porém somente aquelas que se destinem a assegurar a manutenção da identidade da equação econômico-financeira.” (BRASIL, 2010, p.716). No mesmo sentido: Justen Filho (2014, p.1045-1046); e Salvador (2013).

Com essa sumária exposição acerca da distinção entre contratos por escopo e contratos por prazo determinado, pode-se dizer que, para os primeiros, a base de cálculo do acréscimo será o valor inicial atualizado, que, como regra, corresponderá a todo o objeto a ser entregue. No exemplo da pintura, em princípio, o contrato poderia ser acrescido para pintura de outras partes, limitando o acréscimo a 25% do valor inicial. No caso da construção, seria possível, em tese, crescer mais algumas salas de aula, limitando o valor do acréscimo a 25% do valor total inicial da obra<sup>16</sup>.

Já nos contratos por prazo determinado, a solução será distinta. Em princípio, para os contratos cuja execução seja medida, paga e repetida mensalmente, será o valor da mensalidade que deverá ser considerado para fins de cálculo do limite de 25%. Assim, se um contrato de limpeza tem valor mensal inicial de R\$100 mil, poderia, em princípio, haver acréscimo de área a ser limpa equivalente até R\$25 mil por mês. Em determinados casos poderia haver necessidade de acréscimo de postos de trabalho, o que também poderia ser feito se respeitado o limite de 25% do valor mensal inicial do contrato. Dessa forma, mesmo que haja acréscimo de 25% em todos os meses, no final do prazo contratual não terá havido acréscimo superior a 25% do valor total inicial do contrato.

Pode ocorrer, contudo, de um contrato de prestação de serviço continuado, que tem valor inicial mensal de R\$100 mil e que tenha sido firmado por prazo de 12 meses, seja prestado por 11 meses sem nenhum acréscimo. Poderia nesse contrato, no último mês haver um acréscimo considerando como base de cálculo para o limite de 25% o valor total anual do contrato? Em princípio, sim. Obviamente que isso seria uma situação excepcional. Mas basta imaginar a hipótese em que, no último mês do contrato de limpeza do exemplo dado, por algum motivo, surja uma necessidade de crescer a área a ser limpa. Nesse caso, se respeitado o limite de 25% do valor inicial do contrato, a Lei estaria sendo respeitada. Com efeito: a) o serviço é o mesmo; b) não se desvirtuou sua natureza; c) o acréscimo quantitativo respeitou o limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato; d) o valor inicial atualizado do contrato é o valor anual e não o mensal; e) a necessidade surgiu durante a execução do contrato; f) deverá obviamente ser verificado se o valor do acréscimo é vantajoso em relação à alternativa de nova licitação, mas, se for vantajoso, a opção pelo

---

16 É importante salientar que o acréscimo no objeto nem sempre acarreta aumento proporcional no valor do contrato. Se há uma aquisição de bens, por exemplo, a probabilidade de aumento proporcional é maior, pois, em princípio, bastará multiplicar o número de itens acrescidos por seu valor unitário. Mesmo nesse exemplo, contudo, é possível que haja ganho de escala, de modo que os itens acrescidos tenham preço reduzido.

acrécimo será não apenas permitida, mas obrigatória, pois é dever do administrador tomar a melhor decisão para o interesse público.

Outro aspecto a ser mencionado é que, embora haja uma prerrogativa da Administração de efetuar acréscimos unilateralmente no contrato, ou seja, mesmo contra a vontade da contratada, não parece estar de acordo com o espírito da lei, nos casos de prestação de serviços contínuos, que o acréscimo ocorra de supetão concentrado em determinado período contratual, superando o percentual de 25% do valor mensal. No exemplo acima, em que o percentual de 25% calculado sobre o valor anual do contrato é concentrado no último mês de prestação do serviço, isso representaria um aumento de 300% em relação ao valor mensal do contrato. Assim, é conveniente que, caso haja previsão de que possa ocorrer uma tal necessidade de acréscimo, isso já seja previsto no edital. Caso não seja, não parece razoável punir uma empresa que não suporte tal acréscimo ou que não concorde em realizá-lo. Um limite razoável, por isso, caso não haja previsão no edital, seria o percentual de 25% sobre o valor mensal<sup>17</sup>. De todo modo, é bom ressaltar que alterações excepcionais como essa sempre deverão estar devidamente justificadas pela Administração.

Há, todavia, certas cautelas a serem adotadas para evitar que o limite de 25% do valor inicial do contrato não seja ultrapassado. Essas cautelas dizem respeito a administrar as projeções do acréscimo para períodos ainda não transcorridos do contrato, incluindo suas prorrogações. No exemplo dado acima, a execução iria entrar no último mês e não havia ocorrido nenhum acréscimo até então. Desse modo, foi possível perfeitamente calcular o valor limite do acréscimo a utilizá-lo no último mês. A situação mudaria, contudo, nos meses anteriores. Em se tratando, por exemplo, do primeiro mês, é recomendável que o acréscimo não ultrapasse 25% do valor mensal. Caso esse limite seja ultrapassado, deverá haver supressões em meses seguintes para que a despesa autorizada não seja ultrapassada, despesa essa que corresponde ao valor inicial atualizado do contrato. Apenas para esclarecer, se no mesmo contrato citado como exemplo, com valor mensal de R\$100 mil, for acrescido mais do que R\$25 mil já no primeiro mês, o valor do total do contrato acabará sofrendo acréscimo superior a 25% do total anual original. Se, por exemplo, no primeiro mês, houver acréscimo de R\$30 mil, a mensalidade passará para R\$130 mil. Ao final de dozes meses, a despesa alcançaria R\$1,56 milhões. Como o valor original anual era de R\$1,2 milhões, o acréscimo aqui chegou a 30%.

17 Para Joel de Menezes Niebuhr, o limite de acréscimo em casos de serviços contínuos seria de 25% sobre o valor mensal inicial (2011, p. 843-844).

O espírito da lei, de todo modo, autoriza o administrador a gastar determinada quantia (valor inicial atualizado do contrato), acrescido de até 25% (25% do total autorizado), sendo que toda a despesa autorizada deve ser empregada conforme as necessidades da administração durante o período do contrato. Se concentrar os gastos nos primeiros meses, deverá gastar menos depois, de modo que ao final seja respeitado o limite legal. Qualquer restrição além dessa, além de amarrar a Administração, pode prejudicar o interesse público e não encontra respaldo legal<sup>18</sup>.

Quanto à possibilidade de acréscimo que, embora dentro do limite de 25% anual, exceda o percentual de 25% em relação ao valor do mês, vale frisar que, em primeiro lugar, importa o interesse público a ser satisfeito. Não havendo má-fé, estando a despesa autorizada e respeitado o limite de 25% em relação a essa despesa, não haveria problemas. Aliás, se houver remanejamento dos serviços a serem prestados, de modo a

---

18 A esse propósito, cabem algumas palavras sobre o princípio da legalidade. No senso comum se diz que esse princípio orienta o administrador a fazer apenas o que a lei autoriza e que isso diferenciaria o regime público do particular, onde tudo o que não fosse proibido seria permitido. Essa noção somente se sustenta na teoria. Na prática, sabe-se que a lei, na maior parte das vezes, confere ao administrador apenas uma autorização orçamentária genérica, ou seja, há uma verba autorizada com destinação genérica para sua aplicação. Não existe, por exemplo, uma norma específica que autorize expressamente um administrador público a comprar canetas. Haverá uma autorização de despesas de custeio para manutenção de determinado programa. Nem poderia ser diferente. Se a lei chegasse a esses detalhes, ela já estaria desatualizada ou inapropriada no dia seguinte de sua aprovação, pois as necessidades mudam com o tempo. Daí, entre a opção de dar carta branca ao administrador e de lhe restringir a ação com tais detalhes, optou-se por uma autorização genérica, que serve de diretriz para a concretização de políticas públicas. Outro aspecto para desmentir o senso comum diz respeito ao fato de que mesmo nas pessoas jurídicas privadas não é verdade que o administrador pode fazer qualquer coisa que não for proibida. Os administradores estarão vinculados aos estatutos da companhia e à política determinada pelos acionistas ou por seus representantes. A margem de ação pode até ser mais ampla para o administrador no âmbito privado, mas isso por conta da natureza do parâmetro do controle lá existente. Na esfera privada o controle é mais objetivo, pois se mede pelo lucro gerado. Mesmo as medidas de compliance, a preocupação com as normas vigentes, com a imagem e reputação da empresa são meios de garantir o fim último da obtenção do lucro. No fim, é isso o que buscam os acionistas. No âmbito público, é muito mais complexo medir e eleger os critérios e medir os resultados. Os políticos sofrem pressão de toda esfera do eleitorado, composto pelos mais variados e conflitantes interesses. Qual interesse deve prevalecer e qual será usado para medir os resultados? Mesmo que uma lei seja aprovada e determine ao gestor público determinada política pública, os eleitores contrários a essa lei ficarão satisfeitos justamente se a política pública não for implementada. E pode ocorrer que a maioria do eleitorado seja contrária à medida, ainda que seus representantes no legislativo a tenham aprovado, algo bem provável de ocorrer quando se tem ciência de que não é apenas a opinião pública que conta. Há o aspecto do poder econômico, a pressão de outros entes internacionais etc. A única unanimidade que parece haver no eleitorado é o interesse em pagar menos tributos, obviamente recebendo o máximo de serviços públicos de qualidade. No fim das contas, percebe-se que ganhar mais lucro no caso dos acionistas na esfera privada e pagar menos tributos no caso da esfera pública acabam tendo de certa forma o mesmo resultado prático: maior acréscimo ou manutenção da riqueza, que é o motor do sistema capitalista. Cf., a propósito, Sarai (2014, p. 13-119).

ampliar a prestação nos meses iniciais e reduzir os meses finais, poderá eventualmente nem configurar acréscimo, caso não seja ultrapassado o valor inicial anual do contrato.

Questão mais controversa seria considerar também os valores de eventuais prorrogações como base de cálculo do acréscimo. É que, embora possível em tese, essa possibilidade esbarraria em algumas circunstâncias complicadoras que diferenciam essa hipótese daquela em que a o remanejamento do serviço ou os acréscimos ocorrem durante a vigência anual do contrato.

Diferente é a situação em que o contrato já é firmado desde o início com prazo de sessenta meses. Isso ocorre em hipóteses em que há alta probabilidade de o serviço ser necessário durante todo o período. Uma cautela para tais hipóteses será anualmente verificar a manutenção da vantagem da contratação. Será exigida a autorização anual da despesa, além de seu enquadramento na lei de diretrizes orçamentárias e no plano plurianual. De todo modo, nesse caso, é mais provável que não haja problemas em considerar como base de cálculo para os acréscimos de 25% o valor do contrato projetado para os sessenta meses<sup>19</sup>.

Já nos contratos de prestação de serviços continuados, firmados por prazo de doze meses, caso se ultrapasse o limite de 25% em relação ao valor da despesa anual, por tomar como base de cálculo o valor projetado para sessenta meses em razão das possíveis prorrogações, haverá chances maiores de haver desrespeito ao limite legal de acréscimo caso as prorrogações não se concretizem.

### **3.3. Acréscimos de itens de objetos contratuais compostos**

Supondo que houvesse um contrato para adquirir 100 cadeiras ao custo unitário de R\$1.000,00 cada, e 50 mesas ao custo unitário de R\$1.200,00 cada uma. Supondo também que essa aquisição fosse feita por item, isto é, que não houvesse necessidade de padronização e que pudessem fornecedores diferentes ser contratados para fornecer cada item, como ficariam os limites de alterações quantitativas?

Antes de mais nada, a situação do contrato e a estimativa dos valores totais ficariam assim:

---

19 No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, 2014, p.1049.

Tabela 1: Exemplo de objeto composto com itens independentes

Item	Quantidade	Preço unitário	Preço total	Limite de 25%
Cadeira	100	R\$1.000,00	R\$100.000,00	R\$25.000,00
Mesa	50	R\$1.200,00	R\$60.000,00	R\$15.000,00
		Total	R\$160.000,00	R\$40.000,00

Fonte: Tabela elaborada pelo autor

Diante dessa situação, o acréscimo de cadeiras que pode ser feito deve respeitar o limite de R\$25.000,00 ou o limite de R\$40.000,00? O acréscimo de mesas deve respeitar o limite de R\$15.000,00 ou o limite de R\$40.000,00? Ou seja, o limite é relativo ao próprio item ou ao total do contrato?

No exemplo dado, cada item deveria respeitar seu próprio valor total, ante a autonomia do item e do contrato. Ainda que o mesmo fornecedor seja contratado para fornecer ambos os itens, esse fato será uma coincidência, um acidente.

É nessa linha que o Tribunal de Contas da União afirma que “serão proporcionais aos itens, etapas ou parcelas os acréscimos ou supressões de quantitativos que se fizerem necessários nos contratos.” (BRASIL, 2010, p. 804)

Embora os aumentos sejam proporcionais, isso não significa que a compra de mesas leve necessariamente à compra de cadeiras.

Ainda tratando das hipóteses de acréscimos em contratos com objetos compostos, há casos em que, embora os itens possam ser desmontados ou desmembrados, há certa interligação entre eles, retirando sua autonomia.

Nesses casos, a possibilidade de alteração contratual perderia grande parte de sua utilidade se sua incidência permitisse apenas aumentos limitados a 25% do valor total de cada item separadamente.

Basta imaginar, por exemplo, conjuntos modulares formados por uma mesa e quatro cadeiras fixas. O objeto é composto, pois é possível haver mesas e cadeiras separadas. Mas, nesse exemplo específico, por necessidade do órgão contratante, preferiu-se aquisição de conjuntos em que as cadeiras fiquem fixadas às mesas. Há certa interdependência, pois essas cadeiras, embora possam ser desafixadas da mesa, não podem



ser utilizadas sem estar fixadas. Ou seja, as mesas têm utilidade sem as cadeiras, mas, em princípio, não o contrário.

O argumento da proporcionalidade não se aplicaria, em primeiro lugar, porque poderia surgir a necessidade de comprar apenas cadeiras adicionais e não mesas. Se levado o argumento da proporcionalidade ao extremo, a Administração seria obrigada adquirir itens de que não necessitasse. Apenas para exemplificar, basta imaginar a situação em que ocorre a compra das 100 cadeiras e das 50 mesas e, por algum infortúnio, 10 das cadeiras se quebram por culpa da Administração. A solução seria comprar outras 10 para repor as danificadas. Não seria razoável impor a compra de um número proporcional de mesas.

Esse exemplo ainda é conservador, pois, ao comprar as 10 cadeiras adicionais, apenas faz retornar a situação ao estado planejado de 100 cadeiras e 50 mesas. Mas poderia ocorrer de haver a necessidade de comprar cadeiras adicionais sem que outras tenham sido danificadas, embora em nosso exemplo isso seria difícil, pois se trata de cadeiras que não podem ser utilizadas em estarem fixadas às mesas.

Esses conjuntos integrados de mesas e cadeiras podem eventualmente, em razão de modificação no espaço onde estão instalados, necessitar serem alterados. Imagine-se que algumas mesas com suas quatro cadeiras acopladas precisem ser removidas para perto de uma parede e que não caibam mais duas das cadeiras de cada conjunto. Por outro lado, essa mudança no espaço acarreta a possibilidade de instalar outras 30 mesas, mas apenas com duas cadeiras cada.

No exemplo dado, embora cada conjunto de mesa com quatro cadeiras componha um único móvel, é possível a remoção e aquisição separada de mesas e cadeiras. Não se vê, nesse caso, a necessidade de se respeitar a proporcionalidade entre o número de cadeiras e de mesas.

Enfim, nesse caso, o limite de 25% se aplica ao conjunto como um todo e não aos itens isoladamente, ou melhor, os acréscimos deverão observar o limite de 25% do valor inicial atualizado. Ou seja, aquelas 30 mesas adicionais que agora cabem no novo espaço somente poderão ser adquiridas se custarem até 25% do valor inicial atualizado do objeto como um todo.

Cabe aqui mencionar que nem sempre é possível dividir o objeto e cabe reiterar que nem sempre o aumento do objeto acarreta um aumento

proporcional no preço. Às vezes, um aumento no objeto pode fazer com que o preço do acréscimo seja menor proporcionalmente se comparado com o preço dos itens do objeto original, em razão do ganho de escala.

Quando o preço da parte acrescida não estiver previsto na proposta, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, prevê que o preço será fixado por acordo entre as partes<sup>20</sup>. A nova lei, prevê em seu art. 127, que os preços desses itens novos “serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei.”

### 3.4. COMPENSAÇÕES ENTRE ACRÉSCIMOS E DECRÉSCIMOS

Em relação a esse tema, há um entendimento vigente no Tribunal de Contas da União (TCU) de que não é permitida a compensação entre acréscimos e decréscimos<sup>21</sup>.

Há doutrinador que, ao interpretar a posição do TCU, sustenta que se houver um contrato com valor inicial de R\$100 mil e for efetuada uma redução, por exemplo, de R\$25 mil, passando para R\$75 mil, a Administração continuaria podendo fazer acréscimos de apenas 25% do valor inicial, ou seja, 25% de R\$100 mil. Nesse exemplo, o contrato que passou para R\$ 75 mil somente poderia voltar para R\$100 mil, uma vez que o acréscimo do contrato poderia chegar no máximo a R\$25 mil. Caso ultrapassasse R\$100 mil, estaria ocorrendo uma compensação indevida<sup>22</sup>.

---

20 “Art. 65 ... § 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.”

21 A título ilustrativo, o Enunciado do Acórdão 2554/2017 do Pleno: “Como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, os acréscimos ou supressões nos montantes dos contratos firmados pelos órgãos e entidades da Administração Pública devem ser considerados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre acréscimos e supressões.” (Relator Ministro-Substituto André de Carvalho, Boletim de Jurisprudência 199/2017). No mesmo sentido o Acórdão 1536/2016 Plenário (Consulta, Relator Ministro Bruno Dantas) e o Acórdão 1498/2015 Plenário (Auditoria, Relator Ministro Benjamin Zymler). “a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de entender, como regra geral, para atendimento dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/1993, que os acréscimos ou supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser realizados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores. Nesse sentido, podemos citar os Acórdãos: 1.733/2009, 749/2010, 2.059/2013, 2157/2013, 2.064/2014 e 1.498/2015, todos do TCU-Plenário e 4.499/2016-TCU-2ª Câmara.” (Acórdão 1536/2016-Pleno)

22 Nesse sentido, por exemplo: NIEBUHR, 2011, p. 833-834.

Esse entendimento não parece ser adequado para todos os casos. Ao que tudo indica, a posição do TCU objetiva evitar o desvirtuamento do objeto licitado, principalmente quando são acrescidos itens estranhos para substituir itens suprimidos, chegando até mesmo a alterar a natureza do objeto e muitas vezes trazendo prejuízos ao erário, quando o que é acrescido tem preço desvantajoso em relação aos itens que foram suprimidos<sup>23</sup>. Exemplificando com números, suponha-se que há um contrato com valor inicial atualizado de R\$100 milhões e que houve supressão de R\$25 milhões de determinado item e acréscimo de R\$25 milhões de outro item, que é novo. Caso sejam compensados os valores de acréscimos e decréscimos, haveria um saldo de zero, de modo que, em tese, poder-se-ia ainda crescer mais R\$25 milhões, que é o valor correspondente a 25% do valor inicial. Essa situação tem grande probabilidade de se enquadrar na vedação de compensações acima exposta.

Situação diferente ocorre quando se trata de um único objeto simples, em que sua quantidade se altera para cima e para baixo ou vice-versa. Nesse caso, pode-se dizer que, de certa forma, é permitida a compensação, desde que o valor final da contratação, após acréscimos e decréscimos não ultrapasse o percentual de 25% do valor inicial atualizado. Para exemplificar, basta imaginar uma compra em que há previsão de aquisição de 100 cadeiras, cujo valor total inicial é de R\$200 mil e cujo valor unitário de cada cadeira é R\$2 mil. Nessa situação, poderia haver supressão unilateral de até 25 cadeiras<sup>24</sup>. Feitas as supressões, seria possível no mesmo contrato crescer todas as cadeiras suprimidas e, além disso, fazer novos acréscimos, desde que o valor final da contratação não superasse R\$250 mil. Isso porque, nessa situação, não há desvirtuamento do objeto. Mais do que isso, 25 cadeiras acrescidas apenas fizerem o objeto voltar aos moldes iniciais

23 “Verifico que a alteração do valor inicial do contrato em virtude do expurgo do serviço em duplicidade tem relevância para as possíveis alterações contratuais futuras, que, dessa forma, estarão limitadas a 21% do valor inicial corrigido. Entendo que a tese por trás desse procedimento, a de que o limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 previsto para as alterações contratuais aplica-se sobre o valor inicial livre das supressões de serviços efetuadas, merece todo o prestígio por parte desta Corte de Contas.

Com efeito, em primeiro lugar, a tese tem inteira procedência lógica, uma vez que as supressões de serviços têm o valor de trazer o objeto do contrato às suas reais dimensão física e expressão monetária, parecendo-me evidente que a norma limitadora não poderia ter em mente o objeto indevidamente inflado com serviços tidos como desnecessários. Nota-se, em segundo lugar, que, não raro, as supressões têm sido processadas com o visível intuito de abrir espaço para a inclusão de outros serviços, o que não deixa de ser uma forma de burlar a legislação. Tanto é verdade que somente assim poder-se-ia encontrar alguma racionalidade em certas exclusões observadas em outras obras, como, por exemplo, a de um viaduto, ou da parte de iluminação de travessias urbanas e outros elementos de evidente utilidade para os empreendimentos objetivados.” (Acórdão nº 2206/2006, citado no Acórdão nº 749/2010 –Pleno)

24 Caso a contratada concordasse, seria possível, em tese, reduzir ainda mais.

previstos no edital. Além disso, desde a licitação, todos os participantes sabiam que se tratava de uma contratação de 100 cadeiras e que, portanto, seria possível, desde o princípio, eventual acréscimo de 25 cadeiras além dessas 100 previstas no edital. Essa é uma hipótese que pode decorrer, por exemplo, de contenções orçamentárias com posterior liberação de verbas ou por outros fatos que alteram as necessidades da Administração durante a execução do contrato. Enfim, esse exemplo não parecer estar abarcado pelo entendimento vigente no Tribunal de Contas da União.

Aliás, o TCU possui Acórdão recente que parece confirmar a posição aqui sustentada:

9.2. com fundamento no art. 1º, inciso XVII e § 2º, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que o restabelecimento total ou parcial de quantitativo de item anteriormente suprimido por aditivo contratual, com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/1993, por causa de restrições orçamentárias, desde que observadas as mesmas condições e preços iniciais pactuados, não configura a compensação vedada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, consubstanciada nos Acórdãos 1.536/2016-TCU-Plenário, rel. Bruno Dantas, e 2.554/2017-TCU-Plenário, rel. André de Carvalho, visto que o objeto licitado ficou inalterado, sendo possível, portanto, além do restabelecimento, novos acréscimos sobre o valor original do contrato, observado o limite estabelecido no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/1993 (TCU, Plenário, Acórdão 66/2021)

Muitas vezes, o que pode ocorrer, é que a necessidade de acréscimo é superior ao percentual de 25% do valor inicial atualizado. Talvez até por isso alguns administradores tenham buscado sustentar o entendimento de que seria possível fazer a compensação.

Contudo, em primeiro lugar, segundo a Decisão nº 215/1999 do Plenário do Tribunal de Contas da União TCU, embora não seja possível a compensação, há casos excepcionais em que se admite extrapolar o limite de 25%, se se tratar de alteração qualitativa.

Mas o que fazer quando não é esse o caso?

A solução será contratar a parte faltante, ou seja, um novo contrato e não um aditivo (JUSTEN FILHO, 2014, p.1051; 1053-1054.). Para esse novo contrato, deverá o administrador instruir o processo com todos os elementos possíveis para demonstrar qual a melhor solução

para satisfação da necessidade da Administração. Eventualmente, uma nova licitação será necessária. Outras vezes, somente o contratado atual poderá satisfazer a demanda, hipótese em que haveria uma contratação direta por inexigibilidade de licitação. Em outras situações, se presentes as hipóteses legais, também será possível, em tese, uma contratação com dispensa de licitação.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os contratos administrativos são meros instrumentos para consecução dos objetivos maiores da Administração Pública consubstanciados na prestação de serviços públicos em sentido amplo e, em última análise, para concretização dos objetivos constitucionais.

As alterações contratuais quantitativas destinam-se a resolver imprevistos surgidos após o planejamento da contratação. Mas mesmo para tais imprevistos, há limites impostos pela legislação voltados a impedir abusos.

Os acréscimos e supressões podem ser efetuados unilateralmente pela Administração e estão limitados a 25% do valor inicial atualizado do contrato, podendo chegar a 50% em caso de reforma de edifício ou equipamento.

No caso de contrato de prestação de serviço contínuo, caracterizado como contrato por prazo determinado, a base de cálculo do acréscimo é, em regra, o valor autorizado da despesa para todo o período contratual. Os acréscimos, contudo, não necessitam ser distribuídos uniformemente durante a execução do contrato, desde que, somados, não ultrapassem aquele limite.

No caso de objetos compostos, os acréscimos e supressões para itens autônomos devem ter como base de cálculo o valor total do próprio item. Já no caso de itens inter-relacionados ou no de objetos indivisíveis, poderá ser usado o valor total do contrato como base, sempre, contudo, cuidando para que a natureza do objeto não seja desvirtuada.

O limite de acréscimos e decréscimos quantitativos deve ser calculado sobre o valor inicial atualizado do contrato, não sendo permitida a compensação entre eles. Contudo, tratando-se do mesmo item que tenha sido suprimido e acrescido, será possível essa compensação.

Se desde a antiguidade já se sabia não ser possível abarcar na norma todos os casos concretos, não poderia o presente artigo ter tal pretensão.

A intenção foi tratar de questões mais comuns e traçar diretrizes para uma adequada tomada de decisão.

Nos tempos hodiernos, os juristas não podem mais se restringir a dizer que determinada medida do administrador público não é permitida pelo Direito. É necessário que busquem soluções jurídicas para satisfação do intento do gestor público, quando tal intento estiver de acordo com o interesse público insculpido nas normas jurídicas que o vinculam.

As soluções devem ser dadas com certo grau de certeza e segurança jurídica, para que a Administração possa caminhar.

Um grande problema da atualidade é a insegurança decorrente das variadas interpretações jurídicas das normas<sup>25</sup>. Como pode um administrador público decidir tranquilamente se seu ato pode vir a ser questionado no futuro? Mesmo quando segue determinada orientação dos órgãos de controle, o que dizer das situações em que há alteração do entendimento dos órgãos de controle? Parte destes problemas pode ser sanada com as inovações no Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que reconhecem a dificuldade real do gestor e restringem sua responsabilidade aos casos de dolo ou erro grosseiro.

Uma sugestão para trazer mais segurança seria mudar o sistema de controle, talvez com implantação de um controle prévio definitivo realizado por um órgão independente, como o próprio TCU ou outro institucionalmente incumbido de tal mister (SARAI & OSÓRIO, 2016).

Até lá, espera-se que as orientações do texto possam de alguma forma contribuir, inclusive para suscitar novas questões.

---

25 A título de comprovação da assertiva, eis trecho do Acórdão nº 2005/2016 do Pleno do TCU: “No que respeita ao alcance do Acórdão 749/2010 Plenário, registrou o relator que o Acórdão 3.105/2013 Plenário consignara expressamente, em seu subitem 9.2.1, que “é juridicamente viável a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos contratos referentes a obras de infraestrutura celebrados antes do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010 - Plenário por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes.” Ou seja, para tentar minorar os problemas ligados à segurança jurídica por conta da alteração de posicionamento, foi utilizado como critério um limite temporal até quando seriam possíveis compensações entre acréscimos e decréscimos. Depois disso, seria outro o entendimento prevalente. Mas a Corte parte do princípio de que todos os órgãos públicos sujeitos a seu controle tomarão conhecimento dessa mudança de posicionamento.

**REFERÊNCIAS**

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BRASIL, *Controladoria-Geral da União*, Secretaria Federal de Controle Interno. Sistema de registro de preços: perguntas e respostas. Brasília: CGU, 2014, Disponível em: <https://www.ufpe.br/documents/38954/733299/CGU-Sist-Reg-Precos-2014.pdf/dde3f99f-1b76-48ea-a111-29193b43c093> Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4.ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16.ed. São Paulo: RT, 2014.

NIEBUHR, J. de M. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SALVADOR, J. L. Repactuação. Não incidência do limite de 25% estabelecido no §1º do art. 65 da Lei 8.666/93. Base de cálculo para acréscimo do objeto contratual. Valor original do contrato atualizado e revisto. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 31 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44990>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

SARAI, L. Regime jurídico dos contratos administrativos. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 255, 19 mar. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4968>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

SARAI, L. *Crise financeira e medidas prudenciais: a experiência brasileira*. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014, p. 13-119.

SARAI, L.; OSÓRIO, C. W. *Reflexões sobre o modelo de controle exercido pelo Tribunal de Contas nos contratos administrativos: enfoque da consultoria jurídica*. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano. 32, n. 1, p. 7-16, jan. 2016.





RECEBIDO EM: 24/06/2020

APROVADO EM: 02/12/2020

# **COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: ACESSO À INFORMAÇÃO VS. PRIVACIDADE ATRAVÉS DO CASO "CARTA DE MÁRIO DE ANDRADE"**

***FUNDAMENTAL RIGHTS COLLISION: ACCESS TO  
INFORMATION VS. PRIVACY THROUGH THE CASE  
"LETTER OF MÁRIO DE ANDRADE"***

*Levi Hulse*

*Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC,  
Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professor na Universidade do Alto  
Vale do Rio do Peixe - UNIARP no curso de Direito, cursos EAD, professor na  
pós-graduação latu senso, professor titular no Mestrados em Desenvolvimento e  
Sociedade PPGDS-UNIARP e professor titular no Mestrado em Educação Básica  
PPGEB-UNIARP.*

*Ricardo José Feiten*

*Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro  
Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Especialista em Gestão Pública  
Municipal pela Universidade do Estado de Santa Catarina - UDESC (2018). servidor  
público no Ministério Público Federal.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Direito Fundamental de Acesso à Informação Pública; 2. Direito Fundamental à Privacidade; 3. A Teoria Externa das Restrições e a Resolução Casuística dos Conflitos de Direitos Fundamentais; 4. A Colisão Acesso à Informação vs. Privacidade no Caso “Carta de Mário de Andrade”; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Esta pesquisa objetiva analisar a colisão dos direitos fundamentais de acesso à informação e da privacidade, partindo da premissa de que não há como se dar uma solução abstrata e prévia, só podendo ser resolvida em um caso concreto. É através da análise do caso da “Carta de Mário de Andrade” que a pesquisa buscará demonstrar como um direito fundamental preponderará em relação ao outro, dada a realidade fática apresentada. Utiliza-se da teoria externa das restrições de direitos fundamentais, exposta por Alexy, para isso. Acesso à informação pública e privacidade são valores consagrados pela Constituição Cidadã e, *prima facie*, devem ser realizados na maior medida possível, porém não são direitos absolutos. A realidade fática de cada caso concreto poderá restringir a realidade jurídica, demandando uma análise de proporcionalidade - método de solução do conflito, que analisará a dimensão do peso de cada direito fundamental. No caso em análise o interesse público e o caráter histórico do documento afastaram a alegação de privacidade, dando-se acesso integral à informação demandada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Informação. Privacidade. Colisão de Direitos Fundamentais. Mário de Andrade. Teoria Externa. Alexy. Proporcionalidade.

