

REVISTA DA AGU

Vol. 23 nº 02 - Brasília-DF - jun/2024



Qualis A2
ISSN-L 1981-2035
ISSN 2525328-X



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
ESCOLA SUPERIOR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
MINISTRO VICTOR NUNES LEAL

REVISTA DA AGU

volume 23 n° 02 - Brasília-DF, junho 2024

<https://revistaagu.agu.gov.br/>

Revista da AGU	Brasília	Qualis A2	v. 23	n° 02	p. 1-372	junho 2024
----------------	----------	--------------	-------	-------	----------	---------------

Revista da AGU

Escola Superior 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
© Advocacia-Geral da União - AGU – 2018

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Jorge Rodrigo Araújo Messias

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Flavio José Roman	Advogado-Geral da União Substituto
Clarice Costa Calixto	Secretaria-Geral de Consultoria
Marcelo Eugênio Feitosa Almeida	Procurador-Geral da União
André Augusto Dantas Motta Amaral	Consultor-Geral da União
Adriana Maia Venturini	Procuradora-Geral Federal
Isadora Maria Belém Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Heráclio Mendes de Camargo Neto	Corregedor-Geral da Advocacia da União
João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA SUPERIOR DA AGU

João Carlos Souto	Diretor da Escola Superior da AGU
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio	Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação
Cláudia dos Santos Vieira	Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

Revisão de texto: Lohana Gregorim

Diagramação: Walbert Kuhne / Kamilla Souza

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 Superior 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 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

JOÃO CARLOS SOUTO

Diretor da Escola Superior da AGU

Mestre e Doutor (Suma Cum Laude) em Direito (CEUB). Procurador da Fazenda Nacional.

VICE-EDITOR

HENRIQUE AUGUSTO FIGUEIREDO FULGÊNCIO

Coordenador-Geral de Gestão de Pós-Graduação

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

CLÁUDIA DOS SANTOS VIEIRA

Coordenação de Desenvolvimento de Pós-Graduação Stricto Sensu

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. Lecciona 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 FILCHTINER 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

ALEXANDRE DOUGLAS ZAIDAN DE CARVALHO

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e Bacharel pela Universidade Católica de Pernambuco. Foi bolsista no Programa de Doutorado Sanduíche da CAPES 2014/2015 (BEX 14818/13- 2) no Departamento de Direito Constitucional da Universitat Pompeu Fabra. Professor na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Procurador Federal AGU.

CARMEN LUCIA SARMENTO PIMENTA

Pós-Doutora em Direito Marítimo pela Universidad Carlos III de Madrid (Espanha). Doutora em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS – bolsa CAPES). Mestre em Direito Internacional pela UNISANTOS. Pós-graduada (Lato Sensu) em Direito Marítimo e Portuário pela UNISANTOS, em Direito Notarial e Registral pela ANOREG/ UNIFAMMA e em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Graduada em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF) e em Música Sacra pelo Seminário Teológico Batista do Sul do Brasil (STBSB). Diplomada no Curso de Altos Estudos em Política e Estratégia da Escola Superior de Guerra (Ministério da Defesa). Diplomada no Curso Superior de Defesa pela Escola Superior de Guerra (Ministério da Defesa). Professora na Escola de Guerra Naval (EGN). Professora de Pós-Graduação em Direito Marítimo e do Mar da UERJ e da Maritime Law Academy. Professora convidada da Universidad Carlos III de Madrid/Espanha, da Aix-Marseille Université (França) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Juíza Suplente do Tribunal Marítimo.

CELSO JEFFERSON MESSIAS PAGANELLI

Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (UNIDERP), Pós-Graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Juruimirim. Professor no Centro Universitário das

Faculdades Integradas de Ourinhos (UNIFIO). Advogado.

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

Doutorado em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestrado em Direito na Universidade de Franca. Foi bolsista da CAPES em estágio doutoral na Universidade Clássica de Lisboa e professor pesquisador da Fundação de Apoio da UFMG (FUNDEP). Pós-Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Professor Titular em Direito da Universidade de Itaúna. Professor na Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG).

FÁBIO JUN CAPUCHO

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (Esmagis).

JOÃO PAULO MANSUR

Doutor e mestre em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em direito e em ciências sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professor na Faculdade Municipal de Linhares FACELI

JOÃO PAULO ROCHA DE MIRANDA

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso (FESMP-MT) e Universidade de Cuiabá (UNIC). Especialista em Sociedade e Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Pós-Graduado, ao nível de aperfeiçoamento, em Direito Ambiental pela Fundação Moore do Instituto Internacional de Educação do Brasil (IEB). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Graduado em Zootecnia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), Campus Santana do Livramento. Advogado e Zootecnista.

JOÃO QUINELATO DE QUEIROZ

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor

de Direito Civil da Graduação do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Pós-Graduação em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). É visiting researcher do Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. É associado da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Advogado.

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO

Pós-Doutorado em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie (São Paulo). Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com estágio de doutoramento na Universidad Carlos III de Madrid (UC3M – Espanha). Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público, pela Universidade Candido Mendes do Rio de Janeiro (UCAM-RJ). Graduado em Direito pela PUCPR. Professor Titular da Estácio Curitiba, Professor Convidado do Programa de Educação Continuada em Ciências Agrárias (PECCA) da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado.

KLEVER PAULO LEAL FILHO

Doutor em Direito na Universidade Gama Filho (UGF). Professor da Graduação em Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Participa como Ministrante do convênio institucional firmado entre o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD-UCP) e a Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (Argentina).

LUANA PEDROSA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ

Doutorado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestrado em Direito Processual Civil pela PUC-SP e Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professora na Universidade de Itaúna (Minas Gerais). Professora na PUC-SP (COGEAE). Professora na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil (ESA-OAB-SP). Professora na Fundação Getulio Vargas (FGV-SP).

LUCAS ISAAC SOARES MESQUITA

Doutor em Direito do Trabalho pelo programa Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social da Universidad de Salamanca (USAL).

Graduado e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (FDA-UFAL). Especialista em Direito do Trabalho pela USAL. Advogado.

LUÍS HENRIQUE BORTOLAI

Doutor e Mestre pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-Graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Especialista em Gestão Educacional e Docência pelo Centro Universitário UniMetrocamp Wyden. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-Campinas. Professor de Direito na Faculdade de Direito Universidade São Francisco (São Paulo).

MARCELO LUIZ BEZERRA SILVA

Doutor em Educação Para a Ciência (UNESP-Bauru). Mestre em Ciências da Educação pelo Instituto Pedagógico Latino Americano y Caribenh (IPLAC-Cuba). Especialista em Direito do Estado pela Escola de Governança Pública do Estado do Pará (EGPa). Especialista em Educação e Informática pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Ensino Superior pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA). Especialista em Educação Classe III na Secretaria de Estado de Educação do Estado do Pará (SEDUC). Licenciatura Plena em Pedagogia com habilitação em Magistério pela UEPa. Licenciatura Plena em Pedagogia com habilitação em Educação Especial, na modalidade de Magistério para Deficientes Mentais, pela UEPa. Professor Adjunto I na UEPa, vinculado ao Departamento de Educação Especializada (DEES).

MARCIA ANDREA BÜHRING

Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL-Portugal). Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Rio Grande (FURG-Rio Grande do Sul). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Graduada em Direito pela Unijuí. Professora de Direito Constitucional e Ambiental na Escola de Direito da PUCRS. Advogada.

PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito pela

UFPE. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Advogado.

PRISCILA LEAL SEIFERT VIANA

Pós-Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociológicas pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutora em Ciências Jurídicas e Sociológicas pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Mestre em Ciência da Informação pelo Programa de Pós-Graduação em Comunicação da UFF. Graduada em Direito e em Jornalismo pela Universidade Candido Mendes (UCAM) e pela UFF, respectivamente. Advogada da União.

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor na Faculdade de Direito UFBA. Advogado.

RUBENS BEÇAK

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor e Mestre em Direito Constitucional e Livre-Docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da USP. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP-Franca). Professor visitante do Centro de Estudios Brasileños (CEB) da Universidad de Salamanca (USAL), no curso Master en Estudios Brasileños. Livre-docente em Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da USP. Professor Associado Nível III da USP, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP) na Graduação e Pós-Graduação.

SERGIO TORRES TEIXEIRA

Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-Graduado (especialização) em Direito Público e em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Graduado em Direito pela UNICAP. Professor Associado IV da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e Professor Adjunto IV 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 Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (ESMAPE), da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (TRT6) e de Escolas Judiciais de outros dezoito TRTs. Magistrado, atualmente atuando como Desembargador do Tribunal TRT6 de Pernambuco.

TUANNY SOEIRO SOUSA

Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Docente das disciplinas de Filosofia do Direito e Teoria Crítica do Direito das Mulheres do curso de Direito do Centro Universitário Dom Bosco (UNDB).

URÁ LOBATO MARTINS

Doutora em Políticas Públicas e Formação Humana pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), curso avaliado com nota máxima 7 pelo CAPES, classificado como doutorado com nível de excelência internacional. Advogada.

WASSILA ABBUD

Doutora e Mestra em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo na PUC-SP. Advogada.

AUTORES

ALEXANDRE DOUGLAS ZAIDAN DE CARVALHO

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Bacharel pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Foi bolsista no Programa de Doutorado Sanduíche da CAPES 2014/2015 (BEX 14818/13-2) no Departamento de Direito Constitucional da Universitat Pompeu Fabra. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Procurador Federal (Advocacia-Geral da União).

BRUNA GOMES MÜLLER

Doutoranda em Direito na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestrado e Graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialização em Relações Internacionais pela Damásio Educacional. Professora de Direitos Humanos, Diversidade e Inclusão Social na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Sul de Minas (FACESM).

BRUNO GIL DE CARVALHO LIMA

Doutor em Saúde Pública (Epidemiologia) e Livre-Docente de Medicina Legal e Deontologia Médica pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Saúde Comunitária (Epidemiologia) pela Universidade Federal do Salvador (UCSAL). Especialista em Gestão de Pessoas (UFBA). Especialista em Cultura Teológica pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Especialista em Direito Médico e Direito Processual Canônico pela FG Faculdades. Especialista em Filosofia da Religião pelo Centro de Ensino Superior Dom Alberto (CESDA). Bacharel em Teologia (UCDB). Licenciado em Filosofia (UCDB). Bacharel em Direito (UFBA). Perito Médico-Legal do IML Nina Rodrigues. Professor Adjunto da Universidade Federal da Bahia.

BRUNO MENESES LORENZETTO

Pós-doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, Nova Iorque.

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Professor de Direito da PUCPR.

CARLOS ALBERTO PEREIRA DAS NEVES BOLONHA

Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor da Faculdade Nacional de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Diretor da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Pesquisador Produtividade 2 do CNPq.

CLARISSA SAMPAIO SILVA

Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, devidamente revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora de Mestrado e Graduação na Universidade de Fortaleza. Advogada da União.

DANIEL DE SOUZA LUCAS

Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

ERMELINO CERQUEIRA

Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Professor da Universidade Tiradentes e Defensor Público – Defensoria Pública do Estado de Sergipe –, Titular da 8ª Defensoria Criminal da Comarca de Aracaju (1º Tribunal do Júri) e Diretor do Núcleo de Flagrante Delito e Presos Provisórios. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASis – INEP/MEC).

FABIANA MARION SPENGLER

Pós-Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos-RS), com bolsa

CAPES. Mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato e stricto sensu da UNISC.

FRANCESCA BENATTI

Ordinario di Diritto Comparato, Università Cattolica del Sacro Cuore.

HEITOR MOREIRA DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), com intercâmbio na Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Previdenciário e em Direito Constitucional. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

HELENA SCHWANTES

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUC-CAPES, modalidade I, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social.

JÚLIA KLEHM FERMINO

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia – bolsista CAPES com dedicação exclusiva. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

LADYANE KATLYN DE SOUZA

Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade de Brasília (UnB), graduada em Direito na mesma universidade.

LEANDRO FERREIRA BERNARDO

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Constitucional (PUCPR) e Direito Ambiental (UNB). Procurador Federal.

LUIS ALBERTO COSTA

Mestrando em Administração Pública pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Auditor Fiscal da Receita Estadual do Ceará.

MARCIA LEUZINGER

Pós-Doutorado em Direito Ambiental pela University of New England (Austrália, 2016). Doutora em Desenvolvimento Sustentável/Gestão Ambiental, Mestre em Direito e Graduada em Direito, e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Procuradora do Estado do Paraná em Brasília. Professora de Direito Ambiental e Direito Administrativo da Graduação e do Programa de Doutorado e Mestrado do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da University of New England, Austrália.

MARCOS VAQUER CABALLERÍA

Catedrático de Derecho administrativo y Director del Máster em Estudios Avanzados en Derecho público de la Universidad Carlos III de Madrid y consejero de Redeia Corporación, S.A. Ha sido Director General de Urbanismo y Políticas de Suelo y Subsecretario del Ministerio de Vivienda y Presidente de la Entidad Pública Empresarial de Suelo. Autor de siete monografías y más de un centenar de artículos y capítulos de libro en diversas materias de Derecho público.

MARIANA BARBOSA CIRNE

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UNP), e em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União (AGU). Professora de Direito Constitucional e Ambiental no Centro Universitário de Brasília (CEUB).

NAPIE GALVE ARAÚJO SILVA

Doutorado em Ciências Sociais (UFRN). Mestre em Políticas Públicas e Sociedade (UECE) e em Economia (UFC). Graduação em Ciências Econômicas (UFC), Ciências Sociais (UFC), e Administração Pública (UNILAB). Professor Adjunto IV da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

PAULO CEZAR DIAS

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito de Coimbra. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Professor do Programa de Mestrado do UNIVEM.

RAFAEL LAZZAROTTO SIMIONI

Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Educação, Conhecimento e Sociedade da Universidade do Vale do Sapucaí (Univás).

RENATO DE ALMEIDA OLIVEIRA MUÇOUÇAH

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor Universitário.

SÉRGIO RODRIGO DE PÁDUA

Doutor e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil – Curitiba). Professor de Direito no Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) e no Centro Universitário de Tecnologia de Curitiba (UniFatec). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

VALDO RIBEIRO COELHO NETO

Mestrando em Administração Pública (PROFIAP – UFERSA). Especialização em Gestão de Tecnologia da Informação – Faculdade Única de Ipatinga. Especialização em Segurança de Blockchain e Smart Contracts (em andamento) – Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	18
----------------	----

Autores convidados

In Difesa del Testualismo: Una Lezione del Common Law <i>In Defense of Textualism: A Lesson from the Common Law</i> Francesca Benatti.....	21
--	----

El Resurgir de la Planificación Administrativa: Algunas Claves para el Debate <i>The Resurgence of Administrative Planning: Some Keys to Debate</i> Marcos Vaquer Caballería.....	41
---	----

ARTIGOS

Decidindo o Futuro: Quem Carrega a Responsabilidade do Planejamento Familiar no Brasil? <i>Deciding the Future: Who Bears the Responsibility for Family Planning in Brazil?</i> Bruno Gil de Carvalho Lima Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho Ladyane Katlyn de Souza.....	61
--	----

Atuação Negocial em Juízo da Administração Pública e Sua Vinculação aos Princípios Constitucionais: Algumas Questões <i>Business Performance in Court of the Public Administration and its Link to Constitutional Principles: Some Issues</i> Clarissa Sampaio Silva.....	85
---	----

Sobre O Juízo Consequencialista e Suas “Consequências” no Direito Administrativo: Qual o Peso de Sua Normatividade? <i>On Consequentialist Judgment and its Normative Implications in Administrative Law: Assessing the Weight of Normativity</i> Daniel de Souza Lucas Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.....	109
--	-----

A Compatibilidade da Remoção de Conteúdos com a Proibição da Censura: Análise do Tema nº. 995 Do STF <i>The Compatibility of Content Removal with the Prohibition of Censorship: Analysis of Topic nº. 995 of the STF</i> Ermelino Cerqueira Ricardo Maurício Freire Soares.....	129
---	-----

A Participação dos Excluídos Digitais em Audiências por Videoconferência: Notas Sobre a Vulnerabilidade Digital e o Acesso à Justiça <i>The Participation of the Digitally Excluded in Videoconference Audiences: Notes on Digital Vulnerability and Access to Justice</i> Heitor Moreira de Oliveira Paulo Cezar Dias.....	159
Limites e Possibilidades da Mediação de Conflitos On-Line no Brasil <i>Limits and Possibilities of Online Conflict Mediation in Brazil</i> Helena Schwantes Fabiana Marion Spengler	189
Novo Constitucionalismo Latino-Americano: O Caso da Venezuela <i>The New Latin American Constitutionalism: The Case of Venezuela</i> Júlia Klehm Fermino Bruna Gomes Müller Rafael Lazzarotto Simioni.....	219
A Reclamação Constitucional Como Instrumento De Garantia Dos Direitos Socioambientais Reconhecidos Pelo Stf <i>The Constitutional Claim as an Instrument to Guarantee Social And Environmental Rights Recognized by the STF</i> Leandro Ferreira Bernardo.....	245
Análise da Transparência Pública em Micromunicípios da Região Nordeste <i>Analysis of Public Transparency in Micromunicipalities in the Northeastern Region of Brazil</i> Luís Alberto Costa Valdo Ribeiro Coelho Neto Nápie Galve Araújo Silva.....	271
Guarda Doméstica de Animais Silvestres no Superior Tribunal de Justiça: Direito do Homem ou da Natureza? <i>Domestic Guarding of Wildlife at Brazil's High Court: Right of Man or Nature?</i> Mariana Barbosa Cirne Marcia Leuzinger.....	299
O Papel do Estado na Precarização do Trabalho dos Apenados e nas Relações de Emprego: Formação de um Novo Mercado para a Mão de Obra <i>The Role of the State in the Precariousness of the Work of Prisoners and in Employment Relations: Formation of a New Market for Labor</i> Renato de Almeida Oliveira Muçouçab.....	323

O Direito Fundamental à Explicabilidade da Inteligência Artificial
Utilizada em Decisões Estatais
*The Fundamental Right to Explainability of Artificial Intelligence Applied in
State Decision-Making*
Sérgio Rodrigo de Pádua
Bruno Meneses Lorenzetto..... 351

EDITORIAL

Prezado leitor,

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes apresenta, com elevada satisfação, novo número da Revista da AGU, relativo ao 2º trimestre do ano de 2024.

A presente edição é inaugurada por dois artigos de autores estrangeiros. No primeiro deles, a professora italiana Francesca Benatti analisa o confronto entre o textualismo e o contextualismo no modelo de interpretação de contratos do *common law*. Embora apresente razões práticas e teóricas capazes de justificar uma preferência pela abordagem do textualismo, o artigo descreve fatores que demandam o uso do contextualismo ou a combinação de ambos os métodos interpretativos em situações concretas.

Na sequência, Marcos Vaquer Caballería, professor da Universidade Carlos III de Madrid, disserta sobre o ressurgimento da planificação administrativa na Europa, fenômeno que tem sido impulsionado por políticas adotadas pela União Europeia. Além de formular teses explicativas sobre seus fundamentos e sua natureza jurídica, o autor defende que essa nova experiência de planificação observe, na maior medida possível, os critérios de simplicidade e celeridade, sem os quais o procedimento de planificação corre o risco de se tornar um fim em si mesmo, em vez de contribuir para a eficácia da Administração Pública.

Os demais artigos foram recebidos pelo sistema de submissão contínua e aprovados em processo de “avaliação cega por pares”. Sua breve descrição feita a seguir leva em conta a ordem alfabética dos autores que contribuíram para este número do periódico.

Amparados na literatura sobre agência feminina, autonomia sobre o corpo e desigualdade no uso de métodos contraceptivos, Bruno Gil de Carvalho Lima, Alexandre Douglas de Carvalho, e Ladyane Souza apresentam evidência empírica que aponta para uma tendência de permanência do ônus desproporcional sobre a mulher no controle da contracepção, o que reforça o diagnóstico de desigualdade de gênero no Brasil.

Clarissa Sampaio Silva avalia a possibilidade de realização de acordos judiciais pela Administração Pública, tema que suscita questões e desafios

relacionados à compatibilização dessa nova forma de atuação do Poder Público em juízo com o regime jurídico que lhe é peculiar.

Levando em conta as diretrizes estabelecidas pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Daniel de Souza Lucas e Carlos Alberto Bolonha problematizam a normatividade do raciocínio consequencialista no âmbito do Direito Administrativo.

Ermelino Cerqueira e Ricardo Maurício Soares revisitam o conceito e o alcance do direito fundamental à liberdade de expressão para debaterem sobre a possibilidade, admitida pelo Supremo Tribunal Federal, de supressão judicial de conteúdos veiculados pelos meios de comunicação social.

Em pesquisa exploratória sobre a experiência brasileira de realização de audiências por videoconferência, Heitor de Oliveira e Paulo Cezar Dias investigam o processo de exclusão digital dos usuários do serviço jurisdicional que não dispõem de conhecimento técnico ou de condição financeira para participarem de tais atos. Em conclusão, os autores afirmam que o Poder Judiciário deve se mobilizar para assegurar a participação efetiva e isonômica de todos os cidadãos nas audiências por videoconferência.

O trabalho de Helena Schwantes e Fabiana Spengler versa sobre os limites e as possibilidades da mediação de conflitos on-line no Brasil, considerada pelas autoras como uma alternativa viável para desafogar o sistema judiciário, promover a desjudicialização e instaurar uma cultura de paz e diálogo.

Júlia Fermino, Bruna Müller e Rafael Simioni abordam a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, aprovada por meio de referendo realizado no ano de 1999, e o processo constituinte que lhe deu origem, à luz do novo constitucionalismo latino-americano.

Leandro Ferreira Bernardo examina o instituto da reclamação constitucional, com foco nos balizamentos estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal acerca de seu cabimento, bem como em sua função efetiva e potencial de defesa dos direitos socioambientais.

Com o objetivo de mensurar os níveis de transparência pública dos Municípios da Região Nordeste com população abaixo de 3.000 habitantes, Luis Alberto Costa, Valdo Coelho Neto e Napie Araújo Silva avaliaram os portais de transparência disponibilizados na internet pelos 53 Municípios

que apresentam tais características. Como resultado, observaram bons índices de conformidade em relação à divulgação de dados sobre receitas, despesas e remuneração de servidores, em contrariedade à hipótese de que haveria níveis mais baixos de transparência em Municípios de pequeno porte.

A partir de amostra extraída da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a guarda doméstica de animais silvestres, Mariana Cirne e Marcia Leuzinger verificaram que, em 93% dos casos julgados, os animais foram mantidos com seus donos afetivos, que os adquiriram e mantiveram irregularmente. Diante desse dado, concluem que o silvestre se tornou doméstico e o bem-estar animal se materializou a partir do olhar do homem.

Tendo em vista o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 336, que tratou da remuneração mínima atribuída ao trabalho prisional, Renato Muçouçah alerta para o fomento estatal à precarização do trabalho dos apenados.

Por fim, Sérgio Rodrigo de Pádua e Bruno Lorenzetto sustentam o reconhecimento de um direito fundamental à explicabilidade da Inteligência Artificial utilizada como apoio às decisões estatais, a fim de promover a transparência e de viabilizar o controle dos cidadãos sobre as decisões automatizadas que os afetem.

A Escola Superior da Advocacia-Geral da União agradece a todos os envolvidos no processo editorial do periódico e convida o leitor a apreciar os artigos científicos ora publicados, propondo a leitura da Revista da AGU eletrônica, disponível em: <https://revistaagu.agu.gov.br/>.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Coordenador-Geral de Pós-Graduação da Escola Superior da AGU

Autora Convidada

**IN DIFESA DEL TESTUALISMO: UNA
LEZIONE DEL COMMON LAW**

*IN DEFENSE OF TEXTUALISM: A LESSON FROM
THE COMMON LAW*

Francesca Benatti¹

¹ Francesca Benatti, Ordinario di Diritto Comparato, Università Cattolica del Sacro Cuore, email: francesca.benatti@unicatt.it

ABSTRACT: Il saggio analizza lo scontro tra testualismo e contestualismo nel modello di common law nell'interpretazione dei contratti. L'esame mostra la preferibilità del testualismo per ragioni pratiche e teoriche. Tuttavia due profili vanno considerati: le parti possono attraverso il drafting aumentare lo spazio di discrezionalità del giudice per consentire una maggiore valutazione del contesto; i diversi modelli contrattuali possono richiedere l'impiego del contestualismo o la combinazione di entrambi i metodi interpretativi.

PAROLE CHIAVE: Contratto. Interpretazione. Testualismo. Contestualismo.

ABSTRACT: The essay analyzes the clash between textualism and contextualism in contract interpretation in the common law model. The analysis shows that textualism is preferable for both practical and theoretical reasons. However, two profiles need to be considered: parties can increase the court's discretion through drafting to allow for a greater appreciation of context; different contract models may require the use of contextualism or a combination of both interpretive methods.

KEYWORDS: Contract. Interpretation. Textualism. Contextualism.

1. Nell'affrontare il tema dell'interpretazione contrattuale, si potrebbero ricordare le parole di Justice Scalia: “se c'è un testo, è ovvio che bisogna leggerlo”. Tuttavia dietro la battuta sarcastica si nasconde una delle grandi questioni del diritto attuale che coinvolge in egual misura profili teorici e pratici. Come sottolineato “vi sono in ogni scienza taluni fondamentali problemi che, per quanto possano temporaneamente scomparire nella massa della materia trattata o perdere il loro interesse per l'affollarsi delle questioni particolari, a causa dell'importanza che rivestono per la scienza tornano di continuo alla superficie ed esigono attenzione. L'interpretazione è, per la scienza giuridica, uno di questi problemi. Anche se tale problema può restare temporaneamente inosservato quando l'interesse dei giuristi è assorbito da questioni particolari, non può mai diventare inattuale, dato il suo rilievo per la scienza giuridica. Esso racchiude, infatti, quello che è il problema fondamentale di tutta la scienza giuridica: cos'è il diritto?”² Ogni teoria sull'interpretazione si fonda e delinea la visione giuridica, politica, sociale, filosofica del suo autore.

Nel common law statunitense si contrappongono in uno scontro probabilmente irrisolvibile due diversi approcci, il textualism e il contextualism, che sono stati elaborati in momenti diversi e hanno sempre coesistito nel complesso pluralismo giurisprudenziale. Il primo si fonda sulla riflessione elaborata da Holmes in base alla quale “la formazione del contratto non dipende dall'accordo di due menti in una sola intenzione, ma dall'accordo di due insiemi di segni esterni - non dal fatto che le parti intendessero la stessa cosa, ma dal fatto che abbiano detto la stessa cosa”³. La teoria oggettiva del contratto viene confermata con acuta ironia da Learned Hand⁴ nella decisione *Hotchkiss v. National City Bank of N.Y.*⁵: “un contratto non ha, in senso stretto, nulla a che fare con l'intento personale o individuale delle parti. Un contratto è un obbligo legato alla mera forza di legge a determinati atti delle parti, solitamente parole, che normalmente accompagnano e rappresentano un intento noto. Se, tuttavia, fosse dimostrato da venti vescovi che una delle parti quando ha usato le parole intendeva qualcos'altro rispetto al significato usuale che la legge impone loro, sarebbe stato comunque obbligato ad adempiere, a meno che non ci fosse un errore reciproco o qualcos'altro del genere “. Si tratta di una visione influenzata dal clima culturale, filosofico ed economico dell'epoca che vedeva nel liberalismo economico e nella certezza delle relazioni i valori dominanti. Vi era ancora una fiducia profonda nella possibilità di trovare e fissare principi immutabili.

2 Merkl, p. 257.

3 Holmes, 1897, p. 464.

4 O'Gorman, 2019.

5 200 F. 287, 293 (S.D.N.Y. 1911).

Diversamente, il contextualism nasce dalla valutazione della complessità delle relazioni contrattuali che non si esauriscono nel mero testo, ma vivono in una realtà dinamica. Esemplicativi sono i relational contracts. Pertanto al fine di capire la vera intenzione delle parti, il decisore deve considerare tutti gli elementi possibili, indipendentemente dall'ambiguità del linguaggio, anche eventualmente superando il testo. Come messo in luce da Chief Justice Traynor, uno dei giudici che ha affermato con più forza tale approccio: “the text of admissibility of extrinsic evidence to explain a meaning of a written instrument is not wether it appears to the court to be plain and unambiguous on its face, but wether the offered evidence is relevant to prove a meaning to which the language of the instrument is reasonably susceptible”⁶.

Il dibattito sul metodo migliore ha trovato oggi una nuova spinta, innanzitutto, per la constatazione empirica che le controversie contrattuali nascono nella maggioranza dei casi da questioni interpretative e non potrebbe essere diversamente stante le spesso difformi ragionevoli aspettative⁷. Inoltre, è strettamente connesso al dibattito che pervade tutti gli ordinamenti sui poteri del giudice e sulla rilevanza assunta dal formante giurisprudenziale. In particolare la critica al testualismo è stata argomentata muovendo da argomenti di natura diversa. Innanzitutto nel mutato clima filosofico e culturale, a partire dagli studi di Gadamer e con il decostruzionismo di Derrida, è mutato il rapporto tra testo e interprete e sembra imporsi l'idea di una impossibilità di raggiungere un significato oggettivo e stabile: “le parole hanno cessato di legare, i vocaboli hanno smesso di dire...mentre la tecnica moderna moltiplica i mezzi di comunicazione, la letteratura... denuncia, o comunque esplora, la vacuità intrinseca, l'impossibilità stessa di ogni comunicazione”⁸.

Gli studi di psicologia comportamentale sembrano, inoltre, favorevoli ad una interpretazione non formalista del contratto per le insufficienze cognitive delle parti. Innanzitutto la ricerca delle informazioni nella fase precedente alla stipula dell'accordo non è mai ottimale ma solo soddisfacente per ragioni di tempo e di costo. Secondo Craswell, questo investe anche la scelta del contraente che è una delle precauzioni principali che la parte deve prendere. Ma soprattutto è stato constatato come nel momento di formazione del contratto la predisposizione delle parti è maggiormente ottimista e tendente a cogliere gli aspetti positivi dell'operazione economica, sottovalutandone i rischi o le complicazioni. Questo potrebbe rendere il testo inadeguato alla situazione concreta. Per spiegare il concetto, si usa il caso del matrimonio: dati empirici mostrano come quando si chiede alle coppie prima di sposarsi quanti matrimoni terminano col divorzio, generalmente

6 Pacific Gas & Elec. Co. v. G. W. Thomas Drayage Co., 69 Cal. 2d 33 (1968).

7 Mitchell, 2003.

8 Manent, 2001, p.200.

è indovinata la percentuale giusta, ma si esclude che il proprio possa finire con un fallimento.

Non solo si tenderebbe ad esagerare in positivo nelle contrattazioni la propria posizione senza considerare il merito della controparte. A ciò si accompagna lo *status* quo bias effect che determina la preferenza generale per disposizioni codicistiche, clausole default rispetto a pattuizioni tailor-made che risulterebbero più efficienti secondo la teoria paretiana. Seppure, è valutata l'ipotesi di un inadempimento, difficilmente vengono considerate tutte le varianti verificabili in concreto. E' noto che i rischi bassi o fortemente improbabili sono ignorati o sottostimati nella loro portata. Si pensi ad esempio al caso della pandemia, difficilmente l'ipotesi era stata considerata espressamente negli accordi precedenti al Covid-19 perché ritenuta non verificabile o non in modo così grave da stravolgere il sistema.

Gli economisti, hanno messo in luce poi il profilo legato ai costi non solo nella ricerca delle informazioni, ma anche di enforcement. L'incompletezza può essere anche strategica per impedire che venga ridotto il valore del contratto, per proteggersi o mantenere il controllo degli eventi successivi. La stessa dinamica degli affari porta a ritenere che spesso il testo adottato non sia quello che riflette perfettamente la volontà delle parti, ma costituisca una soluzione di compromesso che tiene conto del parere di esperti non solo giuridici, dei tempi magari ristretti necessari per la conclusione degli affari. La ambiguità dei termini può essere voluta perché diversamente l'accordo non sarebbe stato raggiunto. In alcune ipotesi, l'incompletezza o l'ambiguità vengono addirittura pagate: è noto che nelle contrattazioni l'assunzione di determinati rischi ha un valore economico che incide su quello dell'intera operazione economica.

Mentre tali riflessioni potrebbero portare a sancire l'ormai inarrestabile declino dell'interpretazione letterale, Justice Kagan sorprendentemente nel 2016 affermava "siamo tutti testualisti ora", dimostrando la perdurante e imprescindibile importanza di tale metodo interpretativo.

2. Uno dei principali argomenti a sostegno del testualismo si rinviene nella preferenza delle parti per tale metodo interpretativo, come dimostrato dai dati empirici risultanti dall'analisi dei testi contrattuali. Si tratta di un elemento importante da considerare non solo perché il contratto è lo strumento per eccellenza dell'autonomia privata, ma anche perché in un momento di competizione fra economie e di ricerca di investimenti, la creazione di un ambiente anche giuridicamente gradito alle imprese potrebbe avere riflessi economici significativi.

Uno studio conosciuto e discusso di Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller ha messo in luce che i contraenti nella scelta della legge applicabile al contratto hanno optato nel 46% dei casi per quella formalista di New York

rispetto alla californiana che aderisce al contestualismo, adottata solo nell'8% delle ipotesi. Benché si sia segnalato che la differenza nelle regole sull'interpretazione non sia l'unica distinzione fra i due diritti⁹, va osservato come esse siano rappresentative di un approccio generale al contratto più favorevole al mondo degli affari¹⁰. Infatti, “la giurisprudenza contrattuale di New York è formalistica, letterale, non moralista e deferente alla libertà delle parti di contrattare per vantaggi reciproci. Il compito del tribunale non è quello di intromettersi nel rapporto contrattuale ma piuttosto di far rispettare l'accordo che le parti hanno concluso ... I giudici della California sono più interessati a definire i rapporti tra le parti sulla base di equità, giustizia e interesse pubblico”¹¹. Tuttavia, non si può trarre dalla scelta della legge applicabile una chiara indicazione sulla preferenza per il testualismo.

Altri elementi confermano, però, tale implicazione. Un esame effettuato su 1521 contratti commerciali conclusi tra il 2012 e il 2017 rivela che il 75,28% adotta una merger clause, spesso associata con una no-oral modification clause¹². Non solo l'introduzione di una clausola di completezza stringente è più frequente nelle ipotesi nelle quali le parti abbiano optato come legge applicabile al contratto per una aderente al contextualism. Si potrebbe obiettare che tali previsioni siano ormai talmente comuni da essere boilerplate e quindi non fornire alcuna indicazione precisa. Trattandosi, però, di contratti commerciali tra parti esperte, sembra difficile ritenere che la scelta non sia stata quantomeno concordata, viste anche le loro variazioni.

Indicativa sembra anche la diffusione delle non severability clauses¹³, cioè di quelle pattuizioni con le quali si persegue il mantenimento in vita del contratto, anche nel caso in cui parte di esso sia considerato nulla, inesistente o sia annullata¹⁴. Spesso si accompagnano all'obbligo in tali casi di rinegoziare una nuova clausola e/o alla specificazione che la nullità, inesistenza o annullabilità in una giurisdizione non si estende a tutte le altre dove opera il contratto. Le distinzioni tra i diversi modelli dimostrano che non si tratta di mere boilerplate ma di previsioni negoziate e adatte al caso concreto. Si è giustamente constatato come esse siano rappresentative di una forte diffidenza nei confronti del decisore. Si pensi all'ipotesi di un contratto di vendita di un prodotto, accompagnato da un obbligo di non concorrenza che si riflette nella determinazione del prezzo ed è quindi essenziale al contratto. In presenza di una severability clause, qualora tale obbligo sia considerato inefficace, le parti potrebbero veder conservato il contratto,

9 Sono state rinvenute circa 17 differenze fra i due diritti.

10 Un esempio è l'applicazione differente del promissory estoppel.

11 Miller, 2010, p. 1522.

12 Benoliel, 2017.

13 Benoliel, 2019.

14 Va constatato come tali clausole potrebbero suscitare delle difficoltà in un sistema come quello italiano.

nonostante il valore dell'operazione economica sia divenuto sbilanciato o addirittura assente per una delle due. Tuttavia, la decisione di introdurre comunque questa pattuizione nonostante i possibili rischi è significativa della preferenza per il testo rispetto a successivi interventi del giudice che attraverso un approccio contestualista lo stravolgano o lo modificano. Saranno poi i contraenti a decidere le sorti dell'operazione economica.