**ABSTRACT:** This research aims to analyze the collision of fundamental rights of access to information and privacy, based on the premise that there is no way to give an abstract and prior solution, which can only be resolved in a specific case. It is through the analysis of the case of the “Carta de Mário de Andrade” that the research will seek to demonstrate how a fundamental right will prevail over the other, given the factual reality presented. It uses the external theory of fundamental rights restrictions, exposed by Alexy, for this. Access to public information and privacy are values enshrined in the Citizen Constitution and, *prima facie*, must be carried out to the greatest extent possible, but they are not absolute rights. The factual reality of each specific case may restrict the legal reality, demanding an analysis of proportionality - a method of resolving the conflict, which will analyze the dimension of the weight

of each fundamental right. In the case under analysis, the public interest and the historical character of the document dismissed the privacy claim, giving full access to the information demanded.

**KEYWORDS:** Access to Information. Privacy. Collision of Fundamental Rights. Mário de Andrade. External Theory. Alexy. Proportionality.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Cidadã consagrou relevante direito para o exercício da cidadania e para o fortalecimento da democracia, o direito fundamental de acesso à informação pública - um direito com fins não só em si mesmo, servindo de instrumento para a defesa das demais previsões fundamentais. É através do acesso à informação que o cidadão poderá saber o que se produz em seu nome, participando da res pública.

Da mesma forma, prevê a Constituição que a privacidade será respeitada e tutelada. Trata-se do direito de “estar só”, de recolher-se em sua esfera de intimidade e tê-la respeitada. Esse direito encontra cada vez mais desafios frente à Sociedade da Informação, em que as noções de espaço e tempo foram relativizadas pelo uso das Tecnologias da Informação. Mesmo em tempos de superexposição nas redes sociais, há a necessidade de observá-la e preservá-la.

Os dois direitos destacados podem apresentar, *prima facie*, uma tensão em que, dada uma realidade fática específica, venham a colidir. Deve o acesso à informação preponderar? Deve a privacidade ser respeitada e o acesso negado?

A solução parece não vir pronta em uma norma abstrata, frente a impossibilidade de se prever todas as possibilidades fáticas pelo Direito. E, considera-se nesta pesquisa, não virá do ordenamento, mas da atuação do intérprete, eis que a tensão não ocorrerá na dimensão da validade, mas do peso, isto é, não havendo direitos absolutos, deverá um preponderar, no caso concreto, sem a declaração de invalidade do outro. Trabalha-se, portanto, com os direitos fundamentais como princípios, isto é, como mandamentos de otimização em que se busca a sua realização na maior medida possível<sup>1</sup>.

---

1 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

Assim, objetiva-se nesta pesquisa analisar a colisão dos direitos fundamentais de acesso à informação e da privacidade, partindo da premissa de que não há como se dar uma solução abstrata e prévia, só podendo ser resolvida em um caso concreto. O caso escolhido para análise foi a “Carta de Mário de Andrade”, documento que nasce da manifestação particular do escritor brasileiro Mário de Andrade, endereçada a Manuel Bandeira, outro grande nome da literatura nacional. O documento foi doado à Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB) após a morte do recebedor, incorporando-se ao arquivo público daquela instituição.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa e exploratória que busca compreender a temática dos direitos de acesso à informação e do direito à privacidade, utilizando-se da metodologia do estudo de caso para apresentar a aplicabilidade dos temas. Os dados foram coletados através de pesquisa bibliográfica e, no caso específico do caso em análise, através do processo administrativo instaurado no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU).

## 1. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

O fenômeno da informação importa ao Direito, enquanto fato jurídico, em diversas perspectivas, cada uma delas configurando um conjunto de direitos fundamentais que, reunidos, dão forma à disciplina jurídica denominada Direito da Informação<sup>2</sup>. Há, portanto, um “direito humano ao saber”, produto da “democratização das relações de poder”, resultado das “liberdades públicas conquistadas no processo civilizatório” (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 12).

A liberdade será o primeiro dos valores consagrados pelo constitucionalismo ocidental do século XVIII, fato que requer uma abstenção de interferência do Estado<sup>3</sup>. Essa atuação negativa estatal

---

2 Direito da Informação é o “[...] resultado das interações socioculturais que no decorrer da história formataram a comunicação social, sendo produzidas por um conjunto de mandamentos sociais, políticos e morais que resultaram em um conjunto de normas jurídicas regulatórias e disciplinadoras daquelas relações (portanto, de um direito à informação). Por conseguinte, esse é um segmento jurídico do Direito decorrente do que poderíamos chamar de direito das ‘relações informativas’, de tal sorte que o assim chamado ‘direito da informação’ abarca tanto a liberdade de informação, quanto os direitos à informação, incluindo o direito de acesso à informação em face dos órgãos estatais”. (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 14).

3 Para Paulo Bonavides “os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao estado, traduzem-se como facultades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico” (2016, p. 578). Ainda com este autor, a quarta dimensão, mais recente, seria decorrência da globalização e abarcaria os direitos à democracia direta, o direito à

deixará espaço para o livre desenvolvimento (autodeterminação) das aptidões humanas, como na liberdade de expressão e manifestação, essencial para se falar em liberdade de informação – pois não há como construí-la sem a expressão, eis que esta é a exteriorização da consciência humana<sup>4</sup>. A liberdade de manifestação exerce uma função de cláusula geral em nosso sistema constitucional, preenchendo seu conteúdo com a expressão religiosa, artística, liberdade de reunião, ensino e pesquisa, comunicação social e da própria liberdade de informação (SARLET; MOLINARO, 2014). É significativa a previsão de direitos<sup>5</sup> relacionados à liberdade de manifestação dentro do catálogo de direitos fundamentais de nosso texto constitucional<sup>6</sup>, sem deixar de considerar outros decorrentes da cláusula de abertura prevista no §2º do Artigo 5º.

As perspectivas pelas quais o Direito regula a informação correspondem ao i) direito de informar, ii) ao direito de se informar e iii) ao direito de ser informado (SARLET; MOLINARO, 2014), sendo que estas se complementam.

O direito de informar se traduz em uma prerrogativa assegurada pela Constituição de transmitir informações de forma livre. Trata-se da liberdade de informação, decorrência direta da liberdade de expressão, etapa inicial e necessária para se falar em direito à informação e direito de acesso à informação, pois sem exteriorização não há campo de atuação possível ao Direito – daí José Afonso da Silva (2013, p. 243) chamá-la de “liberdade primária”. A previsão constitucional está no Art. 5º, incisos IV e IX e no Art. 220:

Art. 5º [..]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[..]

---

informação e o direito ao pluralismo (BONAVIDES, 2016). Sobre as “gerações de direitos” ver VASAK, Karel. As dimensões internacionais dos direitos do homem: manual destinado ao ensino dos direitos do homem nas universidades. Lisboa: UNESCO, 1983.

- 4 A Suprema Corte da Índia reconheceu, em 1982, que o direito de acesso às informações públicas era decorrência do direito fundamental de liberdade de opinião e expressão, em função da ausência de uma legislação específica (CEPIK, 2000).
- 5 Art. 5º, incisos IV, XII, XIV, XXXIII, LX, LXXII; Art. 37, §3º, II; Art. 93, IX; Art. 216, §2º; Art. 220.
- 6 Para Claudia Maria de Freitas Chagas, “Trata-se de natural reação a mais de duas décadas de ditadura militar (1964-1985), quando houve violenta supressão de tais direitos, com a institucionalização da censura e da total falta de transparência do Estado” (2019, p. 36).

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (BRASIL, 1988, não p.).

Em primeiro plano, trata-se da “dimensão individual do direito” (SARLET; MOLINARO, 2016, p. 13), que objetiva a livre expressão e comunicação sem prévia necessidade de autorização<sup>7</sup>, eis que a censura está vedada<sup>8</sup> - para José Américo Martins da Costa (2019), essa permissibilidade dá à liberdade de informação o status de garantia constitucional, decorrência do próprio regime democrático. Muito caro aos jornalistas, apresenta-se como um instrumento de fortalecimento da democracia, pois permite uma pluralidade de ideias em circulação pela sociedade, permitindo a formação de opinião pública e consciência coletiva, essencial para o controle social - no que se pode falar em uma dimensão coletiva, reforçada pelas próximas previsões.

Lembra José Afonso da Silva (2013, p. 246) que com a liberdade de manifestação (direito de informar) há também a opção de não manifestar o pensamento, “recolhendo-o na esfera íntima do indivíduo”, ou seja, de não informar, mantendo em segredo uma informação - opção que valerá ao indivíduo, jamais ao Estado, pela impossibilidade de alegação de esfera de intimidade, o que não afasta as hipóteses de sigilo temporário.

O direito de se informar está diretamente ligado ao direito de informar e pressupõe a possibilidade de buscar informações. É o direito à informação. A previsão é do Art. 5º, XIV:

Art. 5º [...]

[...]

---

7 “Não cabe ao Estado, por qualquer de seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas” STF: ADI 4.451-MC-REF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 02/09/2010, Plenário, DJE de 24/08/2012; ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/04/2009, Plenário, DJE de 06/11/2009.

8 Art. 220, “§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (BRASIL, 1988, não p.).

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988, não p.).

Trata-se de acesso à informação genérico, compreendendo todos os tipos de informações, como a informação estatal ou a informação jornalística - daí a importância do resguardo do sigilo da fonte, condição essencial para a concretização do direito de informar, em nítida complementação com o disposto anterior. Resguardar o sigilo da fonte, entretanto, não significa segredo, pois há um dever ético do profissional da imprensa em divulgar a informação, uma vez conhecida.

Por fim, o direito de ser informado prevê o recebimento de informações pelo indivíduo, o que pressupõe um dever de informar de outro lado. Trata-se da “versão positiva do direito de se informar”, de estar “adequadamente e verdadeiramente informado” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 189). Compreende-se tanto a informação de modo geral, difundida pelos meios de comunicação, quanto pelo Estado, quando a informação for pública. Conforme leciona Rafael Valim (VALIM, 2015, p. 36), “no interior do aludido direito à informação, contudo, foi se delineando um direito com contornos ainda mais específicos, qual seja, o direito de acesso à informação pública”.

A previsão de acesso à informação pública é do Art. 5º, XXXIII:

Art. 5º [..]

[..]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988, não p.).

Nota-se a amplitude das informações que são acessíveis ao público, desde informações particulares, que só digam respeito à própria pessoa do demandante, até informações de interesse geral, ou seja, em que não há necessidade de vinculação do indivíduo à causa, bastando que haja um interesse coletivo, isto é, que a informação seja pública. Nesse sentido que Fabiano Angélico (2012) lembra que o direito não possui um interesse apenas em si, mas atua também como instrumento para a promoção de

outros direitos que interessam à coletividade, como os sociais, à defesa de direitos humanos, além de importante mecanismo contra a corrupção.

A consolidação da sociedade da informação trouxe novos contornos aos direitos de se informar e de ser informado, mais especificamente em sua acepção negativa, isto é, de não se informar e de não ser informado. A inversão lógica é decorrência da gigantesca quantidade de informações à disposição do indivíduo, fruto de uma relativização da noção de espaço e tempo que as tecnologias da informação proporcionaram. Assim, hoje se fala em direito ao esquecimento<sup>9</sup> - exclusão de informações de uma pessoa que estão disponíveis à coletividade - e em direito a não informação<sup>10</sup> - direito da pessoa não ter sua órbita informacional acrescida de novos elementos. Tais acepções da liberdade de informação correspondem à autodeterminação informativa do indivíduo.

Essa passagem do campo da liberdade (abstenção estatal) para a esfera jurídica (direito subjetivo) - “passagem do modal político da liberdade de informação para o modal jurídico do direito à informação” -, foi um “extraordinário avanço democrático”, pois permitirá a identificação do objeto do direito de modo preciso, alterando a visão “novecentista” da informação, que devia respeito à privacidade, à moral e a segurança de Estado, para a função pública que ela exerce, “autêntico direito-dever” (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 16). “Daí porque a liberdade de informação deixara de ser mera função individual para tornar-se função social” (SILVA, 2013, p. 263).

O “direito humano ao saber” (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 12), relativo ao acesso à informação pública percorre, portanto, um caminho que se inicia na liberdade de expressão, que possibilita a liberdade de informação, juridicamente assegurada com o direito à informação, que se desdobra na perspectiva de um direito a ser informado, que quando relativa à coisa pública revelará o direito fundamental de acesso à informação pública. Há, portanto, “um processo histórico de autonomização do direito de acesso à informação pública” (VALIM, 2015, p. 37).

---

9 Sobre o tema ver SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Arthur M. Ferreira. O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

10 Sobre o tema ver BOTTEON, Lissandra Christine. O Direito de Não-Saber do Paciente Justificado no Princípio da Razoabilidade: Informação na Medida da Vontade do Paciente in: Biodireito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Monica Neves Aguiar da Silva, Wilson Engelmann, José Sebastião de Oliveira – Florianópolis: FUNJAB, 2013. ISBN: 978-85-7840-180-1. Pgs. 418-439.



É com a exposição dessas perspectivas que se propõe demonstrar que “O direito à informação não se confunde com o direito de acesso à informação” (SARLET; MOLINARO, 2014, p. 19). E no direito de acesso à informação há, ainda, a separação entre a informação pública e a não pública. Observa Martins (2015) que o direito é de acesso, ou seja, o Estado deve dar publicidade ou atender à pedidos de informação que digam respeito a informações que possui, diferentemente de um direito à informação, mais amplo.

É precisamente na perspectiva do direito de ser informado, relativo ao recebimento e acesso a informações públicas que esta pesquisa se concentra. O caráter público da informação é o elemento determinante, portanto. Assim, estabelece-se o objeto do direito de acesso à informação pública: *prima facie*, toda informação de interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral produzida ou custodiada pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes. Toda ação ou omissão que inviabilize o acesso às informações será tratado como restrição ao direito fundamental, exigindo, portanto, respeito à proporcionalidade e fundamentação coerente com o sistema.

## 2. DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

A privacidade está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana, sendo preocupação histórica das culturas hebraica, grega, chinesa e romana, inclusive com referências bíblicas de proteção (DA COSTA, 2019), consistindo no “direito a estar só” - *right to be let alone* (SCHEMKEL, 2015).

Decorrência da condição humana, há um âmbito particular em cada indivíduo, isto é, por “[...] ser dotado de razão, vontade e consciência, cada pessoa constitui um microcosmo particular, no âmbito do qual desenvolve seus talentos, opiniões e convicções no qual faz surgir, maturar e firmar suas decisões pessoais” - a privacidade, esfera de liberdade íntima da pessoa. Essa esfera de liberdade privada pode se exteriorizar, sem que se torne ato público, se assim desejar o indivíduo. Entre intimidade e privacidade há uma distinção, acolhida inclusive pelo texto constitucional:

Enquanto a primeira diz respeito àquilo tudo que é gestado ocultamente no íntimo da psique humana e que num primeiro momento permanece oculto aos demais, a segunda diz respeito àquilo que, desse íntimo, é de alguma forma exteriorizado, mas que o sujeito deseja que não seja de conhecimento público, mas apenas seu ou de quem entenda conveniente (MAICHAKI, 2018, p. 138).

Os atos humanos são preparados ou elaborados na intimidade e, uma vez elaborados, permanecem no interior ou aparecem externamente, segundo forem atos internos ou externos. A preparação do ato humano e aqueles atos humanos que permanecem dentro de nós, sendo apenas internos, pertencem à intimidade. Alguns atos externos, aqueles que a própria natureza reserva ou a pessoa quer reservar e pode reservar para si, por não prejudicarem terceiros, pertencem à privacidade (ALONSO, 2005, p. 18 apud MAICHAKI, 2018, p. 138).

Para os antigos, não haveria a necessidade de se proteger a privacidade, pois a vida se dava em público, sendo que na Roma antiga começa a surgir um espaço de privacidade, um “resíduo daquilo que uma pessoa poderia fazer sem atentar contra seus deveres e funções públicas” (SCHEMKEL, 2015, não p.).

Mas é com o surgimento da propriedade que José Américo da Costa (2019, p. 76), pautado na doutrina de Antonio Enrique Pérez Luño, considera como marco inicial para se falar em direito à privacidade, “pois somente possuidores e proprietários poderiam praticar atos sem a observação de terceiros, servindo a propriedade de barreira contra intromissões alheias”.

Com o surgimento da burguesia e seu fortalecimento no século XVII, surgem na Inglaterra as primeiras ideias jurídicas sobre privacidade, através do princípio da inviolabilidade de domicílio - *man’s house is his castle* -, que delimitaria o espaço privado frente ao Estado (DA COSTA, 2019). A propriedade assume o referencial da esfera de privacidade, posto como privilégio e não como direito, eis que somente os proprietários poderiam invocá-la.

Com as revoluções burguesas do século XVIII e a consolidação do Estado Liberal, apoiada na doutrina de Stuart Mill, a privacidade e intimidade ganham corpo para proteger não somente a propriedade, mas “as circunstâncias concernentes à vida do indivíduo, suas ideologias, escolhas e pensamentos que somente a ele diziam respeito” (DA COSTA, 2019, p. 77).

Com a publicação do artigo “*Right to Privacy*”, em 1890, na *Harvard Law Review*, por Samuel Warren e Louis Brandeis, o tema ganharia centralidade nos debates jurídicos<sup>11</sup> - a publicação foi motivada pela revelação

---

11 A doutrina seria utilizada em julgados, aproveitando-se a expressão “right to be let alone” cunhada no artigo com referência ao Juiz Thomaz McIntyre Cooley (DA COSTA, 2019). “Essa sua formulação

de “aspectos enrubescedores da festa de casamento de sua filha [Samuel Warren], divulgados nos jornais de Boston da época” (SCHEMKEL, 2015, não p.). O artigo era uma denúncia de como a fotografia e os jornais invadiam os domínios da vida privada, levando-os ao conhecimento público – um primeiro contorno do direito à privacidade no *common law* – transladava-se a privacidade como princípio correlato à propriedade para a proteção da personalidade (DA COSTA, 2019).

Reafirma-se, assim, que o direito à privacidade surgiu de uma concepção burguesa, como instrumento útil para defesa da propriedade, e evoluiu até o reconhecimento de um direito próprio, dotado de autonomia, tendente a tutelar os pensamentos, as emoções e as sensações dos indivíduos, ou seja, aspectos ligados à vida privada e a intimidade do ser humano. Sobressaía na proteção à privacidade a essência de direito negativo, com a abstenção do Estado no campo privado individual para a sua garantia (DA COSTA, 2019, p. 78).

No artigo de Warren e Brandeis, além da previsão do direito à privacidade, seus limites foram traçados: i) o direito à privacidade não proibiria a publicação de interesse público ou geral; ii) o direito não proíbe uma publicação, embora de matéria privada, quando em circunstâncias que tornam a comunicação privilegiada, conforme a lei de calúnia e difamação; iii) a reparação não se torna exigível se a comunicação foi verbal que não cause danos; iv) o consentimento do afeto exclui a violação do direito; v) a alegação de veracidade pelo agressor não exclui a violação da privacidade; vi) a ausência do dolo não exclui a violação do direito (DA COSTA, 2019). Nota-se que muito do que foi trabalhado no artigo perdura até hoje nos sistemas jurídicos.

Para Celso Lafer (2003, p. 108), “[...] o direito do indivíduo de estar só é a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada”. Assim, o limite entre público e privado está na medida do que é compartilhado e do que é resguardado à esfera de intimidade.

A privacidade evoluiu e se tornou um direito humano a ser tutelado pelos Estados. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a ONU reconhece em seu artigo XII que:

---

doutrinária transcendeu o tempo e ainda hoje esse artigo é considerado uma das mais influentes contribuições científicas legais já publicadas” (SCHEMKEL, 2015, não p.).

“Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques” (ONU, 1948, p. 8).

Partindo para a análise de nosso sistema jurídico, encontramos no rol de direitos fundamentais do Artigo 5º da Constituição disposição de que: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988, não p.). Nota-se que há uma distinção entre intimidade e vida privada (privacidade) pelo constituinte originário, o que ser entendido como a adoção da expressão vida privada em seu sentido estrito, conforme o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior considera a intimidade como um âmbito mais exclusivo da vida privada (*apud* SHEMKEL, 2015).

Outras previsões constitucionais se relacionam, em maior ou menor medida, com a privacidade, como a proteção da imagem (inciso V), a inviolabilidade de domicílio e da comunicação (inciso XI e XII), a liberdade de pensamento (inciso IV), entre outros.

Além do tratamento de direito fundamental pela ordem constitucional, o ramo privatista trata a privacidade como direito da personalidade, revelando proteção específica também pelo Código Civil, que dispõe: “Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002, não p.).

### **3. A TEORIA EXTERNA DAS RESTRIÇÕES E A RESOLUÇÃO CASUÍSTICA DOS CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Acerca da restrição de direitos fundamentais, duas coisas devem existir, o direito e a sua restrição - há, então, o direito em si, não restringido e o direito restringido, o que resta do direito após a restrição (ALEXY, 2017). Essa é a concepção da teoria externa das intervenções. Em contraponto, a teoria interna sustentará que há apenas uma coisa, o direito com um determinado conteúdo - não haveria assim restrição ao direito fundamental, mas limites, imanentes ao próprio contorno do direito (ALEXY, 2017). Para Alexy, a opção por uma teoria ou outra dependerá da concepção de norma de direito fundamental - “se se parte de posições definitivas, então, a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então, é a teoria interna que o pode ser” (ALEXY, 2017, p. 278).

Esta pesquisa se filia à teoria externa das restrições, pois aceita posições *prima facie* que poderão sofrer intervenções de fora do conteúdo abstratamente previsto a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto, que terá sua resolução através da regra da proporcionalidade - mecanismo possível apenas através da teoria externa, pois as restrições não terão influência no conteúdo do direito, mas no seu exercício (ALEXY, 2017).

Alexy alerta que restrições a direitos fundamentais são normas que irão restringir posições *prima facie* e, assim como toda norma, só poderá operar se for compatível com a Constituição - sendo inconstitucional a norma pode até ser uma intervenção a direitos fundamentais, mas não com a característica de restrição (ALEXY, 2017).

Com base nas disposições constitucionais duas espécies de restrições podem ser destacadas: I) restrições diretamente constitucionais; e II) restrições indiretamente constitucionais. Essa classificação leva em consideração que “como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas” (ALEXY, 2017, p. 286).

Assim, a teoria externa utiliza o caso concreto para estabelecer a ponderação entre direitos fundamentais em conflito e se um restringirá o exercício do outro. Não há como criar uma previsão prévia e abstrata de qual direito deve preponderar, pois as variáveis são infinitas.

#### **4. A COLISÃO ACESSO À INFORMAÇÃO VS. PRIVACIDADE NO CASO “CARTA DE MÁRIO DE ANDRADE”**

O caso escolhido para análise concreta da colisão de direitos fundamentais evidencia como o acesso à informação e a privacidade podem se tensionar em um Estado Democrático de Direito, só sendo possível a solução através de um caso concreto, ou seja, não há como se estabelecer uma “regra” anterior aos fatos que determine uma solução pronta, eis que a realidade fática irá conduzir a solução.

As informações do caso concreto foram colhidas através da íntegra do Procedimento 01590.000162/2015-01 da Controladoria-Geral da União (CGU)<sup>12</sup>.

---

12 Acessível através da url [http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/01590000162201501\\_CGU.pdf](http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/01590000162201501_CGU.pdf)

O caso se refere ao pedido de acesso à informação realizado em 13 de fevereiro de 2015 à Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB) que, entre outros, solicitava acesso a uma carta constante do acervo arquivístico de Manuel Bandeira, enviada a este escritor por Mário de Andrade e datada de 7 de abril de 1928. Apesar de estar omitida a origem da solicitação, sabe-se que partiu de um jornalista da *Época*<sup>13</sup>. O acesso à carta seria relevante para noticiar a opção sexual de Mário de Andrade, que nunca foi confirmada, sendo o documento a evidência concreta de sua homossexualidade<sup>14</sup>.

Em resposta, a FCRB negou acesso ao documento, pois sua consulta dependeria de “autorização dos respectivos herdeiros”, indicando-lhes para que fosse solicitada a autorização de acesso.

Em recurso à autoridade superior da FCRB o solicitante alega que:

A referida documentação foi doada a uma instituição pública, com objetivo de estar acessível aos pesquisadores. Na ocasião da doação foi estipulado que alguns documentos, por seu caráter privado, deveriam ficar reservados por 30 anos. O prazo da abertura era 2015, conforme consta no catálogo do acervo de Manuel Bandeira, assim como no banco de dados eletrônicos da fundação. Portanto o material deve estar acessível a partir deste ano. Cabe aos herdeiros a decisão sobre uma eventual publicação destes documentos e a cobrança dos direitos autorais relativos. O simples acesso, no entanto, não depende de autorização expressa destes herdeiros, uma vez que a doação foi feita em caráter irrevogável e com a ciência de que o material estaria acessível à pesquisa (BRASIL, 2015, p. 22-23).

A decisão da autoridade superior foi de manter negado o acesso à carta, consultando os herdeiros quanto ao acesso ao documento com base no que dispõe a Lei de Acesso à Informação (LAI) quanto ao “respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais” (BRASIL, 2015, p. 23).

Novamente o solicitante recorre, agora à autoridade máxima do órgão, com base nos mesmos argumentos do primeiro recurso. Da mesma forma a autoridade máxima responde com os mesmos argumentos, de que estaria consultando os herdeiros acerca do acesso ou não ao documento.

13 Evidência em <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/correspondencia-secreta-de-mario-de-andrade.html>

14 A carta já era parcialmente conhecida, com diversas supressões, através do livro “Cartas de Mário de Andrade a Manuel Bandeira”, de 1958, lançado pela Editora Simões (CHAGAS, 2019).

Em novo recurso, previsto na sistemática recursal da LAI, o solicitante recorre à CGU. Novamente o solicitante argumenta que “que não cabe aos herdeiros definir o que deve ou não estar acessível ao pesquisador. A referida documentação foi doada a uma instituição pública, com objetivo de ficar aberta à consulta [...]” e que a “[...] instituição não pode postergar indefinidamente esta restrição, já que no próprio ato de doação ou aquisição do acervo foi estipulado o prazo específico da reserva” (BRASIL, 2015, p. 26).

A CGU solicita informações à FCRB a fim de subsidiar a decisão. Em resposta, a FCRB alega que a carta solicitada “é produção intelectual do poeta, sendo necessário a obediência da Lei de Direitos Autorais. Como o poeta faleceu em 1945, a liberação está prevista para 2.016” (BRASIL, 2015, p. 27). Reforça a demandada que a carta já teria sido parcialmente reproduzida, com a supressão de nomes e assuntos, sendo que a divulgação

[...] por meio da imprensa sensacionalista, poderão [...] causar graves problemas para o trabalho sério que vem sendo desenvolvido por instituições que tratam os arquivos privados, bem como causar desavenças na relação de confiança estabelecida durante anos com os depositários de arquivos na FCRB. Poderão ocorrer danos morais aos herdeiros de Mário de Andrade (BRASIL, 2015, p. 28).

A decisão da CGU é pelo provimento do recurso, dando acesso à carta ao solicitante. Em argumentação, aponta a CGU que “os direitos autorais não devem impedir o desenvolvimento cultural e social” e que a Lei de Direitos Autorais não considera ofensa aos direitos autorais a simples reprodução, “Não parece, portanto, que a mera consulta aos documentos custodiados pela Fundação Casa de Rui Barbosa possa ser impedida sob a justificativa de violação de direitos autorais” (CGU, 2015, p. 214-215). Quanto ao dever do Estado de resguardar as informações pessoais, a CGU lembra que o consentimento expresso para o acesso é afastado quanto “à proteção do interesse público e geral preponderante” - LAI, Art. 31, §3º, V (BRASIL, 2015). Portanto, a manifestação da Controladoria é de que o caso é hipótese em que o direito à privacidade cede espaço ao interesse geral da informação.

Em importante passagem, que será reproduzida, a CGU se posiciona pelo respeito à máxima divulgação, princípio que orienta a execução da LAI - a publicidade é a regra e o sigilo a exceção. Não se pode negar acesso com base em eventual dano, que pode não ocorrer e, ocorrendo, há formas de recomposição previstas no ordenamento jurídico.

Vale registrar que, embora exista um pacto de privacidade entre o autor e o destinatário, os dois faleceram, de modo que o exercício dos direitos de privacidade passa a assistir aos cônjuges, companheiros, descendentes ou ascendentes dos poetas, nos moldes do parágrafo único do art. 55 do Dec. nº 7.724/2012. Nesse contexto, caso algum legitimado se sinta lesionado nos seus direitos, em razão da eventual publicação de estudo ou obra nas quais são citadas informações coletadas nos documentos objeto do pedido de acesso, poderá acionar o Judiciário e buscar as reparações possíveis. Mas a análise acerca de eventuais danos morais que decorram da publicidade dos documentos deve ser, necessariamente, posterior à publicidade, sob pena de se configurar injustificável censura (BRASIL, 2015, p. 219).

Após a decisão e o acesso à carta, o documento foi publicado através do portal da *Época*, revelando a sua íntegra<sup>15</sup>. Posteriormente a decisão da CGU seria utilizada pelo próprio órgão como prática que ajudou na visibilidade da realidade LGBTI+ no Brasil<sup>16</sup>.

O caso em análise demonstrou que o acesso à informação está em uma posição superior frente ao direito à privacidade, em função do interesse público do documento em questão.

A análise de proporcionalidade evidencia o caráter público do documento, dados seus personagens, escritores de renome nacional, afastando o sigilo da informação pautado na privacidade.

Não se está falando de um documento qualquer, de um indivíduo desconhecido do grande público, mas de uma peça histórica que, mesmo de conteúdo íntimo, deixa de fazer parte apenas da esfera individual para ganhar caráter público, de interesse geral.