L'analisi dei testi contrattuali permette poi di individuare l'adozione di definizioni, volte a garantire precisione e certezza soprattutto quando i termini devono essere intesi in modo diverso dal loro significato letterale o possono sorgere ambiguità, e la specificazione di regole interpretative da applicare. Anche in tale ipotesi si avverte come non venga meno la necessità di una attività interpretativa: "if the text purported to supply those rules, then those rules would have to be interpreted, and so on, ad infinitum".¹⁵ Si porrebbe, infatti, il problema di determinare il significato di queste pattuizioni e se esse effettivamente rappresentino l'intento delle parti, senza dimenticare i limiti che possono essere imposti alla libertà contrattuale dalle disposizioni legislative. Un esempio potrebbe essere rinvenuto nella nullità di una clausola che preveda il divieto di interpretare il contratto secondo buona fede.

Infine, si constata come i Tribunali arbitrali, naturalmente più sensibili alla volontà delle parti prediligano un metodo testualista. Questo è dimostrato dall'analisi di alcuni sistemi arbitrali statunitensi implementati da Associazioni di settore quali quello della NGFA (National Grain and Feed Association) e quello creato congiuntamente dall'ACSA (American Cotton Shippers Association) e ATMI (American Textile Manufacturers Institute)¹⁶. Ma la medesima mentalità si rinviene negli arbitrati internazionali. Una dottrina autorevole sottolinea come gli arbitri si affidino "al buon senso e alla ragionevolezza e, forse troppo spesso, alla lettera del testo. Il che porta ad una conseguenza non di poco conto: se non si dà rilievo alle regole normative sull'interpretazione, la competizione tra ordinamenti non ha un grande senso, e la scelta migliore dovrebbe allora essere quella dell'uniformazione delle regole quanto meno in ambito europeo. Scelta politicamente difficile. Come ha documentato il fallimento delle proposte fino ad oggi presentate alla Commissione europea o sostenute dalla stessa Commissione"¹⁷.

La preferenza per il testualismo si inquadra nel generale desiderio delle imprese per la certezza "entendida como previsibilidad, que en si comprende tan solo una referencia a una o mas difundida, atendible, clarividente, disposicion a la prevision. En tal acepcion, en suma, la expresion certeza del derecho alude en realidad a una certeza de los individuos sobre el

¹⁵ Charny, D., 1991, p. 1819.

¹⁶ Benstein, 1996; Bernstein, 2001.

¹⁷ Alpa, 2019, p. 1255-1256.

derecho, con particular referencia a las previsibilidad de las consecuencias jurídicas concretamente enlazadas a actos o hechos”¹⁸. Ma non è solo un bisogno commerciale, Natalino Irti richiamandosi a Giacomo Devoto parla di “legalità linguistica...(in quanto) una politica di sostanziale stabilità grammaticale, e quindi conservatrice, è nella società moderna, più che raccomandabile, necessaria>>” e constata come più che conservatrice sia in realtà “democratica”¹⁹. D’altra parte lo stesso Scalia alle critiche sul fatto che il testualismo fosse noioso, pedante, banale ribatteva che per essere un testualista non è necessario essere “un sempliciotto”, ma solo credere che non sia compito del giudice perseguire grandi fini o scrivere nuove leggi²⁰.

Un aspetto da valutare per comprendere questa preferenza è la percezione da parte delle imprese ed operatori economici della difficoltà dei giudici di capire la dinamica degli affari e di valorizzare in modo corretto gli elementi del contesto, soprattutto quando questo implica una correzione delle pattuizioni. Anzi, parte della dottrina ha notato che “molti elementi del nostro sistema legale hanno più senso se li interpretiamo come una risposta al fatto deplorabile ma inevitabile che i nostri tribunali non sono capaci quando si tratta di far rispettare i contratti”²¹.

Inoltre, si osserva che la passività giudiziaria costituisce un incentivo rilevante a creare una struttura contrattuale che sia adeguata alla fattispecie concreta e capace di adeguarsi a situazioni imprevedibili. Lo sviluppo e il progressivo aggiustamento di molte clausole tipiche della prassi internazionale unitamente alla creazione di nuovi modelli dimostrano questo continuo miglioramento.

Va, osservato, peraltro come anche una interpretazione rigorosamente testualista non può mai prescindere completamente dal contesto, semplicemente consente alle parti di determinare in che misura gli elementi esterni possano essere considerati. E’ una questione di modalità e di limiti piuttosto che di impossibilità di suo uso. Peraltro, gli stessi giudici più attenti all’interpretazione letterale hanno mostrato in alcune circostanze la necessità di valutare il comportamento delle parti o gli usi commerciali per comprendere l’accordo contrattuale. Infatti, Learned Hand rileva che “è vero che le parole usate, anche nel loro senso letterale sono il modo principale e generalmente il più affidabile come fonte di interpretazione di ogni scritto sia esso una legge, un contratto o qualsiasi altro documento. Ma costituisce il più sicuro indice di

18 Gometz, 2012, p. 261. L'autore avverte che “si se quiere atribuir un contenido axiológico a la noción de certeza, ello debe buscarse precisamente en su correlación respecto a la mejor posibilidad de planificación de las elecciones prácticas individuales, o de cualquier modo respecto a otros objetivos personales (científicos, profesionales, etc.). Solo en este sentido la certeza puede ser considerada un valor. Y si hay algo de que se puede tener certeza es que no se trata de un valor menor”

19 Irti, 2020,126-127.

20 Sutton, Wheelan, 2020, p.30.

21 Posner, 2000, 754.

una giurisprudenza matura il non trasformare il dizionario in una fortezza”²². E così anche Justice Scalia ammette come “sia possibile stipulare un contratto in modo da lasciare alcune decisioni alla discrezionalità incontrollata di una delle parti e in tal caso la questione della buona fede è irrilevante. Ma il trucco è capire quando il contratto è stato stipulato in tal modo e sicuramente la semplice individuazione di un potere espresso non è sempre la prova. A volte può bastare ... Ma dire che ogni potere contrattuale espressamente conferito è di questa natura significa eliminare del tutto la dottrina della buona fede”²³. Questo argomento implica, dunque, la necessità di non affidarsi completamente al testo ma di valutare anche il comportamento delle parti alla luce della buona fede.

Un esame del contesto è necessario per valutare la natura dei contraenti e decidere se si tratta di parti esperte. La nozione è ampiamente utilizzata in dottrina e giurisprudenza anche perché incide sulla stessa applicazione di regole come la *parol evidence rule* o l’interpretazione di clausole quali quella di completezza: tanto più le parti sono “s sofisticate”, quanto più il giudice sarà restio ad intervenire. Una parte della dottrina ha ricompreso nella categoria le parti ovviamente esperte, tra cui multinazionali e grandi imprese, e quelle che “operano in un contesto commerciale, ma presentano molte caratteristiche dei soggetti comuni”²⁴. Il riferimento è ad associazioni professionali, imprese con cinque o più dipendenti, le società in accomandita semplice. Lo sforzo di stabilire parametri certi non sembra però convincente stante la complessità del mercato.

L’esame della giurisprudenza permette di individuare come alcune caratteristiche, seppur non esplicitate, debbano essere presenti almeno in parte nella contrattazione per configurare un soggetto esperto: la sua natura imprenditoriale, governamentale o quasi pubblica, l’esperienza nel settore, il patrimonio, l’educazione, la complessità dell’affare la consulenza di avvocati e/o tecnici nella redazione dell’accordo. Tuttavia, è stato correttamente osservato come, pur essendo tali criteri corretti, le Corti non esaminano o motivano sufficientemente la nozione e si limitano a dichiararla. E’, invece, fondamentale parametrare il concetto sull’accordo effettivamente stipulato: emerge, dunque, che gli attori ripetuti sono generalmente contraenti esperti, ma non tutti i contraenti esperti sono attori ripetuti²⁵.

Interessante in proposito è *Reilly v. Richards*²⁶ che riguardava un contratto di vendita di un immobile nel quale una parte era un avvocato. La Ohio Supreme Court nel decidere la controversia ha ritenuto l’avvocato

22 *Cabell v. Markham*, 148 F. 2d 737 (2d Cir. 1945).

23 234 U.S. App. D.C. 46, 727 F.2d 1145 (1984).

24 Schwartz, & Scott, 2003.

25 Miller, 2010.

26 *Reilly v. Richards*, 632 N.E.2d 507 (1994).

non un esperto in quanto “had no real experience in real estate law and thus, was an unsophisticated party at the time of the transaction”. L’esame fattuale delle parti e della natura dell’affare è fondamentale e permette se correttamente svolto di contestualizzare l’interpretazione, pur continuando ad adottare un approccio testualista.

3. Inoltre, si osserva come molto spesso, siano le stesse parti ad attribuire al giudice il compito di esaminare il contesto e fissano il quadro dell’attività interpretativa. E’ frequente che il contratto includa standards o clausole generali che necessitano una attenzione alle circostanze concrete. Si considerino ad esempio questi tre modelli di clausole diffusi nella prassi:

- a) la reasonable effort, la quale prevede che a parte si adoperi in maniera ragionevole al fine di conseguire il risultato tenendo presente i propri interessi commerciali e la probabilità di successo, ma non è tenuta a intraprendere ogni azione ad essa disponibile;
- b) la all reasonable effort in base a cui il contraente deve esplorare tutte le opzioni che sono ragionevolmente a sua disposizione ma non è tenuto a ignorare i propri interessi commerciali né a cercare di conseguire il risultato se è evidente che ogni sforzo ulteriore sarebbe inutile;
- c) la best effort che stabilisce il dovere di intraprendere ogni azione che una prudente e ragionevole controparte che agisce nel proprio interesse e desidera conseguire il risultato intraprenderebbe, ma non obbliga a compiere azioni che potrebbero comportare la propria rovina finanziaria, pregiudicare la propria situazione commerciale o che non hanno alcuna probabilità di successo.

In alcune ipotesi tali pattuizioni sono accompagnate da esempi che possono indirizzare l’interpretazione, ma generalmente sono adottate quando i contraenti non sono in grado di prevedere le condotte che saranno necessarie e/o gli eventi che potrebbero incidere sulla relazione contrattuale. Tuttavia la determinazione degli sforzi richiesti non può avvenire in modo separato dall’analisi delle circostanze concrete, della natura delle parti, delle caratteristiche dell’operazione economica.

La necessità di un esame del contesto emerge anche con riguardo alle clausole di forza maggiore. Secondo il modello ICC, “è un evento o una circostanza (“Forza maggiore evento”) che impedisce a una parte di eseguire uno o più dei suoi obblighi contrattuali ai sensi del contratto, se e nella misura in cui la parte colpita dall’impedimento (“la parte interessata”) prova:

- a) che tale impedimento è al di fuori del suo ragionevole controllo; e
- b) che non poteva ragionevolmente essere previsto al momento della conclusione del contratto; e
- c) che gli effetti dell'impedimento non avrebbero potuto ragionevolmente essere evitati o superati dalla Parte interessata”

Tale clausola deve essere letta alla luce della situazione e non è sufficiente una lettura testuale. Così appare evidente che nell' ipotesi Covid-19 non basterà la pandemia o le misure governamentali per invocare la clausola, salvo che la fattispecie sia stata espressamente prevista, ma bisognerà valutare le circostanze esterne.

Analogo è il caso nella prassi internazionale delle clausole di buona fede che impongono alle parti “to deal with each other honestly, fairly and in good faith in all respects, and to provide each other with reasonable further assurances in furtherance of their mutual performances with respect to this Agreement”. Tali pattuizioni nei casi nei quali opera la legge di un sistema di common law, soprattutto inglese, servono ad affermare il principio di buona fede, che potrebbe non essere riconosciuto. Mentre con riguardo agli ordinamenti di civil law rafforzano il dovere codicistico.

Spesso, poi, le parti individuano espressamente gli elementi del contesto che devono essere valutati. Ciò si rinviene nella eventuale descrizione delle trattative e dei rapporti fra le parti e soprattutto nelle “whereas clause” che servono a spiegare i motivi della conclusione del contratto e, in alcuni casi, ne descrivono lo scopo. Sono adottate proprio al fine di guidare la corretta interpretazione del giudice.

Più in generale e anche prescindendo dagli specifici stili e tecniche di redazione, un elemento che potrebbe risultare indicativo è la completezza del testo contrattuale. E' noto che tale profilo costituisce una differenza significativa fra il modello di common law generalmente lungo e dettagliato da quello di civil law che fondandosi su codici, lascia molte questioni alla disciplina legislativa. Tuttavia, la scelta delle parti di regolare con precisione il rapporto può essere considerata un segnale di una preferenza per un approccio formalista: dimostra, infatti, la volontà dei contraenti di affidarsi il meno possibile alla discrezionalità del giudice. Un limite di questo argomento si rinviene nella diffusa presenza di clausole boilerplate, che vengono introdotte senza una particolare riflessione o negoziazione. La dottrina ha evidenziato che spesso questo costituisce l'ostacolo più significativo alla loro stessa invocazione nei procedimenti. Bisogna infatti, considerare pragmaticamente che “raramente un contratto in una data transazione è realizzato da zero e, nonostante i sentimenti di alcuni avvocati, i contratti non sono opere letterarie

creative. Piuttosto che scrivere da zero, gli avvocati tipicamente riutilizzano le disposizioni contrattuali di transazioni precedenti. Individualmente e all'interno delle loro aziende archiviano e recuperano documenti da contratti passati e seguono procedure per standardizzare le migliori pratiche per diversi tipi di transazioni ²⁷.

La dottrina ha evidenziato come un uso continuo e diffuso di clausole boilerplate determini dei veri e propri black-holes²⁸. Benchè, infatti, parte dell'importanza e del fascino di un impiego ripetuto delle medesime pattuizioni consista nel fissare attraverso una stessa formulazione un contenuto indipendente dal contratto e dal contesto, questo può comportare paradossalmente la perdita di un loro effettivo utilità. Lontano dal costituire quella fonte di certezza a cui aspirano possono determinare:

- a) obsolescenza perché con le ripetute applicazioni e il passare del tempo perdono adeguatezza di fronte ai cambiamenti giuridici, economici, scientifici e sociali;
- b) un uso meccanico che le trasforma in “legal incantation” priva di un significato condiviso
- c) incrostazione con una riduzione della loro affidabilità.

Queste pattuizioni che hanno un costo elevato e non hanno alcuna funzione possono essere considerate “schemorfismi”²⁹. E' stato, però, correttamente sottolineato come anche la presenza di tali clausole non deve portare il giudice a ignorarle, reputandole semplicemente di stile, ma rimane comunque necessaria una attenzione testuale. Infatti, è possibile che in molti casi rispondano alle intenzioni e alle esigenze delle parti, che semplicemente hanno confidato in un modello già noto anche per abbassare i costi transattivi piuttosto che crearne uno nuovo, con il rischio di interpretazioni incerte. La decisione di qualificare una pattuizione come “noise”, inoltre, potrebbe costituire un precedente che ha riflessi sulla intera applicazione di quella pattuizione con possibili effetti distorsivi sul mercato³⁰.

Soprattutto va constatato che le scelte linguistiche hanno conseguenze e “i tribunali non hanno bisogno di fingere di cercare di indovinare le intenzioni delle parti quando interpretano un contratto. Ascoltano gli avvocati e fanno del loro meglio per cogliere il significato delle parole nella comunità commerciale pertinente. Potrebbero finire per fare qualcosa che agli esperti

27 Triantis, 2012, 186.

28 Choi, Gulati, Scott, 2017. In dottrina si distingue tra black-holes e grey-holes

29 Baird, 2017.

30 Baird, 2017.

non piace. Ma gli esperti sono sempre liberi di riunirsi ... e adottare un nuovo linguaggio. Gli sforzi giudiziari per interpretare il linguaggio e dargli un significato possono rendere i redattori di contratti più attenti³¹. Si viene, così, a determinare un circolo virtuoso che potrà anche portare alla elaborazione di nuovi modelli.

L'opportunità di una valutazione equilibrata che muovendo dal testo consideri anche gli elementi del contesto necessari nella prospettiva indicata dalle parti nasce anche dalla riflessione che l'incompletezza dei contratti non sempre è negativa, ma può essere voluta dai contraenti e risultare efficiente. Addirittura, il contratto può già tenere conto del rischio derivante dall'incompletezza e della ambiguità, che viene addirittura pagato. Ciò avviene in particolare quando si tratta di una materia complessa, con possibili risvolti incerti, i meccanismi di mercato non sono tali da incentivare una prestazione di alta qualità, è necessaria una continua cooperazione tra le parti e si aspetta o si desidera un risultato innovativo. Un esempio sono i contratti di trasferimento di tecnologie.

La tesi testualista deve, infine, confrontarsi con la necessità di impedire o limitare i comportamenti opportunistici. Un profilo che deve essere considerato è la tendenza a affrontare questo tema alla luce di certi bias che non facilitano una analisi razionale. Si discute, infatti, spesso muovendo da concetti come controllo del mercato, potere contrattuale, asimmetria informativa arrivando a far coincidere la parte economicamente più forte con quella che tende a porre in essere condotte abusive. In realtà, può avvenire anche l'inverso: una piccola impresa che per le sue caratteristiche di eccellenza ha una posizione e una reputazione di unicità tali da essere difficilmente sostituibile sul mercato potrà imporre le sue condizioni o agire opportunisticamente anche nei contratti con multinazionali. E' evidente, dunque, che la valutazione non dovrebbe mai prescindere dal caso concreto, ma anche dalla consapevolezza che "come sempre avviene quando si discute di ineguaglianza di potere contrattuale (e della sottesa aspirazione, di carattere pregiudiziale a denervare la vincolatività di una promessa estorta anche se in condizioni che non permettono di attivare la disciplina dei vizi del consenso), il tentativo di razionalizzare forme di intervento a livello individuale sconta difficoltà cogenti. A partire dalla percezione, diffusa e di buon senso, che la disparità di forza contrattuale non soltanto è onnipresente in punto di fatto, ma rappresenta altresì il sale, il motore immobile dell'attività contrattuale: senza bargaining power che può avere radici profonde ma anche legarsi a contingenze volatili e affatto occasionali le parti non sarebbero indotte a

31 Baird, 2017, p.101.

contrattare³². L'intervento correttivo deve limitarsi, dunque, unicamente ai casi più gravi.

Ma anche nelle ipotesi che presentano rischi di abusi la soluzione ex ante pare più efficiente. Si consideri un caso in cui le parti non riescono a provare con sufficiente certezza il contesto rilevante che il giudice deve valutare. Un esempio³³ si ha in un accordo fra una multinazionale farmaceutica e un piccolo laboratorio che prevede a fronte di un finanziamento lo sviluppo di una ricerca. Nella pratica diviene complesso verificare se e come viene utilizzato l'investimento, in particolare se il laboratorio lo impiega anche per avviare altri progetti, posto che le parti perseguono interessi differenti. Un intervento ex post del giudice potrebbe essere insoddisfacente, mentre è preferibile una regolamentazione contrattuale che stabilisca il potere della multinazionale di recedere dal contratto in ogni momento pagando una somma significativa e conservando la proprietà sulla ricerca svolta. In tal modo, è possibile controllare e ridurre i comportamenti opportunistici di entrambe le parti.

Tuttavia, l'interpretazione non può divenire un modo per correggere contratti sbagliati, come spesso sembra, invece, avvenire o individuare abusi dove non vi sono. È necessario distinguere attentamente tra le ipotesi di un affare che si è rivelato insoddisfacente per previsioni, calcoli sbagliati, eventi di mercato da quelle che si connotano per un comportamento disonesto della controparte. Anzi, un profilo che viene spesso sottovalutato è la tendenza anch'essa opportunistica di leggere il contratto in un modo diverso da come lo si era inizialmente inteso solo per poter ridurre le conseguenze di un errore commerciale. Questo aspetto assume un rilievo soprattutto con riguardo alla interpretazione di buona fede, dimenticando però che il primo dovere di buona fede è il rispetto degli obblighi volontariamente assunti.

Soprattutto, non deve essere trascurata la difficoltà per il decisore di individuare anche al fine di sanzionare abusi il "senso dell'operazione economica". Nelle acute parole di un giudice, è necessario che le corti siano caute prima di pontificare sulla realtà commerciale di "un accordo in quanto questa idea da parte di un giudice può essere reputata attendibile quanto quella di un uomo d'affari di un principio giuridico. Inoltre, la visione giudiziale è influenzata inevitabilmente dagli eventi che si sono verificati successivamente alla conclusione del contratto e che, invece, non dovrebbero essere considerati nell'interpretazione"³⁴. Da questo consegue come non sia possibile attribuire alle parole il significato che avrebbero dovuto avere in base ad una lettura soggettiva del contratto, alla luce delle conseguenze

32 Pardolesi, 2014, c. 2040.

33 Gilson, Sabel, & Scott, (2014).

34 Neuberger, 2014.

dell'accordo, ma bisogna eventualmente valutare la posizione e gli interessi delle parti nel momento della stipulazione.

Tale aspetto si connette alla difficoltà per il decisore di individuare il contesto rilevante in relazioni contrattuali sempre più complesse, lunghe e spesso accompagnate da documenti, relazioni, consulenze à. La prassi mostra, infatti, come i giudici spesso diano risalto ad eventi irrilevanti o non riescano a determinare con precisione il loro significato nel susseguirsi del rapporto. Spesso le contrattazioni, ma anche i comportamenti delle parti non sono razionali, sono oscillanti, incerti, si modificano al variare delle situazioni o delle percezioni. Mentre il testo costituisce un riferimento statico, la dinamicità dei comportamenti non ne costituisce uno stabile.

Inoltre, non appaiono chiare le modalità stesse di interpretazione del contesto e i criteri che devono essere applicati a tale attività. E' chiaro che il metodo letterale non fornisce una risposta sempre certa o esatta; anzi spesso il medesimo testo può essere letto in modo diverso, tuttavia almeno offre un punto di partenza sicuro e parametri di interpretazione certi. Non deve sfuggire come contestualismo sia un metodo di interpretazione che lungi dall'offrire regole, necessita esso stesso di interpretazione.

Lascia soprattutto, aperta la questione di quanto e fino a che punto gli elementi esterni possono portare a contraddire il testo. Diverso è, infatti, considerare il contesto nel quale certe espressioni devono essere lette dall'utilizzarlo per modificare il senso di pattuizioni che non sembrano eque, commercialmente razionali o corrette, soprattutto in assenza di criteri evidenti: in base a quale giudizio, infatti, una pattuizione deve essere letta in modo diverso da come appare e in che modo deve essere corretta? Si ammette che "i tribunali non interpreteranno mai le parole nel vuoto. In misura maggiore o minore, a seconda dell'argomento, vorranno essere informati di ciò che può essere variamente descritto come il contesto, lo sfondo, la matrice dei fatti o il danno. Cercare di interpretare uno strumento ignorando o trascurando le circostanze che lo generano o la situazione in cui si prevede che abbia effetto è a mio avviso pedante, sterile e produttivo di errore. Ma questo non vuol dire che un giudizio iniziale su ciò che uno strumento era o avrebbe dovuto ragionevolmente essere inteso a ottenere dovrebbe essere autorizzato a prevalere sul linguaggio chiaro dello strumento, poiché ciò che un autore dice è solitamente la guida più sicura di ciò che intende. A mio avviso la costruzione è un esercizio composito, né senza compromessi letterale né fermamente intenzionale: lo strumento deve parlare da solo, ma deve farlo in situ e non essere trasportato al laboratorio per analisi microscopiche"³⁵.

35 Arbutnott v Fagan [1995] CLC 1396, [1996].

4.Va, dunque, condivisa la tesi secondo la quale “il testualismo e il contestualismo non sono paradigmi contrastanti in una battaglia per l’occupazione esclusiva del campo dell’interpretazione contrattuale. Piuttosto l’avvocato e il giudice nell’interpretare qualsiasi contratto possono utilizzarli come strumento per discernere il significato oggettivo della lingua che le parti hanno scelto per esprimere il loro accordo”³⁶. Ciò nasce dalla percepita insoddisfazione nei confronti di qualsiasi metodo interpretativo³⁷ che si rivela spesso inadeguato nei confronti della varietà della pratica: “la maggior parte degli accordi commerciali su cui valeva la pena litigare erano, al momento della loro creazione, una complessa sinergia di motivazioni, comunicazioni più o meno complete, pratiche di redazione, pressioni, scadenze, molte delle quali hanno spinto il contratto alla sua esecuzione, come una cosa, un atto o evento, e non necessariamente come testo logico e coerente. Nel contratto, concentrarsi semplicemente dopo il fatto sulla logica e la coerenza del testo è spesso la semplificazione di un economista, l’ideale di un moralista o l’illusione di un avvocato”³⁸. E’ stato poi acutamente notato come spesso la logica del mercato determini il medesimo risultato sia attraverso un approccio letterale sia contestuale: “the architectural maxim that form follows function certainly applies. But in contract law its converse applies equally-as function also follows form”³⁹.

Pur nella complessità del tema si impongono, però, due riflessioni. La prima è che l’attività interpretativa deve essere graduale muovendo dal testo⁴⁰. La comprensione dell’intenzione delle parti non può non concentrarsi sulle espressioni che queste hanno liberamente scelto per fissare le proprie obbligazioni contrattuali. D’altra parte la “litterale sentenza non è lettera morta, ma sapere vivente e attivo, che permette il reciproco intendersi e custodisce in sé ogni ulteriore significato: è impossibile venire a questo prima che a quello. Il senso letterale non può essere aggirato ed eluso perché esso è il necessario passaggio verso altri sensi. E’ l’imprescindibile. Il senso di un testo senza passare per la lettera, è sovvertitore e violento...O meglio non è il senso del testo, ma pura e nuda volontà di comando”⁴¹.

La seconda risiede nella necessità di lasciare alle parti il compito di determinare in che misura il contesto possa e debba essere valutato⁴². Ciò si fonda sui principi di autonomia privata e libertà contrattuale. Esse potranno alla luce del mercato, delle condizioni di incertezza e di rischio, della natura dell’operazione economica, delle loro caratteristiche, stabilire l’assetto di

36 [2017] UKSC 24 - UK Supreme Court.

37 Per questo la dottrina propone di adottare un ibrido tra i due metodi. Cunningham, 2017.

38 Lipshaw, 2016, p.219-220.

39 Schwartz, A., & Markovits, D., 2019, p. 17.

40 V. Ricoeur, 2016, p. 190 ss.

41 Irti, 2020, p. 95-96.

42 Mitchell, 2020.

interessi e fissare i confini dell'attività interpretativa del decisore. A questa tesi potrà essere obiettato da un lato il possibile verificarsi di eventi straordinari come dimostrato dalla pandemia Covid-19 che stravolgono l'equilibrio stabilito, dall'altro la fiducia eccessiva nella razionalità dei contraenti e nella capacità di determinare correttamente i propri interessi, soprattutto quando ricorrono elementi distorsivi o asimmetrie.

Tuttavia, si nota come nelle ipotesi eccezionali possa essere ampliato l'uso della buona fede come regola d'emergenza, adeguando il contratto alla situazione concreta, qualora manchi nel testo una disciplina specifica. Questo non deve comportare uno stravolgimento dell'operazione economica e dell'allocazione dei rischi effettuata, ma semplicemente una eventuale rimodulazione del significato alla luce delle nuove circostanze, utilizzando gli indici testuali presenti nell'accordo. Non si avrebbe un superamento del testo alla luce del contesto ma solo una sua miglior comprensione: l'approccio letterale dovrebbe essere equilibrato con una possibile predizione di come le parti avrebbero regolato la situazione se l'avessero saputo. In tale operazione interpretazione e integrazione si fonderebbero.

Inoltre, nonostante sia possibile che le parti non riescano sempre a proteggere i loro interessi nel modo migliore o più efficiente, siamo certi che un terzo con limitate conoscenze, economiche ed imprenditoriali e poche informazioni possa farlo meglio? Forse vi è stata e vi è una idealizzazione dei contraenti che sanno tutelare le loro posizioni, ma non lo è allo stesso modo quella di un giudice onnisciente? Non stiamo contrapponendo due miti? Sarebbe, però, erroneo qualificarlo come un contrasto tra libertà e solidarietà e giustizia, in assenza di parametri di definizione e della possibilità di comprendere verso chi e come attuare la solidarietà e la giustizia. Paradossalmente quello stesso relativismo che non permetterebbe di conoscere il significato oggettivo di un testo ci impedisce allo stesso modo di statuire in nome di valori o principi. Bisognerebbe forse tornare a interrogarsi sulla tragicità di un'epoca che ha rinunciato alla legge come strumento di comando capace di orientare l'azione, lasciandole solo il compito di creare spazi di libertà in cui muoversi cioè quel "vivre sans lois" ricordato da Pierre Manent, ma si esulerebbe dallo scopo di queste riflessioni.

Nella dinamica rapida degli affari, nelle continue evoluzioni della società, la giurisprudenza deve quindi accontentarsi di essere "abbastanza esatta"⁴³ nelle decisioni e in tale prospettiva bisogna tornare all'interpretazione come attività cognitiva⁴⁴, dando ragione a Justice Scalia quando affermava che se "c'è un testo è ovvio che bisogna leggerlo".

43 Schwartz & Scott, 2003.

44 Luciani, 2020.

- Alpa, G. (2019). Problemi di interpretazione del contratto nella prospettiva dell'avvocato europeo, *Riv. trim. di diritto e proc. civ.*, 1241- 1256.
- Baird, D. G. (2017). *Pari Passu Clauses and the Skeuomorph Problem in Contract Law*. Duke LJ Online, 67, 84.
- Benoliel, U. (2017). *The Interpretation of Commercial Contracts: An Empirical Study*. Ala. L. Rev., 69, 469.
- Benoliel, U. (2019). *Contract Interpretation Revisited: The Case of Severability Clauses*. Bus. & Fin.L. Rev., 3, 90.
- Bernstein, L. (1996). *Merchant law in a merchant court: Rethinking the code's search for immanent business norms*. University of Pennsylvania Law Review, 144(5), 1765-1821.
- Bernstein, L. (2001). *Private commercial law in the cotton industry: Creating cooperation through rules, norms, and institutions*. Michigan law review, 99(7), 1724-1790.
- Charny, D. (1991). *Hypothetical bargains: The normative structure of contract interpretation*. Michigan Law Review, 89(7), 1815-1879.
- Choi, S. J., Gulati, M., & Scott, R. E. (2017). *The Black Hole Problem in Commercial Boilerplate*. Duke LJ, 67, 1.
- Cunningham, L. A. (2017). *Contract Interpretation 2.0: Not Winner-Take-All but Best-Tool-for-the-Job*. Geo. Wash. L. Rev., 85, 1625.
- Eisenberg, T., & Miller, G. P. (2008). *The Flight to New York: An Empirical Study of Choice of Law and Choice of Forum Clauses in Publicly-Held Companies' Contracts*. Cardozo L. Rev., 30, 1475.
- Fernández Cruz, G. (2002). *Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano*. Derecho & Sociedad, (19), 146-164.
- Gilson, R. J., Sabel, C. F., & Scott, R. E. (2014). *Text and context: contract interpretation as contract design*. Cornell L. Rev., 100, 23.
- Gometz, G. (2012), *La certeza jurídica como previsibilidad*, Madrid: Marcial Pons Jurídica y Sociales, S.A.
- Holmes, O. W. (1897). *The Path of the Law*, Harv. Law Rev., 10, 457, 469.

Irti, N. (2020), *Riconoscersi nella parola*, Bologna: Il Mulino.

Lipshaw, J. M. (2016). *Lexical Opportunism and the Limits of Contract Theory*. U. Cin. L. Rev., 84, 217.

Luciani, M. (2020). *Clausele generali e certezza del diritto*. Questione giustizia.

Manent, P. (2001). *Cours Familier de philosophie politique*. Parigi: Gallimard,

Merkel, A. (1987). *Il duplice volto del diritto*. Milano: Giuffrè.

Miller, G. P. (2009). *Bargains bicoastal: New light on contract theory*. Cardozo L. Rev., 31, 1475.

Miller, M. R. (2010). *Contract Law, Party Sophistication and the New Formalism*. Mo. L. Rev., 75, 493.

Mitchell, C. (2003). *Leading a Life of its Own? The Roles of Reasonable Expectation in Contract Law*. Oxford Jour. of Legal Studies, 639.

Mitchell, C. (2020). *Interpretation of Contracts*. New York: Routledge.

Neuberger, D. (2014), *The Impact of Pre and Post-Contractual Conduct on Contractual Interpretation*, https://na.eventscloud.com/file_uploads/d287ff445a9a9207cb6dd88b475bac2f_P3-LordNeuberger.pdf.

O’Gorman, D. P. (2019). *Learned Hand and the Objective Theory of Contract Interpretation*. UNHL Rev., 18, 63.

Pardolesi, R. (2014), *Un nuovo super potere-giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, c.2039-2042.

Posner, E. A. (1999). *A theory of contract law under conditions of radical judicial error*. Nw. UL Rev., 94, 749.

Ricoeur, P. (2016), *Dal testo all’azione*, Milano: Jaca Book.

Schwartz, A., & Markovits, D. (2019). *Function and Form in Contract Law*.

Schwartz, A., & Scott, R. E. (2003). *Contract theory and the limits of contract law*. Yale LJ, 113, 541.

Sutton, J. & Wheelan E. (coord.) (2020). *The Essential Scalia*, New York: Penguin Random House LLC.

Triantis, G. G. (2012). *Improving contract quality: modularity, technology, and innovation in contract design*. *Stan. JL Bus. & Fin.*, 18, 177.

Autor Convidado

EL RESURGIR DE LA PLANIFICACIÓN ADMINISTRATIVA: ALGUNAS CLAVES PARA EL DEBATE

THE RESURGENCE OF ADMINISTRATIVE PLANNING: SOME KEYS TO DEBATE

Marcos Vaquer Caballería¹

SUMARIO: 1. Aproximación a la noción de planificación administrativa. 2. La “Segunda Edad de Oro” de la planificación. Rasgos diferenciales. 3. Los fundamentos jurídicos de la planificación, entre la seguridad jurídica y la eficiencia administrativa. 4. La naturaleza jurídica de los planes y el “Lecho de Procusto” del ordenamiento administrativo español. 5.

¹ Catedrático de Derecho administrativo y Director del Máster en Estudios Avanzados en Derecho público de la Universidad Carlos III de Madrid y consejero de Redeia Corporación, S.A. Ha sido Director General de Urbanismo y Políticas de Suelo y Subsecretario del Ministerio de Vivienda y Presidente de la Entidad Pública Empresarial de Suelo. Autor de siete monografías y más de un centenar de artículos y capítulos de libro en diversas materias de Derecho público.

El procedimiento planificador: un procedimiento sin fin y un procedimiento de procedimientos. Bibliografía.

RESUMEN: La planificación administrativa está experimentando un resurgimiento en Europa, en parte impulsado por las políticas de la Unión Europea. Esta nueva generación de planes suele ser menos determinista y rígida que los que la precedieron. En el trabajo se analiza este fenómeno y se proponen algunas tesis explicativas sobre sus fundamentos y su naturaleza jurídica, así como sobre el procedimiento planificador.

PALABRAS CLAVE: Planificación Administrativa. Procedimiento de Planificación.

ABSTRACT: Administrative planning is living a resurgence in Europe, partially driven by European Union policies. This new generation of plans is usually less deterministic and rigid than those that preceded it. This paper analyzes this phenomenon and proposes some explanatory theses about its foundations and its legal nature, as well as about the planning procedure.

KEYWORDS: Administrative Planning. Planning Procedure.

1. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE PLANIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

El plan es un tipo de actuación administrativa que tiene por objeto el diagnóstico de una realidad compleja y la determinación de objetivos, criterios y medios para su transformación en un periodo de tiempo. Las características típicas de este tipo de actuación son la motricidad, la sistematicidad y la temporalidad.²

Por motricidad me refiero al hecho de que los planes prevén y organizan en el espacio y el tiempo determinadas medidas o acciones, ya sean obras, inversiones, ayudas, prestaciones de servicios, campañas de comunicación, etc. No son sólo instrumentos de ordenación, sino también de transformación de la realidad que ordenan. Son un motor de cambio. Y eso los caracteriza metodológica y formalmente, porque deben definir tanto la situación de partida (diagnóstico) como el punto esperado de llegada (fines y objetivos), el proceso a seguir desde la primera al segundo (medidas y acciones propuestas, indicadores para el seguimiento y, en su caso, revisión) y los medios o recursos afectados a ello (dotación presupuestaria, programación temporal, etc.).

La sistematicidad de los planes obedece a la complejidad del espacio, la situación o el problema que tienen por objeto. Para afrontar eficazmente dicha complejidad, la planificación suele ser una actividad sistemática, tanto en el sentido subjetivo (pues afecta a diversos intereses generales y particulares interrelacionados), como en el objetivo (ya que suele abarcar un conjunto de materias y medidas interdependientes) y en el metodológico ya descrito (pues requiere un análisis o diagnóstico de carácter científico que sirva de fundamento a las acciones que se planifiquen).

De esta sistematicidad se deriva tanto la complejidad de los procedimientos de planificación como la necesidad de articular en su seno técnicas de coordinación interadministrativa. Es más, la misma potestad de planificación puede ser un instrumento de coordinación, como ocurre en España con los planes sectoriales a que se refiere el artículo 59 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local. Sobre el procedimiento de la planificación nos extenderemos en el último apartado de este trabajo.

El carácter sistemático también suele traducirse en la pluralidad de los planes sobre un mismo objeto: es habitual que no se agoten en un único instrumento, sino que comprendan un conjunto ordenado de ellos diferenciados jerárquica o funcionalmente. Así ocurre cuando se diferencian la planificación de la actividad económica y de la infraestructura física destinada a ella (en materia de electricidad o de puertos, por ejemplo) o bien se diferencia entre la planificación estratégica y la operativa, la estructural

² Marcos Vaquer, "Lección 18. Planificación administrativa", en Francisco Velasco y Mercé Darnaculleta, dirs., *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2023, 453-457.

y la detallada, y la general y la especial (en materia territorial y urbanística, por ejemplo).

Por último, el carácter sistemático de los planes provoca que la potestad de planificación sea típicamente discrecional, ya que su ejercicio requiere unos juicios de diagnóstico de la realidad y de ponderación entre diversos intereses para la fijación de fines y la organización de medios, que admiten múltiples combinaciones posibles y que sólo pueden hacerse atendiendo a las circunstancias concretas de tiempo y lugar del plan, por lo que su resultado no puede venir predeterminado por la ley de forma abstracta, sin perjuicio de que algunos de sus elementos sí puedan estar reglados. Son elementos reglados de la potestad, sin duda, el procedimiento y la competencia, pero también pueden serlo algunas determinaciones sustantivas.³

En tercer lugar, hablamos de temporalidad porque los planes suelen tener menor abstracción espacio-temporal que la legislación que los prevé. Dicho más llanamente, suelen tener un ámbito determinado de aplicación espacial y temporal. El ámbito espacial del plan puede coincidir con el de competencia de la Administración territorial que lo aprueba, o también puede ser más reducido, como ocurre con frecuencia con la planificación ambiental o la territorial y urbanística. Pero más allá de esta particularidad de algunos planes, la territorialidad es una característica del Estado, que se traslada a sus normas y actos en general, por lo que no es un rasgo específico de la planificación. Más interés definitorio tiene el ámbito temporal de aplicación de los planes. Para determinar su ámbito temporal, los planes o bien tienen vigencia temporal, que se extingue automáticamente a su término, o bien tienen vigencia indefinida, pero requieren una revisión o actualización periódica. El plazo de vigencia y/o de revisión de los planes puede venir dispuesto en la ley que configura la potestad o en el propio plan, de conformidad con ella.

Así que, ya sea temporal o indefinida su vigencia formal, los planes son por naturaleza una actuación temporal. El transcurso del tiempo afecta a su eficacia material porque aboca al plan a la obsolescencia, por inadaptación sobrevinida a la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicado, cuando sus determinaciones ya se han ejecutado completamente (la obra o la actuación terminada, el crédito gastado, la clasificación de un suelo urbanizable que ya ha sido urbanizado, etc.) o cuando, por el contrario, su ejecución se revele

3 Así, por ejemplo, la jurisprudencia española tiene ampliamente reconocida la discrecionalidad del planeamiento urbanístico, que ordena los usos del suelo mediante técnicas tales como la clasificación, la calificación y la zonificación de los terrenos. Ahora bien, dentro de la clasificación del suelo (como urbano, urbanizable o no urbanizable), considera regladas las clases del suelo urbano (que corresponde por imperativo legal a los terrenos efectivamente integrados en la malla urbana y dotados de servicios urbanísticos y sólo a ellos: por todas, STS de 19 de diciembre de 2002, ECLI:ES:TS:2002:8649) y de suelo no urbanizable protegido (para los terrenos en los que concurren determinados valores: por todas, STS de 21 de enero de 2011, ECLI:ES:TS:2011:159), por lo que la discrecionalidad se ciñe a la clasificar los suelos urbanizables y no urbanizables comunes. Análogamente y en materia de patrimonio histórico, también ha calificado como reglada la catalogación de los edificios y demás inmuebles en los que concurren los valores que ameriten protección (STS de 21 de abril de 2010, ECLI:ES:TS:2010:3183).

imposible o inoportuna.⁴ Como se expondrá en el último apartado, las leyes suelen prescribir evaluaciones ex post y procedimientos de adaptación o de revisión periódica de los planes para combatir este problema, haciendo del plan un instrumento temporal, pero de la planificación un proceso sin fin.

2. LA “SEGUNDA EDAD DE ORO” DE LA PLANIFICACIÓN. RASGOS DIFERENCIALES

La actividad administrativa de planificación empezó a desarrollarse por influjo de las ideas ilustradas y las revoluciones burguesas, que imprimieron a las políticas públicas un espíritu racionalista y un propósito reformista, respectivamente.

Sirvan como ejemplo, en mi país, el plan para la reforma de los teatros de Madrid aprobado por Real Orden de 21 de noviembre de 1799, los planes generales de enseñanza (como el que ya se mandó formar al inicio del trienio liberal por Real Decreto de 14 de junio de 1820, encargando “este examen y coordinación a una comisión de personas instruidas y zelosas”), los planes generales de carreteras del Estado aprobados en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley de 24 de julio de 1857 (como los de 7 de septiembre de 1860, 6 de septiembre de 1864 y 11 de julio de 1877) o los planes de ensanche de las poblaciones en ejecución de lo dispuesto en las Leyes de 26 de diciembre de 1876 y 26 de julio de 1892 (como el de Barcelona aprobado por Real Decreto de 14 de noviembre de 1894). Tales planes todavía distaban mucho de sus sucesores en la actualidad, pero ya eran instrumentos de análisis de una situación existente y determinación de su evolución futura mediante la actuación administrativa.

El mayor auge de la planificación administrativa llegó durante la segunda mitad del siglo xx, sobre todo en algunos regímenes totalitarios. En España, el régimen de Franco alumbró un completo sistema de planes de ordenación territorial y urbanística en la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956, que pronto coexistió e incluso se vio eclipsado por los planes económicos a partir del conocido como Plan Nacional de

4 Sobre la obsolescencia y el desuso (desuetudo) de las normas, Marcos Vaquer, *La eficacia territorial y temporal de las normas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, 54, 59, 98-99. Esta pérdida de la eficacia material de los planes ha sido explicada con la doctrina general de la *cessante* causa por Luciano Parejo, “Cese de la causa de las normas y decadencia de su obligatoriedad y eficacia; en particular las de los planes urbanísticos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 56, 2021.

Estabilización Económica de 1959, aprobado por el Decreto-Ley 10/1959, de 21 de julio, de Ordenación Económica, y los planes de desarrollo.⁵

Posteriormente, llegaron la transición política a la democracia y la incorporación a la que hoy es la Unión Europea. En cuanto a lo primero, la Constitución española de 1978 fue bastante ecléctica en materia económica ya que -en lo que aquí interesa- de un lado garantizó las libertades económicas, como la propiedad privada o la libre empresa, pero de otro se cuidó de apoderar a los poderes públicos para sujetar esta última a las exigencias de la planificación (art. 38) y para planificar mediante ley la actividad económica general (art. 131). A su vez, la Unión Europea (en adelante, UE, o en inglés EU) nos ha integrado en una economía social de mercado (art. 3.3 del Tratado de la UE) en la que ha perdido cierto protagonismo la dirección pública de la economía a favor de la libre iniciativa y competencia empresariales (art. 26 del Tratado de Funcionamiento de la UE).

Esta nueva orientación de las políticas públicas, sobre todo económicas, ha provocado cierta crisis de la planificación tal y como se venía entendiendo y practicando. Ahora bien, se trata sobre todo de una crisis de los planes rígidos y con vocación omnicompreensiva heredados del pasado, que no impide la subsistencia y aún la proliferación de la planificación en cada vez más sectores del ordenamiento.⁶ Sólo que esta nueva generación de planes es muy distinta de la anterior. En ella predominan los instrumentos sin eficacia normativa y menos deterministas, más orientadores.

Es más, esta renovada vitalidad de la planificación administrativa no es un fenómeno singularmente español, sino que está siendo impulsado por la Unión Europea. Y no sólo por el generoso uso que hacen sus instituciones de la aprobación de planes bajo formas diversas, como conclusiones del Consejo europeo (Plan de Recuperación *Next Generation EU*) o comunicaciones de la Comisión (Estrategia Europea de Datos, Nuevo Plan de Acción para la Economía Circular, Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer, Estrategia de Adaptación al Cambio Climático, Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, Plan REPowerEU, ...). También cuando imponen a los Estados miembros

5 Más que un plan, el de Estabilización de 1959 fue un conjunto de medidas legales liberalizadoras de la economía, pero la planificación económica general tomó cuerpo en seguida en los sucesivos planes de desarrollo (el primero, aprobado por la Ley 194/1963, de 28 de diciembre, para el cuatrienio 1964-1967) y se acompañó de la planificación sectorial, como por ejemplo el Plan Nacional de Vivienda para el periodo 1961-1976, aprobado por la Ley 84/1961, de 23 de diciembre, que proyectaba su ejecución en periodos cuatrienales coordinados con los planes generales de desarrollo económico del país (art. 2). Tuvo que ver en ello un cambio político dentro de la dictadura de Franco, desde la autarquía del falangismo hacia el desarrollismo de la tecnocracia, que promovería el crecimiento de la economía española mediante la inversión pública y la apertura a la inversión exterior, lo que hizo posible la adhesión de España al Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD) en 1958 y a la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE, actual OCDE) en 1959.

6 Para una panorámica general de los planes administrativos en España, puede verse una sencilla clasificación material en Marcos Vaquer, "Lección 18. Planificación administrativa", cit., 449-453, y otra más compleja y de carácter funcional en José María Rodríguez de Santiago, "Una escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes: El ejemplo de los planes contra la despoblación", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 6, 2022, 24-36.

del ejercicio de la potestad de planificación. Por ejemplo, para poder acogerse a los fondos europeos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento (UE) 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece dicho mecanismo; para hacer frente a los riesgos de ciberseguridad, mediante la estrategia nacional de ciberseguridad y el plan nacional de respuesta a incidentes y crisis de ciberseguridad a gran escala a que obligan, respectivamente, los artículos 7 y 9.4 de la Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022; o para vigilar el mercado, mediante una estrategia general que debe diseñarse como mínimo cada 4 años según el artículo 13 del Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos. Con estos ejemplos transversales ya se percibe la magnitud y relevancia del fenómeno, aunque podríamos añadirles toda una pléyade de planes sectoriales asimismo impulsados desde la UE.

Y también conviene retener que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha contribuido a revivificar la planificación administrativa cuando ha sancionado su idoneidad para garantizar la misión de los servicios de interés económico general porque, por una parte, permite asegurar en todo el territorio un acceso suficiente y permanente a las prestaciones de que se trate y, por otra, permite controlar los gastos y asignar eficientemente los recursos disponibles (STJUE de 12 de julio de 2001, BSM Smits, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, par. 76-80). Esta doctrina hace posible la proliferación de la planificación administrativa en sectores económicos tan diversos pero importantes como la energía, los transportes, la sanidad o la vivienda.

De lo expuesto ya se infiere que, aunque la planificación administrativa es un fenómeno bastante antiguo y heredero de la Ilustración, vivió una primera “edad de oro” tras la segunda guerra mundial y ahora está experimentando una nueva expansión por impulso, principalmente, del Derecho unitario europeo. En ambas oleadas planificadoras creo que ha tenido influencia la necesidad del poder público de tomar la iniciativa y el impulso de la recuperación socio-económica tras graves crisis. La planificación (en general, no sólo la económica) suele ser un instrumento canalizador de la inversión pública y catalizador de la privada.

Pero ambas etapas tienen también rasgos diferenciales:

En primer lugar, la planificación de la segunda mitad del siglo xx fue un fenómeno eminentemente estatal, replicado por emulación. Mientras que la de la primera mitad del siglo xxi tiene un fuerte impulso de la UE, desde la que se extiende de arriba abajo a los Estados miembros. Podría

afirmarse que, si bien la planificación territorial y ambiental de los Estados seguía vigente, la económica había decaído pero la UE le ha insuflado nuevos aires.

En segundo lugar, la planificación instaurada en los Estados autoritarios – como España – en la segunda mitad del siglo xx era general, rígida y determinista, mientras que la alumbrada desde la UE es más particular, flexible y orientadora. Por eso, los planes más característicos de la primera generación mencionada se aprueban mediante leyes o reglamentos, mientras que en la segunda abundan los que se contienen en instrumentos de *soft law*. Si en España el arquetipo de la planificación de la segunda mitad del siglo XX fueron los planes urbanísticos, puede encontrarse en la misma materia un buen ejemplo de la nueva planificación administrativa en las llamadas agendas urbanas. A la “planificación como *mito*” salida de la segunda guerra mundial,⁷ que fue decayendo según se ponían en cuestión sus premisas desarrollistas, le ha sucedido lo que podríamos denominar, por contraposición, la “planificación como *praxis*”.

Sin embargo, no todo son luces en esta “segunda edad de oro”. Dado el empeño puesto por la Comisión Europea en las últimas décadas por la *better regulation* que se plasma, entre otras medidas, en la evaluación ex ante y ex post del impacto de las normas, me parece paradójico que no someta a un estándar similar los planes que promueve y/o aprueba, siendo así que la evaluación ha sido tradicional en los planes –fijación de indicadores, de periodos para la revisión de sus previsiones, creación de órganos y atribución de competencias de seguimiento, etc.–, desde donde se ha extendido a las (demás) normas. En la Unión Europea, nos encontramos planes no sujetos a ninguna forma explícita de evaluación mientras que otros sí la tienen,⁸ e incluso legislación que no adopta la forma ni la denominación de plan pero

7 La expresión es de Sebastián Martín-Retortillo (“La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años”, *RAP*, nº 150, 1999, 255-257), para quien este mito planificador, durante cuya vigencia el tema de la planificación fue asumido “como auténtica mística”, entró en crisis cuando hubo que adoptar medidas urgentes e imprevistas para superar la crisis energética de los años setenta.

8 A falta de tal estándar, la situación es muy dispar, como pueden atestiguar algunos de los planes aprobados en el periodo 2021-2023: en el Plan Europeo de Lucha contra el Cáncer, la Nueva Estrategia de Adaptación al Cambio Climático de la UE, la Revisión de 2021 del Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial o el Plan REPower EU (todos ellos aprobados mediante Comunicaciones de la Comisión) se contienen objetivos y medidas o acciones, pero nada se dice al respecto de su evaluación. En el Reglamento del Programa InvestEU sólo aparece una evanescente mención en el preámbulo a las evaluaciones ex ante realizadas, que no se explicitan, pero dedica todo el capítulo VIII a la rendición de cuentas y evaluación ex post de su ejecución. Similares exigencias se establecen para el mecanismo y los planes de recuperación y resiliencia en el capítulo VII de su Reglamento.

que reúne sus características típicas.⁹ Parece que vamos a necesitar una *better planification*.

3. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA PLANIFICACIÓN, ENTRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA EFICIENCIA ADMINISTRATIVA

El Estado de Derecho selló una alianza fundacional entre los principios de legalidad y de seguridad jurídica, hoy confirmados como principios arquetípicos por el artículo 9.3 de la Constitución española. Los ciudadanos tenían derecho a un Derecho cierto y predecible y quien mejor podía procurárselo eran las leyes, producidas por los órganos representativos de la soberanía popular y publicadas en debida forma. Esta alianza sabemos que siempre estuvo sujeta a cierta tensión, ya que la seguridad jurídica podía en ocasiones poner límites a la legalidad (prescripción de las sanciones, caducidad de las potestades revisoras de oficio y del derecho a recurrir, etc.), como la legalidad (el cambio legislativo o *ius variandi* del legislador) se los ponía a la seguridad jurídica (introduciendo disposiciones impropriadamente retroactivas, por ejemplo).

Pero en los tiempos actuales la relación es todavía más problemática, por la creciente incapacidad de la potestad legislativa de ofrecer —con la generalidad, abstracción y estabilidad que la caracterizan— un estándar razonable de seguridad jurídica en la “sociedad del riesgo”, que es una sociedad de la innovación tecnológica, de globalización y aceleración del cambio y quizás también de proliferación de las crisis y catástrofes asociadas al cambio climático. En este contexto, los poderes públicos se afanan por ofrecer otros instrumentos de regulación y gobierno de los procesos socio-económicos, culturales y ambientales, como el *soft law* y los planes, que son perfectamente combinables (planes aprobados mediante instrumentos de *soft law*) y que, además, no necesariamente sustituyen a la legislación sino que también pueden prepararla o desarrollarla.