Vale lembrar, como faz Chagas (2019), que sem a LAI não haveria como se discutir o acesso da forma como foi possível no caso em análise pela via administrativa. Eis um dos grandes trunfos trazidos pela Lei de Acesso, seu procedimento e seu sistema recursal, que possibilita a análise do caso por diversas instâncias e autoridades. Lembra ainda a autora, que não será de uma hora para outra que nos livraremos de uma “cultura do segredo”, em que as estruturas são desenhadas para

15 Pode ser acessada através de <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2015/06/exclusivo-carta-em-que-mario-de-andrade-fala-de-sua-homossexualidade.html>.

16 Ver através de <https://ouvidorias.gov.br/noticias/2018/relembre-o-caso-mario-de-andrade-no-mes-em-que-se-celebra-a-diversidade>.



a proteção de suas informações e o afastamento do cidadão. Não será apenas pela lei que iremos sair do segredo à transparência, mas através da prática, da realização de pedidos de informação e a argumentação, como foi feita no caso em análise.

Nenhum direito é absoluto e, conforme lembra Chagas (2019), há outras situações em que a ordem jurídica admite a invasão da intimidade e da privacidade, como na quebra do sigilo bancário, fiscal e das comunicações, em que se busca outro valor a ser concretizado.

Por fim, a informação da orientação sexual do autor pode ser de grande valia para um grupo de pessoas como instrumento de luta pelo reconhecimento de seus direitos e contra o preconceito. A informação é transindividual, portanto, saindo da esfera de uma só pessoa para ser informação de uma coletividade.

Entretanto, vale lembrar que a situação fática apresentada revelou o acesso à informação como preponderante frente à privacidade. Em outro caso pode não ser da mesma forma, o que inviabiliza a adoção de uma norma abstrata rígida para a solução de casos em que dois direitos fundamentais estão em colisão.

## **CONCLUSÃO**

Trabalhou-se nesta pesquisa com a colisão de direitos fundamentais, especificamente do direito de acesso à informação pública e do direito à privacidade.

Após uma breve fundamentação acerca de cada um dos direitos em análise, abordou-se o caso da “Carta de Mário de Andrade” como forma de situação concreta.

A exposição e análise do caso possibilitou verificar que, diante da situação fática apresentada, o interesse público preponderou frente à privacidade. O acesso à carta foi possível em função das características do documento, uma carta com valor histórico e interesse coletivo, dado os personagens envolvidos, escritores nacionais de grande importância.

O argumento da instituição custodiadora do documento foi que haveria a necessidade de autorização dos herdeiros dos envolvidos, respeitando-se a legislação de direitos autorais. Em decisão simbólica a CGU não conheceu desse argumento e alegou que não haveria dano pelo

simples acesso ao documento e, se ocorre, haveria instrumento hábil a repará-lo.

Destaca-se que o procedimento e o sistema recursal da LAI foi preponderante para instrumentalizar o acesso à informação pelo solicitante, que viu seus argumentos acolhidos por instância superior. Um dos argumentos de maior peso utilizado pelo solicitante foi o de que não poderia haver um sigilo eterno nas indefinidas postergações da instituição em conceder o acesso ao documento.

Fala-se em peso, pois o caso foi resolvido administrativamente através da desta dimensão e não pela dimensão da validade, ou seja, não é que a privacidade foi invalidada, o que ocorreu foi a preponderância do acesso diante das circunstâncias fáticas e da natureza do documento no caso em concreto - maleabilidade correspondente aos direitos fundamentais quando considerados como princípios.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

ALONSO, Félix Ruiz. *Pessoa, intimidade e o direito à privacidade*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MONTEIRO JUNIOR, Antonio Jorge, (coordenadores). *Direito à privacidade*. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 11-35.

ANGÉLICO, Fabiano. *Lei de acesso à informação pública e seus possíveis desdobramentos para a accountability democrática no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. 31ª. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). *Parecer no processo 01590.000162/2015-01*. 2015. Disponível em: [http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/01590000162201501\\_CGU.pdf](http://buscaprecedentes.cgu.gov.br/busca/dados/Precedente/01590000162201501_CGU.pdf). Acesso em: mar. 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CEPIK, Marco. *Direito à informação: situação legal e desafios*. Informática pública, v. 2, n. 2, p. 43-56, 2000.

CHAGAS, Claudia Maria de Freitas. *O dilema entre o acesso à informação e a intimidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DA COSTA, José Américo Martins. *Direitos Fundamentais: um déficit de legitimidade do STF no conflito entre a Privacidade e o Acesso à Informação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LAFER, Celso apud AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). *Jornada de Direito Civil*. Brasília: CJF, 2003.

MAICHAKI, Marcos Rodrigo. Herança Digital: o precedente alemão e os direitos fundamentais à intimidade e privacidade. *Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, pp. 136-155, jul./dez. 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Restrições ao Acesso à Informação in Acesso à informação pública / Rafael Valim ; Antonio Carlos Malheiros; Josephina Bacariça (in memoriam) Coordenadores; prefácio Celso Antônio Bandeira de Mello; apresentação Marcus Vinicius Furtado Coêlho*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: mar. 2020.

SARLET, I. W.; MOLINARO, C. A. *Direito à Informação e Direito de Acesso à Informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*. *Revista da Agu*, v. 13, n. 42, 31 dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SHEMKEL, Rodrigo Zasso. *Violação do direito à privacidade pelos bancos de dados informatizados*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 812, 23 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7309/violacao-do-direito-a-privacidade-pelos-bancos-de-dados-informatizados>. Acesso em: 10 mar. 2020.

VALIM, Rafael. *O Direito Fundamental de Acesso à Informação Pública* in: Acesso à informação pública / Rafael Valim ; Antonio Carlos Malheiros; Josephina Bacariça (in memoriam) Coordenadores; prefácio Celso Antônio Bandeira de Mello; apresentação Marcus Vinicius Furtado Coêlho. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RECEBIDO EM: 04/07/2019

APROVADO EM: 18/11/2019

# O NOVO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA

*THE NEW CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA*

*Mozart Leite de Oliveira Junior*

*Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração e em Direito Ambiental Nacional e Internacional. Procurador Federal*

**SUMÁRIO:** Considerações Iniciais; 2. Evolução Histórica do Constitucionalismo no Brasil e na América Latina; 3. Os Ciclos de Reformas Constitucionais na América Latina; 4. O Bem Viver “SUMAK KAWSAY, SUMAJ KAMAÑA” e o Direito da Mãe Terra “PACHAMA”; 5. Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** Este artigo destina-se a analisar a evolução constitucional por que passaram os Países da América Latina no período de redemocratização após longos períodos de ditaduras e o surgimento de um Novo Constitucionalismo Latino-Americano com as Constituições do Equador e da Bolívia com a retomada dos saberes ancestrais dos Povos Indígenas catalisadores do giro biocêntrico provocado pela adoção do Sumak Kawsay e Pachamama. Homem e natureza passam a integrar o mesmo sistema. Busca-se a proteção da natureza em si mesma pela manutenção das bases naturais da vida, com vistas a garantir a durabilidade e a dignidade da vida em todas as suas formas, que não se restringe a dimensão humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Evolução. Ciclos. Novo Constitucionalismo. Giro. Biocêntrico

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the constitutional evolution undergone by the Latin American countries in the period of redemocratization after long periods of dictatorships and the emergence of a New Latin American Constitutionalism with the Constitutions of Ecuador and Bolivia with the resumption of knowledge ancestors of the Indigenous Peoples catalyzing the biocentric shift caused by the adoption of Sumak Kawsay and Pachamama. Man and nature are part of the same system. The protection of nature in itself is sought for the maintenance of the natural bases of life, with a view to guaranteeing the durability and dignity of life in all its forms, which is not restricted to the human dimension.

**KEYWORDS:** Evolution. Cycles. New Constitutionalism. Turn. Biocentric

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

É possível observar nas duas últimas décadas do século XX e na primeira década do século XXI o surgimento de novas constituições nos países da América Latina, tanto em decorrência do término de longos períodos de ditadura militar, como instrumento de reconstrução da democracia e do próprio estado de direito.

Partindo-se da premissa de que uma Constituição deve resultar das ideologias, das lutas de classes vigentes em determinado país num determinado momento histórico o modelo a ser adotado por consequência será o seu reflexo.

A Constituição é o documento fundante de um estado democrático de direito. Seguindo as influências iluministas decorrentes da Revolução Francesa associa-se a ideia de Constituição com a limitação do poder político. Assim, segundo o modelo clássico, na Constituição definem-se a estruturação, divisão e limites do poder estatal; as regras de cidadania e nacionalidade; direitos políticos; formas de ascensão ao poder, bem como a existência de catálogos de direitos. Brasil e Argentina partiram para adoção de um modelo neoliberal de inspiração europeia. Outros como Venezuela, Equador e Bolívia romperam com o modelo neoliberal e a partir da necessidade de compor a organização estatal e social com vistas a assegurar direitos a todos os seus cidadãos, inclusive as minorias, como decorrência de novas demandas políticas e sociais adotaram o que resultou no que a doutrina denominou o Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

É preciso alertar que não existe uniformidade entre os autores quanto à nomenclatura desta nova ideologia constitucional. Além da expressão Novo Constitucionalismo Latino-Americano, podemos citar: Constitucionalismo Mestiço, Constitucionalismo Andino, Constitucionalismo Pluralista Intercultural, Neoconstitucionalismo Transformador, Constitucionalismo Pluralista, Constitucionalismo Experimental ou Transformador e ainda Constitucionalismo da Diversidade.

O presente trabalho tem por objetivo estabelecer os contornos deste novo movimento constitucional que recolocou os direitos da natureza como protagonista no cenário constitucional, inaugurando uma nova forma de o homem relacionar-se com a natureza.

## **2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA**

O Brasil, antes da vinda da família real em 1808, não passava de um amontoado de regiões mais ou menos autônomas, sem comércio ou

qualquer outra forma de relacionamento, que tinham como pontos de referência o idioma português e a Coroa portuguesa sediada em Lisboa (GOMES, 2007, p.120). A população do Brasil neste período apresentava um contingente de pouco mais de três milhões de habitantes, sendo que oitocentos mil eram de indígenas e um a cada três habitantes eram escravos.

Com a chegada da família real e ao longo dos treze anos que se seguiram o Brasil passou por imensas transformações. Precisava-se de tudo: estradas, escolas, moeda, comércio, imprensa, biblioteca, hospitais, comunicações eficientes, arte e etc. Nos anos seguintes, com o deslocamento da sede da coroa portuguesa para o Brasil desenvolveu-se o ensino superior com a criação das escolas superiores de Medicina, Análises Clínicas, Técnicas Agrícolas, Engenharia Civil e Mineração, estas duas últimas no âmbito da Academia Real Militar, como também a criação Supremo Conselho Militar, Erário régio, o Conselho da Fazenda, o Corpo da Guarda Real, Biblioteca Nacional, o Museu Nacional, Jardim Botânico e o Real Teatro São João, dentre tantas realizações com a vinda da família real.

Em termos de estruturação jurídica, as Ordenações Portuguesas vigoraram por um período que vai do Brasil-Colônia, passando pela Monarquia até alguns anos após o advento da República, como por exemplo, a matéria relacionada ao direito civil, que veio a ser definida com o código civil de 1916.

Tornou-se célebre a frase de D. João VI à D. Pedro ante a eminência da independência: “Pedro, se o Brasil se separar, antes que seja para ti, que me há de respeitar, que para algum desses aventureiros” (Lima Apud Gomes, 2007, p.319). Veio à independência sem que tenha sido ocasionada por uma revolução entre o então príncipe herdeiro da Coroa Portuguesa e o Rei de Portugal. Com ela foi outorgada a Constituição de 1824, que pelas razões históricas antes mencionadas não representou um rompimento com o modelo colonizador.

A Constituição de 1824 influenciada pelo modelo econômico liberal inglês e inspirado no modelo iluminista francês adotou o regime monárquico, imperial, monista com o reconhecimento de apenas um sistema jurídico vigente dentro de um Estado e uma lei geral para todos os cidadãos, ao contrário do pluralismo jurídico que significava o reconhecimento de mais de um sistema jurídico vigente, coexistindo ao mesmo espaço geopolítico.

A Constituição Republicana de 1891 foi influenciada pela ideologia liberal individualista. Era o texto da Constituição americana complementado pela Constituição da Suíça e Argentina (Anais da Constituinte Apud SILVA,



1997, p.80). Não apresentava mecanismos de participação popular e das massas rurais, urbanos e outras minorias. Pelo contrário fortaleceu as oligarquias rurais através do chamado coronelismo que garantiam pela força a eleição dos deputados, senadores e governadores. Estes impunham o Presidente da República.

A Constituição Mexicana de 1917 reconheceu a existência de sujeitos coletivos e direitos sociais com a ampliação das bases de cidadania, bem como possibilitou o reconhecimento do direito dos indígenas à terra. Tal Constituição juntamente com a de Weimar acabou por influenciar a Constituição Brasileira de 1934 com a inclusão de direitos sociais e econômicos e a inclusão de um novo pensamento em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, ressaltando o aspecto social. Observa-se, então, o surgimento de direitos sociais e econômicos bem como o direito a representação classista.

As Constituições de 1937, 1967, 1969 foram conhecidas como as constituições autoritárias que juntamente com a Constituição de 1946 – representaram um constitucionalismo formal, de matriz não democrática em razão do período de turbulência política e ascensão dos militares ao poder com a imposição da ditadura.

A Constituição brasileira de 1988, conhecida como a Constituição cidadã, elenca em seu texto uma gama de novos direitos, como os coletivos e difusos, dentre os quais os direitos da criança e do adolescente; do idoso como também o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; bem como o direito conferido aos indígenas à sua organização social.

Também previu nossa constituição como um dos fundamentos do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana. Para que se possa alcançar uma vida digna e com qualidade foi reconhecido o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado impondo um dever solidário entre todos os cidadãos e o poder público de preservar e protegê-lo para às presentes e futuras gerações. A proteção ao meio ambiente, entretanto, deve ser conciliada com os ditames do desenvolvimento econômico. Embora a Constituição Federal brasileira de 1988 tenha representado um grande avanço em matéria de direitos fundamentais, também foi cunhada pela ideologia liberal com alguns instrumentos de participação popular. Seguiu o parâmetro eurocêntrico e antropocêntrico de proteção da natureza que se destina a servir ao homem, não como um direito de titularidade própria de valor intrínseco demonstrando que a proteção a natureza ainda é atrelada a uma finalidade utilitarista. (TOLENTINO; OLIVEIRA, 2015, p.315)

Por outro lado, os demais países da América Latina, dentre os quais a Venezuela, Equador e Bolívia, também passaram de uma situação de colônia da Coroa Espanhola a países independentes, antecedidas por períodos lutas, seguidas da adoção de um modelo constitucional liberal-europeu. Salienta-se, contudo, que o mito do desenvolvimento resultou na aculturação dos povos autóctones seguida também da escravidão, tanto negra como indígena. Tal opressão perpetrada por uma elite formada por uma oligarquia conservadora acabou por forjar o próprio sistema jurídico destes países, a fim de se manterem no poder de forma ditatorial.

WOLKMER estabelece uma crítica ao constitucionalismo clássico:

Na prática as instituições jurídicas são marcadas por controle centralizado e burocrático do poder oficial; formas de democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e as ausências históricas das grandes massas camponesas e populares. Poucas vezes na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político-colonizador reproduzira, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos. (WOLKMER, 2013, p.20)

Mas estas massas de ausentes, compostos em sua maioria por indígenas e oprimidos no final do Século XX e início do Século XXI foram os responsáveis pelos movimentos sociais que buscaram romper com o modelo vigente, tanto de exclusão política, dada a ausência de participação popular nas decisões; como sociais, relativamente aos recursos naturais, como as guerras do gás e água na Bolívia; e ainda culturais transformadoras para aceitação de um estado plurinacional. Para compreensão do tema é necessário analisar os diversos ciclos constitucionais que ocorreram na América Latina. Tais movimentos sociais refundaram em seus países suas democracias, pautados por novos valores como a preservação da natureza e o seu correlato reconhecimento como fonte de vida; a sustentabilidade como fonte inclusão tanto social como natural, servindo de norte na gestão de políticas públicas dentre as quais a gestão ambiental com viés inclusivo das minorias na referida gestão ambiental e o respeito às tradições dos povos indígenas e a diversidade.

As mudanças provocadas por este constitucionalismo na América Latina ao mesmo tempo que moderniza o constitucionalismo até então vivido, rompe com o modelo anteriormente adotado. A evolução para

este novo constitucionalismo pretende atender as necessidades reais da sociedade não supridas pelo modelo anterior. Nas palavras de DALMAU:

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. (DALMAU,2009 p. 268)

Passa-se a seguir a análise dos ciclos deste Constitucionalismo Latino-Americano.

### 3. OS CICLOS DE REFORMAS CONSTITUCIONAIS NA AMÉRICA LATINA

De acordo com FAJARDO (2011, p.141) as principais reformas constitucionais na América–Latina podem ser compreendidas em três ciclos. O primeiro ciclo denominado Constitucionalismo Multicultural de 1982 a 1988. Esse ciclo é marcado pelo surgimento do multiculturalismo e novas demandas indígenas. Nesse ciclo foram introduzidos: o conceito de diversidade cultural; o reconhecimento de uma sociedade multicultural e multilíngue; o direito individual e coletivo a identidade cultural e alguns direitos indígenas.

Durante esse ciclo foi promulgada a Constituição Federal do Brasil de 1988, que previu em seu texto mecanismos de maior participação popular, direitos coletivos e difusos como a proteção ao meio ambiente e reconhecimento das comunidades indígenas. Além da Constituição Brasileira, inclui-se nesse período a constituição do Canadá, que reconheceu a sua origem multicultural com o reconhecimento de direitos aos aborígenes; a constituição da Guatemala que reconheceu sua origem multiétnica, multicultural e multilíngue com o reconhecimento de direitos específicos para grupos étnicos e direitos indígenas; e ainda a constituição da Nicarágua que também reconheceu sua origem multicultural. Não obstante os exemplos da Guatemala e Nicarágua, a caracterização deste ciclo é marcada pela ausência de um reconhecimento explícito do pluralismo jurídico.

O *segundo ciclo* que vai de 1989 a 2005 é também chamado de Constitucionalismo Pluricultural (FAJARDO, 2011, p.142). A Convenção 169 da OIT que antecedeu esse ciclo previu um rol de direitos indígenas, dentre os quais, o respeito à identidade social e cultural, seus costumes

e tradições, suas instituições, bem como, medidas para salvaguardar as pessoas, suas instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. Essa convenção acabou por influenciar as Constituições promulgadas posteriormente, dentre as quais a Constituição da Colômbia (1991), México e Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia e Argentina (1994), Equador (1996 y 1998) e Venezuela (1999)

A principal característica deste ciclo é a introdução de fórmulas de pluralismo jurídico, em reação ao monismo jurídico e a ideia do Estado Direito como única fonte soberana de produção de normas e detentor do poder jurisdicional de pacificação social. Passou-se então a reconhecer a autoridade das normas consuetudinárias indígenas e seus procedimentos com funções jurisdicionais. Nesse período também se verificou a expansão do discurso do multiculturalismo que permitiu afirmar o valor da diversidade cultural e da necessidade de políticas públicas para implantação desta nova política.

A incorporação deste novo rol de direitos aos povos indígenas se deu sem a correspondente estrutura institucional para torná-los efetivos. Dentre as causas tem-se a ausência de reformas nas demais áreas do direito, como administrativo, civil, penal para que pudessem dar suporte a esta inovação.

Paralelo à adoção do multiculturalismo nesse ciclo, algumas constituições acabaram por adotar políticas neoliberais em razão do fenômeno da globalização com a redução do papel do Estado diante da flexibilização dos direitos sociais. Estes fatores acabaram de alguma maneira a inviabilizar a ampliação do direito de participação das minorias tanto nas decisões políticas como na elaboração da Constituição.

O terceiro ciclo de reformas (FAJARDO, 2011, p.149) dentro de um novo constitucionalismo plurinacional é marcado pela Declaração das Nações Unidas sobre o direito dos indígenas (2006-2007) e pelas constituições da Bolívia (2006-2009) e Equador (2008) as quais refundaram o Estado a partir do reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos indígenas até então ignorados pondo um fim ao colonialismo. Os povos indígenas passam a ter reconhecimento, não somente como cultura diversa, mas como nação originária com poder de autodeterminação capaz definir seu próprio destino, governarem-se de forma autônoma e participarem de novos pactos com o estado de modo a configurar um estado plurinacional.

A partir do estudo dos ciclos de reformas constitucionais deste novo constitucionalismo latino-americano é possível afirmar o seu caráter

evolutivo e transformador trazendo novos contornos constitucionais com a reformulação de um novo conceito de soberania a partir do reconhecimento material da existência de diversos povos e tradições sobre os quais a nova norma constitucional incidirá substituindo os paradigmas anteriores que até então não observavam a realidade social subjacente.

LOIS, FERRI E TAVARES (2016, e-book) afirmam que a plurinacionalidade é a demanda pelo reconhecimento de outro conceito de nação, entendida como pertencimento comum a uma etnia ou cultura. Baseia-se em relações interculturais igualitárias que redefinem os direitos constitucionais com o reconhecimento dos múltiplos valores e culturas existentes no mesmo território e a existência numa mesma nação mais de um sistema jurídico vigente como concreção desta plurinacionalidade. Exemplo disso é a justiça indígena como apta a solver as questões na esfera da sua comunidade, desde que não contrarie os princípios e regras de direitos humanos. Mas para que isso ocorra é necessário a existência de mecanismos que garantam a máxima participação política como exercício desta cidadania.

Os três pontos centrais caracterizadores deste ciclo além do pluralismo, são os direitos da natureza – Pachama, e o direito de bem viver – Sumak Kawsay que passaremos a abordar no próximo tópico.

#### **4. O BEM VIVER “SUMAK KAWSAY, SUMAJ KAMAÑA” E O DIREITO DA MÃE TERRA “PACHAMAMA”**

A evolução para um novo constitucionalismo plurinacional com o objetivo de erradicar as desigualdades materiais com o reconhecimento de um direito indígena a fim de consolidar os direitos socioambientais passa pelo surgimento de um novo sujeito de direitos, *Pachama*, Direitos da Mãe Terra, instituindo uma nova maneira de o homem relacionar-se com a natureza, de forma integrada, a fim de alcançar o *Sumak Kawsay* ou bem viver. Tal expressão provém da “ecologia dos saberes” que mesclam o saber indígena (ancestral), como eurocêntrico -moderno e progressista- e têm como base a pluralidade de conhecimento - para muito além do científico (SANTOS, 2015, p.154).

O preâmbulo da Constituição do Equador anuncia um novo modelo de Constituição,<sup>1</sup> onde se adota o *Buen Vivir* como objetivo a alcançar,

1 Constituição do Equador. Preâmbulo: RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, INVOCANDO el nombre de Dios y reconociendo

consagram o direito e a cultura indígenas, bem como a autonomia da justiça indígena como mecanismo de solução de conflitos internos com base em tradições ancestrais com regras e procedimentos próprios, desde que não contrarie a constituição e os direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais.

A Constituição Boliviana por sua vez indica o modelo estatal no qual o estado se funda, num estado de direito plurinacional ao reconhecer a existência de diversos grupos étnicos e sociais, seus valores tradicionais e mecanismos de participação democrática nas decisões políticas até então considerados ausentes pelo sistema constitucional tradicional. Correlatamente também se admite o pluralismo jurídico com o reconhecimento de regras próprias e consuetudinárias como aptas para regulação da vida, no caso decorrente de tradições indígenas; com a autonomia do direito indígena e seus respectivos órgãos e instâncias próprias de pacificação social contando com um tribunal agroambiental e a jurisdição indígena exercida por suas próprias autoridades. Reconheceu-se a existência pré-colonial das nações e povos indígenas, assumindo como valores jurídicos o SUMMA QUAMANÁ, *Vivir Bien*. Também elenca de forma expressa o uso sustentável dos recursos naturais para manter o equilíbrio do meio ambiente ao mesmo tempo em que estabelece o dever de todos na proteção á sua proteção.

Tais constituições romperam com o modelo anterior fundamentado na ideia de uniformização e unidade do constitucionalismo e na ideia de que cada Estado possui uma única nação. No constitucionalismo latino-americano a ideia de uniformização e unidade é substituída pela noção de pluralidade de regras jurídicas, tradições , multicultural e o reconhecimento de pluralidade de nações e etnias.

O Buen Vivir, Sumak Kawsayou Sumaj Kamaña, são conceitos em constante construção e podem ter diferentes significados. Na concepção adotada pelas constituições Equatoriana e Boliviana foi incorporada sob a

---

nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, APELANDO a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente. Disponível em :< <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf>>Acesso em 20/09/2019

perspectiva indígena como a cultura milenar deixada pelos povos ancestrais, a qual somente é possível respeitando os Direitos da Natureza. Mas o fato de tais constituições incorporarem os ensinamentos indígenas não restringe a construção de uma moralidade apenas indígena. O objetivo vai mais além, o de propor a refundação da sociedade propondo uma relação de solidariedade do homem com a natureza. A partir do que foi salientado por LOIS, FERRI e TAVARES (2016, e-book) de que não existe uma única forma de reconstrução democrática dos países latino-americanos é possível afirmar que as reconstruções democráticas realizadas pela Bolívia e Equador deram um novo significado ao conceito de soberania popular ao incorporarem a cultura milenar deixada pelos povos ancestrais no direito constitucional positivo rompendo com modelo tradicional europeu até então vigente.

Interessante notar que a expressão deriva da cultura dos povos indígenas que sobreviveram ao massacre do homem-colonizador. A relação do homem com a natureza é redefinida a partir de uma visão cósmica simbolizada pelo Pai Sol e a Mãe Terra; o modo do ser humano perceber e compreender a vida e nela conduzir-se construindo uma nova civilização pautada pelo valor da vida em vez de endeuçar-se a economia. Não se deve, entretanto, confundir o Buen Vivir com a ideia de viver melhor ou viver com mais. Numa sociedade capitalista pautada pela competição e pelo hiperconsumo onde ter mais e melhor, não importando que para se chegar a tal patamar se sobrepuje o outro, pode para alguns, ser sinônimo da própria felicidade ou de viver bem. Buen Vivir em nada se confunde com viver melhor. *Buen Vivir* requer cooperação, respeito e equilíbrio, cuja noção, é compatível com a garantia da dignidade de todas as formas de vida (RODRIGUES; AYALA, 2015; p. 486).

Viver em harmonia com a natureza se busca por meio dos seguintes postulados: priorizar a vida, obter acordos, respeitar as diferenças, viver em complementariedade, equilíbrio com a natureza, defender a identidade, aceitar as diferenças, priorizar os direitos cósmicos, saber comer, saber beber, saber dançar, saber dançar, retomar o *Abya Yala* - território continental, reincorporar a agricultura, saber se comunicar, controle social, trabalhar em reciprocidade, não roubar e não mentir, proteger as sementes, respeitar a mulher e viver bem e não melhor, recuperar recursos, exercer a soberania aproveitar a água e escutar os anciãos (MORAES; FREITAS, 2013, p.111).

A adoção do Buen Vivir demanda uma mudança de comportamento e consciência do homem com a substituição das velhas estruturas antropocêntricas e em seu lugar a construção de uma nova civilização

cujo valor central é a vida. Esta mudança de comportamento provoca uma nova forma de relação vinculante e solidária do homem com a biosfera criando uma relação de solidariedade entre o homem e a natureza. É a inserção do homem no seio da natureza integrando um grande ser vivo, numa simbiose onde o homem não se dissocia da natureza é parte dela e por isso não deve agir de forma agredi-la, sob pena de autoagressão. O Buen Vivir está relacionado a um modo alternativo de produção e a uma lógica de interação com a natureza e o desenvolvimento. Busca rechaçar não somente uma concepção neoliberal de desenvolvimento, mas a própria lógica colonial de exploração (BRANDÃO, 2015, p.162).

Mas nem por isso o Buen Vivir pretende impedir a atividade econômica que tenha por base a utilização dos recursos naturais, mas sim que seja respeitado o ciclo natural de recomposição e recuperação dos recursos naturais. Um sistema econômico sob este novo prisma busca não só a sustentabilidade ambiental, mas também a sustentabilidade social, com vistas a preservar os recursos naturais daqueles que dela dependem para viver, bem como, promover a sua distribuição igualitária, reduzindo a pobreza e promovendo diversidade cultural dos diversos povos. Mas isso somente é possível com o reconhecimento de que a vida saudável só é possível com o respeito aos ecossistemas.

Para concretizar o Buen Vivir as pessoas e as coletividades nas diversas formas organizativas devem participar das fases e espaços de gestão pública e da planificação do desenvolvimento nacional e local na execução do controle do cumprimento dos planos de desenvolvimento em todos os níveis<sup>2</sup>. O estado em contrapartida procura destinar recursos necessários para a pesquisa científica, para o desenvolvimento tecnológico, a inovação da formação científica a recuperação e desenvolvimento dos saberes ancestrais e a difusão do conhecimento<sup>3</sup>.

2 Constituição do Equador art.278: Para la consecución del buen vivir, a las personas y a las colectividades, y sus diversas formas organizativas, les corresponde:1. Participar en todas las fases y espacios de la gestión pública y de la planificación del desarrollo nacional y local, y en la ejecución y control del cumplimiento de los planes de desarrollo en todos sus niveles. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>>Acesso em 20/09/2019.

3 Constituição do Equador: Art. 388. El Estado destinará los recursos necesarios para la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación, la formación científica, la recuperación y desarrollo de saberes ancestral es y la difusión del conocimiento. Un porcentaje de estos recursos se destinará a financiar proyectos mediante fondos concursables. Las organizaciones que reciban fondos públicos estarán sujetas a la rendición de cuentas y al control estatal respectivo. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEquador.pdf>>Acesso em 20/09/2019.



Além das disposições relativas ao Buen Vivir que proporciona uma integração e interpretação mais alargada a proteção ambiental este novo constitucionalismo é marcado pelo surgimento de um novo sujeito de direitos, a Pachamama, *Madre Tierra*, Mãe Terra. A *Pachamama* é definida como o local onde se reproduz a vida em referência a sabedoria indígena. As novas constituições, Equatoriana e Boliviana que marcam o terceiro ciclo deste novo movimento constitucional promovem o giro biocêntrico nestas ordens constitucionais.

Pela visão antropocêntrica a natureza e o homem são dissociados e por ser dissociada a existência de cada um é distinta. Nesta mesma visão, a proteção à dignidade da pessoa humana é norma central e fundamental de todas as constituições, uma vez que o homem é colocado no centro do universo e das preocupações jurídicas. A natureza é objeto e não sujeito de direitos. É protegida, porém não com um fim em si mesma, mas para satisfazer a pessoa humana, é considerada como garantia da dignidade da pessoa humana. Nessa senda, as constituições anteriores ao novo constitucionalismo latino-americano, dentre elas a Brasileira, define a proteção ambiental como um direito de terceira dimensão. Esta visão restritiva de origem antropocêntrica limita as possibilidades de se reconhecer a sério os direitos da grande comunidade da vida. É preciso passar de uma ótica restrita de desenvolvimento sustentável e de direito ao meio ambiente equilibrado para afirmação de direitos da natureza, os quais de certo integram o ser humano em seu âmbito de proteção, por prezar pelo equilíbrio da vida e sua continuidade (RODRIGUES; AYALA, 2015, p. 492;).

O biocentrismo não faz a distinção entre homem e natureza. Esta mudança de paradigma não exclui a constante busca do ser humano ao seu bem-estar ou a própria felicidade ou mesmo a demanda pela previsão de normas constitucionais ou legais que promovam a dignidade da pessoa humana. Ele demanda a proteção da natureza em si mesma pela manutenção das bases naturais da vida, com vistas a garantir a durabilidade e a dignidade da vida em todas as suas formas, que não se restringe a dimensão humana.

Os ordenamentos jurídicos do Equador e Bolívia passaram a prever os direitos da natureza não apenas afetados ao desenvolvimento digno da pessoa humana, mas com atribuição de valores intrínsecos, ou seja, um valor independente de sua utilidade real ou potencial que possa transmitir ao homem. Foram-lhe atribuídos o direito tanto a existência como a proteção aos ciclos vitais e o direito a regeneração.

Os artigos 71 a 74 da Constituição do Equador reconhecem os direitos da Pachamama<sup>4</sup> de forma mais impositiva enquanto a Constituição da Bolívia diferente da Constituição Equatoriana adotou uma feição mais fluída quanto a Pachamama<sup>5</sup>, sendo inclusive criticada por alguns autores (WALSH e GUDYNAS apud BRANDÃO, 2015. p178) em reproduzir a lógica de proteção da natureza para servir ao homem, não assumindo o mesmo distanciamento da concepção eurocêntrica que a Constituição Equatoriana protagonizou, embora por outros (ZAFFARONI, Apud BRANDÃO, 2015, p. 178) se pudesse entender que mesmo de forma tácita a Constituição da Bolívia reconheceu a Pachamama como sujeito de direitos.

Na legislação ordinária Boliviana encontramos com mais detalhes a consagração destes novos direitos, fortalecendo a nova política, uma vez que não é suficiente apenas a alteração constitucional sem que a legislação infraconstitucional concretize e instrumentalize este novo constitucionalismo latino-americano. Pode-se citar a Lei 71/2010, lei de

- 
- 4 Constituição do Equador: Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, Pueblo o nacionalidade podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, em lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas natural es afectados. Em los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73. El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional. Art. 74. Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; suproducción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEquador.pdf> > Acesso em 14/04/2019.
- 5 Constituição da Bolívia: Em tempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. (...) Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Disponível em: < [https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf) > Acesso em 14/04/2019

Direitos da Madre Tierra. São estabelecidos princípios<sup>6</sup> e definições<sup>7</sup>, direitos da terra<sup>8</sup> e deveres do estado e das pessoas em relação à Mãe Terra, bem como a criação da Defensoria da Terra.

- 
- 6 Bolívia. Lei 71/2010. Art.2: Armonía. Las actividades humanas, en el marco de la pluralidad y la diversidad, deben lograr equilibrios dinámicos con los ciclos y procesos inherentes a la Madre Tierra. Bien Colectivo. El interés de la sociedad, en el marco de los derechos de la Madre Tierra, prevalecen en toda actividad humana y por sobre cualquier derecho adquirido. Garantía de regeneración de la Madre Tierra. El Estado en sus diferentes niveles y la sociedad, en armonía con el interés común, deben garantizar las condiciones necesarias para que los diversos sistemas de vida de la Madre Tierra puedan absorber daños, adaptarse a las perturbaciones, y regenerarse sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad, reconociendo que los sistemas de vida tienen límites en su capacidad de regenerarse, y que la humanidad tiene límites en su capacidad de revertir sus acciones. Respeto y defensa de los Derechos de la Madre Tierra. El Estado y cualquier persona individual o colectiva respetan, protegen y garantizan los derechos de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras. No mercantilización. Por el que no pueden ser mercantilizados los sistemas de vida, ni los procesos que sustentan, ni formar parte del patrimonio privado de nadie. Interculturalidad. El ejercicio de los derechos de la Madre Tierra requiere del reconocimiento, recuperación, respeto, protección, y diálogo de la diversidad de sentires, valores, saberes, conocimientos, prácticas, habilidades, trascendencias, transformaciones, ciencias, tecnologías y normas, de todas las culturas del mundo que buscan convivir en armonía con la naturaleza. Disponível em: < <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N71.html> > Acesso em 14/04/2019.
- 7 Bolívia. Lei 71/2010. Art. 3º (**Madre Tierra**) La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Disponível em: < <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N71.html> > Acesso em 14/04/2019.
- 8 Bolívia. Lei 71/2010. Art.5.(definições) A los efectos de la presente Ley se entiende por: Madre Tierra. Es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada; alimenta y es el hogar que contiene, sostiene y reproduce a todos los seres vivos, los ecosistemas, la biodiversidad, las sociedades orgánicas y los individuos que la componen. Disponível em: < <https://www.lexivox.org/norms/BO-L-N71.html> > Acesso em 14/04/2019.

A Lei 300/2012 de forma mais detalhada além de sacralizar a Pachamama e ratificá-la como sujeitos de direitos<sup>9</sup> estabeleceu a definição de desenvolvimento integral<sup>10</sup> para se chegar ao Sumaj Kamaña<sup>11</sup>.

No Equador, na província de Loja ocorreu o primeiro julgamento onde se discutiu os direitos da natureza. Em razão da construção da Estrada Vilcabamba – Quinara o governo provincial depositou resíduos (areia, cascalho árvores etc.) no leito do Rio Vilcabamba sem qualquer estudo de impacto ambiental ou social o que acabou ocasionando o assoreamento do rio e enchentes no período de chuvas. A corte provincial fundamentou o julgado no art 71 da Constituição Equatoriana que reconheceu a Natureza como sujeitos de direitos e reconheceu que “a ação de proteção resulta a única via idônea e eficaz para por fim e remediar de maneira imediata o dano ambiental”, e continua dizendo “ser dever dos juízes constitucionais atenderem ao resguardo e fazerem efetiva a tutela judicial dos direitos da Natureza, efetuando o que for

- 
- 9 Art.9. (DERECHOS). El VivirBien a través del desarrollo integral en armonía y equilibrio con la Madre Tierra, debe ser realizado de manera complementaria, compatible e interdependiente de los siguientes derechos: 1. Derechos de la Madre Tierra, como sujeto colectivo de interés público como la interacción armónica y en equilibrio entre los seres humanos y la naturaleza, en el marco del reconocimiento de que las relaciones económicas, sociales, ecológicas y espirituales de las personas y sociedad con la Madre Tierra están limitadas por la capacidad de regeneración que tienen los componentes, las zonas y sistemas de vida de la Madre Tierra en el marco de la Ley N° 071 de Derechos de la Madre Tierra. Disponible en: < [http://vpc.planificacion.gob.bo/uploads/Bolivia\\_Ley\\_300.pdf](http://vpc.planificacion.gob.bo/uploads/Bolivia_Ley_300.pdf) > Acceso en 14/04/2019.
- 10 Art 5. (DEFINICIONES). A los efectos de la presente Ley se entiende por: Desarrollo Integral Para Vivir Bien. Es el proceso continuo de generación e implementación de medidas y acciones sociales, comunitarias, ciudadanas y de gestión pública para la creación, provisión y fortalecimiento de condiciones, capacidades y medios materiales, sociales y espirituales, en el marco de prácticas y de acciones culturalmente adecuadas y apropiadas, que promuevan relaciones solidarias, de apoyo y cooperación mutua, de complementariedad y de fortalecimiento de vínculos edificantes comunitarios y colectivos para alcanzar el Vivir Bien en armonía con la Madre Tierra. No es un fin, sino una fase intermedia para alcanzar el Vivir Bien como un nuevo horizonte civilizatorio y cultural. Está basado en la compatibilidad y complementariedad de los derechos establecidos en la presente Ley. Disponible en: < [http://vpc.planificacion.gob.bo/uploads/Bolivia\\_Ley\\_300.pdf](http://vpc.planificacion.gob.bo/uploads/Bolivia_Ley_300.pdf) > Acceso en 14/04/2019.
- 11 Art.5. (DEFINICIONES). A los efectos de la presente Ley se entiende por: El Vivir Bien (Sumaj Kamaña, Sumaj Kausay, Yaiko Kavi Páve). Es el horizonte civilizatorio y cultural alternativo al capitalismo y a la modernidad que nace en las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas, y es concebido en el contexto de la interculturalidad. Se alcanza de forma colectiva, complementaria y solidaria integrando en su realización práctica, entre otras dimensiones, las sociales, las culturales, las políticas, las económicas, las ecológicas, y las afectivas, para permitir el encuentro armonioso entre el conjunto de seres, componentes y recursos de la Madre Tierra. Significa vivir en complementariedad, en armonía y equilibrio con la Madre Tierra y las sociedades, en equidad y solidaridad y eliminando las desigualdades y los mecanismos de dominación. Es Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien consigo mismo.

necessário para que não seja contaminada” ( MORAES; FREITAS, 2013, p.116).

O giro biocêntrico provocado pelo reconhecimento dos direitos da natureza representa uma mudança radical na abordagem tanto dos conceitos de natureza, desenvolvimento e justiça, dentre outros, representando um enorme avanço na proteção ao meio ambiente no sentido de que o ambiente deve ser valorado em si mesmo e não apenas vinculado a direitos, utilidade ou benefícios à pessoa humana. É um instrumento de proteção integrada do homem e natureza com vista á proteção e durabilidade da própria vida.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A América Latina ao longo de aproximadamente quatro séculos foi fonte de riquezas aos impérios colonizadores abastecendo a Europa, em seus diversos ciclos, com nosso ouro, prata, pau-brasil e especiarias de diversas ordens. Com a exceção do Brasil, onde a independência já era algo esperado por D. João VI ao deixar o país em 1821, sem maiores conflitos, no restante da América esta separação se deu mediante lutas. A independência, entretanto, não significou necessariamente uma ruptura com a cultura dominante.

Ao longo dos anos formaram-se nos países latino-americanos oligarquias que se serviam dos favores dos governantes e que após a independência continuaram a servir seus senhores reproduzindo os mesmos arquétipos jurídicos, agora para servir-se e manter-se no poder utilizando-se da mesma ideologia liberal impregnada nas Constituições e Códigos europeus de origem iluministas.

No Brasil a europeização do arcabouço constitucional e legislativo se tornou ainda mais coerente com a realidade vivenciada em razão do status de reino atribuído em 1815 a fim de compor o reino unido de Portugal, Brasil e Algarve, como decorrência da vinda família real portuguesa. Veio à República, mas nem por isso se apartou da influência estrangeira, agora inspirada no modelo republicano americano, continuou a reproduzir o sistema romano- germânico de ideologia liberal.

Tanto no Brasil como no restante da América Latina o século XX foi marcado por períodos oscilantes de curtos períodos de democracia e longos de ditadura até que na década de oitenta do século XX a reabertura política e o retorno da democracia demandou que os Estados se organizassem,

política e juridicamente, inaugurando-se novas ordens jurídicas com novas constituições.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, sem dúvida representou avanços, dentre os quais a autonomia dos municípios, maior participação popular, um extenso rol de direitos e garantias individuais, mas principalmente com reconhecimento dos direitos difusos e coletivos como a proteção ao menor, ao idoso, aos indígenas e a positivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, embora sob uma visão antropocêntrica, em que a natureza deve ser protegida enquanto e para servir ao homem. Paralelo a tal período a crise ambiental e a escassez dos recursos naturais passaram a serem presentes nas pautas das nações mundiais.

Mas foi na experiência com as Constituições do Equador e Bolívia que vimos surgir um novo constitucionalismo latino-americano sob inspiração dos povos ancestrais, indígenas com a positivação de normas constitucionais que deslocam a compreensão do homem e da natureza, integrados num todo orgânico e inter-relacionado. A Pachamama como sujeito de direitos e o Sumak Kawsay inserindo o homem como parte integrante da natureza, onde se deve respeito aos ciclos vitais, resultando um novo comportamento humano a ser observado. Além destes o reconhecimento da plurinacionalidade e multiculturalidade, pluralismo jurídico e maior participação popular das minorias nas decisões políticas da nação como instrumento para garantir as alterações promovidas.

Este movimento trouxe uma nova esperança para estes países principalmente pela mudança de um modelo antropocêntrico para o biocêntrico, inserindo o homem e natureza num mesmo contexto.

Tais mudanças forçosamente nos fazem refletir. Num determinado momento da história o homem branco apossou-se destes países, subjugou as nações indígenas, massacrando-as para, então, dela extrair tudo o que podia. Na atualidade o caminho inverso, o retorno e o reconhecimento da cultura ancestral indígena como instrumento para resgatar a dignidade da pessoa humana sem dissociá-la da natureza.

A questão que exsurge é será que existe esperança para as demais nações que adotam o modelo de econômica liberal, onde a cultura da civilização ancestral está mais distante que a da América-Latina? Não existe resposta satisfatória sem que o próprio homem, percebendo a realidade atual de degradação e escassez dos recursos naturais, mude

o seu comportamento e sua relação com a própria natureza. Resta-nos alimentar-se do exemplo para que a racionalidade humana promova medidas com urgência para salvaguardar a natureza e a própria existência, numa relação em que o ambiente deve ser valorado em si mesmo e não apenas vinculado a direitos, utilidade ou benefícios à pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª Ed. São Paulo. Malheiros 2016;

BRANDÃO, Pedro. *O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015;

CALGARO, Cleide; SANTOS, Sandrine; GADELIN, Lucas Dagostini. A Democracia, o Desenvolvimento e a Busca do Equilíbrio entre o Ser Humano e o Meio Ambiente: Breve Comparativo entre a Constituição do Equador de 2008 e a Constituição do Brasil de 1988. In: BEM, Judit Sanson de; VIANNA, Silvio Luiz Gonçalves. (Orgs) *Turismo como Estratégia do Desenvolvimento. XIV Encontro Sobre Aspectos Econômicos e Sociais da Região Nordeste do Rio Grande do Sul*. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2016. E- Book.

DALMAU, Ruben Martinez. El proyecto de Constitución de Ecuador, ejemplo del nuevo constitucionalismo latino-americano. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, núm. 23, 2009, pp. 264-2;

FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões Sobre o Processo Constituinte Boliviano e o Novo Constitucionalismo Sul- Americano. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Peters. (Org). *Constitucionalismo Latino-Americano. Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013;

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In GARAVITO, César Rodríguez (Coordenador). *El Derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Disponível na Internet via WWW.URL:[http://www.sitiosweb.com/miguel/El\\_horizonte\\_del\\_constitucionalismo\\_pluralista.pdf](http://www.sitiosweb.com/miguel/El_horizonte_del_constitucionalismo_pluralista.pdf). Arquivo capturado em 29/10/2016.

GOMES, Laurentino. *1808 Como uma Rainha Louca, um Príncipe Medroso e uma Corte Corrupta Enganaram Napoleão e Mudaram a História de Portugal e Brasil*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007;

LOIS, Cecília; FERRI, Caroline; TAVARES, Tayná; *Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Pachamama e a Insurgência de um Novo Sujeito Constitucional*. In: Bolonha, Carlos; BONIZZATTO, Luigi; MAIA, Fabiana (orgs). Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2016.

Versão E-book;

MELO, Milena Petters. *As Recentes Evoluções do Constitucionalismo na América Latina: Neoconstitucionalismo*. In: WOLKMER, Antônio Carlos; \_\_\_\_\_.

(Orgs). *Constitucionalismo Latino- Americano. Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013;

MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. *O Novo Constitucionalismo Latino-Americano e o Giro Ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os Direitos de Pachamama e o Bem Viver (SUMAK KAWSAY)*. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO, Milena Peters. (Org). *Constitucionalismo Latino- Americano. Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013;

RODRIGUES, Saulo de Tarso; SOARES, Danielle Cevallos. *O Novo Constitucionalismo Pluralista Experimental Latino-Americano: Das Narrativas Coloniais da Ditadura da Maioria ao Protagonismo Pós-Colonial da Democracia Popular*. In: MIRANDA, Jorge de. (Etc e tal) (Orgs). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2016;

RODRIGUES, Eveline de Magalhães Werner; AYALA, Patryck. *Constitucionalismo e Proteção Ambiental na América: É Possível Proteger Melhor?* In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015;

SILVA, Heleno Florindo. Teoria do Estado Plurinacional. *O Novo Constitucionalismo Latino-Americano e os Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2014;

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª Edição. São Paulo. Malheiros, 1997;

TOLENTINO, Zelma Tomas; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à Vida: Uma reflexão na Perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.12. n. 23. p.313-335. Janeiro/Junho de 2015.



WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Crítico e Perspectivas Para Um Novo Constitucionalismo Na América Latina*. In \_\_\_\_\_; MELO, Milena Petters.(orgs). *Constitucionalismo Latino- Americano. Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013;



RECEBIDO EM: 23/09/2020

APROVADO EM: 08/12/2020

**O SISTEMA FEDERAL NO CANADÁ:  
UMA ANÁLISE DOS ELEMENTOS  
CONFORMADORES DO FEDERALISMO  
CANADENSE E SEUS IMPACTOS NO SÉC.  
XXI**

***THE FEDERAL SYSTEM IN CANADA: AN ANALYSIS OF  
THE SHAPING ELEMENTS OF CANADIAN FEDERALISM  
AND THEIR IMPACTS ON 21ST CENTURY***

*Sara Barros Pereira De Miranda*

*Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - PPGDIR/UFMA. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada pela OAB/MA.*

*Paulo Roberto Barbosa Ramos*

*Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor Titular do Departamento de Direito da UFMA. Professor Permanente dos Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMA.*

**SSUMÁRIO:** Introdução; 1 Fundamentos e Bases Constitucionais do Federalismo; 1.2 Características do Modelo Federado de Estado; 2 Origem e Formação Histórica Do Canadá; 3 O Desenho Institucional ea Federação Canadense e seus Reflexos no Canadá do Séc. XXI; 3.1constituição Escrita e Rígida; 3.2 Duas Ordens Jurídicas,

Uma Central e Outras Parciais; 3.3 Indissolubilidade do Vínculo Federativo; 3.4 Representatividade das Vontades Parciais no Senado Federal, Sendo Resguardada a Isonomia dos Entes Periféricos; 3.5 Tribunal Constitucional; 3.6 Possibilidade de Intervenção Federal; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A presente pesquisa tem por escopo analisar as origens e bases do Federalismo no Canadá e a influência dessa forma de Estado na atual conjuntura canadense. Observou-se que a estrutura federal adotada no Canadá foi adaptada à realidade do país, moldando-se às suas necessidades sociais e políticas específicas. Tal implementação da Federação não permitiu que as divergências e conflitos internos inerentes à sua formação pusessem em risco a integridade e estabilidade nacionais. O presente artigo foi desenvolvido a partir de levantamento bibliográfico em artigos obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na íntegra em português e inglês, acessados de forma gratuita, bem como livros específicos sobre a temática. Foram selecionadas revistas científicas na área do Direito Constitucional Comparado com extratos elevados, qualis A e B. Ademais, foram utilizados dados presentes em documentos oficiais e na legislação pertinente com recorte epistemológico e científico fundado na construção teórica contemporânea do Federalismo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Federalismo. Estado Federal. Federação. Descentralização. Canadá.

**ABSTRACT:** The present research aims to analyze the origins and bases of Federalism in Canada and its influence in the current Canadian situation. It was observed that the federal structure adopted in Canada was adapted to the reality of the country, molding itself to its specific social and political needs. Such implementation of the Federation did not allow the internal differences and conflicts of the Canadian formation to jeopardize national integrity and stability. This article was developed from a bibliographic survey of articles obtained from different databases and indexers, published in Portuguese and English, accessed free of charge, as well as specific books on the subject. High impact scientific journals were selected in the area of Compared Constitutional Law, with qualis A and B. Furthermore, data from official documents and relevant legislation with an epistemological and scientific approach based on the contemporary theoretical construction of Federalism were used.

**KEYWORDS:** Federalism. Federal State. Federation. Decentralization. Canada.

## **INTRODUÇÃO**

A consolidação de um Estado informado pelo princípio federativo, necessariamente, perpassa pela pluralidade consorciada e coordenada de mais de uma ordem jurídica incidente sobre o mesmo espaço territorial. Nesse modelo, verifica-se que o povo se submete a duas ou mais esferas de poder simultaneamente e que as competências são estabelecidas nas Cartas Constitucionais dos Estados Federados (ROCHA, 1996).

A definição do princípio federativo não é homogênea, apresentando-se de modo distinto a depender do Estado a que se refere. Os primeiros a inaugurarem esse modelo de Estado, na modernidade, foram os Estados Unidos da América (EUA) no final do século XVIII, após o sistema confederado não ter logrado êxito e demonstrar ser insuficiente para as necessidades do povo estadunidense.

Tendo como exemplo os EUA, o Canadá também adotou o Federalismo enquanto desenho político-institucional. No ano de 1867, as províncias do Canadá, New Brunswick e Nova Scotia uniram-se após o Parlamento Britânico aprovar a primeira constituição do país, intitulada de British North America Act of 1867. Tal medida foi adotada com o objetivo de facilitar o crescimento econômico, a expansão territorial e a defesa nacional (WATTS, 2006; STEVENSON, 2006).

Apesar dos conflitos internos surgidos durante o seu período de formação nacional e que ainda persistem no séc. XXI, o Canadá apresenta consideráveis níveis de desenvolvimento social e econômico, ocupando posições entre os países mais ricos do mundo e possuindo alto Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), aproximando-se de 0,9 numa escala que vai até 1,0 demonstrando se tratar de um país desenvolvido em termos econômicos e sociais (PNUD 2015).

Nesse sentido, o presente artigo objetivou analisar a importância da forma federativa de Estado na manutenção da integridade e da estabilidade presentes nas instituições políticas e sociais canadenses, levando em consideração uma característica da engenharia política que poucos países reúnem, como a Austrália e a Bélgica, que é o fato de o Canadá ser uma monarquia constitucional parlamentar, reunindo atributos do modelo parlamentar britânico e do federalismo estadunidense.

Com relação aos aspectos metodológicos, adotou-se a revisão sistemática, enquanto espécie de revisão de literatura, sendo analisados conceitos mais abrangentes como a Federação, o Federalismo e o Estado Federal, com o objetivo de permitir uma melhor compreensão em torno da realidade concreta do Sistema Federal no Canadá.

Para o levantamento de informações, os procedimentos de coleta de dados adotados foram o bibliográfico e o documental. Para o levantamento bibliográfico foram utilizados artigos obtidos em diferentes bancos de dados e indexadores, publicados na íntegra em português e inglês, acessados de forma gratuita. Ademais, foram selecionadas revistas científicas na área do Direito Constitucional Comparado com extratos elevados, qualis A e B.

Para cumprir o procedimento de coleta de dados, foram analisados documentos oficiais e textos normativos expedidos por organismos canadenses. O conjunto de documentos e textos normativos coletados contemplou tratados, constituições, declarações, legislações e normas infralegais. Foram, assim, considerados válidos os documentos e textos normativos que permitiram o levantamento de informações no campo das dimensões indicadas na configuração do objeto pesquisado.

O artigo foi estruturado nos seguintes tópicos de modo a ser possível alcançar os objetivos propostos: a) análise dos fundamentos e das bases teórico-constitucionais do Federalismo; b) a origem e o processo de formação histórica do Canadá; c) o desenho institucional da Federação canadense e seus reflexos no Canadá do séc. XXI; d) as considerações finais acerca dos resultados encontrados.

## **1 FUNDAMENTOS E BASES CONSTITUCIONAIS DO FEDERALISMO**

O modelo político-institucional apresentado no federalismo estadunidense serviu de base para a estruturação de todo o estudo realizado no presente artigo, tendo em vista ter sido o primeiro, já no Estado Moderno, a estabelecer as características essenciais de um Estado Federado. Nesse sentido, antes de discorrer acerca do federalismo canadense, serão apresentadas as origens e características do federalismo, a partir da estruturação apresentada pelos EUA.

### **1.1 Origens do Federalismo e suas bases teóricas**

Os Estados Unidos da América (EUA) adotaram o modelo de Estado Federado na Constituição em 1787, sendo o primeiro país na Idade Moderna a apresentar o desenho político-governamental-institucional que reúne características específicas que o distingue de outros modelos existentes ao redor do mundo. No entanto, observa-se que alguns povos, como as tribos israelitas, há cerca de 3.200 anos, organizavam-se politicamente em um rudimentar modelo de estado federalizado, compreendendo ser o primeiro embrião do federalismo que hoje compreende uma estrutura mais complexa e moldada às particularidades de cada Estado (WATTS, 2006).

Nos dias atuais, aproximadamente 25 (vinte e cinco) países adotam o modelo federado de organização política e mais de 40% da população mundial residem nesses países. Sobretudo na metade do séc. XX observou-se uma proliferação de federações junto a outros formatos de união de comunidade multiétnicas em antigas zonas coloniais e na própria Europa. Na Ásia, alguns países como Birmânia (1948), Indonésia (1949), Índia (1950) e Paquistão (1956) adotaram o sistema federal de organização, muito embora nem todas tenham sobrevivido e logrado êxito (WATTS, 2006).

Dessa forma, questiona-se o porquê de o modelo Federado de estado ter sido aceito e adotado por diversas nações e quais as características permitem que ele se mantenha vigente até a atualidade, mesmo em países que possuem tantos regionalismos e elementos multiculturais, tal como o Canadá. Para tanto, a fim de melhor desenvolver o estudo sobre o federalismo, mister se faz apresentar as origens e suas bases teóricas, tendo como ponto de partida o cenário existente em 1787 e alguns anos antes nos EUA.

É sabido que colonização dos EUA se deu pelos povos ingleses desde o séc. XVII, que fugidos de suas terras por motivos políticos e religiosos, fixaram-se na costa do Atlântico e deram origem às 13 Colônias, que floresceram com novos modelos de convivência política. Sobre a colonização dos EUA, Ramos (2012, p. 23) discorre o seguinte sobre o contexto social e político da época:

Como se sabe, os americanos do norte tiveram um processo de colonização muito peculiar. Na verdade, Londres não empreendeu esforços para colonizar as terras americanas. Foram os próprios ingleses que, por questões pessoais, resolveram migrar para essas novas terras e lá construir as suas vidas. Mesmo diante desse processo, a metrópole

praticava algumas interferências na vida dos colonos americanos, os quais as aceitavam em certa medida, desde que não fizessem alusão à cobrança de impostos e fossem convenientes para reconhecer direitos que lhes pertenciam por serem súditos ingleses, não só diante dos possíveis abusos dos poderes da Inglaterra, como também perante os excessos dos poderes locais.

Ramos (2002) descreve que a fundação dos EUA foi marcada pelo pluralismo (religioso, social, econômico e político) e que houve o desenvolvimento de cinco modelos de pluralismos, perpassando desde o pluralismo territorial – desenvolvido em Nova Iorque e na Pensilvânia, onde certa neutralidade sobre o território, de tal modo que sempre que novos colonizadores chegavam à localidade tinham a possibilidade de ter seus direitos civis reconhecidos – até o pluralismo radical, nos dias atuais, desenvolvido no Estado da Califórnia, sob um modelo pensado no indivíduo, singularmente independente e sem necessidade de manutenção de laços com algum ou outro indivíduo.

Por certo, as diferenças culturais, econômicas, políticas e religiosas existentes entre as Colônias foram de significativa importância para a formação da Confederação Americana, primeiro em 1643, quando houve a adesão de quatro colônias e, depois em 1754, quando houve a idealização da união de todas as colônias, entretanto, a ideia foi rejeitada sobretudo em razão das ameaças internas e externas (ROCHA, 1996).

Madison, Hamilton e Jay (1993) apresentam que no ano de 1776 os EUA tornaram-se independentes da Inglaterra e, por consequência, estabeleceram uma organização política pautada no Sistema Confederado, a fim de resguardarem a autonomia dos Estados-membros e de se desvincularem da Confederação caso não fosse mais favorável a manutenção dos laços confederados.

Entre os anos de 1776 e 1787, os EUA não passaram de uma frouxa aliança de Estados soberanos e independentes, no qual o Congresso Continental era a única instituição central, com funções integradoras, mas que não tinha fôlego suficiente para concentrar em suas mãos um poder forte e oponível aos Estados. Nesse sentido, Rocha (1996) aponta que a fragilidade dos laços confederados logo se apresentou, o que suscitou a ideia de formação de uma Federação, pautada em laços indissociáveis e com resguardo da autonomia dos Estados.



A discussão da nova proposta se iniciou na Convenção de Filadélfia (1787), cujos participantes eram representantes dos Estados. Dentre os membros, havia apoiadores e opositores às propostas de constituição de uma Federação. Os opositores apenas desejavam que fossem reformulados os Artigos do Tratado da Confederação, saneando-se os vícios percebidos em sua aplicação. Entretanto, aqueles Estados que desejavam o estabelecimento da Federação conseguiram a aprovação de um documento que se tornaria a Constituição de 1787 dos EUA (ROCHA, 1996).

Após deliberação do Congresso Continental, ficou decidido que o Texto Constitucional seria objeto de deliberação dos Poderes Legislativos estaduais. Como consequência, somente em 1790 se obteve a aprovação da Constituição dos EUA em todos os Estados membros.

Entre os anos de 1787 e 1789, Madison, Hamilton e Jay (1993) publicaram diversos artigos com a finalidade de demonstrar aos cidadãos estadunidenses as qualidades de um novo modelo de Estado, que era a Federação, e as falhas que o Sistema Confederado poderia trazer aos EUA caso não fosse aprovada a Constituição de 1787.

Madison, Hamilton e Jay (1993) idealizaram uma forma de Estado estruturada sobre um poder central e poderes periféricos, sem que estes sejam anulados pela “soberania central”. Dessa forma, a ideia era implementar essas duas ordens jurídicas sem que isso implicasse na destruição da identidade ou da autonomia dos Estados-Membros, tendo em vista que o fundamento estruturante dessa relação seria a Constituição de 1787 e, não somente, um Tratado Internacional.

Nessa perspectiva, Schwartz (1984, p. 10) apresenta que o Sistema Federal nos EUA está estruturado sobre os seguintes elementos:

[...] (i) como em todas as federações, a união de um número de entidades políticas autônomas (os estados) para fins comuns; (ii) a divisão dos poderes legislativos entre o Governo nacional e os estados constituintes, divisão esta governada pela regra de que o primeiro é um “governo de poderes enumerados”, enquanto os últimos são governos de “poderes residuais”; (iii) a atuação direta, na maior parte, de cada um destes centros de governo, dentro de sua esfera designada, sobre todas as pessoas e todas as propriedades dentro de seus limites territoriais; (iv) o aparelhamento de cada centro com o completo mecanismo de imposição da Lei, tanto executivo quanto judiciário; e (v) a supremacia do Governo nacional,

dentro de sua esfera designada, sobre qualquer afirmação conflitante de poder estadual.