⁹ Me refiero a Reglamentos y Directivas que parten de un diagnóstico, establecen objetivos y adoptan medidas dirigidas a cumplirlos y que se suceden en el tiempo en forma de “paquetes”, como los de liberalización de los sectores regulados, en los que las normas y los planes se alternan de forma profusa y, a veces, también un tanto confusa. En la instauración del mercado interior de la electricidad, vamos ya por el “quinto paquete”, que incluye la nueva Directiva 2023/2413, de 18 de octubre de 2023, de Energías Renovables, que eleva al 42,5 % el objetivo de alcanzar una cuota mínima de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía de la Unión a más tardar en 2030, que vino precedida por el Plan del Objetivo Climático para 2030 y la Estrategia de Energía Renovable Marina, ambos de 2020, y sobre todo el Plan REPower EU de 2022. El nuevo objetivo quiere, a su vez, dar cumplimiento al “Objetivo 55” instaurado por el Reglamento 2021/1119, de 30 de junio de 2021, más conocido como Ley Europea del Clima, que establece un objetivo vinculante de neutralidad climática en la Unión de aquí a 2050, con el fin de cumplir el Acuerdo de París (art. 2.1), y otro objetivo vinculante de reducción interna neta de las emisiones de gases de efecto invernadero en un 55 % para 2030 (art. 4.1). Para alcanzar tales fines, el Reglamento atribuye competencias a un consejo consultivo de carácter científico (art. 3), manda a la Comisión revisar la legislación, proponer medidas, adoptar una estrategia de adaptación al cambio climático (y a los Estados miembros adoptar y aplicar estrategias y planes de adaptación nacionales: art. 5) así como evaluar quinquenalmente los avances conseguidos (arts. 6 a 8) y la eventual revisión del propio Reglamento (art. 11). Como se ve, más que como una ley que establece y enmarca un sistema de planificación, el Reglamento ya se configura como el instrumento de cabecera de dicho sistema.

Dos ejemplos pueden ilustrar este fenómeno en la Unión Europea que, como he dicho, es paradigmática de cuanto comento: la transición energética y la inteligencia artificial. En ambos, la legislación ha venido precedida del despliegue de un notable aparataje de planes y estrategias adoptados con la veste de instrumentos de *soft law* (comunicaciones de la Comisión, libros blancos, ...). Dichos instrumentos no son imperativos, pero tampoco son jurídicamente inocuos ya que (1º) generan conocimiento sobre el que descansar la *motivación del cambio normativo*, (2º) *permiten la participación* temprana de los potenciales afectados y de los ciudadanos en el proceso de innovación normativa, (3º) facilitan asimismo la *coordinación* interadministrativa y (4º) afectan a la *confianza legítima* de los inversores, en la medida en que anuncian un cambio al que ya pueden ir adaptándose y frente al que no podrán alegar posterior ignorancia.

En el caso particular de los planes, a estas virtualidades se les pueden añadir ganancias en eficiencia. Y ya pasaron los tiempos en que la eficiencia de las políticas públicas era considerada una cuestión ajena al Derecho: al igual que la Constitución española proclama – entre otros – el principio de seguridad jurídica en su artículo 9.3, también el proclama el criterio de eficiencia en el gasto público en el 31.2. Luego la eficiencia hoy no sólo es una buena práctica, sino también una *norma jurídica*.¹⁰ Pues bien, el plan es un instrumento sistemático de definición de objetivos y disposición de medidas a partir de un diagnóstico científico. Cuando se planifica bien, aumentan las garantías de eficacia y eficiencia de la actuación administrativa planificada. Lo que es capital cuando la actuación planificada tiene un alto impacto presupuestario, económico, social o ambiental, como es común.

Las ganancias en eficiencia de la planificación vienen asociadas a su carácter anticipatorio y sistemático. En cuanto a lo primero, los planes permiten prever en lugar de tener que corregir. En cuanto a lo segundo, su carácter sistemático facilita desarrollar un pensamiento estratégico que facilita coordinar las muchas medidas y los muchos agentes implicados, así como programar y optimizar la asignación de los recursos disponibles.

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PLANES Y EL “LECHO DE PROCUSTO” DEL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

El Derecho administrativo español es pródigo en planes, pero carece de una categoría general que los abarque. El problema más evidente que esto provoca es la necesidad de encajar a todos los planes en el “lecho de

¹⁰ Marcos Vaquer, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *RAP*, nº 186, 2011, 91-135.

procusto” de la dualidad entre norma y acto.¹¹ Los planes o son normas (leyes o reglamentos) o son actos plúrimos, o son una combinación de ambos¹² porque nuestro ordenamiento jurídico desconoce un *tertium genus* en el que pudieran encajar los planes.¹³

Ocurre, sin embargo, que en el proceso de creación o determinación progresiva del Derecho, los planes cumplen una función lógicamente intermedia entre la legislación (en su sentido amplio, comprensivo de leyes y reglamentos) y su ejecución.¹⁴ Esta función intermedia es manifiesta cuando el plan viene específicamente mandado por una ley y su vigencia es condición para poder adoptar determinados actos administrativos o privados de ejecución. Pero también se cumple cuando es simplemente previsto por la ley, e incluso en ausencia de cobertura legal específica, porque el plan siempre se interpone lógicamente entre el marco legal existente (el material, el procedimental y de régimen jurídico de las AAPP y el presupuestario, por ejemplo) y su ejecución, determinando opciones y prioridades para el cumplimiento de los principios y las reglas mediante objetivos y medidas y programando temporalmente la actuación y el gasto.

Los planes tienen rasgos especiales que los identifican como categoría y que, en todo lo demás, suelen ser muy diversos entre sí, por lo que su mero encaje en alguna de las dos categorías contrapuestas de norma y acto, sin mayor matización, no puede hacerse sin violencia. La “mortandad” provocada en mi país por la aplicación con todo rigor y sin matiz alguno de la naturaleza

11 Utilizo aquí el concepto de acto para contraponerlo al de norma en la dialéctica entre legislación y ejecución y, por tanto, en una acepción genérica, comprensiva tanto del acto administrativo unilateral como de los bilaterales o multilaterales, esto es, de los contratos y convenios administrativos.

12 En España, el Plan Hidrológico Nacional se aprueba por ley del Estado, y varias son las comunidades autónomas que también aprueban mediante ley el instrumento de cabecera de su ordenación del territorio, como las directrices de ordenación del territorio de las Illes Balears y las Islas Canarias, pero en otras comunidades como el País Vasco o Galicia se aprueban por decreto y tienen rango reglamentario. La planificación de la red de transporte de energía eléctrica, pese a ser asimismo vinculante, se aprueba por un acuerdo del Consejo de Ministros sin naturaleza normativa, si bien debe ser previamente sometida al Congreso de los Diputados, mientras que el resto de la planificación eléctrica es meramente indicativa, como otros muchos planes sectoriales. Más allá de la lógica diferenciación entre los planes imperativos y los que no lo son, tales disparidades no encuentran fácilmente una explicación racional, sino que parecen más bien expresivas de la carencia de una teoría general de la planificación.

13 Este rígido dualismo sólo presenta una posible falla en la diferenciación que parece establecer entre “reglamentos” y “otras disposiciones” el Título VI de la Ley española de Procedimiento Administrativo Común de 2015, dando pie a interpretar que existen otras “disposiciones administrativas” de carácter general distintas de las estrictamente reglamentarias, como podrían ser los planes, a los que cabría aplicar asimismo los principios de buena regulación o de publicidad, por ejemplo. Bien distinta y mucho más clara es la situación en Alemania, donde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) arbitra en sus artículos 72 a 78 un procedimiento especial para la planificación, dando carta de naturaleza general a este tipo de disposición administrativa.

14 Luciano Parejo, “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 1, 2020, 7-40.

reglamentaria a los planes urbanísticos es su mejor demostración, y ahora la doctrina se sorprende¹⁵ y la jurisprudencia se matiza.¹⁶

Pero esta cuestión nos obliga a volver a plantear un viejo problema de la dogmática jurídico-pública: la distinción entre norma y acto o entre la legislación, de un lado, y su ejecución o aplicación por otro, de forma que sólo la primera función es creación de Derecho.

Kelsen ya advirtió contra “el prejuicio de que el Derecho se agota en la Ley” y propuso su “teoría de la gradación del orden jurídico” que “concibe el Derecho en su movimiento, en el proceso constantemente renovado de su autoproducción” que incluye “dentro del marco del orden jurídico la individualización de las normas jurídicas generales, el progreso desde la norma jurídica abstracta a la concreta”, lo que significa que hay producción jurídica “no sólo pues para la legislación, sino también en todas las gradas del orden jurídico y, en particular, para los diversos casos de institución de normas individuales: acto administrativo, sentencia, negocio jurídico”.¹⁷

Esta idea de la gradualidad tiene perfecta aplicación a la teoría de los planes, como observó en su momento Predieri al enfrentarse al dilema de si la ley aprobatoria de un plan es una *legge provvedimento*: “Todo esto contribuye a dar también a los planes emanados por ley caracteres diversos, porque la abstracción tiene grados diversos y la concreción áreas diversas, que pueden cubrir partes mayores o menores del área del plan, más o menos en relación con los grados o niveles de éste”.¹⁸

Pero nuestro ordenamiento se ha constituido de forma muy distinta de esta gradualidad desde lo general a lo particular y desde lo abstracto a lo concreto, sobre la base de una radical separación entre las normas que conforman el ordenamiento jurídico (que sujeta a todos: arts. 9.1 y 103.1 *in fine* CE) y la actividad jurídica ordenada, ya sea de ejecución o de aplicación del Derecho. Desde luego, el dualismo entre legislación y ejecución, o entre disposiciones generales y actos, impregna todo el régimen administrativo español. Esta clasificación binaria está presente en el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 37 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC), así como en el régimen de las invalideces de Derecho administrativo (arts. 47 ss. LPAC), en el de la revisión

15 Basta aquí destacar los estudios de Juan Alfonso Santamaría Pastor, “Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos”, RAP, nº 195, 2014, y “Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes”, *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, nº 141, 2016, José María Baño León, “El plan urbanístico en ruina: un esbozo de reconstrucción”, y Luciano Parejo Alfonso, “El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza”, ambos en *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, nº 144, 2017

16 Como ha declarado el propio Tribunal Supremo, “en materia de planeamiento se ha venido experimentando alguna flexibilización interpretativa” (STS nº 1109/2022, de 28 de julio), sobre la que puede verse José Suay Rincón, “Avances en la amortiguación de los efectos de la declaración de nulidad de los planes (de nuevo sobre la anulación de los planes de ordenación)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 125, 2023, 129-178.

17 Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 2ª ed., México, Ed. Nacional, 1981, 145-147.

18 Alberto Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, 285-286.

de oficio y los recursos administrativos (arts. 106 ss. LPAC) o en la dualidad de los procedimientos resolutorio y normativo (arts. 127 ss. LPAC).

Supuesto que la generalidad y la abstracción son las notas características de la legislación,¹⁹ en el Derecho administrativo hemos aprendido ya que la generalidad de efectos no puede ser el criterio dirimente, porque puede haber normas singulares (o de caso único)²⁰ y actos generales (los denominados por la jurisprudencia como “actos plúrimos”). Las primeras son excepcionales, pero los segundos son bastante comunes, por ejemplo en los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva. “En una palabra: la correlación singular-general como expresión de la distinción actos-Reglamentos parece haberse roto”.²¹ Por eso hacemos descansar la diferencia más bien en el criterio de la abstracción, relativamente más concluyente, según el cual norma es aquella disposición cuya eficacia no se agota por su mero cumplimiento en un hecho o acto concreto, sino que sigue siendo potencialmente aplicable durante su vigencia. Conforme al “criterio ordinamental” manejado por la jurisprudencia española:

Que unas bases reguladoras de una concesión de subvenciones sean una disposición general o un simple acto administrativo singular, aunque plúrimo, dependerá de su contenido, es decir, de si tales bases tienen una validez para sucesivas convocatorias y se incorporan al ordenamiento jurídico para un determinado periodo de tiempo o de forma indefinida o

19 En la doctrina, por todos, puede verse Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomo II *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Iustel, 2006, 858-859, o Luciano Parejo, *Lecciones de Derecho administrativo*, 12ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 268. Parejo aplica esta “perspectiva deformante del clásico binomio normación-ejecución” a su teoría de la planificación como “bisagra” entre ambas: “El procedimiento administrativo de la planificación”, en Luciano Parejo y Marcos Vaquer, coords., *Estudios sobre el procedimiento administrativo. II Tipos de procedimientos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 146-149, y “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, cit. Siguiendo en esto a Gallego Anabitarte, José María Rodríguez de Santiago discrepa de esta aproximación y propone en su lugar concebir a la norma como toda “creación de Derecho objetivo” (*Planes administrativos. Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración*, Madrid, Marcial Pons, 2023, 38) y a la norma jurídico-administrativa como “todo criterio jurídico de decisión impuesto a la Administración por alguna de las fuentes reconocidas en el sistema” (*Sistema de fuentes del Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2021, 17). A mi juicio, el criterio de la creación es problemático dogmáticamente por las razones expuestas en el cuerpo del texto -la creación y la ejecución del Derecho no se excluyen recíprocamente, sino que pueden concurrir en un mismo acto- y el de la *f fuente* de producción empleada, por su misma formalidad, carece de virtualidad práctica para discernir entre legislación y ejecución en términos cumplidores de la igualdad ante la ley y la tutela judicial efectiva consagradas en nuestra Constitución. Para el autor, la ley concreta y singular no supone *per se* un desafío a tales principios, aunque los debe respetar (como la abstracta y general), por lo que no es excepcional sino que “el legislador puede elegir para crear el Derecho que solución el problema social que quiere abordar la estructura de la norma (abstracta y general, concreta y/o singular) que considere más conveniente y no está constraído por ninguna estructura de la norma legal que estuviera implícita en la Constitución (en virtud de un -inexistente- concepto material de ley)” (*Sistema ...*, cit., 112). Pero no es esta la posición adoptada por la jurisprudencia constitucional española, como se verá en la nota siguiente.

20 La jurisprudencia constitucional española reconoce su constitucionalidad pero la sujeta a límites propios de su excepcionalidad, pues no constituye “un ejercicio normal de la potestad legislativa”, y distingue tres tipos de leyes singulares: las autoaplicativas, “que contienen una actividad típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto”, las singulares “en atención a los destinatarios a los que va dirigida”, y las “dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la ley singular y no comunicable a ningún otro” (por todas, STC 149/2020, de 22 de octubre, FJ 3º).

21 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, I, 19ª ed., Madrid, Cívitas, 2020, 214.

si, por el contrario, son una bases exclusivas para una sola convocatoria y sólo válidas para su aplicación única pero plúrima en dicha ocasión (Sentencia del Tribunal Supremo -en adelante, STS- de 30 de noviembre de 2017).

Ahora bien, antes algún fallo llegó a afirmar (en palabras de su ponente Baena del Alcázar) que “las bases de convocatoria no son sino un híbrido entre una norma propiamente dicha y un acto dirigido a una pluralidad indeterminada de sujetos” (STS de 20 de octubre de 1994, TS:1994:18338). La idea de la hibridación entre norma y acto no es tan extraña y sigue reapareciendo recurrentemente en la jurisprudencia española. Veamos:

a) La evoca la doctrina que concibe a los pliegos como “*lex contractu*”, con un “poder normativo «inter partes», dentro de un plano subordinado a las normas y principios superiores del ordenamiento jurídico” (por todas, SSTTS de 6 de febrero de 1988 y 2 de octubre de 2000, cas. nº 1991/1995, por la que cito). Pues aunque califica a dicha expresión como “un tanto metafórica”, no le impide anular un artículo de un pliego “por imponerlo así el principio de jerarquía normativa” (STS de 25 de julio de 1989) que, obviamente, sólo rige entre normas, pues entiende que “su poder regulador de la relación contractual está en todo momento supeditado al respecto de las reglas emanadas de las normas de rango superior” (STS de 21 de diciembre de 1988).

b) También puede traerse aquí a colación la doctrina que califica como “de naturaleza peculiar” a un acto administrativo plúrimo que tiene “al mismo tiempo, un contenido normativo” que puede tener carácter “relevante”, pero también “dependiente y accesorio” y, por ende, insuficiente “para transformar el acto en una disposición general” (SSTS de 6 de abril de 2004, TS:2004:2351).

c) Y, más recientemente, puede adivinarse también detrás de la doctrina según la cual cabe el recurso indirecto -que la legislación sólo contempla contra disposiciones de carácter general: art. 112.3 LPAC y 26 IJCA- contra las bases de un proceso selectivo cuando violan un derecho fundamental (por todas, SSTTS de 10 de julio de 2019, 4 de octubre de 2021 -TS: 2021:3621- ó 18 de octubre de 2022 -TS:2022:3737-).

Entonces, ¿no podríamos aplicar esta misma idea de la hibridación entre norma y acto a los planes y, sobre tal base, dotarlos de un régimen jurídico especial adaptado a sus características esenciales?²² De conformidad con lo

22 En este sentido y dentro de la línea de “flexibilización” a la que me he referido en una nota anterior, apunta la STS de 6 de febrero de 2023 cuando exime del trámite de consultas públicas a los planes urbanísticos porque son “unas normas tan peculiares, complejas y de difícil articulación” que requieren y siempre han tenido “esa especialidad procedimental”. Pero ¿vale lo mismo para otros tipos de planes?

dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley española reguladora de las Bases del Régimen Local, la planificación es una potestad administrativa con perfiles propios, aunque sean amplios y estén poco definidos, del mismo modo que lo es la potestad financiera y tributaria, sin que ello sea óbice para que se ejerzan en el marco de leyes y reglamentos, o incluso mediante ellos.²³ Como tal potestad, debería dotarse de una disciplina legal especial y adecuada a tales perfiles.

La analogía propuesta es perfectamente pertinente porque un presupuesto es – a su manera – un plan. Pues bien, las leyes de presupuestos, según nuestra jurisprudencia constitucional, son “una verdadera ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material de ley”, pero también “un tipo de leyes” que tiene una “función específica y constitucionalmente definida” (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 274/2000, de 15 de noviembre, FJ 4º). En efecto, el art. 134 de la Constitución española (en adelante, CE) configura la especialidad temporal, procedimental y material de las leyes de presupuestos. Las leyes de plan también tienen una función específica. Y esta función también está “constitucionalmente definida”, pero sólo para la planificación económica general prevista en el art. 131 CE, por lo que las demás leyes de plan pueden desafiar la disciplina tanto formal como sustantiva para ellas prevista en las leyes ordinarias²⁴ y sustraerse además al control jurisdiccional ordinario. Menos problemático es el caso de los reglamentos de plan, que pueden ser sujetos temporal, formal y sustantivamente por las leyes en la materia y controlados plenamente por los tribunales contencioso-administrativos.

Pues bien, el elemento más expresivo de esta especialidad de las leyes de plan dentro de la potestad legislativa, que confirma su condición de puente o de bisagra entre legislación y ejecución, es el monopolio que atribuyen tanto el art. 131 como el 134 CE de la iniciativa legislativa al Gobierno – es decir, al poder ejecutivo –, que el segundo precepto refuerza con la potestad gubernamental de vetar cualquier proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos.

5. EL PROCEDIMIENTO PLANIFICADOR: UN PROCEDIMIENTO SIN FIN Y UN PROCEDIMIENTO DE PROCEDIMIENTOS

El procedimiento planificador es peculiar, y dentro de él son características las actuaciones de evaluación (evaluación ambiental o, en

23 En este sentido apunta el concepto material de plan propuesto por José María Rodríguez de Santiago, según la cual el plan es una forma típica de actuación de la Administración no necesariamente reconducible a alguna de las formas jurídicas clásicas de norma, acto o contrato (*Planes administrativos. Una teoría general...*, cit., 27).

24 El Tribunal Constitucional, por ejemplo, ha rechazado que la Ley de Aguas pueda operar como canon de constitucionalidad de la actuación del legislador estatal en el Plan Hidrológico Nacional, porque aquélla no forma parte del bloque de la constitucionalidad y ésta “no puede venir condicionada por lo dispuesto en la legislación ordinaria” (STC 13/2015, de 5 de febrero, FFJJ 3º y 4º).

general, de impacto) y de diálogo (participación ciudadana/coordinación interadministrativa). A la relevancia jurídica del procedimiento administrativo, en general, le he dedicado ya muchas páginas en otros trabajos, de lo que se trata aquí es de destacar la particular importancia del procedimiento planificador, por tres razones: (1º) la discrecionalidad típica de la planificación hace que su sujeción a Derecho se dirima (y controle) más en el procedimiento debido que en el contenido de la decisión, (2º) en la actividad planificadora – más que ninguna otra forma de actuación administrativa – el proceso (la planificación) es tan importante y definitorio como el producto (el plan), y (3º) el de la planificación es un “procedimiento de procedimientos”.

(1º) La importancia del procedimiento como elemento reglado de las potestades discrecionales es algo bien conocido, tanto en su aspecto directivo como en el garantista, que no merece más atención aquí.

(2º) La relevancia de la planificación como procedimiento y ha sido subrayada por Luciano Parejo y por mí mismo²⁵ y su preeminencia sobre el propio plan como resultado ya ha sido advertida por José María Rodríguez de Santiago²⁶, pero merecen alguna consideración ulterior.

Por su complejidad material y por su prolongación temporal, los planes suelen actuar en un contexto de amplia incertidumbre. Y “las decisiones tomadas bajo condiciones de incertidumbre no pueden juzgarse y configurarse de forma puntual, sino únicamente en su procesualidad”²⁷.

Como actuación motriz, sistemática y temporal que es, la planificación es un proceso iterativo continuo, porque es idealmente circular: empieza con el diagnóstico de un problema o situación compleja, sigue con la definición de objetivos y de medidas y no concluye con su aprobación, sino que prosigue tras ella con su seguimiento, evaluación y corrección periódicos hasta iniciar su revisión o reformulación con un nuevo diagnóstico, y así indefinidamente.

Sólo los planes aprobados para atender a una necesidad coyuntural escapan a esta circularidad. En el resto de los casos, o bien es la legislación la que la dispone (como ocurre en materia de energía, transportes, urbanismo, espacios naturales protegidos, etc.) o bien la impone la costumbre (como ocurría hasta recientemente con los planes estatales de vivienda)²⁸ porque, cuando se ejecutan las medidas previstas y se agotan sus efectos o cuando cambian las circunstancias que las justificaron, haciéndolas sobrevenidamente inviables o inidóneas, el plan decae en la obsolescencia y precisa ser revisado.

25 Luciano Parejo, “El procedimiento administrativo de la planificación”, *op. cit.*, 149 y 151; Marcos Vaquer, “Lección 18. Planificación administrativa”, *cit.*, 458.

26 José María Rodríguez de Santiago, *Planes administrativos. Una teoría general ...*, *cit.*, 19-20.

27 Indra Spiecker gen. Döhmman, “Instrumentos estatales para la superación de escenarios de incertidumbre y autorregulación”, en Mercè Darnaculleta, José Esteve y Indra Spiecker, eds., *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2015, 62.

28 Hasta la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, estos planes se sucedían cuatrienalmente en España sin cobertura legal. El artículo 24 de la nueva Ley los hace preceptivos, los califica como “los instrumentos principales de actuación del Estado en política de vivienda”, orienta la finalidad de sus programas y atribuye al Gobierno la competencia para su aprobación, oídas las CC.AA. reunidas en conferencia sectorial.

En efecto, este es un proceso sucesivamente inductivo y deductivo, comparable a las fases sucesivas de sístole y diástole en la función motora del sistema circulatorio: primero se recogen datos para construir un diagnóstico, unos objetivos y unas medidas, luego se ejecutan dichas medidas, seguidamente se recogen datos para evaluar la ejecución y se confirman o revisan los objetivos y se aprueban nuevas medidas, que después son ejecutadas, etc. Por ello, sin perjuicio de que el procedimiento de aprobación de los planes termine con la aprobación definitiva de los mismos, podemos afirmar que el procedimiento de planificación, allí donde se instaura como forma típica de actuación, no tiene fin. En la planificación no sólo se expresa palmariamente la continuidad entre creación y ejecución del Derecho, sino también su retroacción permanente.

Y además de la relevancia del procedimiento, la planificación ilustra su íntima ligazón con la organización, como atestigua la tradicional creación de una oficina del plan, para impulsar de oficio tanto la redacción y tramitación del plan hasta su aprobación, como también su seguimiento y evaluación posteriores. Los rasgos especiales de la planificación apuntan a una complejidad que demanda una organización ad hoc para su impulso, ya sea en forma de órganos colegiados especializados, ya de oficinas técnicas, o de ambos. Cuando se carece de tales medios propios, la redacción del plan y el acompañamiento de la planificación son contratados como servicios externos. Pero siendo la planificación una potestad y su ejercicio una actuación continuada, su externalización al sector privado es problemática. Por eso no sólo es posible sino también preferible que las Administraciones inferiores -como los municipios rurales- sobrelleven sus carencias acudiendo a su agrupación en mancomunidades o a la cooperación técnica, jurídica y económica de las superiores.

(3º) Por último, la consideración del procedimiento planificador como un procedimiento de procedimientos, en feliz expresión de Giannini,²⁹ es asimismo sugerente en lo teórico, porque explica el proceso de determinación progresiva del Derecho, y en lo práctico, porque ayuda a reportar ganancias en eficiencia.

Sean normas o no, los planes suelen ejecutarse mediante actos administrativos a los que dan cobertura. En mayor o menor medida, la eficacia y la validez de dichos actos queda vinculada o condicionada por la planificación. En efecto, los planes pueden ser:

- a) Un título habilitante de la actuación (por ejemplo, los planes como causa implícita de utilidad pública del art. 10 de la Ley de Expropiación Forzosa) que, a veces, es imprescindible (por ejemplo, por la prohibición de la actividad sistemática de ejecución urbanística mientras no se haya completado la ordenación de los usos del suelo mediante los planes, o de acometer obras de transporte de la electricidad no previstas en la planificación eléctrica).

29 Massimo Severo Giannini, "Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia", *Rivista del Diritto Commerciale*, 1959, 321-322.

b) Una motivación de la actuación, a la que ésta puede remitir y de la que no puede apartarse libremente. Incluso si el plan no es vinculante, supone un ejercicio de autovinculación cuyo apartamiento no podrá ser ni inopinado, ni impredecible o intempestivo. Bien al contrario, deberá estar a su vez motivado y respetar la confianza legítima generada por el plan.

Por este vínculo entre planificación y ejecución, la planificación es un instrumento idóneo para la participación ciudadana y la coordinación intra- e interadministrativa, como ya se ha destacado. También por eso se decidió, en su momento, llevar “aguas arriba” la evaluación ambiental, desde los proyectos a los planes y programas.

Así como la planificación es una actuación eminentemente procedimental, la evaluación ambiental es una disciplina eminentemente procedimental. En las palabras del considerando 9 de la Directiva 2001/42/CE, “la presente Directiva tiene por objeto cuestiones de procedimiento y sus requisitos deben integrarse en los procedimientos existentes en los Estados miembros o incorporarse a procedimientos establecidos específicamente.” Pues bien, como afirmó el preámbulo de la Ley 9/2006, de 28 de octubre, que introdujo en el ordenamiento jurídico español la evaluación ambiental de planes y programas, la evaluación de impacto ambiental de los proyectos “ha mostrado sus carencias cuando se trata de evitar o corregir los efectos ambientales en el caso de las tomas de decisión de las fases anteriores a la de proyectos. Era necesario, por lo tanto, establecer una herramienta que permitiera actuar de una forma estratégica en tales fases”, también conocida, por ello, como evaluación ambiental estratégica.

En efecto, allí donde se prevea una actuación administrativa masiva (de intervención sobre la actividad privada, de fomento o de obra o servicio público) anticiparla mediante un procedimiento de planificación puede facilitar la coordinación de dicha actuación, favorecer los consensos y reducir la conflictividad y simplificar y acelerar los subsecuentes procedimientos de ejecución singular. Se trata, en términos económicos, de ganar en eficiencia aplicando economías de escala. Y en términos jurídicos, esta eficiencia sirve al principio de eficacia de la Administración pública.

Ahora bien, estas ganancias están condicionadas a que el procedimiento de planificación respete en lo posible los criterios de simplicidad y celeridad que le permitan mantener su carácter anticipatorio y cumplir su función motriz. El paradigma de ineficacia de la planificación lo ofrece hoy en mi país la planificación urbanística por su excesiva complejidad y rigidez. Desde esta misma óptica, podríamos preguntarnos sobre la idoneidad de la planificación de la evaluación de la planificación que puede armarse al amparo de lo previsto en los artículos 24 a 26 de la Ley 27/2022, de 20 de diciembre, de institucionalización de la evaluación de políticas públicas en

la Administración General del Estado, pues se trataría ya de procedimientos de procedimientos, es decir, de un bucle lógico.

Una cosa es afirmar la importancia de los procedimientos de planificación administrativa y otra bien distinta es hacerlos autorreferenciales e incurrir en lo que podríamos denominar el *bucle de la planificación*. El procedimiento administrativo es relevante pero instrumental. Su relevancia radica precisamente en que es un medio para optimizar la objetividad y la eficacia en la consecución de los fines de interés general, pero nunca un fin en sí mismo. Si no lo tenemos muy presente, incurriremos en el riesgo de reeditar el viejo ritualismo del Derecho administrativo de algunos países como el mío.

BIBLIOGRAFÍA

Baño León, José María, “El plan urbanístico en ruina: un esbozo de reconstrucción”, *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, nº 144, 2017.

Darnaculleta, Mercè, Esteve Pardo, José, y Spiecker gen. Döhmman, Indra, eds., *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de Derecho administrativo, I, 19ª ed., Madrid, Cívitas, 2020.

Giannini, Massimo Severo, “Sull’azione dei pubblici poteri nel campo dell’economia”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1959.

Kelsen, Hans, Teoría pura del Derecho, 2ª ed., México, Ed. Nacional, 1981.

Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “La ordenación jurídico-administrativa del sistema económico en los últimos cincuenta años”, *Revista de Administración Pública*, nº 150, 1999.

Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Tomo II *El ordenamiento jurídico*, Madrid, Iustel, 2006.

Parejo Alfonso, Luciano, “El plan urbanístico no es solo norma. En pro de la superación de la doctrina simplificadora de su naturaleza”, *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, nº 144, 2017.

— “La actuación administrativa a caballo de la división entre normación y simple ejecución y el caso de la planificación y el plan”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. I, 2020.

— “El procedimiento administrativo de la planificación”, en Luciano Parejo y Marcos Vaquer, coords., *Estudios sobre el procedimiento administrativo. II Tipos de procedimientos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

— “Cese de la causa de las normas y decadencia de su obligatoriedad y eficacia; en particular las de los planes urbanísticos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 56, 2021.

— *Lecciones de Derecho administrativo*, 12ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Predieri, Alberto, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963.

Rodríguez de Santiago, José María, *Sistema de fuentes del Derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

— “Una escala de la planificación en atención a la función directiva de los planes: El ejemplo de los planes contra la despoblación”, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 6, 2022.

— *Planes administrativos. Una teoría general del plan como forma de actuación de la Administración*, Madrid, Marcial Pons, 2023.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos”, *Revista de Administración Pública*, nº 195, 2014.

— “Una imprevista disfunción del sistema urbanístico: la mortalidad judicial de los planes”, *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, nº 141, 2016.

Suay Rincón, José, “Avances en la amortiguación de los efectos de la declaración de nulidad de los planes (de nuevo sobre la anulación de los planes de ordenación)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 125, 2023.

Vaquer Caballería, Marcos, *La eficacia territorial y temporal de las normas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

— “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 186, 2011.

— “Lección 18. Planificación administrativa”, en Francisco Velasco y Mercé Darnaculleta, dirs., *Manual de Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2023.

Recebido: 11/09/2023
Aprovado: 04/12/2024

DECIDINDO O FUTURO: QUEM CARREGA A RESPONSABILIDADE DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL?

*DECIDING THE FUTURE: WHO BEARS THE
RESPONSIBILITY FOR FAMILY PLANNING IN
BRAZIL?*

Bruno Gil de Carvalho Lima¹

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho²

Ladyane Katlyn de Souza³

- 1 Doutor em Saúde Pública (Epidemiologia) e Livre-Docente de Medicina Legal e Deontologia Médica pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Saúde Comunitária (Epidemiologia) pela Universidade Federal do Salvador (UCSAL). Especialista em Gestão de Pessoas (UFBA). Especialista em Cultura Teológica pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Especialista em Direito Médico e Direito Processual Canônico pela FG Faculdades. Especialista em Filosofia da Religião pelo Centro de Ensino Superior Dom Alberto (CESDA). Bacharel em Teologia (UCDB). Licenciado em Filosofia (UCDB). Bacharel em Direito (UFBA). Perito Médico-Legal do IML Nina Rodrigues. Professor Adjunto da Universidade Federal da Bahia.
- 2 Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Bacharel pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Foi bolsista no Programa de Doutorado Sanduíche da CAPES 2014/2015 (BEX 14818/13- 2) no Departamento de Direito Constitucional da Universitat Pompeu Fabra. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador (UCSAL). Procurador Federal (Advocacia-Geral da União).
- 3 Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade de Brasília (UnB), graduada em Direito na mesma universidade.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Metodologia – Estudo ecológico. 1.1 Fonte dos dados 1.2 Método 1.3 Resultados. 2. Comparação entre as duas cirurgias. 2.1 Vasectomia. 2.2 Laqueadura tubária. 2.3 Eficácia contraceptiva. 3. Discussão: Teorias de Agência Feminina. 3.1 Desigualdade de Gênero. 3.2 Autonomia sobre o corpo. Conclusão. Referências.

RESUMO: partir de uma recente mudança legal no Brasil, que eliminou a necessidade de autorização conjugal para procedimentos de contracepção cirúrgica, esse estudo investiga a proporção entre vasectomias e laqueaduras realizadas em diferentes estados brasileiros durante o período de 2010 a 2019. Para tanto, foi utilizada uma abordagem ecológica com base nos dados do DATASUS. Mais adiante, foi proposta uma análise comparativa entre a proporção encontrada e o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) das unidades federativas, discutindo-se as implicações sociais, jurídicas e biomédicas da preferência por um procedimento cirúrgico em detrimento do outro. A análise dos dados aponta para uma tendência de permanência do ônus desproporcional sobre a mulher no controle da contracepção, o que reforça um diagnóstico de desigualdade de gênero associada a outros indicadores sociais de vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Vasectomia. Laqueadura Tubária. Feminismo. Aplicação da Lei. Defesa do Paciente.

ABSTRACT: Based on a recent legal change in Brazil, which eliminated the need for marital authorization for surgical contraception procedures, this study investigates the proportion between vasectomies and tubal ligations performed in different Brazilian states during the period from 2010 to 2019. An ecological approach based on DATASUS data was applied. Further on, a comparative analysis was proposed between the proportion found and the Human Development Index (HDI) of the federative units, discussing the social, legal and biomedical implications of the preference for one surgical procedure over the other. Data analysis points to a tendency for the disproportionate burden on women to control contraception to continue, which reinforces a diagnosis of gender inequality associated with other social indicators of vulnerability.

KEYWORDS: Vasectomy. Tubal ligation. Feminism. Law enforcement. Patient advocacy.

INTRODUÇÃO

A faculdade de planejar a vida reprodutiva e familiar é um direito garantido aos cidadãos e cidadãs brasileiras pela Constituição Federal de 1988, que imputa ao Estado a obrigação de prover informação a fim de que o particular tome a melhor decisão possível e de garantir o acesso aos métodos contraceptivos escolhidos, mas sem poder direcionar a definição do indivíduo ou do casal. Esse planejamento levará a decisões importantes da vida reprodutiva, como a de ter ou não filhos, a definição de cuidados de saúde para propiciar ou não a gestação, o momento em que se deseja ter filhos e o tamanho da prole. A vedação a qualquer movimento estatal no sentido de direcionar a decisão do cidadão é tão importante que o § 7º do artigo 226 da Constituição se desdobrou na Lei nº 9.263/1996, destinada a regulamentá-lo.