De modo sintético, esse é o contexto histórico de desenvolvimento do Sistema Federal nos EUA e as bases teóricas Federalismo moderno.

## 1.2 Características do Modelo Federado de Estado

Apesar da variedade de sistemas políticos existentes ao redor do mundo, o modelo de Estado Federado se tornou uma destacada opção que foi adotada por diversos países, sobretudo no período após a II Guerra Mundial, diante da necessidade de se garantir direitos, reconhecer e acolher comunidades multiétnicas e culturais dentro de um mesmo território (KNUEPLING, 2017).

Nessa perspectiva, o princípio federativo apresenta-se, em certa medida, como uma alternativa capaz de respeitar os princípios da democracia e os anseios dos cidadãos, bem como de preservar as idiosincrasias dos países, sejam elas regionais, culturais, étnicas, religiosas ou linguísticas (KNUEPLING, 2017).

Discorrer sobre a tessitura do modelo Federado de Estado perpassa pelo debate acerca da dispersão do exercício do poder político, se este emana de um único órgão central ou de uma pluralidade deles, isso porque nos Estados Federados umas das suas características é a descentralização política e a existência de duas ordens jurídicas coexistindo dentro de um único território e dotadas de competências próprias, conforme entende Ramos (2012a).

Ao lecionar acerca da centralização e descentralização do poder político, Rocha (1996, p. 165-166) apresenta a seguinte ideia:

Centralizar é construir um único centro de decisões, unificar-se o núcleo de tomada de decisões do poder, fixando-se nele o conjunto das competências que poderiam ser fragmentadas ou dispersas em vários centros políticos ou administrativos, dependendo do objeto da organização cuidada. [...] o conceito de descentralização é a ideia de uma estrutura plural de exercício do poder político, o que não conduz a uma ordem jurídica única, mas pluralista, vez que a manifestação política no Estado se dá por excelência, pela capacidade de criar o Direito e organizar as instituições políticas segundo o sistema jurídico positivado. Assim, a descentralização política define uma pluralidade

de ordens jurídicas ordenando-se e coordenando-se numa estrutura total, conformada por ordens jurídicas parciais acopladas harmoniosa e complementarmente.

Federalismo, portanto, relaciona-se diretamente a ideia de descentralização do poder político, como se pode observar dos Estados Federais existentes na atualidade e que seguiram o modelo desenvolvido e estruturado pelos EUA. Contudo, essa não é uma regra geral, tendo em vista que alguns Estados intitulados de federais, como a Venezuela, possuem características demasiadamente centralizadoras na organização política de seus entes e, ainda sim, são compreendidos enquanto Federações (SEGADO, 2003).

Dessa forma, o que compreende o princípio federativo, informador desse modelo de Estado?

Rocha (1996, p. 171) aponta que “o elemento informador do princípio federativo é a pluralidade consorciada e coordenada de mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território estatal, postas cada qual no âmbito de competências previamente definidas, a submeter um povo”.

Por sua vez, Schwartz (1984, p.9) apresenta que referido princípio expressa-se na ideia de que “os governos geral e regionais são coordenados e independentes em suas respectivas esferas”, conformados a partir das disposições de uma Constituição formal e escrita, que elege competências a fim de resguardar os espaços de atuação de cada uma das esferas de governo (União e Estados-membros).

Referidos conceitos estão imbricados também ao que a literatura compreende acerca do Federalismo, do Estado Federado e dos Sistemas Políticos Federais, sendo uma diferenciação realizada por Watts (2006) e que se faz necessária para o desenvolvimento da temática acerca das características do Estado Federado.

Watts (2006) informa que o termo federalismo (p. 97):

[...] não é basicamente uma categoria descritiva, mas de caráter normativo e faz alusão à defesa de um governo múltiplo, que combina elementos de governo comum e de autogoverno regional. Seu fundamento advém do valor e da validez de combinar unidade e diversidade, aceitando, preservando e fomentando diferentes identidades dentro de uma união política mais ampla. A essência do federalismo

como um princípio normativo está na perpetuação tanto da união quanto da não centralização ao mesmo tempo (tradução livre)

Por sua vez, Rocha (1996, p. 172) compreende que o federalismo:

[...] representa uma forma descentralizada de organização do Poder no Estado, sem embargo de se manter um centro assegurador da unidade do sistema jurídico. Esse centro é que garante a diversidade das ordens jurídicas parciais, porque não se rebelam contra a matriz constitucional polarizada naquele núcleo unificador da ordem nacional.

Já o conceito de Sistemas Políticos Federais representa uma ampla categoria de sistemas políticos que, diferentemente dos sistemas de caráter unitário, possuem dois ou mais níveis de governo, de modo a combinar elementos de um governo compartilhado, entre as instituições comuns e, o autogoverno regional, nas unidades periféricas e regionais (WATTS, 2006).

Com relação ao conceito de Federação, estabelece-se as seguintes ideias: governo federal e os governos regionais não estão subordinados uns aos outros; cada nível de governo tem poderes soberanos definidos na Constituição, permitindo com que atuem diretamente sobre seus cidadãos, com suas competências legislativas, executivas e tributárias delineadas e os membros dos Poderes Executivo e Legislativo são eleitos pelos cidadãos, incentivando e permitindo com que haja participação popular na tomada de decisões no âmbito político (WATTS, 2006).

Os três conceitos são correlatos a uma mesma ideia que se expressa nas características “mais comuns” das Federações, quais sejam (SEGADO, 2003; WATTS, 2006; RAMOS, 2012a): a) a existência de uma constituição escrita e rígida, dotada de supremacia, que conta com a participação das entidades federativas em suas reformas; b) duas ordens de governos que atuam diretamente sobre seus cidadãos; c) distribuição de competências entre a federação e os estados membros que a compõem; c) o reconhecimento da autonomia dos estados membros; d) uma distribuição constitucional formal dos poderes legislativo e executivo e a distribuição das fontes de financiamento entre as duas ordens de governo, o que garante e corrobora a ideia de autonomia para cada instância; e) um árbitro, em regra um tribunal, responsável por regular as disputas entre os entes da federação e resguardar as competências destes; f) procedimentos e instituições para facilitar a colaboração intergovernamental nas áreas onde as competências

sejam compartilhadas ou inevitavelmente se sobreponham; g) possibilidade de intervenção federal.

É de ressaltar que não existem países federais idênticos, sendo assim nem todas as características serão visualizadas de igual modo em todas as federações existentes. As características apresentadas linhas acima são tidas como “primárias”, mas não vincula o reconhecer um Estado enquanto Federal o atendimento de todas. Nas palavras de Ramos (2012a, p. 30), essas características, ou seja, esses elementos constituem os “ingredientes essenciais para a realização do teste de qualidade do Estado que se está analisando e que se quer ver considerado como Estado Federal”.

Apresenta-se, como exemplo, a Venezuela, que se reconhece como Federação, apesar de conter tendências centralizadoras e ter passado por processos de refederalização diversas vezes, além de possuir um conceito “fraco” de federalismo (BROSCHEK, 2017).

Ramos (2012a) ressalva que essas características foram vistas primeiramente nos EUA, de modo a servirem de modelo para os outros países que adotaram o princípio federativo em seus textos constitucionais. Porém, isso não significa dizer que todos os países que se reconhecem como Federais ou que queiram adotar referido modelo tenham que apresentar todas as mesmas características ou elementos.

Desse modo, podem ser apontados os seguintes elementos para que se compreenda um Estado enquanto Federal no conceito de Ramos (2012a, p. 30):

- a) constituição escrita e rígida; b) duas ordens jurídicas: central e parciais, sendo estas últimas dotadas de autonomia, quer dizer, competências próprias, possibilidade de auto-organização e de escolha de seus governantes e membros do poder legislativo, os quais terão competência para legislar sobre as matérias fixadas na constituição federal, além dos recursos necessários para fazer frente às suas responsabilidades; c) indissolubilidade do vínculo federativo; d) vontades parciais representadas na elaboração da vontade geral por meio do Senado Federal, que deve guardar a isonomia entre as vontades parciais; e) existência de um Tribunal Constitucional como guardião das competências e f) possibilidade de intervenção federal.

Compreende-se, portanto, que o modelo Federado de Estado é bastante dinâmico e que não corresponde a um modelo pronto e fechado

para todas as sociedades, mesmo nos casos em que há adoção de instituições similares, várias circunstâncias podem levar a um funcionamento federativo de forma distinta (WATTS, 2006).

É nesse sentido que Ramos (2012a, p. 24) afirma que o federalismo:

[...] não é um modelo fechado que só pode ser adotado por determinado país se seguir exatamente os mesmos roteiros, ingredientes, quantidade e qualidade dos elementos presentes na sistemática americana, país que o adotou pela primeira vez, mesmo não sabendo exatamente que estava criando uma nova metodologia de exercício do poder político. São vários os elementos caracterizadores de um Estado Federal.

Conclui-se que as características apresentadas linhas acima são instrumentos norteadores para que se possa compreender a estrutura e os elementos conformadores de um Estado Federado, porém, não há uma obrigatoriedade que todos os itens desse *checklist* sejam observados e cumpridos estritamente, exatamente porque o cuidado que deve haver é anterior e perpassa pela proteção dos direitos humanos e do respeito à história e ao povo que solidificam toda a estrutura política e social de um Estado.

## 2 ORIGEM E FORMAÇÃO HISTÓRICA DO CANADÁ

### 2.1 Aspectos histórico-culturais do Canadá

O Canadá é o maior país do continente americano e ocupa o segundo lugar no mundo em extensão. Seu território era originalmente ocupado por diversas nações indígenas que possuíam sistemas sociais, políticos, econômicos e culturais complexos. Entretanto, com a chegada dos primeiros colonizadores os modos de vida dos indígenas foram modificados.

Gonçalves (2007) discorre que foi a partir do séc. XVI que ingleses e franceses chegaram no “Novo Mundo” para estabelecer suas colônias. Em meio a conflitos territoriais que perduraram cerca de 200 anos, a Inglaterra e a França chegaram a um consenso em 1763, por meio do Tratado de Paris, quando os franceses cederam seus territórios aos britânicos e reduziram as suas possessões coloniais. Porém, é de destacar que mesmo com a assinatura do documento, observou-se que:

[...] a presença francesa no território canadense era muito mais significativa que a inglesa. Nesse sentido, as autoridades britânicas

viram sob seu controle toda uma população francófona e católica em Québec, população essa com cultura e valores franceses bastante arraigados e que não poderiam ser simplesmente desconsiderados (GONÇALVES, 2007, p. 130).

Em 1791 o Parlamento Britânico realizou significativas mudanças na América do Norte Britânica. Por meio do *Constitutional Act of 1791* novas divisões territoriais foram realizadas na província do Quebec, agora havia a região do Alto Canadá ou Canadá Superior - cuja população era anglófona e protestante – e o Baixo Canadá ou Canadá Inferior – cuja população era francófona e católica (TOUSIGNANT, 2020).

Em razão da separação territorial, dois governos provinciais foram criados e dotados, cada um, de bases institucionais que lhes permitiam exercer autoridade dentro de uma estrutura constitucional, com isso, cada colônia passou a ter seu governador próprio, com conselhos executivos e legislativos nomeados pela metrópole e com assembleia locais elegíveis. Nesse sentido, Gonçalves (2007, p. 130) apresenta os desdobramentos que o *Constitutional Act of 1791* trouxe à população e a estrutura política do Canadá:

[...] partir de 1791, as colônias canadenses adquiriram um “governo representativo”, marcado por um conjunto de instituições que incluíam uma assembleia legislativa eleita, a qual representava o povo e poderia levar seus pleitos ao governo. Destaque-se, entretanto, que até a segunda metade do século XIX, o poder estava efetivamente centrado no Governador-Geral, nomeado pela Coroa britânica, e nos conselheiros por ele indicados.

Alguns anos após, em 1837, iniciou-se uma rebelião liderada por insurgentes do Alto e do Baixo Canadá contra a Coroa Britânica e as mudanças políticas ocorridas. Na região do Baixo Canadá o movimento foi mais sério e violento que no Alto Canadá, com demandas que incluíam apelos democráticos por um governo local responsável e controle sobre os gastos das receitas da colônia. Como consequência ao movimento, o Parlamento Britânico editou o *Union Act* (1840), criando uma nova província, composta pelas regiões do Alto e Baixo Canadá e intitulada de “Província do Canadá” (CARELESS, 2019).

Por meio do *Union Act*, um único governo e legislatura foram estabelecidos na província do Canadá e, em uma tentativa de dar a cada “Canadá” (anglófono e francófono) igual representação no legislativo, foram concedidos os mesmos números de assentos para cada região,

porém, apenas houve um reforço da ideia de que existem dois “Canadá” dentro de uma única província, no qual cada um tem uma história, sociedade e cultura e estão ligados apenas pela força advinda do Ato da União (CARELESS, 2019).

Gonçalves (2007, p. 131) discorre que toda a mudança realizada na província do Canadá trouxe problemas à população francófona ali situada, já que sua língua havia sido banida do uso oficial do governo e as instituições educacionais e relacionadas ao direito civil foram reformadas. Porém, “com o objetivo de assegurar os interesses dos franco-canadenses e reduzir a tensão entre estes e os anglo-canadenses, o federalismo foi ganhando força até que, após várias conferências envolvendo representantes das colônias britânicas da América do Norte”, houve a aprovação do *British North America Act* (1867), por meio do Parlamento Britânico.

O documento, também intitulado de *Constitution Act*, foi a primeira constituição que o Canadá teve e que até os dias atuais está em vigor, mesmo com a edição de uma nova Carta Constitucional em 1982. Por meio daquela primeira Carta o Canadá tornou-se uma Federação. Nesse sentido, colaciona-se a citação abaixo que discorre acerca do federalismo canadense (AZZI, 2006, não paginado, tradução livre):

Os canadenses seguiram o exemplo americano em 1867, quando criaram uma federação com poderes divididos entre dois níveis de governo. Ao mesmo tempo, os líderes do Canadá procuraram evitar os problemas que viam no sistema americano. Em sua opinião, a Guerra Civil Americana (1861-1865) surgiu em parte porque o governo central dos Estados Unidos era muito fraco. Como resultado, o documento de fundação do Canadá, a Lei Britânica da América do Norte de 1867, criou um governo federal poderoso e governos provinciais mais fracos.

Muito embora o federalismo tenha inaugurado uma nova organização política-institucional para o Canadá, ainda se verificava um vínculo demasiado forte com a Coroa Britânica, já que a *Constitution Act* não havia garantido a autonomia e soberania da Colônia perante a Metrôpole. Em razão disso, o Canadá e o Reino Unido perpassam por guerras coloniais e pela I Guerra Mundial lado a lado. Entretanto, com fim da Grande Guerra, os canadenses passaram a requerer mais autonomia (GONÇALVES, 2007).

Apenas em 1931, por meio da promulgação do Estatuto de Westminster, o Canadá foi considerado constitucionalmente “igual em *status*” ao Reino Unido. A partir deste momento algumas mudanças ocorreram, como a regulamentação



dos poderes do Parlamento no Canadá e os limites do Parlamento Britânico. No entanto, alguns limites ao Parlamento do Canadá permaneçam.

Hillmer (2006) descreve que o Governo Federal e os Governos Provinciais não chegaram a um acordo sobre como as alterações no *British North America Act* (1867) – agora conhecida por *Constitution Act of 1897* – seriam promovidas. Como resultado, o Parlamento Britânico foi convidado a manter o poder de emendar a Constituição do Canadá até que os canadenses pudessem apresentar sua própria maneira de emendá-la.

Tal fato é demasiado curioso, pois, embora o Canadá fosse um Estado soberano e com parlamento próprio, não possuía razoável poder para emendar sua constituição, ficando sob a dependência do Parlamento Britânico até 1982, quando foi editado o *Constitution Act* pelo Parlamento Canadense e aprovada última emenda pelo Parlamento Britânico, que, na oportunidade, abdicou de qualquer interferência sobre o Canadá e as normas produzidas no país (GONÇALVES, 2007).

É claro que essa modificação na estrutura normativa do Canadá não surgiu de um momento para outro. Desde a década de 1930 o Canadá encontrava-se em um “limbo jurídico-normativo”, resguardado sob o poder do Parlamento Britânico para edição de normas cujo conteúdo ainda lhe cabia e emendas à *Constitution Act of 1867* – titulação que o *British North America Act of 1867* recebeu após a Constituição de 1982. Em razão desta condição “incerta”, diversas conferências foram realizadas entre a Federação e as Províncias a fim de se chegar a um acordo sobre como a Constituição deveria ser emendada, porém todos os movimentos foram falhos e nenhum solução para a questão constitucional que o país enfrentava há mais de 03 (três) séculos foi encontrada (AZZI, 2012a).

O ponto de virada ocorreu no início dos anos 1980, quando o governo do, então, Primeiro-Ministro Pierre Elliott Trudeau deu início ao processo de “patriação” da Constituição do Canadá, tirando-a das mãos do Parlamento Britânico e orquestrando os debates em prol da sua aprovação junto ao Parlamento Britânico, consagrando a última emenda aprovada por este órgão (AZZI, 2012a).

No ano de 1982, o Canadá obteve significativos resultados na edição de suas normas, na garantia dos direitos fundamentais e na solidificação dos seus propósitos nacionais e internacionais e todos foram alcançados por meio (1) da promulgação do *Constitution Act of 1982* e (2) da renomeação e

reforma do *British North America Act* para Constitution Act of 1867, com o acréscimo da *Canadian Chart of Rights and Freedom*.

### 3 O DESENHO INSTITUCIONAL DA FEDERAÇÃO CANADENSE E SEUS REFLEXOS NO CANADÁ DO SÉC. XXI

O Canadá adotou o modelo Federado de Estado no séc. XVII quando da promulgação da *British North America Act of 1867*. O exemplo maior que havia na época era os EUA, primeiro país a estabelecer os elementos conformadores do federalismo na modernidade. Contudo, algumas adaptações foram realizadas na América Britânica a fim de evitar conflitos e dissidências internas, sobretudo porque havia dois povos colonizadores com costumes, cultura e religião bem distintos e cujos anseios precisavam ser levados em conta (AZZI, 2006; GONÇALVES, 2007).

Por considerarem que a Guerra Civil Americana (1861-1865) surgiu, em parte, porque o governo central dos EUA era muito fraco, o Canadá preferiu estabelecer um governo federal poderoso e governos provinciais mais fracos, num movimento mais centralizador. Como resultado, tinha-se que as províncias seriam responsabilizadas por questões privadas ou locais, como hospitais, escolas, instituições de caridade, municipalidade, lojas, transporte local, recursos naturais e direitos civis e de propriedade (AZZI, 2006).

Os restantes das matérias seriam de competência do governo federal, sendo este responsável por manter a paz, a ordem e o bom governo do Canadá, conforme dispõe o *British North America Act of 1867*. Nesse sentido, Watts (2006, p. 121-122) apresenta que o federalismo canadense teve uma característica inovadora, conforme se verifica da seguinte citação:

O aspecto mais inovador da federação foi que, ao contrário das federações dos Estados Unidos e da Suíça, que ponderaram a separação do executivo e do legislativo em suas instituições federais, o Canadá foi a primeira federação a incorporar um sistema de governo parlamentarmente responsável no qual o executivo e o legislativo estão fundidos. Essa combinação de sistema federal e parlamentar foi posteriormente adotada na Austrália e em muitas outras federações discutidas neste estudo. A característica fundamental da forma de governo parlamentar das instituições federais teve um impacto significativo na dinâmica do federalismo no Canadá.

Portanto, mostra-se de significativa importância analisar o funcionamento do federalismo no Canadá e sua organização político-

institucional, sobretudo como um fator de agregação diante dos anseios separatistas ocorridos com a província de Quebec e em outras regiões. Para tanto, passa-se a análise dos “elementos estruturantes” do modelo Federado de Estado no Canadá, de modo a se realizar um “teste de qualidade” acerca da sua estrutura enquanto Estado Federal.

### 3.1 Constituição Escrita e Rígida

O primeiro item que Ramos (2012a) aponta como “indicador” para reconhecimento de um Estado Federal é a existência de uma constituição escrita e rígida, sendo verificado que o Canadá o cumpre esse requisito.

Conforme mencionado linhas acima, o Canadá é possui dois documentos formais, escritos e cuja alteração necessita de um processo rígido que envolvem a participação dos dois níveis de governo (Federal e Provincial). Nesse sentido, Rodrigues (2016, p. 86-87) discorre o seguinte acerca da normativa constitucional do Canadá:

Atualmente, o conceito de “Constituição” é dado pela seção 52(2) do Ato Constitucional de 1982 e inclui o seguinte: (i) o Ato Constitucional de 1867 (até então chamado de Ato da América do Norte Britânica); (ii) o Ato do Canadá, inclusive sua segunda parte, que contém o próprio Ato Constitucional de 1982; (iii) um rol de diversos estatutos e normas de dignidade constitucional editados entre 1867 e 1982 e, por fim, (iv) todas as emendas aos diplomas mencionados nos itens anteriores.

Até 1982, o Ato Constitucional de 1867, editado pelo parlamento de *Westminster*, representava a fonte escrita por excelência do Direito Constitucional canadense. O Ato de 1867 cria o novo Domínio do Canadá, atribuindo-lhe uma “Constituição similar em princípio àquela do Reino Unido”, conforme passagem registrada no preâmbulo. A ideia básica do Ato Constitucional de 1867 era disciplinar o funcionamento geral das instituições canadenses à luz do modelo britânico, mas sem alterar o status colonial da região<sup>14</sup>. De novo, o diploma traz o arranjo federativo, a disciplinar a convivência entre as províncias de *Nova Scotia*, *New Brunswick* e Canadá (esta última formada por Ontario, antigo “Alto Canadá” e Québec, outrora “Baixo Canadá”). Além disso, o estatuto prevê regras para a admissão de novas províncias.

O Ato do Canadá, de 1982, também editado pelo Parlamento britânico, compreende, na verdade, duas partes. A parte inicial compõe-se de

quatro curtas seções, tendo por objetos centrais promulgar o Ato Constitucional previsto na parte “B” e extinguir a autoridade da Legislatura de *Westminster* sobre o país norte-americano. O Ato Constitucional, por sua vez, contém a importante Carta de Direitos, garante os direitos dos povos aborígenes, cria um procedimento para emenda dos atos constitucionais e estabelece a supremacia da Constituição escrita. Além disso, como já referido, são declarados constitucionais todos os trinta documentos e resoluções listados no Ato Constitucional, além das futuras emendas apostas a todos os atos de dignidade constitucional (grifo do autor).

Verifica-se que o Canadá possui uma arquitetura constitucional robusta, contando com duas constituições que se complementam em conteúdo, de modo a tratarem acerca da proteção dos direitos e garantias dos homens – incluindo os direitos dos povos indígenas –, das competências dos entes da Federação, das atribuições e estruturação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e de diversos assuntos referentes à estrutura das instituições políticas e sociais.

É interessante apresentar que a Carta de 1982 se fundamenta em princípios constitucionais consuetudinários, tais como “os da monarquia constitucional, do ‘governo responsável’, do federalismo, da primazia do direito, do controle do Judiciário, da democracia e da proteção constitucional dos direitos e liberdades” (GONGALVES, 2007, p. 133), sendo assim, os costumes são também levados em consideração no ordenamento normativo canadense, embora não sejam de observância obrigatória pelo Poder Judiciário quando ainda não adquiriram o caráter de convenções (RODRIGUES, 2016).

Frise-se que a Carta de 1982 dispõe acerca do procedimento de emenda constitucional e exige que as alterações propostas ao Texto Constitucional sejam debatidas no Parlamento Canadense. Nesse sentido, Azzi (2012a, não paginado, tradução livre) apresenta que:

A maioria das seções da Constituição pode ser alterada com a aprovação do Senado, da Câmara dos Comuns e das legislaturas de pelo menos dois terços (sete) das províncias, desde que essas províncias contenham pelo menos 50 por cento da população do Canadá. Isso é conhecido como regra 7/50.

A aprovação unânime do Senado, da Câmara dos Comuns e de todas as 10 legislaturas provinciais é necessária para emendar as disposições que tratam de: a composição da Suprema Corte; o uso das línguas francesa e inglesa; o direito de uma província ter pelo menos tantos

membros do Parlamento quanto senadores; e os cargos da Rainha, do governador geral ou dos vice-governadores.

Considerando as informações apresentadas, é possível afirmar que no modelo Federal Canadense está presente o requisito de uma constituição escrita e rígida.

### **3.2 Duas ordens jurídicas, uma central e outras parciais**

Outra característica do Estado Federal é a existência de duas ordens jurídicas, uma central e outras parciais, sendo que estas últimas são dotadas de autonomia, o que implica dizer que: (1) possuem competências próprias, (2) possibilidade de auto-organização e (3) de escolha de seus governantes e membros do poder legislativo, sendo que estes terão competência para legislar sobre as matérias fixadas na constituição federal (RAMOS, 2012a).

No Canadá, os níveis de governo estão estruturados em federal, provinciais e municipais (ou locais), no entanto, apenas os dois primeiros têm poderes resguardados pela Constituição de 1982, o que os diferenciam dos governos municipais, que têm poderes concedidos pelos governos provinciais (GOW, 2006).

Com relação à divisão de funções do Estado, tem-se no Canadá o estabelecimento dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que estão organizados tanto no nível Federal quanto no nível Provincial. Dessa forma, o Poder Legislativo Federal e Provinciais serão responsáveis pela elaboração das leis, votação dos impostos e despesas, das emendas constitucionais etc. Já o Poder Judiciário realizará a função de intérprete das leis. Por fim, o Poder Executivo, será responsável por propor e executar leis e apresentar orçamentos ao Legislativo (GOW, 2006).

Diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a Constituição Federal de 1988 estabelece uma Federação de três níveis ou de segundo grau, os municípios canadenses não possuem autonomia federativa e, portanto, estão subordinados às determinações e normas aprovadas pelos Governos Provinciais (GOW, 2006; RAMOS, 2012b).

Em razão de o sistema político canadense reunir características da monarquia parlamentar britânica e do federalismo norte-americano, o Poder Executivo se estrutura por meio da atuação de duas autoridades, o Chefe de Estado e o Chefe de Governo. Nesse sentido, Azzi (2006,

não paginado, tradução livre) discorre como se dá a estrutura do Poder Executivo em nível Federal:

O chefe do governo federal é o primeiro-ministro, que é o principal porta-voz do governo, principal formulador de políticas e presidente do Gabinete. Seguindo o conselho do primeiro-ministro, o governador geral (agindo em nome da Coroa) convoca, prorroga e dissolve o Parlamento; convoca eleições; e nomeia ministros de gabinete, senadores, embaixadores, vice-ministros, vice-governadores provinciais e o presidente do Senado. O governador-geral, agindo sob conselho do primeiro-ministro, também nomeia juízes dos tribunais federais e dos tribunais superiores, distritais e distritais das províncias. Exceto em raras ocasiões, os governadores-gerais seguem as recomendações do primeiro-ministro no cumprimento dessas funções.

Em nível provincial, a representação do Poder Executivo é exercida pelo Premier, que é o Presidente do Conselho Executivo e goza do mesmo *status* de chefe de governo tal como o Primeiro-Ministro no Gabinete Federal (RUFF, 2006).

Com relação ao Poder Legislativo, tem-se no nível federal uma estrutura bicameral, composta pelo Senado (Câmara Superior) e pela Câmara dos Comuns (Câmara Baixa). Em nível provincial existem as Assembleias Legislativas ou Casa de Assembleia ou Assembleia Nacional, a depender da nomenclatura adotada na província (HODGETT, 2012).

A Câmara dos Comuns é composta por 338 membros e consiste na mais importante câmara do Poder legislativo Federal, sendo a única responsável por apresentar projetos de leis que tratem acerca de impostos e gastos no âmbito nacional. Entretanto, esta Câmara não atua sozinha, pois depende também da atuação dos membros do Senado para aprovação dos projetos de leis e emendas constitucionais que por lá iniciaram (HODGETT, 2012).

O Senado é composto de 105 membros, que são nomeados pelo Governador-Geral sob orientação e escolha do Primeiro-Ministro. Seus membros tem a responsabilidade de considerar e revisar a legislação nacional conforme as Constituições. Contudo, a sua principal função é dar igualdade de tratamento e participação às Províncias dentro do Parlamento (FOOT, 2006).

Observa-se que a segunda característica do Federalismo está presente na estrutura política do Canadá, tendo em vista a existência de:

a) um Governo Federal e Governos Provinciais dotados de competências próprias delimitadas na Constituição de 1867 e 1982 e nas Constituições Provinciais; b) organizados em três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e; c) com governantes, em nível Federal e Provinciais, escolhidos pela população por meio de eleições, bem como os membros do Poder Legislativo, especificamente da Câmara dos Comuns, em nível Federal e, das Assembleias Legislativas, em nível Provincial.

### 3.3 Indissolubilidade do Vínculo Federativo

Iniciou-se na província de Quebec um sentimento separatista que levou a população às urnas para decidirem acerca da manutenção do vínculo entre província francófona e o Canadá. Entretendo, nos dois referendos ocorridos (1980 e 1995) o povo decidiu por manter o vínculo de Quebec com a Federação.

Em razão da população do Quebec ter origem majoritariamente francesa (cerca de 80%), observa-se que os costumes, cultura e língua adotados nesta região destoam em diversos aspectos do restante do Canadá, isso significa que, para manutenção dos laços federativos de modo equilibrado e saudável, foi necessário que as Instituições, os Poderes e o Governo adequassem algumas questões.

Dentre as adequações ocorridas, destaca-se que, em 2006, a Câmara dos Comuns aprovou uma moção de reconhecimento do Quebec enquanto uma espécie de nação que estaria inserida dentro do Canadá: “Que essa Casa reconhece que Quebec forma uma nação dentro de um Canadá unido” (CANADA, 2015, não paginado, tradução livre).

Nesse episódio específico, tratou-se de uma moção de caráter meramente declaratório, ou seja, essa aprovação em nada alterou o vínculo jurídico-constitucional existente entre a província de Quebec e o Canadá enquanto um país soberano. Porém, esse gesto político de simples caráter simbólico aponta para um desafio que a Federação canadense possui, precisando constantemente contornar e encontrar soluções para esse ímpeto separatista quebequense.

Outro episódio relevante consistiu em uma decisão da Suprema Corte do Canadá de 2014 em matéria de Direito Constitucional, oportunidade em que a citada Corte referiu-se expressamente à existência de distintas tradições legais e valores sociais da província de Quebec que devem ser levados em consideração tanto pelo Governo Federal quanto pelas outras províncias (CANADA, 2015).

Destaca-se também a tentativa frustrada de aprovação do chamado Acordo do Lago *Meech*, em 1990, em que se buscou aprovar a inclusão de uma cláusula na Constituição 1982 que expressamente previsse que qualquer interpretação constitucional a ser realizada deveria levar em consideração o reconhecimento de Quebec enquanto uma sociedade distinta dentro do Canadá. Porém, não houve a concordância e o apoio de todos os outros entes da Federação canadense, de modo que essa proposta de modificação constitucional não prosperou (CANADA, 2015).

Esses são alguns dos exemplos que o Canadá encontrou para a manutenção do vínculo federativo em meio a diversos movimentos que poderiam levar a uma possível secessão da província de Quebec com todo o restante do Canadá. De fato, são medidas que se mostraram necessárias, tendo em vista a iminência de um desequilíbrio na relação Federação-província, porém, não se tratam de uma panaceia, tendo em vista que um novo descontentamento pode surgir em um dos lados.

### **3.4 Representatividade das vontades parciais no Senado Federal, sendo resguardada a isonomia dos entes periféricos**

A quarta característica de uma Federação traduz-se na representatividade dos entes periféricos no cenário nacional e no resguardo da isonomia destes entes. Nesse sentido, tem-se no Canadá que a estrutura do Poder Legislativo Federal é formada por duas câmaras, quais sejam: o Senado e a Câmara dos Comuns.

O processo de escolha dos membros do Senado é realizado pelo Governador-Geral e pelo Primeiro-Ministro, como mencionado linhas acima, porém é necessário o cumprimento de alguns requisitos. Nesse sentido, Foot (2006, não paginado, tradução livre) apresenta quais seriam as condicionantes para ocupar uma cadeira no Senado no Canadá:

Para se qualificar para a nomeação, eles devem ser cidadãos canadenses, ter pelo menos 30 anos de idade; ter bens imóveis no valor de \$ 4.000 sem hipoteca e um patrimônio líquido de pelo menos \$ 4.000 (valores inalterados desde quando foram promulgados pela primeira vez durante a Confederação em 1867); e residir na província ou território para o qual foram nomeados.

Para que se mantenham no cargo, os Senadores não podem se tornar estrangeiros falidos, insolvente ou inadimplente público, sofrer condenação por doloso ou qualquer “crime infame”, bem como não podem perder sua



residência ou qualificação de propriedade ou estarem ausentes por duas sessões consecutivas do Parlamento (ROOF, 2006).

A criação deste órgão se deu por meio da Constituição de 1867 e destina-se a proteger os interesses regionais, mas também para se opor ao elemento democrático dentro do Parlamento, que a Câmara dos Comuns, tendo em vista que a escolha dos seus membros se dá por votação popular.

O Senado no Canadá é projetado, portanto, para equilibrar o poder dos Comuns, dando voz e protegendo os direitos das regiões do Canadá, particularmente aquelas cuja população é menor e não tem representatividade suficiente na Câmara dos Comuns. Nesse sentido, verifica-se que mais um item do checklist do federalismo no Canadá foi cumprido.

### 3.5 Tribunal Constitucional

Com relação ao Judiciário no Canadá, alguns apontamentos fazem-se necessários. A organização do Poder Judiciário está disposta no Ato Constitucional de 1867 e suas competências estão distribuídas em Federal e Provincial. O seu órgão de cúpula é a Suprema Corte do Canadá e sua competência primordial é conhecer dos apelos originados de todos os Tribunais de Apelação das Províncias e do Tribunal Federal de Apelação. Abaixo desta Corte, encontram-se o Tribunal de Apelação de Assuntos Marciais ou Militares, o Tribunal de Apelação Provincial e Tribunal Federal de Apelação (CANADA, 2017b).

A Suprema Corte canadense é composta por 9 (nove) juízes, nomeados pelo Governo Federal, e sua jurisdição deriva, principalmente, do Ato da Suprema Corte e de outros Atos do Parlamento. Em razão da sua independência funcional e da qualidade e estima do seu trabalho, a Suprema Corte contribui significativamente para que o país tenha bases fortes capazes de promover o exercício da democracia local (CANADA, 2017b).

Assim como o Brasil e vários outros países democráticos de origem liberal, o Canadá adotou o princípio da Separação dos Poderes em sua estrutura constitucional. O Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes, sendo atribuído, particularmente, ao Judiciário o poder de interpretar e aplicar o Direito nos casos concretos (GALL, 2017).

Outro ponto que se destaca com relação às peculiaridades regionais da Federação canadense é o sistema jurídico dual ali adotado (*bijuralism*, no original em inglês), de modo que há tanto a adoção do *common law*

quanto do *civil law*. Em Quebec, assuntos atinentes ao Direito Privado são regidos pelo *civil law*, enquanto que, nas outras províncias, o *common law* é o sistema adotado. Por fim, as leis e regulamentações federais têm que respeitar ambos os sistemas e devem estar expressos em Inglês e em Francês, de modo a serem respeitadas as regiões que adotam a segunda língua (CANADA, 2017a).

### 3.6 Possibilidade de Intervenção Federal

Apesar do vínculo jurídico e político existente com o Reino Unido haver se mantido, ao menos parcialmente, até o final do séc. XX, é pertinente destacar a estabilidade institucional e constitucional do Canadá em todo esse período. Acerca deste ponto, segue a passagem abaixo:

Em primeiro lugar, a sustentabilidade da federação varia consideravelmente. Embora o federalismo canadense, por exemplo, tenha se apoiado em um compromisso muito frágil desde o início e apesar das tensões dentro da federação serem significativamente exacerbadas ao longo do século XX, é o único sistema constitucional original que não foi interrompido. Todos os outros testemunharam grandes mudanças de regime, o que levou à suspensão temporária do federalismo ou a episódios de refederalização (BROSCHEK, 2017, p. 45, tradução livre).

Comentando acerca das dificuldades enfrentadas pela Federação canadense desde suas origens, Watts (2006) aponta que o Canadá sempre conviveu com essa dualidade cultural franco-inglesa em seu território, o que acaba por resultar, inevitavelmente, em um forte sentimento regionalista na divisão entre as suas províncias. No mesmo sentido, conforme apontado acima, vem ocorrendo um gradativo processo de reconhecimento da importância e da autonomia dos povos aborígenes dentro do contexto federativo.

Todas essas características apontadas que foram implementadas pelo Canadá em sua estrutura federativa para contornar os conflitos internos vão ao encontro de uma concepção ampla e adaptativa de Federalismo, em que existem características básicas e comuns a toda Federação, mas sempre haverá adaptações relativas à realidade histórica, política, social e cultural de cada país. Sobre o caráter adaptativo do Federalismo, segue a citação abaixo de Ramos (2012b, p. 59):

A primeira delas é a de que não existe um federalismo puro, o qual possa servir de referência incontestada para avaliar se outras experiências

de Estado se enquadram ou não na perspectiva federal, o que não quer dizer que o Estado Federal não apresente determinados elementos essenciais, sem os quais não possa ser identificado.

Por óbvio que a referência básica de um Estado Federal é americana, afinal foram eles que inventaram essa metodologia de repartição territorial do poder.

Por outro lado, é importante observar que cada Estado descentralizado constrói a sua experiência. Foi justamente o que se deu no Brasil, onde a partir de um Estado Unitário foi construído um Estado Federal, seguindo um caminho completamente diferente do americano, que se constituiu a partir da vontade livre e consciente de ex-colônias que necessitavam unir-se para garantir sua prosperidade e segurança.

Portanto, com os elementos institucionais presentes na atual Federação canadense, observa-se a importância do processo de respeito e garantia das autonomias regionais para a manutenção da estabilidade nacional por mais de um século e meio. Em seu contexto de fortes diferenças culturais (concentradas na província de Quebec, que destoa do restante do país em diversos aspectos), o modelo Federal de Estado apresentou-se como a arquitetura institucional capaz de conferir estabilidade política e desenvolvimento econômico e social a uma nação de tamanhos continentais e caracterizada por esse forte regionalismo.

## **CONCLUSÃO**

Estabelecida inicialmente na Constituição dos EUA de 1787 para superar as falhas da Confederação estabelecida após a Guerra de Independência, a Federação consolidou-se como uma das formas de Estado mais adotadas por países que contam com regimes políticos democráticos após quase dois séculos e meio de sua criação pelos Founding Fathers na Convenção de Filadélfia.

Concluiu-se que uma das principais razões para essa estabilidade política e institucional consistiu na flexibilidade existente no Federalismo, sendo capaz de lidar com países de grande extensão territorial e marcados por fortes diferenças existentes internamente, uma vez que garante uma parcela de autonomia política e normativa aos seus respectivos entes regionais.

No caso específico do Canadá, a outrora colônia da Grã-Bretanha gradativamente passou a conquistar autonomia política frente à Coroa

Britânica, de modo que esta, atualmente, exerce somente a Chefia de Estado e alguns cargos específicos de Governo, não havendo mais a subordinação política e jurídica antes existente.

O marco dessa transição foi estabelecido pelo próprio Parlamento Inglês, que, em 1982, por meio do denominado Canada Act, concedeu ampla emancipação normativa do Canadá, rompendo com boa parte dos laços jurídicos e políticos existentes anteriormente entre os dois países e permitindo que este passasse a gozar de autonomia constitucional, soberania internacional e unidade nacional.

Concluiu-se que, em razão de sua formação histórica específica, marcada por movimentos separatistas relativos a determinadas Províncias do país (sobretudo, Quebec), o Canadá adotou a forma federativa de Estado, mas realizou adaptações a sua realidade nacional, o que permitiu com que se mantivesse a integridade e a unidade nacionais em um território tão vasto e com a existência desses ímpetos de natureza separatista.

Tal fato destaca o caráter adaptativo do Federalismo, uma vez que, apesar de existirem determinados elementos básicos comuns a toda Federação, é possível e recomendável que ele seja implementado de acordo com a realidade de cada país e com as necessidades que deverão ser atendidas quando da divisão territorial do poder do Estado.

## REFERÊNCIAS

AZZI, Stephen.. Federal Government. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2006. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/federal-government>. Acesso em: 22 nov. 2020.

Azzi, Stephen. Constitution Act, 1982. In: *he Canadian Encyclopedia*. 2012. 2012a. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/constitution-act-1982>. Acesso em: 20 nov. 2020.

AZZI, Stephen. Constitution of Canada. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2012. 2012b. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/constitution>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BROSCHKEK, Jörg. Federalismo en Europa, América y África: un análisis comparativo. In: HOFMEISTER, W.; ARANDA, J. T. (Org.). *Sistemas Federales: una comparación internacional*. Zaragoza: Fundación Konrad Adenauer y Fundación Manuel Giménez Abad, 2017, p. 35-61.

CANADA. Department of Justice. *The Canadian Constitution*. Canada: Department of Justice. 2017. 2017a. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/just/05.html>. Acesso em: 10 jul. 2020.

CANADA. Secrétariat du Québec aux relations canadiennes. *Recognition of the Québec Nation*. Québec: Secrétariat du Québec aux relations canadiennes. 2015. Disponível em: <https://www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/institutions-constitution/statut-qc/reconnaissance-nation-en.asp>. Acesso em: 11 jul. 2020.

CANADA. Supreme Court of Canada. *Role of the Court*. Canada: Supreme Court of Canada. 2017. 2017b. Disponível em: <https://www.scc-csc.ca/court-cour/role-eng.aspx>. Acesso em: 14 jul. 2020.

CARELESS, J. M. S. Province of Canada (1841-67). In: *The Canadian Encyclopedia*. 2006. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/province-of-canada-1841-67>. Acesso em: 30 nov. 2020.

CONFEDERATION, 1867. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2017. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/confederation-1867>. Acesso em: 13 jul. 2020.

FOOT, Richard. Senate of Canada. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2006. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/senate>. Acesso em: 28 nov. 2020.

GALL, Gerald L. Judiciary in Canada. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2006. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/judiciary>. Acesso em: 10 de julho de 2020.

GOW, J.I. Government. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2006. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/government>. Acesso em: 24 nov. 2020.

GONÇALVES, Joanival Brito. Monarquia Republica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 44, n. 174, p. 129-140, abr./jun. 2007.

HILLMER, Norman. Statute of Westminster, 1931. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2006. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/statute-of-westminster>. Acesso em: 23 nov. 2020.

- HODGETTS, J.E. Parliament. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2012. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/parliament>. Acesso em: 23 nov. 2020.
- KNUEPLING, Felix. Gobernanza federal: entre pluralidad y unidad nacional. In: HOFMEISTER, W.; ARANDA, J. T. (Org.). *Sistemas Federales: una comparación internacional*. Zaragoza: Fundación Konrad Adenauer y Fundación Manuel Giménez Abad, 2017, p. 13-34.
- MADISON, J. HAMILTON, A. JAY, J. *Os artigos federalistas: 1787 – 1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 535.
- PNUD. *Ranking IDH Global 2014. 2015*. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>. Acesso em: 25 nov. 2020.
- PINTO, José Guilherme Berman Correa. *Direito Constitucional Comparado e Controle Fraco de Constitucionalidade (Tese)*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. 244 p.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 234.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Federalismo Condições de possibilidade e características essenciais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 49, n. 193, p. 21-30, jan./mar. 2012a.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Federalismo e descentralização territorial em perspectiva comparada: os sistemas do Brasil e da Espanha*. Porto Alegre: S.A Fabris, 2012b. p. 64.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 326.
- RODRIGUES, Diogo Luiz Cordeiro. A Constituição Política do Canadá: instituições e tendências recentes. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v.2, n. 2, 2016, p. 83-119.
- RUFF, Norman J. Provincial Government in Canada. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2006. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/provincial-government>. Acesso em: 22 nov. 2020.

SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Trad. Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 77.

SEGADO, Francisco Fernández. *El federalismo en América Latina*. México: Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 2003.

STEVENSON, Garth. Federalism in Canada. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2006. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/federalism>. Acesso em: 21 nov. 2020.

TOUSIGNANT, Pierre. Constitutional Act, 1791. In: *The Canadian Encyclopedia*. 2006. Disponível em: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/constitutional-act-1791>. Acesso em: 20 nov. 2020.

UNIVERSITY OF TORONTO; UNIVERSITÉ LAVAL. Dictionary of Canadian Biography. *The Integration of the Province of Quebec into the British Empire, 1763-91*. 2020. Disponível em: [http://www.biographi.ca/en/theme\\_essays.html?p=31](http://www.biographi.ca/en/theme_essays.html?p=31). Acesso em: 25 nov. 2020.

WATTS, Ronald L. *Sistemas Federales Comparados*. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 265.





RECEBIDO EM: 12/07/2020

APROVADO EM: 18:05/2021

# ROBÔ PROCESSUAL: INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, ATOS PROCESSUAIS E REGRAS PADRÃO

*PROCEDURAL ROBOT: ARTIFICIAL INTELLIGENCE,  
PROCEDURAL ATCS AND DEFAULT RULES*

*Sérgio Rodrigo de Pádua*

*Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil - Centro  
Universitário Autônomo do Brasil (Curitiba). Professor de Direito na Faculdade de  
Tecnologia de Curitiba (FATEC-PR). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do  
Estado do Paraná (TJPR)*

*Marco Antonio Lima Berberi*

*Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor  
do Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do  
Brasil (UniBrasil). Procurador do Estado do Paraná na PGE-PR.*

**SSUMÁRIO:** Introdução; 1 Transcendência Processual: A Constante  
Evolução Tecnológica; 2 Automatização Mediante a Delegação:  
Atos Processuais e Despachos de Mero Expediente; 3 Regra Padrão

e Esquecimento; Heurísticas nos Atos Processuais de Menor Complexidade; 4 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar aspectos da relação entre inteligência artificial e atos processuais de menor complexidade, para isso trata de enfoque prático acerca dos atos processuais que podem ser robotizados pelas tecnologias de inteligência artificial. Este estudo se pauta em pesquisa exploratória e descritiva, mediante análise bibliográfica e documental, para fins de estudo qualitativo das potencialidades da delegação da prática de atos processuais de menor complexidade para algoritmos de inteligência artificial. Os resultados demonstram a necessidade de definição de regras padrão, mediante arquitetura de decisões baseada em heurísticas pensadas pelo juiz da unidade jurisdicional, a fim de que haja celeridade, segurança e razoabilidade no modelo a ser observado. Neste cenário, o desenvolvimento de inteligências artificiais processuais (o robô processual) apresenta fatores de boas possibilidades de melhoria da qualidade da prestação jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Robô processual; Inteligência artificial; Atos processuais de menor complexidade; Heurística; Regras padrão.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze aspects of the relationship between artificial intelligence and low complexity procedural acts, for this it deals with a practical focus on the procedural acts that can be robotized by artificial intelligence technologies. This study is based on exploratory and descriptive research, through bibliographic and documentary analysis, for the purpose of qualitative study of the potentialities of delegating the practice of low complexity procedural acts for artificial intelligence algorithms. The results demonstrate the need to default rules, through decision architecture based on heuristics thought by the judge, so that there is speed, security and reasonableness in the model. In this scenario, the development of procedural artificial intelligence (the procedural robot) presents factors with good possibilities for improving the quality of the judicial service.

**KEYWORDS:** Procedural robot; Artificial intelligence; Low complexity procedural acts; Heuristic; Default rules.

## INTRODUÇÃO

Nas peças de teatro da Grécia antiga, a fim de se garantir solução rápida de situações existentes na narrativa se inseria, por espécie de maquinário, a figura metafórica de um deus no palco. Assim, convencionou-se denominar tal solução retórica como sendo *deus ex machina* (MAYOR, posição 3211-3213).

Desde a antiguidade o maquinário inventado pelo homem evoluiu das rodas, polias e cordas para a grande tecnologia do microchip, da placa de silício e dos processadores, invenções estas possibilitaram o desenvolvimento de *softwares*, os quais por sua vez evoluíram de máquinas de calcular avançadas no início do século XX (como os computadores utilizados para calcular trajetórias balísticas e para se decifrar a criptografia do código nazista *Enigma*) para uma realidade hoje já bastante consistente na aplicação de inteligência artificial em variados campos do conhecimento (KURZWEIL, 2014, posição 171-175).

Isaac Asimov foi visionário em sua obra “Eu, Robô” ao retratar máquinas que se imaginavam vivas porque conseguiam “pensar” e tomar decisões alegadamente racionais, ou muitas vezes mais irracionais e equivocadas do que um ser humano (ASIMOV, 2015, posição 922-931). Se tornou célebre a propositura por Asimov das três leis da robótica, com destaque para a segunda lei da robótica que prevê que “um robô deve obedecer às ordens dadas por seres humanos, exceto nos casos em que tais ordens” possam causar “mal” a um ser humano (ASIMOV, 2015, posição 687-688).

Na medida em que o futuro antevisto por Asimov parece cada vez mais próximo, muito disto devido ao aumento exponencial da capacidade de processamento dos computadores (MOORE, 1965), o ser humano se concentra no desenvolvimento tecnológico da inteligência artificial para a solução de problemas e para a melhoria da vida em sociedade em diversas áreas, como saúde, engenharia e programação, por exemplo (FERRUCCI et al., 2013).

Nessa linha, o direito processual e seus aspectos constitucionais não passarão intocados frente à evolução da inteligência artificial (SUSSKIND, 2010, p. 68), uma vez que mesmo entidades governamentais (como o Judiciário) têm que buscar soluções tecnológicas para além das tradições enraizadas no campo jurídico (LINNA JR., 2016). A beca e toga sempre terão seu lugar de destaque, mas agora estão imersas no oceano de algoritmos que passa a fazer parte do mundo jurídico.

É neste terreno que a inteligência artificial processual encontra agora condições para dar seus primeiros passos rumo ao futuro (sempre desconhecido), o que se faz possível no direito processual mediante a análise da relação simbiótica entre os atos processuais de maior grau de simplicidade (decorrentes de atos ordinatórios e despachos de mero expediente) e as regras padrão estabelecidas numa arquitetura de decisões pautada em heurísticas construídas pelos juízes, a fim de melhorar o desempenho da atividade jurisdicional.

A jornada para a construção de modelos mais complexos de inteligência artificial jurídica (especialmente no que tange à decisão judicial) passa necessariamente pela construção de inteligências artificiais processuais de menor complexidade, e esse é o enfoque do presente artigo.

Dessa maneira, o objetivo geral do presente artigo se volta ao estudo da legitimidade de delegação de atos processuais de menor complexidade para sistemas de inteligência artificial judicial, mediante abordagem heurística de cada magistrado ao definir quais tipos de atos, inerentes a despachos e ou a atos de mero expediente, podem ser praticados por sistemas computacionais inteligentes. O problema da pesquisa é a constitucionalidade da delegação de atos processuais de menor complexidade, cujos conteúdos são típicos de despachos e atos de mero expediente, para sistemas de inteligência artificial judicial. A metodologia adotada foi exploratória e descritiva, mediante análise bibliográfica e documental, para fins do presente estudo qualitativo.

O capítulo 1 demonstra a evolução tecnológica do processo judicial, desde os primeiros sistemas eletrônicos de auxílio à atividade jurisdicional até os sistemas de inteligência artificial voltados à apoio à decisão judicial. Já o capítulo 2 aborda a possibilidade de automatização de rotinas relativas aos atos de mero expediente e despachos, pautando-se na relativização da distinção forte entre o conteúdo das referidas espécies de atos processuais. Por fim, o capítulo 3 define a utilidade da heurística da disponibilidade pautada na correta interpretação do direito, a fim de que cada julgador estabeleça regras padrão, mediante delegação das decisões de menor complexidade para os sistemas de inteligência artificial judicial, o que fomenta a segurança jurídica (mediante a previsibilidade), a celeridade processual, a razoabilidade e a eficiência.

## **1 TRANSCENDÊNCIA PROCESSUAL: A CONSTANTE EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA**

Se no início tudo era verbo, agora tudo são algoritmos. Todavia, o salto para a era dos algoritmos, na qual o mundo do direito ainda está iniciando sua jornada, somente foi possibilitado por uma diversidade de

avanços tecnológicos. Assim, se atualmente já se fala em aplicação de inteligência artificial no direito, há que se destacar a evolução da tecnologia até o momento presente.

A primeira evolução tecnológica da prestação jurisdicional passou pela utilização do microcomputador (o que se avolumou no Brasil em meados da década de 1990), pois, se nos primórdios os juízes escreviam suas decisões à mão (e os servidores costuravam as folhas do processo), o que foi melhorado com a máquina de escrever, com o computador uma maior eficiência foi implementada.

A internet (cuja ampliação de acesso ocorreu no final da década de 1990) aporta como a segunda evolução tecnológica (MAGRANI, 2018, p. 63-70) de grande importância para o Judiciário, sendo que seu desenvolvimento e a melhoria da qualidade da rede (com velocidade de transmissão de dados) possibilitou o aprimoramento da comunicação dos tribunais com os jurisdicionados. Por exemplo, o acesso ampliado aos repositórios de julgados do tribunais possibilitou um melhor grau de acesso à Justiça e a maior transparência das decisões judiciais.

Já a terceira evolução se deve ao desenvolvimento dos sistemas eletrônicos de auxílio à Justiça (Bacenjud<sup>1</sup>, Renajud, Infojud, Serasajud, etc.), os quais representam o esforço de criação de soluções para a melhoria da atividade jurisdicional por meio do impacto da tecnologia, modelo de organização das atividades jurisdicionais<sup>2</sup> que diminuiu o martírio processual (das partes e do Juízo) consistente nas rotinas de expedição de ofícios de papel para toda e qualquer consulta realizada pelo Poder Judiciário (evidencia-se que os sistemas de “ofícios eletrônicos” foram o primeiro grande passo tecnológico por iniciativa do próprio Poder Judiciário).

A quarta evolução advém do aprimoramento tecnológico inerente ao processo eletrônico (o qual foi regulamentado no Brasil pela Lei 11.419/2006), sendo que desde 1997 (e principalmente durante a década de 2000) os tribunais, que no início apresentavam resistência à mudança de paradigma tecnológico, foram paulatinamente desenvolvendo seus próprios sistemas processuais (muitas vezes antes de existir legislação processual sobre o tema) ou adotando modelos já prontos. Em relação aos

1 O sistema Bacenjud foi o pioneiro, conforme se verifica na Resolução n° 61/2008 do CNJ (BRASIL, 2008).

2 Nesse sentido, a Recomendação n° 51/2015 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015a) foi medida adequada, ao impulsionar do Poder Judiciário a adotar as soluções tecnológicas aptas ao aprimoramento da atividade jurisdicional.

sistemas de tramitação processual, merecem destaque o e-SAJ (adotado pelos Tribunais de Justiça de Santa Catarina – em 1997<sup>3</sup> – e São Paulo<sup>4</sup>, bem como por outros tribunais), o Eproc<sup>5</sup> (inicialmente implantado nos Juizados Especiais Federais<sup>6</sup> e posteriormente em toda a Justiça Federal<sup>7</sup>), o Projudi<sup>8</sup> (atualmente adotado por dezenove Tribunais de Justiça<sup>9</sup>), o PJe<sup>10</sup> (da Justiça do Trabalho, embora inicialmente desenvolvido pelos Tribunais Regionais Federais em parceria com o Conselho Nacional de Justiça<sup>11</sup>, hoje também utilizado no âmbito do próprio CNJ), o E-STJ<sup>12</sup> e o e-STF<sup>13</sup>.

E, por fim, a quinta evolução tecnológica dos serviços jurisdicionais está ligada ao desenvolvimento e à aplicação de inteligência artificial computacional (HARTMANN PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 119-121) às variadas atividades inerentes ao Poder Judiciário, desde uma simples contagem de prazo, passando por atos de comunicação processual até mesmo à decisão judicial (SARTOR, 2010), o que traz consigo colossais promessas de melhoria nos aspectos de celeridade, segurança, imparcialidade, menor custo, maior eficiência, etc. (SUSSKIND, 2017, p. 14-15), de um lado, e severas críticas devido aos vieses decisórios, à ausência de transparência, ao risco de desumanização das decisões, ao possível congelamento jurisprudência, etc., por outro lado. Nesta linha, pesquisa realizada pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas indicou que existem sessenta e quatro projetos<sup>14</sup> de inteligência artificial

3 O que representa o pioneirismo neste aspecto (SANTA CATARINA, 2020).

4 Mediante a Resolução nº 551/2011 do TJSP (SÃO PAULO, 2011).

5 Do ponto de vista da Justiça Federal o Eproc do TRF4 se destacou pela confiabilidade e pela usabilidade (BRASIL, 2014).

6 Através da Resolução nº 13/2004 do TRF4 (BRASIL, 2004).

7 Por meio da Resolução nº 64/2009 do TRF4 (BRASIL, 2009).

8 Por exemplo, o Projudi é utilizado desde 2009 no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o qual teve sua implantação determinada pela Resolução nº 03/2009 do TJPR (PARANÁ, 2009).

9 Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020a).

10 Hoje o PJe é sistema padrão na Justiça do Trabalho (BRASIL, 2017).

11 Conforme informa o Conselho da Justiça Federal, existiram estudos do Tribunal Regional da 5ª Região para a implantação do PJe (BRASIL, 2012).

12 O E-STJ foi implantado por determinação da Resolução STJ/GP nº 10/2015 (BRASIL, 2015b).

13 A implantação do e-STF foi determinada pela Resolução nº 427/2010 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010).

14 Os principais são: Victor no STF; Athos, Sócrates, E-Juris e TUA no STJ; Bem-Te-Vi no TST; Plataforma Sinapses no CNJ; Robô Secor, Banco de Sentenças, SIB, ALEI e Projeto Execução Célere no TRF1; Atendente Virtual no TRF2; SINARA, SIGMA e Prevenção no TRF3; Classificação de Temas na Vice-Presidência e Turmas Recursais, Análise de Assunto dos Processos, Triagem Automática de Processos a Partir da Petição Inicial e Sugestão de Modelos de Minutas no TRF4, JULIA no TRF5;

judicial em quarenta e sete Tribunais do Brasil (SALOMÃO et al., 2020, p. 26), muitos destes projetos já fase de implementação. Dessa maneira, vários dos projetos de IA judicial, como, por exemplo, os sistemas Victor (STF)<sup>15</sup>, Sócrates (STJ)<sup>16</sup>, Bem-Te-Vi (TST)<sup>17</sup>, Sinapses (TJRO)<sup>18</sup> e Sigma (TRF3)<sup>19</sup> impactam diretamente no processo de decisão dos julgadores.

Nesse sentido, o presente estudo se pauta numa visão equilibrada da inteligência artificial (HARTMANN PEIXOTO, 2020a, p. 26), a fim de que haja, com serenidade e seriedade, o desenvolvimento de mecanismos de aprimoramento da função jurisdicional dentro de um pensar de que a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) deve se reinventar tecnologicamente, sob pena de ser suprimida por outras soluções (BOSTROM, 2014, posição 2779-2784) não estatais de (suposta) tutela de direitos (RUNCIMAN, 2018, posição 1901-1933), uma vez que o Estado Democrático é um modelo que vem sendo desafiado por modelos concorrentes<sup>20</sup>, o que não é diferente no que toca ao Judiciário.

Ademais, percebe-se que, para que haja a evolução contínua e exponencial (ISMAIL; VAN GEES; MALONE, 2018, posição 331-350)

---

LEIA em seis Tribunais de Justiça diversos (TJAC, TJAL, TJAM, TJCE, TJMS e TJSP); Hércules no TJAL; Queixa Cidadã no TJBA; Hórus no TJDFT; IA332 no TJGO; ELIS no TJPE; Sinapses no TJRO; SCRIBA e Mandamus no TJRR; JUDI no TJSP; MINERJUS no TJTO; Inteligência Artificial e Eficiência do Judiciário no TRT1; Clusterização de Processos no TRT4; GEMINI em quatro Tribunais Regionais do Trabalho diversos (TRT5, TRT7, TRT15 e TRT20); B.I. TRT 11 no TRT11; e CONCILIA JT no TRT12.

- 15 Inteligência artificial voltada à classificação de temas de repercussão geral, o que gera a possibilidade de maior eficiência na escolha da decisão correta a ser tomada na fase de admissibilidade de Recursos Extraordinários (HARTMANN PEIXOTO, 2020b, p. 19).
- 16 Se pauta, principalmente, na identificação de grupos de processos que possuem acórdãos semelhantes, o que fomenta para o melhoramento da classificação de tema de recursos repetitivos
- 17 Sistema inteligente, lastreado em técnicas de ciência de dados, para gestão de gabinetes de Ministros do Tribunal Superior do Trabalho, o qual classifica processos por temas relacionados e partes envolvidas, aprimorando a consciência situacional do acervo processual, o que possibilita a escolha de melhores abordagens e de possíveis decisões a serem tomadas.
- 18 É o projeto pioneiro de inteligência artificial judicial, posteriormente nacionalizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual funciona como plataforma para o desenvolvimento de sistemas específicos para gestão processual, trâmite de processos e apoio à decisão judicial.
- 19 O referido sistema de inteligência artificial se volta à utilização de modelos para produção de minutas de decisões judiciais, de maneira que os textos de modelos são organizados por temas, sendo que o sistema computacional realiza comparação de informações extraídas das peças processuais com os padrões decisórios de cada magistrado, vindo a sugerir modelos anteriormente utilizados, o que, além de fomentar a razoável do processo, cria análise padronizada que busca evitar decisões conflitantes sobre um mesmo tema.
- 20 Este debate, apesar de bastante interessante, é maior que os limites propostos para o presente artigo.

do processo eletrônico e da inteligência artificial nele a ser embarcada (*embedded*) (GREENFIELD, 2006, p. 134), uma aresta institucional que se formou nos últimos anos deve ser aparada, que é a relação entre os tribunais e o Conselho Nacional de Justiça<sup>21</sup> no aspecto de gestão de tecnologia, eis que apesar de todas de tentativas de se adotar o PJ-e como modelo nacional de processo eletrônico (especialmente por meio da Resolução nº 185/2013 do CNJ) (BRASIL, 2013), muitos tribunais optaram por desenvolver modelo próprio ou por adotar outros modelos para os seus processos eletrônicos (com destaque para TJSC, que na prática foi impedido pelo CNJ de adotar o sistema Eproc<sup>22</sup>). A esse respeito a regra do art. 8º da Lei 11.419/2006 prevê que os “órgãos do Poder Judiciário *poderão desenvolver sistemas eletrônicos* de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais...” [grifo nosso], limitando-se, no caso, o CNJ a regular os padrões de qualidade e eficiência dos sistemas de processo eletrônico desenvolvidos (art. 103-B, §4º, I e II, da CF e art. 196 do CPC), sem que isso implique em obstrução à aplicação da referida regra da Lei de Processo Eletrônico (legitimamente advinda de democrática deliberação do Poder Legislativo no uso de sua competência legislativa privativa prevista no art. 22, I, da Constituição Federal), uma vez que a palavra “poderão” não está inserida na norma legal por acidente. Em suma, como não se cogita de inconstitucionalidade no art. 8º da Lei 11.419/2006, este deve ser seguido fielmente pelo CNJ e pelos tribunais, sob pena de soluções locais inovadoras na matéria de inteligência artificial jurídica serem desmotivadas por modelo de extrema centralização.

A política de pura centralização de desenvolvimento de sistemas de processo eletrônico não pode estancar o desenvolvimento de soluções locais no que tange aos sistemas de inteligência artificial processual. O processo eletrônico pautado em inteligência artificial e no paradigma de multiplataforma (com “independência da plataforma computacional” e “interoperabilidade dos sistemas” – art. 194 do Código de Processo Civil) ainda tem muitíssimos aspectos a serem desenvolvidos (ALVES; ALMEIDA, 2020, p. 57-68), uma vez que para além da ilegalidade, percebe-se a ausência de razoabilidade em qualquer tentativa de obstrução de que cada tribunal tenha sistema próprio (de processo baseado em inteligência artificial), pois o que deve ser garantido no plano regulatório nacional

21 O CNJ tem importantes atribuições constitucionais (art. 103-B, §4º, da CF), especialmente no que toca ao necessário aperfeiçoamento administrativo (em temas como gestão, carreiras de servidores e responsabilidade disciplinar, por exemplo), o que não lhe deu a possibilidade de criar embaraços ao desenvolvimento tecnológico do Judiciário em suas diversas frentes.

22 Conforme noticiado pelo Conselho Nacional de Justiça com o título “TJSC firma acordo e implantará sistema eletrônico do CNJ” (BRASIL, 2019).



é a interoperabilidade entre os diversos sistemas<sup>23</sup> e a existência de um cadastro único de perfis de acesso para todos os tribunais brasileiros, o que facilita o acesso à Justiça por advogados (e partes) de qualquer local do país aos tribunais mediante efetiva desburocratização.

Nessa linha, o art. 22, caput, da Resolução nº 332/2020 do CNJ autoriza a pesquisa, o desenvolvimento e implantação de modelos de inteligência artificial judicial, desde que os tribunais comuniquem o início de cada pesquisa “imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça” (BRASIL, 2020b). Referida medida regulatória do CNJ existe na busca de transparência e ética do modelo colaborativo no desenvolvimento dos modelos de inteligência artificial pelo Judiciário, o que é desejável para que haja segurança e padrões de justiça<sup>24</sup> a serem seguidos. Contudo, a proibição de “desenvolvimento paralelo quando a iniciativa possuir objetivos e resultados alcançados idênticos a modelo de inteligência artificial já existente ou com projeto em andamento” (BRASIL, 2020b), prevista no art. 10, II, da Resolução nº 332/2020 do CNJ, caso interpretada restritivamente, poderá funcionar em descompasso ao pensamento inerente aos benefícios exponenciais do desenvolvimento multiplataforma<sup>25</sup> e à liberdade de pesquisa voltada ao desenvolvimento científico e tecnológico (art. 5º, IX, e art. 218, caput, da Constituição Federal).

Para além disso, destaque-se que uma solução geral pronta e padronizada nacionalmente para o desenvolvimento de um processo eletrônico totalmente robotizado pode ser perigosa, haja vista que numa perspectiva democrática as aplicações baseadas em inteligência artificial devem ter em suas fases de desenvolvimento a previsão de margem de adaptabilidade a cada unidade jurisdicional e à arquitetura de decisões pensada pelo magistrado que a supervisiona. Neste ponto, tal abordagem é parcialmente adotada no art. 19, Parágrafo único, da Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça, eis que referida norma determina que os sistemas computacionais voltados ao auxílio à decisão judicial devem “permitir a supervisão do magistrado competente” (BRASIL, 2020b).

---

23 Nessa linha, segundo o art. 24, I, da Resolução 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça, os modelos de inteligência artificial judicial devem, preferencialmente, utilizar programa de código aberto que “facilite sua integração ou interoperabilidade entre os sistemas utilizados pelos órgãos do Poder Judiciário” (BRASIL, 2020b).

24 O tema da justiça no desenvolvimento e controle de modelos de inteligência artificial é muitíssimo rico e instigante, todavia que extrapola os limites do presente artigo.

25 Que possibilitará o aprimoramento contínuo da inteligência artificial judicial através de várias frentes de estudos.

A tendência de desenvolvimento colaborativo<sup>26</sup>, entre os tribunais, o terceiro setor e a iniciativa privada, de aplicações suplementares que funcionem em plena interface com os sistemas de processo eletrônico deve ser política pública nacional do Poder Judiciário, a fim de que se evite o estrangulamento da inventividade de novas soluções em inteligência artificial a serem propostas e, ao mesmo tempo, haja um campo seguro para a manutenção de sistemas já operacionais ou em vias de implementação pelos tribunais. Inovar é um mandamento que deverá nortear o Judiciário, devendo existir consciência que a computabilidade do direito é desafio para ser estudado em várias frentes (sendo inviável o monopólio do conhecimento ou o aprisionamento da tecnologia por quem quer que seja).

Assim, o serviço jurisdicional atingirá maior grau de respeito aos princípios constitucionais da eficiência<sup>27</sup> e da segurança jurídica<sup>28</sup> (art. 5º, caput, e art. 37, caput, do Constituição Federal), o que sempre se esperou do processo eletrônico.

## **2 AUTOMATIZAÇÃO MEDIANTE A DELEGAÇÃO: ATOS PROCESSUAIS E DESPACHOS DE MERO EXPEDIENTE**

É sempre desafiador falar sobre processo, eis que para além dos processualistas (civis, penais, trabalhistas, etc.) tal tema desperta interesse de juristas de variados ramos do direito, sendo que o direito processual é entrelaçado ao direito constitucional e à sua racionalidade.

Antes de se falar em inteligência artificial processual é natural que a abordagem sobre o tema tenha um passo inicial na análise da regra do inciso XIV do art. 93 da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004), a qual prevê que “os servidores [do Poder Judiciário] receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”.

O Supremo Tribunal Federal (mediante voto do Ministro Dias Toffoli no RE 820433 AgR) ressaltou a importância da regra do 93, XIV, da Constituição Federal ao apontar que há uma “prerrogativa constitucional de

26 O CNJ possui modelo colaborativo, conforme previsto no art. 24, II e IV, e no art. 25, Parágrafo único, III, da Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020b).

27 O qual é representado no âmbito especificamente processual pelo princípio da eficiência previsto no art. 8º do Código de Processo Civil.

28 Fomentando-se as estabilidade, a integridade e a coerência, na forma definida pelo art. 489, §1º, V e VI, e pelo art. 926 do Código de Processo Civil.

os servidores receberem delegação para a prática de atos de administração e de mero expediente sem caráter decisório” (BRASIL, 2016).

Já no âmbito do Superior Tribunal de Justiça há precedente (REsp 1177612/SP) no sentido de que os atos meramente ordinatórios podem ser delegados porque “não possuem a potencialidade de causar prejuízo a qualquer das partes envolvidas nos processos” (BRASIL, 2011), sendo que tais atos “facilitam a celeridade do processo e podem ser praticados e assinados pelo servidor judiciário, prescindindo de determinação expressa do juízo” (BRASIL, 2011).

Da redação do art. 203, §4º, do Código de Processo Civil extrai-se que os atos ordinatórios “independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário”, tal regra implica em implementação dos princípios do impulso oficial e da razoável duração do processo, previstos, respectivamente, no art. 2º e no art. 4º do Código de Processo Civil. Referidos atos podem ser classificados em atos de movimentação, documentação, execução e comunicação processual (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 358), sendo que após o advento do processo eletrônico os mesmos passaram a ser realizados, em grande parte, mediante sistemas computadorizados, na forma autorizada pelos artigos 4º a 9º da Lei 11.419/2006. Referida realidade já está sedimentada na prática jurídica brasileira.

Nessa linha, admite-se a delegação da realização de atos processuais aos servidores do Judiciário, havendo legalidade e legitimidade na realização pelos servidores de atos processuais “não decisórios”. Perceba-se que a mesma delegação que é realizada aos servidores pode implicar na delegação da execução de atos de mero expediente para algoritmos (com ou sem inteligência artificial).

Por outro lado, a distinção entre ato de mero expediente (expressamente delegável) e despachos (art. 203, §3º, do CPC), a qual é inerente à teoria processual, aparentemente pode ser um entrave à delegação de atos processuais, uma vez que os sistemas computacionais baseados em inteligência artificial cada vez mais são desenhados para a execução de atos que decorrem da atividade decisória (penhora, uso de sistemas de consultas, quebras de sigilos bancário, fiscal e de dados, etc.).

Esclareça-se mais uma vez, neste ponto, que o objeto do presente artigo se relaciona aos sistemas trâmite processual e à possibilidade de delegação de atos processuais de menor complexidade para algoritmos

de inteligência artificial judicial, sendo que tal recorte adotado na pesquisa não engloba os já relatados sistemas de auxílio à decisão judicial (Victor, Bem-Te-Vi, Sigma, etc.), pois tais sistemas são voltados aos gabinetes de magistrados para auxílio inclusive sobre decisões terminativas e interlocutórias (art. 203, §1º e §2º, do CPC), o que, caso aqui fosse tratado, extrapolaria o objetivos e os limites da pesquisa desenvolvida.

Com auxílio do esclarecimento acima, é possível se delinear a regra do referido art. 203, §3º, do CPC estabelece que são “despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte”, em relação aos quais “não cabe recurso” (art. 1.001 do CPC), uma vez que não possuem a “natureza decisória” expressamente atribuída às decisões interlocutórias e às sentenças (art. 203, §1º e §2º, do CPC). Dessa forma, os “despachos de mero expediente, são pronunciamentos judiciais sem qualquer conteúdo decisório e destinados à boa organização do processo” (DINAMARCO; LOPES, 2017, p. 186-187 – destaque nosso).

Logo, na forma do desafio “mais-por-menos” definido por Richard Susskind (2017, p. 5), podem ser automatizadas mediante inteligência artificial mesmo as movimentações processuais que, numa abordagem processual tradicional ainda alheia à inteligência artificial (FENOLL, 2018, p. 33), dependeriam de atuação da figura do juiz mediante a elaboração de despachos, haja vista a baixa densidade decisória dos despachos de mero expediente (FENOLL, 2018, p. 34-35), numa leitura de interpretação sistemática (pautada na unidade do texto) da Constituição Federal (MÜLLER, 2010, p. 82) e das demais normas aplicáveis (PÁDUA, 2018), uma vez que a atividade decisória em sentido estrito (sentenças e decisões interlocutórias) resta intocada sob o domo do dever de independência funcional do magistrado, conforme previsto no art. 93 da Constituição Federal, no art. 35, I, da Lei Complementar 35/1979 e no art. 4º ao art. 7º do Código de Ética da Magistratura.

A partir das premissas aqui lançadas evidencia-se que existe uma série de atos processuais que podem ser executados mediante algoritmos de lógica simples no modelo if - else (VEGA, 2019, p. 103) ou mediante *machine learning* (MEDVEDEVA; VOLS; WIELING, 2019), a fim de que o processo tenha um andamento mais rápido. Assim, emerge uma era tecnológica (HARTMANN PEIXOTO; SILVA, p. 70-71) como uma decorrência da quarta revolução industrial (SCHWAB, 2018, posição 2424-2438) na qual o ateliê de andamento processual (decorrente do

entrelaçamento entre cartório<sup>29</sup> e gabinete do Juízo), pautado em atividade humana (de servidores, estagiários e magistrados), terá seu funcionamento de maneira mais fluida e pervasiva (GREENFIELD, 2006, p. 84) em decorrência dos algoritmos de inteligência artificial.

Neste aspecto, a presente abordagem posta-se em distância cautelosa do pesadelo dataísta referido por Yuval Harari (2016, p. 370), na medida em que a robotização processual (FENOLL, 2018, p. 34) aqui pensada se volta às atividades padronizadas e repetitivas, justamente para liberar os servidores do Judiciário e magistrados para a realização de funções criativas inerentes ao pensamento humano (KAHNEMAN, 2012, posição 281).

Por outro lado, a utilização de inteligência artificial processual, inserida dentro do modelo Big Data (MAGRANI, 2019, p. 200), é um risco que deve ser sempre levando em conta no desenvolvimento dos sistemas (O'NEIL, 2016, p. 204), o qual foi tratado na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018<sup>30</sup>) e sempre deve nortear a pesquisas privadas, governamentais e acadêmicas (HARTMANN PEIXOTO, 2020a, p. 25) para que não haja mau uso dos dados obtidos ou lesão a direitos dos cidadãos.

Portanto, numa visão constitucionalizada do processo e de sua evolução tecnológica, o que demanda leitura sistemática da Constituição Federal e interpretação evolutiva (BARROSO, 1999, p. 124) que reconheça a necessidade da adaptabilidade da norma (SIMEÃO; COELHO, 2019), há a possibilidade de delegação aos algoritmos (art. 93, XVI, da Constituição Federal) da execução de tarefas vinculadas aos atos ordinatórios e despachos de mero expediente (art. 203, §3º e §4º, do CPC), as quais antes eram reservadas apenas aos seres humanos (servidores e juízes).

### **3 REGRA PADRÃO E ESQUECIMENTO: HEURÍSTICAS NOS ATOS PROCESSUAIS DE MENOR COMPLEXIDADE**

É bastante conhecido, nos campos militar e da política internacional, o fato de que a África do Sul, após o gasto de muitos recursos e bastante tempo despendido em pesquisa científica, supostamente decidiu “esquecer” como se faz uma bomba nuclear após já possuir tal tipo de armamento (VAN WYK, 2014). Ainda que isso levante dúvidas quanto à veracidade

29 Em alguns tribunais denominado como Secretaria.

30 A Lei Geral de Proteção de Dados, no aspecto dos dados pessoais sensíveis, foi regulamentada no Judiciário pelo art. 6º e pelo art. 15 da Resolução nº 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020b).

do fato alardeado pelos sucessivos governos daquele país, o conceito é bastante interessante. O esquecimento deliberado como forma de proteção.

Nesse sentido, o estabelecimento de regras padrão para decisões é a forma mais conhecida de desenvolvimento do direito, conforme se percebe do pensamento jurídico desde Herbert Hart (2009, p. 171), e seu conceito de poder discricionário regulamentar atribuído ao Judiciário para complementação da norma, até Jürgen Habermas (1997, p. 242). Dessa forma, há um campo de legitimidade decisória nos trâmites processuais que sempre restará (e incumbirá) à figura do juiz (CAMÕES; FERREIRA, 2020), a qual tem a possibilidade, desde que respeitadas as regras processuais de ordem pública, de moldar o andamento processual da forma que melhor atenda à eficiência, à segurança jurídica através de maior previsibilidade<sup>31</sup> das decisões<sup>32</sup>, à razoável duração do processo e à celeridade<sup>33</sup>, sem descuidar das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.<sup>34</sup>

Conforme referido no art. 93, XIV, da Constituição Federal<sup>35</sup>, *cada juiz no âmbito de sua independência funcional*<sup>36</sup> (e não qualquer órgão administrativo de tribunal<sup>37</sup>) pode adotar padrão especialmente desenhado<sup>38</sup> de definição de regras mediante *delegação de atos de maior simplicidade* (inclusive os relacionados a despachos, na abordagem do presente artigo), isso de modo a criar regras padrão a serem seguidas pelos algoritmos de inteligência artificial (e pelos servidores da unidade jurisdicional), a fim de garantir a automatização do trâmite processual.

---

31 O que tende a diminuir o número de processos com pretensões aventureiras, movidas em descompasso com os a linha histórica de precedentes dos tribunais.

32 Art. 5º, caput, da Constituição Federal e art. 489, V e VI, e art. 926 do Código de Processo Civil.

33 Art. 5º, LXXXVIII, e art. 37, caput, da Constituição Federal e art. 4º e art. 8º do Código de Processo Civil.

34 Art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e art. 7º e art. 8º do Código de Processo Civil.

35 “Art. 93. (...)

(...)

XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”.

36 Art. 5º, XXXV, e art. 93, caput, da Constituição Federal, art. 35, I, da Lei Complementar 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura) e art. 4º e art. 7º do Código de Ética da Magistratura.

37 Seja por meio de seu Pleno, do Órgão Especial, da Presidência ou da Corregedoria.

38 Neste aspecto o art. 5º do Código de Ética da Magistratura é bastante claro ao prever que “Impõe-se ao magistrado pautar-se no desempenho de suas atividades sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos” (BRASIL, 2008).

As portarias e as ordens de serviço redigidas pelos magistrados, desde que utilizadas com racionalidade, têm justamente o importante papel de definir a *regra padrão de trâmite do processo*, pois “uma regra padrão permite que as pessoas escolham escolher - e também escolham não escolher (confiando no padrão)” (SUNSTEIN, 2015, p. 9 - tradução livre).

A escolha do magistrado ao lançar mão de normativas internas da unidade jurisdicional é heurística (CHRISTIAN, 2017, posição 6358-6359) voltada para o desestímulo à escolha de opções menos eficientes (ou mais questionáveis do ponto de vista da legitimidade jurídica) por parte de servidores que atuam no processo e dos algoritmos de inteligência artificial. Assim, tem-se o estabelecimento de um padrão baseado em heurística da disponibilidade (KAHNEMAN, 2012, posição 461-463), uma vez que as regras padrão têm o potencial de levar “à automação para ajudar a superar vários vieses comportamentais e também para responder ao fato de que os seres humanos inevitavelmente têm uma ‘largura de banda’ limitada” (SUNSTEIN, 2015, p. 14 - tradução livre).

Referido esquecimento funcional é uma manifestação da própria heurística da disponibilidade, uma vez que na “dúvida, o Sistema 1 aposta numa solução, e a aposta é orientada pela experiência” (KAHNEMAN, 2012, posição 1675), ressaltando aqui a divisão do pensamento humano entre o intuitivo e rápido Sistema 1 e o reflexivo e lento Sistema 2, na forma desenvolvida por Daniel Kahneman (2012, posição 281), pois a função do Sistema 1 é manter (e atualizar) o seu modelo de mundo (que representa o que existe nele), o qual se constitui através de “associações que ligam ideias de circunstâncias, eventos, ações e resultados que coocorrem com alguma regularidade, seja ao mesmo tempo, seja dentro de um intervalo relativamente curto” (KAHNEMAN, 2012, posição 1502).

Veja-se que a intuitividade da grande maioria dos andamentos processuais é causada pela simplicidade das opções de escolha que podem ser feitas em relação ao trâmite dos processos, o que contribui sensivelmente para a redução do risco de vieses de representação (KAHNEMAN, 2012, posição 490-499) ou vieses de disponibilidade (KAHNEMAN, 2012, posição 477-478), haja vista o rarefeito caráter decisório.

O estudo das heurísticas e vieses é um campo de enorme riqueza e é bastante promissor ao direito, todavia, nos limites do propósito do presente texto, a implementação de algoritmos de inteligência artificial nos sistemas de processo eletrônico (por meio do estabelecimento de decisões padrão em normativas internas de cada unidade jurisdicional) tem o potencial de

combater o que se pode denominar como o viés do estagiário (com todo o respeito à classe da qual todos os operadores jurídicos já fizeram parte), o qual pode ser classificado como uma expressão da repetição impensada de padrões (causada por uma mistura de insegurança, pouco treinamento e ausência de conhecimento especializado) e que, em certas condições, pode inclusive variar para a mudança repentina comportamento.

Além disso, o *viés do especialista* (TALEB, 2019, p. 195) também deve ser minorado na implementação de inteligência artificial mediante regras padrão, pois no caso de evento de grande imprevisibilidade, ou do acúmulo marginal de eventos que leve à situação imprevista, haverá a necessidade de adoção de uma arquitetura de decisões em que os algoritmos simplesmente deixem de aplicar o modelo padrão de decisão e demandem supervisão humana de maneira ativa, e isso passa pelo debate ético sobre os algoritmos de inteligência artificial (YAPO; WEISS, 2018), pois os padrões decisórios de andamentos processuais são feitos para situações de normalidade, não para excepcionalidades (MELLO NETO; DIAS, 2018) que devem ser objeto de tratamento pelo magistrado e pelos servidores da unidade jurisdicional.

A partir de tais premissas há ponto de partida para se instrumentalizar o uso de inteligência artificial processual (HARTMANN PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 120), de modo que os trâmites processuais inerentes aos atos de mero andamento processual possam ser executados de maneira automática ou semi-automatizada, o que traz a função jurisdicional para a realidade da era da inteligência artificial.

#### 4 CONCLUSÃO

Ainda que o robô processual (não tão questionador quanto os robôs de Asimov) esteja distante de realizar a introspecção tipicamente humana, percebe-se que há um mínimo de habilidades que já podem ser exigidas de sistemas de inteligência artificial processual.

Evidencia-se que o desenvolvimento multiplataforma da inteligência artificial processual (pelos tribunais, pela sociedade, pela academia e pelo mercado) é um caminho democrático que é garantido pelo art. 8º da Lei 11.419/2006, cabendo ao Conselho Nacional de Justiça atuação regulatória (legítima e constitucional) quanto à qualidade e à operabilidade dos sistemas.

No modelo de processo instrumentalizado pela inteligência artificial perde funcionalidade a distinção forte entre atos ordinatórios e despachos



de mero expediente, uma vez que ambos os tipos de atos processuais referidos são o objeto de melhor destaque para a automatização.

O robô processual nos moldes pensados é uma ideia possível de ser executada do ponto de vista jurídico, eis que se pauta na busca de automatização de tarefas repetitivas por meio de inteligência artificial, vindo a prestar auxílio aos servidores do Judiciário e aos juízes numa prática de trâmites processuais que utilize as soluções algorítmicas já atualmente passíveis de serem desenvolvidas e implementadas.

Dessa forma, ainda que temas como a singularidade e uma inteligência artificial que consiga auxiliar os juízes na argumentação das decisões judiciais sejam alguns dos mais sensíveis, a espera pela solução das grandes questões da relação entre inteligência artificial e direito não pode obstar a aplicação de soluções já existentes para problemas mais simples e de mais fácil trato pelos algoritmos de computador.

Assim, desviar a capacidade cognitiva de seres humanos para a realização de tarefas repetitivas deve ser cada vez menos comum, a fim de que o processo eletrônico ganhe novas potencialidades com a utilização da inteligência artificial.

Nesse caminho, a delegação às máquinas de rotinas (antes reservadas aos seres humanos mediante atos ordinatórios e despachos de mero expediente) pauta-se na segurança e na celeridade dos trâmites, o que pode ser garantido por uma arquitetura de decisões que espelhe heurísticas desenhadas pelo próprio julgador (conforme sua cultura jurídica e sua compreensão do processo), desde que respeitados os demais aspectos da legislação processual e os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

O robô processual, dentro de sua simplicidade conceitual, mexe com antigos modelos de funcionamento do processo, o que é apenas uma fase da transcendência do processo judicial para a nova era e para sua nova forma.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Isabella Fonseca; ALMEIDA, Priscila Brandão de. Direito 4.0: uma análise sobre inteligência artificial processo e tendências de mercado. In: ALVES, Isabella Fonseca (org.). *Inteligência Artificial e Processo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

ASIMOV, Isaac. *Eu, Robô*. Tradução: Aline Storto Pereira. São Paulo: Aleph, 2015, edição do Kindle.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOSTROM, Nick. *Superinteligência: Caminhos, perigos, estratégias*. Tradução: Aurélio Antônio Monteiro, Clemente Gentil Penna, Fabiano Geremias Monteiro e Patrícia Ramos Geremias. Rio de Janeiro: Darkside Books, 2014, edição do Kindle.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Histórico do PJe*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2012. Disponível em: [https://www.cjf.jus.br/observatorio/arq/historico\\_pje.pdf](https://www.cjf.jus.br/observatorio/arq/historico_pje.pdf). Acesso em: 01 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Área de Atuação do Projudi*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/area-de-atuacao-projudi>. Acesso em: 01 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Código de Ética da Magistratura*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 51, de 23 de março de 2015*. Recomenda a utilização dos Sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2131>. Acesso em: 10 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 61, de 10 de outubro de 2008*. Disciplina o procedimento de cadastramento de conta única para efeito de constrição de valores em dinheiro por intermédio do Convênio BACENJUD e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2008. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/126>. Acesso em: 10 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013*. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1933>. Acesso em: 10 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 332, de 21 de agosto de 2020*. Dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 09 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. *TJSC firma acordo e implantará sistema eletrônico do CNJ*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tjsc-firma-acordo-e-implantara-sistema-eletronico-do-cnj>. Acesso em: 01 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial 1177612/SP*. [...] os atos meramente ordinatórios, normalmente praticados por meio de despachos, não possuem a potencialidade de causar prejuízo a qualquer das partes envolvidas nos processos, tanto que podem ser delegados, nos termos do art. 93, XIV, da Constituição Federal [...]. Recorrente: S. J. C. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Og Fernandes, julgado em 01 de setembro de 2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000156359&dt\\_publicacao=17/10/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000156359&dt_publicacao=17/10/2011). Acesso em: 10 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Resolução STJ/GP nº 10, de 6 de outubro de 2015*. Regulamenta o processo judicial eletrônico no Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/94929/Res\\_10\\_2015\\_STJ\\_Atualizado.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/94929/Res_10_2015_STJ_Atualizado.pdf). Acesso em: 11 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 820433*. [...] Não viola o art. 93, inciso XIV, da CF a decisão do Superior Tribunal de Justiça que, a par do conteúdo de certidão cartorária, reconhece a deserção de recurso com base em interpretação de dispositivo do Código de Processo Civil [...]. Recorrente: Agromam Empreendimentos Agro-Técnicos Ltda. Recorrido: Persivaldo Teixeira de Barros. Relator: Min. Dias Toffoli, 17 de março de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=11043891>. Acesso em: 10 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Resolução nº 427, de 20 de abril de 2010*. Regulamenta o processo eletrônico no âmbito do Supremo

Tribunal Federal e dá outras providências. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO-C-427.PDF>. Acesso em: 11 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Eproc: processo eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região completa cinco anos*. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2014. Disponível em: [https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=10500](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=10500). Acesso em: 01 mai. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Resolução nº 13, de 11 de março de 2004*. Implanta e estabelece normas para o funcionamento do Processo Eletrônico nos Juizados Especiais Federais no âmbito da Justiça Federal da 4ª Região. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2004. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/cojef/resolucao13-2004.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Resolução nº 64, de 11 de novembro de 2009*. Implanta o Processo Eletrônico no âmbito da Justiça Federal de 1º e 2º Grau da 4ª Região. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2009. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/sup/res64-2009.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. *Histórico do PJe*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2017. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/pje/historico>. Acesso em: 01 mai. 2020.

CAMÕES, Priscila Aparecida Borges; FERREIRA, Rafael Alem Mello. A Racionalidade da Decisão Judicial na Teoria Geral do Processo Civil Brasileiro: de Habermas a Alexy. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 03, p. 213-232, 2020. DOI: 10.25109/2525-328X.v.19.n.03.2020.2469.

CHRISTIAN, Brian. *Algoritmos para viver: A ciência exata das decisões humanas*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, edição do Kindle.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia Artificial y Proceso Judicial*. Madri: Marcial Pons, 2018.

FERRUCCI, David; LEVAS, Anthony; BAGCHI, Sugato; GONDEK, David; MUELLER, Erik T. Watson: *Beyond Jeopardy! Artificial Intelligence*, 199-200, 2013, p. 93-105. DOI: 10.1016/j.artint.2012.06.009

GREENFIELD, Adam. *Everyware: Voices That Matter*. Berkeley: Pearson Education, 2006, edição do Kindle.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Brasília: Tempo Brasileiro, 1997.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. Tradução: Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. *Inteligência Artificial e Direito: Convergência Ética e Estratégica*. Vol. 5. Curitiba: Alteridade, 2020.

\_\_\_\_\_. Projeto Victor: Relato do Desenvolvimento da Inteligência Artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-22, Jan. - Abr. 2020.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; SILVA, Roberta Zumblick Martins da. *Inteligência Artificial e Direito*. Vol. 1. Curitiba: Alteridade, 2019.

ISMAIL, Salim; VAN GEES, Yuri; MALONE, Michael S. *Organizações Exponenciais*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, edição do Kindle.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, edição do Kindle.

KURZWEIL, Ray. *Como Criar uma Mente: os segredos do pensamento humano*. São Paulo: Aleph, 2014, edição do Kindle.

LINNA JR., Daniel W. What We Know and Need to Know About Legal Startups. *South Carolina Law Review*, V. 67, p. 389-417, 2016.

MAGRANI, Eduardo. *A Internet das Coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018.

\_\_\_\_\_. *Entre Dados e Robôs: Ética e Privacidade da Era da Hiperconectividade*. 2.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2019.

MAYOR, Adrienne. *Gods and Robots: Myths, Machines and Ancient Dreams of Technology*. Princeton: Princeton University Press, 2018, edição do Kindle.

MEDVEDEVA, Masha; VOLS, Michel; WIELING, Martijn. Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights. *Artificial Intelligence and Law*, Dordrecht, 2019. DOI: 10.1007/s10506-019-09255-y.

MELLO NETO, Ridivan Clairefont de Souza; DIAS, Jean Carlos. A Democracia Pragmática em Richard Posner e o Papel do Pragmatismo Cotidiano na Seara Democrática. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 23, n. 3, p. 310-332, 2018. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i31415.

MOORE, Gordon E. Cramming more components onto integrated circuits. In: *Electronics*, vol. 38, n. 8, April 19, 1965.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4.<sup>a</sup> ed. rev. e atual. e ampl. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: how Big Data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown, 2016, edição do Kindle.

PÁDUA, Sérgio Rodrigo de. Normas Jurídicas e Seus Valores Fundantes: Uma Simbiose Possível na Interpretação Jurídica. *Revista Tecnológica da FATEC-PR*, Curitiba, v.1, n.9, p. 40-61, 2018.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Dispõe sobre o processo eletrônico no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Paraná. *Resolução nº 03, de 14 de maio de 2009*. Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2009. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/legislacao-atos-normativos/-/atos/documento/468824>. Acesso em: 11 jul. 2020.

RUNCIMAN, David. *Como a Democracia Chega ao Fim*. Tradução: Sergio Flaksman. São Paulo: Todavia, 2018, edição do Kindle.

SALOMÃO, Luis Felipe (coord.) et al. *Inteligência Artificial: Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro*. FGV

Conhecimento: Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, 2020, p. 26. Disponível em: [https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos\\_e\\_pesquisas\\_ia\\_1afase.pdf](https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/estudos_e_pesquisas_ia_1afase.pdf). Acesso em: 20/03/2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Processo Eletrônico SAJ*: Histórico. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/processo-eletronico-saj/historico>. Acesso em: 01 mai. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Resolução nº 551, de 31 de agosto de 2011*. Regulamenta o processo eletrônico no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e dá outras providências. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/CanaisComunicacao/NormasSegundaInstancia/NormasTrabalho/Links/resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%20551-2011.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SARTOR, Giovanni. Doing justice to rights and values: teleological reasoning and proportionality. *Artificial Intelligence and Law*, Dordrecht, v. 18, p. 175-215, 2010. DOI: 10.1007/s10506-010-9095-7.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2018, edição do Kindle.

SIMEÃO, Álvaro Osório; COELHO, Inocêncio Mártires. Limites da Mutação Constitucional pela Via da Interpretação: Uma Proposta de Catalogação e Definição. *Revista da AGU*, Brasília, v. 18, n. 04. p.75-96, 2019. DOI: 10.25109/2525-328X.v.18.n.04.2019.2335.

SUNSTEIN, Cass R. *Choosing Not to Choose*. Oxford: Oxford University Press, 2015, edição do Kindle.

SUSSKIND, Richard. *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. Oxford: Oxford University Press, 2010, edição do Kindle.

\_\_\_\_\_. *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, edição do Kindle.

TALEB, Nassim Nicholas. *A Lógica do Cisne Negro: O impacto do altamente improvável*. Tradução: Marcelo Schild. 19ª ed. Rio de Janeiro: BestBusiness, 2019.

VAN WYK, Jo-Ansie. South Africa's Nuclear Diplomacy Since The Termination of Its Nuclear Weapons Programme. *Scientia Militaria - South*

*African Journal of Military Studies*, Saldanha, v. 42, p. 80-101, 2014. DOI: 10.5787/42-1-1082.

VEGA, Italo S. Inteligência Artificial e Tomada de Decisão – A necessidade de agentes externos. In: FRAZÃO, Ana (coord.) et al. *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 99-113.

YAPO, Adrienne; WEISS, Joseph. Ethical Implications of Bias in Machine Learning. Proceedings of 51st Hawaii *International Conference on System Sciences*, Waikoloa Village, p. 5365-5372, 2018.



RECEBIDO EM: 10/09/2019

APROVADO EM: 07/02/2020.

# MEDIAÇÃO NA ALIENAÇÃO PARENTAL: DIÁLOGOS FAMILIARES POSSÍVEIS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E SALVAGUARDA DA AFETIVIDADE

*MEDIATION IN PARENTAL ALIENATION: POSSIBLE  
FAMILY DIALOGUE IN CONFLICT RESOLUTION AND  
AFFECTIVE SAFETY*

*Simone Guerra Maziero*

*Graduação em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil(2018)  
técnico judiciário do Tribunal Regional do Trabalho 17ª Região , Brasil*

*Margareth Vetis Zaganelli*

*Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil(2004)  
Professor Visitante Mobilidade Erasmus + do Università degli Studi di Milano -  
Bicocca , Itália*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Mediação como método de resolução de conflitos; 2 A Mediação no Brasil – Dispositivos Legais; 3 A Mediação nos conflitos familiares; 4 Alienação Parental; 5 A Mediação na Alienação Parental; 6 Uso da Mediação em conflitos

familiares – oportunidades e dificuldades no Brasil;  
7 Conclusão; 8 Referências.

**RESUMO:** O artigo tem por intencionalidade abordar a Mediação Familiar, enfatizando o seu potencial como instrumento jurídico para assistir as famílias a resolver conflitos familiares, em especial os casos de alienação parental, considerando os efeitos psicológicos e emocionais negativos que podem provocar nas relações entre pais e filhos. A mediação busca preservar o melhor interesse da família, reestabelecendo o diálogo entre as partes para alcançar soluções menos traumáticas, com o intuito de retomar a convivência familiar para prover o resultado mais adequado para o filho menor. Por meio de metodologia qualitativa com base em pesquisa bibliográfica e documental, o trabalho procura ressaltar a existência e as especificidades da Mediação Familiar como meio de resolução de disputas ocorridas nos processos de separação litigiosa, para resguardar os filhos menores dos conflitos do casal, principalmente quando há indícios de alienação parental, bem como as possibilidades e os desafios no uso da mediação no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conflitos Familiares. Direito de Família. Alienação Parental. Mediação Familiar. Método de Resolução de Conflitos.

**ABSTRACT:** The article intends to address Family Mediation, emphasizing its potential as a legal instrument to assist families in resolving family conflicts, especially in cases of parental alienation, considering the negative psychological and emotional effects it can have on parent-child relations. Mediation seeks to preserve the best interests of the family by reestablishing the dialogue between the parties to achieve less traumatic solutions, in order to resume family integration to provide the most appropriate outcome for the minor child. Through a qualitative methodology based on bibliographic and documentary research, the paper pursuits to highlight the existence and specificities of Family Mediation as a method of resolving disputes that have occurred in litigation separation processes, to protect the minor children from the couple's conflicts, especially when there are signs of parental alienation, as well as the possibilities and challenges in the use of mediation in Brazil.

**KEYWORDS:** Family Conflicts. Family Right. Parental Alienation. Family Mediation. Conflict Resolution Method.

## **INTRODUÇÃO**

Ao longo das últimas décadas a família, instituição considerada por muitos base da sociedade, vem passando por constantes transformações que ensejam novos e complexos arranjos, e a partir daí alguns conflitos se apresentam. Os conflitos familiares são, em sua maioria, transformados em litígios processuais em muitos ordenamentos jurídicos contemporâneos, os quais ficam ao encargo da decisão do Estado-juiz, já assoberbado de infundáveis processos.

Nesse contexto, insurgem-se os meios alternativos de solução de conflitos, destacando-se, no campo específico das questões de família, o procedimento da mediação familiar. Trata-se de um tema recente, que não se encontra positivado no ordenamento jurídico pátrio, mas que já vem sendo utilizado há certo tempo, alcançando-se bons resultados.

O Direito das Famílias como vem sendo denominado hodiernamente, é um dos ramos do Direito que mais tem avançado, no que se refere às novas configurações admitidas em nossa sociedade: se historicamente procurava proteger a família tradicionalmente constituída pelos laços do casamento (e só era considerado casamento o heterossexual, formado por pai, mãe e filhos), passou a admitir novos núcleos familiares – uniões homoafetivas, heteroafetivas, poliafetivas, famílias mononucleares, dentre outros.

Mesmo com todos os avanços, o Direito não tem sido capaz de resolver todos os conflitos que surgem das relações familiares, sobretudo nos casos de separação litigiosa, e quando há filhos menores envolvidos. Se os diferentes modos de pensar e agir podem ser enriquecedores para uma relação familiar, quando o amor acaba e os conflitos surgem, as diferenças podem se tornar inconciliáveis.

É nesse momento que ganha importância a mediação familiar, como uma possibilidade de resolver conflitos fora do Poder Judiciário, de maneira a preservar o melhor interesse da família, e não simplesmente aplicar a Lei a qualquer custo.

Nesse esteio, o presente trabalho tem como objetivo principal abordar a utilização do instituto da mediação familiar como importante meio alternativo de dirimir, pacificamente, os litígios perpassados no âmbito da família brasileira, fixando-se nos conflitos relativos à alienação parental, possibilitando às pessoas envolvidas no processo da mediação,

uma incursão pelos ínvios caminhos das relações humanas, na busca de soluções menos traumáticas, através do restabelecimento do diálogo funcional entre as mesmas.

Trata-se de uma pesquisa exploratória, cuja natureza da vertente metodológica é a qualitativa, o procedimento técnico utilizado que sustenta esta investigação de cunho teórico é o bibliográfico, que explora, em especial, os conceitos de Síndrome de Alienação Parental, de Gardner (1985); de alienação parental, de Antunes (2017), e de mediação familiar, de Gomes (2017).

## 1. A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mediação, temática a que se dedica este trabalho, tem fomentado pesquisadores em uma campanha global em prol de sua utilização na solução de controvérsias, a exemplo do que ocorreu no Fórum Internacional *Global Mediation Rio 2014*, na Cidade de Rio de Janeiro, em novembro de 2014. O evento assinala a preocupação da sociedade civil no que concerne ao incremento de mecanismos de resolução de conflitos, arregimentando, para isso, esferas do poder público em âmbito mundial.

A mediação consiste em um método de resolução de conflitos, com a intervenção de um terceiro que assume o papel de mediador neutro e imparcial, cujo objetivo é ampliar o diálogo para que se possa chegar a um consenso sobre determinado assunto, buscando uma solução que atenda a ambas as partes (BOECHAT; SOUZA; ZAGANELLI, 2017, p. 309).

Já na conciliação o terceiro tem papel ativo, propondo soluções e encaminhando os acordos, visando solucionar os conflitos.

A mediação é especialmente eficaz para os casos em que os demandantes possuem vínculos entre si, como relações familiares ou de convivência. O mediador atua como um facilitador do diálogo, sem sugerir soluções, mas buscando aproximar as partes para que cheguem a um consenso, que seja positivo para os dois lados.

O poder de decisão pertence às partes, e não ao mediador. Mais do que apenas buscar uma solução para o conflito que está em jogo, a mediação objetiva a retomada da comunicação, dirimindo conflitos e reaproximando dois lados que já não conseguiam se comunicar. (SALES; CHAVES, 2014, p. 261)

Quando a solução encontrada é fruto de uma discussão em que as propostas foram abordadas com liberdade e construídas passo a passo, torna-se mais fácil cumprir o que foi acordado, e por essa razão a mediação é um eficaz método de resolução de conflitos.

Na tutela judicial os litigantes esperam que o Estado-juiz dite o direito para aquela situação, pacificando os conflitos e ditando a melhor solução, como um ser onipresente. Mas nem a solução apontada é o melhor para as partes. Muitas vezes a aplicação do direito, apesar de parecer tecnicamente justa, gera mais mágoas e conflitos, principalmente para aquela parte que sente que seus anseios não foram atendidos. Se houver o diálogo entre as partes pode-se chegar a uma solução mais adequada, mas este diálogo nem sempre é possível.

E se a resolução de conflitos, de um modo geral, já se mostra difícil, mais complicado se torna quando o que estão em jogo são as disputas familiares, em que cada membro da família tem valores, culturas e modos de pensar diversos.

É neste momento que entra o mediador, como uma figura imparcial e que pode auxiliar as partes na construção de uma solução consensual.

## **2. A MEDIAÇÃO NO BRASIL – DISPOSITIVOS LEGAIS**

No Brasil, os debates para positivação da mediação começaram com o Projeto da Lei de Alienação Parental (PL 4053/2008), que foi transformado na Lei nº 12.318/2010. Mesmo antes dos debates legislativos para uma lei específica, já havia uma previsão na Constituição Federal de 1988 de se utilizar métodos alternativos para resolução de conflitos. O próprio preâmbulo da Constituição abordou a relevância da resolução pacífica das controvérsias, disposição que se repete no artigo 4º, que adota como princípio a solução pacífica dos conflitos.

A primeira versão do PL 4053/2008, que viria a se tornar a Lei de Alienação Parental, incluía um artigo que citava a mediação como instrumento para solução dessa espécie de conflitos. Após exame pelas Comissões de Seguridade Social e Família, o artigo sobre mediação foi excluído, com o argumento de que havia outros projetos específicos sobre o assunto sendo analisados pela Câmara. Posteriormente, quando o projeto de lei foi analisado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o artigo foi novamente incluído (GOMES, 2017, p. 77), sendo aprovado pelo Senado sem alterações, mas na sanção presidencial o artigo foi vetado.

Apenas em 2015, com a promulgação do Código de Processo Civil, foi positivada a figura do mediador, ficando sua atuação descrita no art. 165, parágrafo 3º, “preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes”, auxiliando os interessados a compreender as questões em conflito, para que estes possam identificar, por si próprios, “soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (BRASIL, 2015c).

Trata-se de um grande avanço, tendo em vista que os dispositivos legais anteriores não apresentavam métodos alternativos para a solução de conflitos familiares. No atual Código de Processo Civil a conciliação e mediação ganharam destaque, com a determinação de que nas ações de família serão envidados esforços para a solução consensual da controvérsia, com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento, podendo o processo ser até mesmo suspenso enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial e a atendimento multidisciplinar (art. 604, caput e parágrafo único).

Outro aperfeiçoamento no histórico da mediação no Brasil ocorreu com a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre os procedimentos de mediação, tanto judicial quanto extrajudicial.

Na mediação extrajudicial o mediador será qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, conforme disposto no art. 9º da lei supracitada. As partes poderão ser assistidas por advogado ou defensor público, e se uma das partes comparecer à reunião de mediação assistida, o procedimento será suspenso para que o outro lado também possa ser acompanhado por representante técnico (advogado ou defensor).

Se na mediação extrajudicial a assistência por advogado ou defensor é facultativa, na mediação judicial é obrigatória. A lei prevê ainda a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, devendo seguir as normas do Conselho Nacional de Justiça.

O procedimento de mediação será encerrado quando for celebrado acordo ou não for possível o consenso, declarado pelo mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Apesar de a presença de advogado ou defensor público na mediação extrajudicial não ser obrigatória, é recomendável que o acordo seja examinado por pessoa com formação jurídica, para garantir que seus termos não estejam em descumprimento a determinações legais.

A lei de mediação prevê ainda que o termo final, quando celebrado o acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Importante frisar que, de acordo com o princípio da autonomia da vontade, a mediação será iniciada somente após a anuência das partes, podendo ser interrompida a qualquer momento, se houver permissão. O princípio da autonomia da vontade possibilita ainda a não obrigatoriedade de realizar acordo, se não for a vontade das partes (GOMES, 2017, p. 65).

### 3. A MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS FAMILIARES

A Constituição Federal de 1988 garantiu um extenso rol de garantias ao cidadão, dentre os quais o livre acesso à justiça. Cada vez mais a população procura a tutela judicial para exercer seus direitos, gerando uma enorme sobrecarga e fazendo com que não raro os processos judiciais tramitem por longos anos.

O Relatório Justiça em Números de 2016, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, traz a informação de que “para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas”. Naquele ano, cerca de 93 milhões de ações continuavam pendentes, agravando ainda mais a morosidade da justiça (MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, CNJ, p. 9).

E o fim de um longo processo nem sempre traz a sensação de “vencer o conflito”. Pelo contrário, a insatisfação ao final de um processo pode atingir até mesmo o lado que teve deferido seu pleito, total ou parcialmente. A simples ideia de que um conflito pode ser vencido é digno de revisão, porque há ocasiões em que o que se busca não é a simples resolução de um conflito específico, mas sim dirimir profundas divergências.

Nas relações familiares diárias, os conflitos são tratados como eventos que podem ser resolvidos, sem que um dos lados sinta-se perdedor. Contudo a prática forense é diferente, pois a finalidade primeira de um processo judicial é definir qual a parte vencedora. Para tal desiderato, cada lado acusa-se mutuamente, atribuindo culpas e responsabilidades e polarizando suas relações, como se houvesse apenas um lado certo e o outro errado. (MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, CNJ, p. 9).

Mesmo a parte vitoriosa de um litígio pode se sentir perdedora, em razão do tempo dispendido, do alto custo financeiro e principalmente

pela perda de vínculo. Uma disputa judicial ocasiona animosidade e pode destruir as relações entre os envolvidos.

Torna-se, assim, premente o repensar do uso do Poder Judiciário como instrumento para a resolução de todo e qualquer conflito. Novos instrumentos para a solução de divergências ganham destaque, principalmente a mediação.

A mediação tem como objetivo primordial reestabelecer a comunicação entre as partes, visando prevenir conflitos futuros. Por tratar as emoções como parte do conflito e de sua solução, tem grande aplicação nas demandas familiares, pelo fato de valorizar a preservação das relações afetivas (GOMES, 2017, p. 19).

Os conflitos familiares são complexos e com múltiplas particularidades, pois os laços afetivos se estendem no tempo, e correm o risco de se romperem indelevelmente se os conflitos não são resolvidos. Estes sentimentos devem ser considerados, por atingir de maneira mais profunda a criança, elo mais fraco de uma relação familiar (MUNHOZ; LOTTO; PIRES; SANTOS, 2015, p. 6).

#### **4. ALIENAÇÃO PARENTAL**

No processo de separação de casais, é frequente a discussão sobre a posse e divisão dos bens, e muitas vezes a guarda dos filhos se torna também um ponto de conflito, e não raro um motivo de disputa, como mais um argumento na disputa do casal, em detrimento de prover o melhor para a criança.

Há casos registrados no cotidiano forense em que a guarda do filho é disputada, negando ao outro lado, principalmente se a separação foi um desejo unilateral, os direitos mínimos de convivência familiar.

Torna-se imprescindível, dessa maneira, reconhecer quais os interesses puramente patrimoniais e quais os interesses afetivos. É muito comum usar a guarda dos filhos como uma maneira de exercer poder sobre o outro, e a maneira mais cruel de fazê-lo é por meio da alienação parental.

Se, ao final de uma união conjugal, principalmente se houve a separação litigiosa, as partes não tiverem suficiente equilíbrio emocional, as mágoas e frustrações acumuladas no período de convívio podem ser utilizadas contra o outro lado, gerando acusações recíprocas e um grande



desgaste sentimental, podendo desaguar em atos de alienação parental (SANTIAGO NETO, 2015, p.1).

Os atos de alienação parental são aqueles que visam depreciar a imagem do pai ou mãe que não detém a guarda, seja por meio de invenção de memórias falsas ou deturpação das existentes, dificuldade ou impedimento às visitas familiares, mesmo quando são determinadas por lei, constrangimentos durante os encontros familiares, dentre outros. Não são só os pais que exercem atos de alienação parental: estes também podem ocorrer com os avós ou parentes próximos (ANTUNES, 2017, p.1).

Quando os atos de alienação parental são muito frequentes, acabam por desgastar os laços familiares, podendo gerar inclusive o afastamento entre pais e filhos, um dos efeitos da Síndrome de Alienação Parental, que foi descrita pelo médico e professor de Psiquiatria Richard Gardner (GARDNER, 1985).

Em seus estudos, Dr. Gardner observou casos em que, após a separação, o genitor que detinha a guarda dos filhos os manipulava com tal intensidade que, gradualmente, os laços afetivos com o genitor visitante se desgastavam, causando o afastamento familiar, além de danos psicológicos aos menores. Estes efeitos foram chamados de Síndrome da Alienação Parental (ANTUNES, 2017, p.1).

No Brasil, os estudos sobre alienação parental também evoluíram, culminando com a promulgação da Lei nº 12.318/2010, que dispõe sobre o assunto, além de alterar o art. 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

O art. 2º da Lei identifica ato de alienação parental como “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.” (BRASIL, 2010b).

Os atos podem ser os mais diversos possíveis, como os de desqualificar o (a) genitor (a) que não detém a guarda, para que este (a) não possa exercer a paternidade/maternidade. A alienação pode se dar ainda dificultando o contato familiar, mentindo sobre condutas ou omitindo informações relevantes, alterando o domicílio sem justificativa, dentre outros descritos nos incisos do mesmo artigo (BRASIL, 2010b).

Importante frisar que a lei reconhece como responsável pelos atos não só o genitor, mas também os avós ou quem detenha a guarda do menor, conforme destacado no caput do mencionado dispositivo legal.

## 5. A MEDIAÇÃO NA ALIENAÇÃO PARENTAL

Uma das dúvidas levantadas sobre o assunto diz respeito a quais questões do direito de família que podem ser resolvidas por mediação. Esse esclarecimento pode ser obtido no art. 3º da Lei nº 13.140/2015, que prescreve que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. Nesse último caso, o acordo deve ser homologado em juízo, após participação do Ministério Público (BRASIL, 2015d).

O Conselho Nacional do Ministério Público, atento à questão da alienação parental, e em obediência ao dever institucional do parquet de zelar pelos direitos assegurados às crianças e adolescentes pela Constituição Federal, observados os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta inerentes à matéria, editou a Recomendação nº 32, de 05 de abril de 2016, que prevê a adoção de ações coordenadas para a conscientização dos pais e responsáveis sobre os prejuízos da alienação parental e da eficácia da guarda compartilhada, com o intuito de buscar meios eficazes para resolver os problemas referentes a esse tema. (PEREIRA, 2017, p.1).

Sempre que houver um conflito que possa ser resolvido pela negociação direta entre as partes litigantes, principalmente quando há um vínculo de convivência, será possível a utilização da mediação (GRANDE, 2017, p.1).

A mediação torna possível um outro olhar nos casos de conflitos familiares, em especial nos casos de separação litigiosa, quando há filhos menores envolvidos.

Esta nova maneira de solução dos conflitos tenta fugir à ótica do Direito tradicional, de tutelar a esfera patrimonial, deixando as relações familiares como uma preocupação inerente a outras áreas do saber.

Muitas vezes os processos de separação tramitam nas varas de família por longos períodos, sem chegar a uma solução, porque o que está em disputa não é simplesmente uma questão patrimonial, e sim as mágoas, as frustrações e as acusações de lado a lado, e que não podem ser resolvidas simplesmente com a aplicação da lei (BRAGANHOLO, 2005, p. 71).

Há questões em disputa que vão além do aspecto legal. Se o casal não tem mais a capacidade de se comunicar sem que as discussões sejam postas de lado, a mediação pode proporcionar uma oportunidade de resolver questões emocionais, para que a separação possa se concretizar sem se tornar um motivo de vingança pessoal.

Afinal, os relacionamentos que envolvem vínculos afetivos trazem em si uma alta carga de complexidade, o que torna o processo de separação extremamente doloroso para as partes envolvidas.

## **6. USO DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS FAMILIARES – OPORTUNIDADES E DIFICULDADES NO BRASIL**

Passados três anos da entrada em vigor da Lei de Mediação (Lei nº 13.130/2015), bem como do Código de Processo Civil, que trouxe incentivos ao uso da mediação e conciliação judiciais, o Conselho Nacional de Justiça, por meio de parceria com a Universidade de São Paulo, efetuou uma pesquisa sobre o uso desses métodos de autocomposição de conflitos no Judiciário, que culminou no Relatório “Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente”, publicado em 2019.

A pesquisa realizou uma análise dos dados referentes aos processos em que houve conciliação ou mediação, tanto na esfera cível como na criminal, entre os anos de 2013 e 2017, nos Estados do Ceará, São Paulo, Paraná, Rio de Janeiro e Piauí, que representaram a amostra selecionada.

Na análise qualitativa foram verificados 256.056 processos, dos quais 22.276 passaram por algum procedimento de conciliação ou mediação (na pesquisa chamados de “homologados”, correspondentes a 8,7% do total), e 233.780 processos finalizados por sentença (chamados de “não homologados”). Dentre os resultados apurados, constatou-se que os processos homologados têm média de duração menor e apresentam menor quantidade de movimentos por processo do que os não homologados. (CNJ, 2019, p. 91).

Outro dado importante, indicado pelos Magistrados e servidores das Varas selecionadas para a pesquisa, diz respeito ao fato de que os casos de família apresentaram os melhores resultados nas sessões de mediação ou de conciliação, além de serem os mais adequados para esse método, por envolverem questões de trato sucessivo, para os quais é essencial manter as relações de afeto. O percentual de solução para esses casos chegava a

90%, conforme entrevistas feitas no decorrer da pesquisa. (CNJ, 2019, p. 142-143).

A pesquisa concluiu que os métodos de autocomposição contribuem para a pacificação social e ocasionam uma diminuição dos litígios a serem solucionados pelo Judiciário a longo prazo, tendo em vista que a solução encontrada atende a ambas as partes, quando o pleito é resolvido de comum acordo.

Apesar de todas essas vantagens, nem sempre a mediação tem sido usada em todo o seu potencial. Faltam espaços adequados nas instalações judiciárias, a equipe que lida diretamente com as lides nem sempre recebe o treinamento adequado, e até mesmo a formação jurídica tradicional oferecida pelos cursos de Direito no país pode se tornar um empecilho, por ser tradicionalmente mais vinculada à visão de conflitos resolvidos na medição de forças entre os litigantes (SALES; CHAVES, 2014, p. 257).

## CONCLUSÃO

As relações familiares são complexas, delicadas e influenciam todo o nosso modo de ser e de agir. As desavenças no seio familiar por vezes deixam marcas difíceis de serem curadas, fazendo com que muitos carreguem essas mágoas por toda a vida. E com o término da união afetiva, quando há a dissolução do convívio familiar, a criança deve ser protegida das intrigas, da intolerância e do desamor, sob pena de marcas indelévels em sua personalidade.

A alienação parental deve ser coibida, observando-se sempre se as atitudes e palavras daquele que permaneceu com a guarda do menor (que pode ser o pai/mãe, os avós ou até mesmo algum parente próximo) está dificultando ou até mesmo impedindo a coexistência harmoniosa de pais e filhos. A alienação parental, além de ser extremamente cruel com o genitor visitante, é mais ainda com a criança, que vê frustrado seu direito de um convívio familiar equilibrado e harmônico, para preservar seu bem-estar emocional e psicológico.

Nesse contexto a mediação pode e deve ser usada como uma proposta mais eficaz de resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial vai atuar como facilitador do diálogo do casal. O mediador atuará não com a imposição de uma solução pronta e acabada, mas auxiliando o restabelecimento da conversa para buscar um consenso, que seja bom para ambas as partes e principalmente para a criança, pois, mesmo com

todos os avanços, o Direito não é capaz de apresentar soluções para todos os tipos de conflitos familiares.

É nesse momento que ganha importância a mediação familiar, como uma possibilidade de resolver conflitos fora dos limites impostos pelo Poder Judiciário, de maneira a preservar o melhor interesse da família, e não simplesmente aplicar a lei a qualquer custo.

O instituto da mediação é um grande avanço em nosso ordenamento jurídico, e seu uso pode e deve ser estimulado, tanto nas transações judiciais como nas extrajudiciais, tendo em vista que as vantagens superam, em muito, as dificuldades operacionais e estruturais, principalmente na estrutura judiciária.

Sua utilização no âmbito familiar pode auxiliar a recompor os laços afetivos, tão importantes para um saudável convívio íntimo e social.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Josiane. Alienação Parental: identificação, Síndrome da Alienação Parental e seus efeitos danosos. Disponível em <<http://emporiiodireito.com.br/alienacao-parental/>>. Acesso em: 21 ago. 2019.
- BOECHAT, Ieda Tinoco; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de; ZAGANELLI, Margareth Vetus. A mediação e a autocomposição de conflitos: legados familiares possíveis. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 19, n. 118, jun./set. 2017, p. 305-329.
- BRAGANHOLO, Beatriz Helena. Novo Desafio do Direito de Família Contemporâneo: a mediação familiar. R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 70-79, abr./jun. 2005.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.
- \_\_\_\_\_. Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente – Jurimetria para proposição de ações eficientes, 1ª Edição (Brasília/DF: CNJ), 2019.
- BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União. Brasília, 1990. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> . Acesso em: 21 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei no 12.318, de 26 de agosto de 2010. Diário Oficial da União. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei no 13.140, de 16 de junho de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 21 ago. 2019.

GARDNER, R. A. Recent trend in divorce and custody litigation. The Academy Forum, 29 (2): pp. 3-7.1985.

GOMES, Janaína Albuquerque Azevedo. Os desafios da mediação internacional - Os impedimentos trazidos pela Lei nº 13.140/15 sobre mediação ao Projeto Legislativo da Conferência da Haia relativo a Acordos Privados envolvendo crianças. 2017.95 f. Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2017.

GRANDE, Patrícia O. Santos. A mediação no contexto familiar no combate à síndrome de alienação parental. Disponível em <<http://mediacaolfg.com.br/2017/06/a-mediacao-no-contexto-familiar-no-combate-a-sindrome-da-alienacao-parental/>> Acesso em: 21 ago. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Alienação parental, novo CPC e o Ministério Público. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/processo-familiar-alienacao-parental-cpc-ministerio-publico>> Acesso em: 21 ago. 2019.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial - A Importância da Capacitação e de seus Desafios. Sequência, Florianópolis, v. 35, nº 69, p. 255-280, 2014

SANTIAGO NETO, Nelson Antônio. Alienação parental: a mediação familiar como forma de solução pacífica de conflitos. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/41347/alienacao-parental-a-mediacao-familiar-como-forma-de-solucao-pacifica-de-conflitos>> Acesso em: 21 ago. 2019.

MUNHOZ, Thais Pereira Silva; LOTTO, Ettore Guerreiro; PIRES, Marcia Regina; DOS SANTOS, Roberto da Silva Batista. A alienação parental e a

mediação como instrumento de solução de conflito. Anais do Conic-Semesp. Volume 3, 2015 – Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Disponível em <http://conic-semesp.org.br/anais/files/2015/trabalho-1000019585.pdf> Acesso em: 21 ago. 2019.