No texto constitucional, a família é reconhecida como a condição de base da sociedade, motivo pelo qual recebe especial proteção do Estado. Exemplificando: a subsistência da família é causa da impenhorabilidade da pequena propriedade rural (artigo 5º, XXVI); a família é a primeira a ser cientificada da prisão do cidadão (artigo 5º, LXII); a renda básica das pessoas em vulnerabilidade social é calculada em proporção à família (artigo 6º, parágrafo único), bem como o salário mínimo (artigo 7º, IV); e é objetivo da Assistência Social protegê-la (artigo 203, I). Para além de proteções e garantias, a família é *locus* de obrigações recíprocas, de forma que o ordenamento jurídico lhe confere encargos perante seus membros mais vulneráveis, como o dever de prover educação, direitos prioritários da criança, do adolescente e do jovem e o amparo às pessoas idosas.

Conforme novos modelos de família vão sendo tecidos, a proteção jurídica à entidade familiar, em suas diversas configurações, vai sendo ampliada (Menezes, Pimentel, Lins, 2022; Silva, Fornasier, 2022). O Brasil dispõe, hoje, de regras e estruturas, quer jurídicas (para esteio de famílias monoparentais, de segunda união e sucessivas, uniões estáveis, uniões homoafetivas), quer sociais (trisaís, relações abertas e arranjos novos que vão surgindo mais rapidamente do que as leis conseguem acompanhar) para acolher e ordenar as aspirações das pessoas (Dantas, Oliveira Neto, 2022; Silva, Borges, Lélis, 2022).

O planejamento familiar também tem sido afetado pelas distintas formas de relacionamento e por novos métodos contraceptivos disponíveis. Em que pese a crescente variedade de técnicas de controle da fertilidade, os métodos mais usualmente utilizados seguem dependentes de variáveis socioeconômicas e demográficas que tradicionalmente oneram desproporcionalmente mais as mulheres do que os homens. Assim, uma análise preliminar sugere que a contracepção e a responsabilidade pela reprodução têm ficado centradas no

corpo da mulher, mediante métodos anticoncepcionais predominantemente dirigidos à fisiologia feminina ou a barreiras mecânicas no aparelho reprodutivo feminino.

Apesar de o uso de preservativos ser um método barato e bastante eficaz tanto para a prevenção de infecções sexualmente transmissíveis (ISTs) quanto por seus efeitos contraceptivos, seu uso ainda é bastante esporádico: a média do uso de preservativo em diferentes países varia entre 4 e 52,4% pelos indivíduos sexualmente ativos. Sabe-se que as razões para o uso inconsistente do preservativo incluem: ideia de que o preservativo reduz o prazer sexual; percepção pessoal de baixo risco de contrair ISTs; equívocos sobre uso do preservativo; falta de apoio social; fadiga do preservativo; baixo poder de negociação do uso do preservativo; e parcerias estáveis. No Brasil, o menor uso de preservativos pela população brasileira, entre esses fatores, também poderia ser explicado em parte pelos tipos de parcerias estabelecidas ao longo da vida (Felisbino-Mendes *et al.*, 2019). A desigualdade de gênero, nesse contexto, baseia-se na maior susceptibilidade das mulheres às ISTs e a gestações não desejadas em virtude da desvantagem biológica e na maior dificuldade de negociação com o parceiro sobre o uso do preservativo, o que se agrava mais entre as mulheres em parcerias estáveis, de baixa escolaridade, com menor renda, acima de 45 anos e residentes em regiões com maiores disparidades socioeconômicas (Felisbino-Mendes *et al.*, 2019).

Quando o assunto é limitação cirúrgica definitiva da capacidade reprodutiva, uma lei ordinária inteira foi produzida a fim de disciplinar o acesso a vasectomias e laqueaduras tubárias. Em 1996, a sanção da Lei nº 9.263 afastou as visões anteriores sobre as cirurgias contraceptivas como crimes de lesão corporal, para reposicioná-las como direito à saúde e modalidade de exercício da garantia fundamental ao planejamento familiar. Em 2022, aquela norma foi alterada pela Lei nº 14.443, cujo ponto mais noticiado foi a retirada da necessidade de autorização do cônjuge para ter acesso à contracepção definitiva para homens ou mulheres. Os autores que vinham se debruçando sobre o tema encaravam a exigência de tal autorização, mesmo que fosse exigida também para as vasectomias, como uma modalidade de submissão da mulher ao marido ou companheiro, incapaz de decidir livremente sobre o próprio corpo (Cabral, Rangel, 2022; Canto, Arquette, Boechat, 2022).

Aparentemente, o advento da Lei nº 14.443/2022 resolveu por completo a inconstitucionalidade que a doutrina vinha identificando na Lei nº 9.263/1996. Todavia, subsiste uma questão social importante sobre a responsabilização desigual entre homens e mulheres quanto ao ônus do planejamento familiar e da esterilização cirúrgica. Embora pesquisas recentes tenham demonstrado uma diminuição do recurso ao método contraceptivo cirúrgico entre as mulheres (Trindade *et al.*, 2021, p. 3500), o que pode constituir evidência de uma ampliação do acesso à informação pelas mulheres

que resultem na escolha por métodos reversíveis e igualmente eficazes, a laqueadura segue sendo largamente utilizada pelo SUS, especialmente nas mulheres em maior grau de vulnerabilidade no país, marcadamente em mulheres das regiões Norte e Nordeste, moradoras da zona rural, pretas ou pardas, com menor escolaridade e sem acesso a planos de saúde.

A partir dessa premissa, o presente estudo tem como objetivo principal correlacionar a proporção de contracepções definitivas cirúrgicas femininas e masculinas com o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) nas unidades federadas brasileiras. A ideia de correlacionar o grau de cirurgias contraceptivas e o IDH teve como objetivo secundário verificar se regiões com melhor índice de desenvolvimento correspondem àquelas com menor desigualdade de gênero no que tange à opção pelas cirurgias contraceptivas.

Amparada na literatura sobre agência, autonomia feminina e desigualdade no uso de métodos contraceptivos (Berquó, Cavenaghi, 2010; Trindade *et al.*, 2021), e com o objetivo de discutir sobre o planejamento familiar a partir de uma perspectiva de gênero, a pesquisa apresenta evidência empírica relativa ao número de cirurgias contraceptivas realizadas no SUS e levanta hipóteses para a desproporcionalidade de procedimentos entre homens e mulheres. Com o propósito de apresentar os achados de pesquisa e contribuir com a análise do tema, o argumento do artigo está estruturado em três seções, além desta introdução e conclusões. Os tópicos do texto se dedicarão a a) testar a associação entre proporção de vasectomias e IDH; b) comparar as duas abordagens cirúrgicas possíveis, e c) correlacionar os achados com uma teoria de agência feminina.

1. METODOLOGIA – ESTUDO ECOLÓGICO

1.1 Fonte dos dados

Já foram feitas anteriormente outras pesquisas na área da saúde relacionando o uso de contraceptivos e indicadores sociais, tais como o IDH, como as pesquisas já apresentadas por Mariana Santos Felisbino Mendes e outros (2019). Todavia, inova-se na metodologia proposta neste artigo ao utilizar o DATASUS como fonte principal de pesquisa. O Sistema Único de Saúde (SUS) remunera cirurgias de laqueadura tubária e vasectomia por intermédio da apresentação de autorizações de internação hospitalar (AIHs), seja em unidades da rede própria federal, estadual ou municipal ou em instituições privadas (filantrópicas e com ou sem fins lucrativos) credenciadas ao SUS.

A AIH funciona como uma fatura e, ao mesmo tempo, como fonte de informações para o Sistema de Informações Hospitalares (SIH) do Departamento de Informática do SUS (DATASUS). Destaca-se que cirurgias custeadas com recursos próprios pelos pacientes (assistência à saúde particular)

ou por operadoras de planos de saúde, medicina de grupo ou cooperativas não são registradas pelo SIH.

Desde que uma AIH apresentada esteja dentro do teto de procedimentos pactuado com a unidade de saúde no seu credenciamento e que não haja problemas detectados por auditoria do SUS, ela é paga ao prestador do serviço, que executou a internação e o procedimento cirúrgico. Os dados são disponibilizados no DATASUS, sem possibilidade de identificação individual do usuário do SUS que foi atendido, salvaguardando a intimidade, a privacidade e o sigilo médico, mas preservando a publicidade que a Administração Pública deve observar na aplicação dos recursos públicos do SUS. Mediante emprego da ferramenta de tabulação Tabetnet, podem-se extrair dados sobre assistência à saúde a partir dos códigos de procedimento da tabela SIA-SUS 0409040240, para vasectomia, e 0409060186, para laqueadura tubária.

1.2 Método

Foi realizado um estudo ecológico, modalidade de pesquisa empírica com dados agregados por base territorial, ou seja, cada Unidade da Federação (UF) foi computada como uma unidade de observação na matriz de dados. Tal desenho de estudo tem sido empregado com sucesso para estudar temas variados como suicídios, tuberculose, necessidade de cuidador por transtorno mental e COVID-19 (Bando *et al.*, 2023; Lima *et al.*, 2023; Vera *et al.*, 2023; Romano *et al.*, 2023). O DATASUS não permite extração de dados no nível individual, mas é possível a tabulação por região, UF ou município. Para evitar distorção provocada pela suspensão de cirurgias eletivas e gargalos no atendimento à população pelo SUS durante a pandemia de SARS-CoV-2 de 2020 em diante, optou-se por estudar o período de dez anos entre 2010 e 2019. Para filtrar o efeito da migração em busca de serviços de saúde fora do município de domicílio, a extração foi feita por município de residência, e não por município de atendimento/internação.

Extraídos os quantitativos de vasectomias e laqueaduras tubárias custeadas pelo SUS por UF de 2010 a 2019, foram calculadas proporções de cirurgias masculinas a partir do total de internações (em percentual). Não foram calculados coeficientes de incidência (morbidade hospitalar de demanda) computando a população masculina (para vasectomia) e feminina (para laqueadura) como denominadores, porque o conceito de idade fértil varia muito entre os sexos, e as diferenças de pirâmide etária entre as regiões brasileiras, bem como a idade de realização das cirurgias, inseririam variações difíceis de filtrar ou de tratar como covariáveis num modelo estatístico de regressão. Foi preferível trabalhar com a proporção de vasectomias dentre o total dos dois tipos de cirurgia, afinal a reprodução natural que se deseja evitar com os dois procedimentos exige intercurso sexual entre homem e

mulher, de forma que basta que um dos parceiros sexuais esteja operado para alcançar o resultado pretendido. Em tese, numa situação social ou cultural de equilíbrio e igualdade de gênero, as vasectomias tenderiam à metade das contracepções definitivas cirúrgicas, e a proporção de esterilizações masculinas a partir da soma de vasectomias e laqueaduras foi tratada como variável dependente (desfecho).

O índice de desenvolvimento humano (IDH) é um indicador calculado a partir de dimensões de longevidade, educação e renda, proposto pela Organização das Nações Unidas (ONU) e tabulado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). No Brasil, o PNUD adapta o IDH municipal (IDHM), para comparar as menores unidades federadas brasileiras. Foram planilhados os IDHM das 27 Unidades da Federação a partir da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IDHM PNAD), informação disponível no endereço <http://www.atlasbrasil.org.br/consulta/planilha>. O IDHM foi considerado variável independente.

Calculou-se o coeficiente de correlação por *rankings* de Spearman, porque as proporções de vasectomias dentre as contracepções cirúrgicas e os IDHM dos 27 estados não apresentaram distribuição normal. Empregou-se o pacote estatístico *Statistical Package for the Social Sciences* – SPSS versão 26 para análise.

1.3 Resultados

O SUS custeou 286.819 vasectomias entre 2010 e 2019, e 377.052 laqueaduras tubárias no mesmo período, ou seja, 43,2% de cirurgias masculinas. A proporção de procedimentos em homens aumentou de 38,7% em 2010 para 50,0% em 2019, conforme Tabela 1.

Tabela 1 – Proporção de vasectomias dentre as contracepções cirúrgicas custeadas pelo SUS nas Unidades da Federação brasileiras, 2010-2019 e IDHM PNAD em 2017

Unidade da Federação	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	década	IDHM
Rondônia	8,6	18,9	31,2	42,1	37,3	39,0	26,9	55,2	56,8	26,3	35,1	0,725
Acre	0,0	1,7	0,0	0,0	3,4	24,3	64,9	8,6	2,9	1,4	5,9	0,719

Amazonas	5,7	8,5	4,7	20,4	60,7	57,6	61,4	61,7	52,3	57,0	48,3	0,733
Roraima	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,6	0,0	0,752
Pará	6,1	7,0	5,8	7,2	4,6	8,7	8,3	6,9	8,3	8,5	7,3	0,698
Amapá	-	-	-	-	-	100,0	-	0,0	14,3	14,4	14,9	0,74
Tocantins	11,2	11,3	8,0	12,8	13,8	19,2	16,5	24,9	30,7	22,2	14,8	0,743
Maranhão	0,0	0,0	2,7	0,2	2,0	1,9	4,2	2,3	2,4	3,0	2,0	0,687
Piauí	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	1,3	4,9	8,0	9,0	14,9	6,2	0,697
Ceará	17,3	13,1	15,3	21,2	19,1	25,9	20,9	25,9	32,1	34,1	22,2	0,735
Rio Grande do Norte	0,9	23,3	24,6	28,7	23,9	40,6	30,4	21,7	42,0	39,7	29,8	0,731
Paraíba	28,2	19,5	16,7	25,6	27,7	29,1	25,9	21,9	28,7	29,3	24,8	0,722
Pernambuco	44,6	39,6	45,3	54,2	72,0	68,8	51,1	49,0	45,3	50,3	53,2	0,727
Alagoas	0,0	7,7	20,0	7,7	15,4	8,7	9,5	14,5	11,3	28,6	14,0	0,683
Sergipe	7,5	12,6	14,0	18,7	15,3	16,7	15,5	25,0	26,9	23,4	16,5	0,702

Bahia	29,4	30,0	25,1	27,1	23,9	31,9	35,3	43,2	34,7	40,1	33,2	0,714
Minas Gerais	28,9	22,4	21,7	25,5	24,2	25,1	22,1	22,5	23,9	30,3	24,6	0,787
Espírito Santo	24,0	28,1	22,5	28,1	49,2	43,6	42,6	51,7	55,5	53,7	41,6	0,772
Rio de Janeiro	35,9	44,8	51,4	55,5	54,5	62,1	63,5	67,9	79,5	71,4	62,8	0,796
São Paulo	49,8	51,0	51,8	53,5	52,3	56,0	56,2	58,4	61,8	60,8	55,3	0,826
Paraná	46,8	45,9	51,0	49,4	47,0	49,9	48,6	61,8	53,5	55,4	51,1	0,792
Santa Catarina	65,8	66,0	61,3	61,8	62,0	62,6	63,8	69,6	72,7	71,7	66,2	0,808
Rio Grande do Sul	40,3	43,9	42,3	32,7	30,6	31,7	33,3	42,0	41,4	52,0	39,4	0,787
Mato Grosso do Sul	14,4	20,9	16,0	16,9	18,7	19,8	24,6	31,1	29,3	26,7	22,6	0,766
Mato Grosso	24,2	21,3	32,9	25,8	27,3	26,1	33,0	33,4	25,6	28,5	27,8	0,774
Goiás	28,2	24,6	19,5	23,3	29,7	35,1	41,9	42,5	43,5	49,0	34,3	0,769
Distrito Federal	54,0	67,1	63,1	78,2	55,5	74,2	81,9	90,1	90,1	83,0	72,2	0,85
Total	38,7	38,7	37,7	40,9	40,6	43,3	42,9	47,9	48,5	50,0	43,2	

Fonte: elaborada pelos autores a partir do SIH-DATASUS e PNAD-IBGE.

A proporção de vasectomias dentre outras contracepções cirúrgicas tendeu a valores mais baixos nas UF das Regiões Norte e Nordeste, alcançando cifras maiores no Sudeste e Sul. O coeficiente de correlação de Spearman entre ela e o IDHM foi de 0,682, com $p < 0,001$, estatisticamente significante

(bicaudal). A associação detectada foi positiva, ou seja, maiores proporções de vasectomia foram constatadas em UFs com maiores IDHM.

2. COMPARAÇÃO ENTRE AS DUAS CIRURGIAS

2.1. Vasectomia

Na linguagem médica, a vasectomia consiste na ligadura e exérese de um fragmento dos canais deferentes, mediante acesso superficial pelo saco escrotal. Pode ser realizada em regime de hospital-dia e sob anestesia local, ou seja, o paciente pode sair andando e não pernoita na unidade de saúde após a cirurgia (Araújo *et al.*, 2022). A simplicidade do procedimento torna possível a sua realização também por médicos de família, dispensando o recurso a hospitais e especialistas em Urologia (Patel *et al.*, 2022). As complicações no pós-operatório são raras e leves, como dor local e edema transitório, e, checada a azoospermia mediante espermograma, a segurança é elevada, com baixa probabilidade de recanalização e de retomada da fertilidade (Zini *et al.*, 2022).

2.2. Laqueadura tubária

A laqueadura tubária é a ligadura e exérese de fragmento das tubas uterinas. Pode ser realizada a céu aberto ou por via laparoscópica, minimamente invasiva (Pereira *et al.*, 2022). Também tem baixas taxas de complicações, mas a modalidade a céu aberto pressupõe internação até o dia seguinte e exige a abertura de todas as camadas da parede abdominal, trazendo o risco de hematoma, seroma, deiscência de sutura e infecção do sítio cirúrgico inerente a qualquer procedimento invasivo tradicional, bem como de hérnia incisional futura. Na modalidade laparoscópica, raramente pode ocorrer reversão imprevista para laparotomia. A anestesia terá que ser, no mínimo, regional (raquianestesia ou bloqueio peridural), com as possíveis complicações específicas, e o ônus adicional do médico anestesiológico, visto que só nas modalidades de anestesia local é autorizado que o próprio cirurgião concentre o bloqueio e o procedimento cirúrgico. Realizada juntamente com a cesárea, tais desvantagens desaparecem, mas podem repercutir no caso de minilaparotomias ou laparoscopias isoladas no puerpério ou fora do período gestacional (Wekere; Enyindah; Udofia, 2022).

2.3. Eficácia contraceptiva

Do ponto de vista da eficácia como método contraceptivo, tanto a laqueadura tubária como a vasectomia são consideradas muito efetivas, com

índice de Pearl de 0,5 e 0,1, respectivamente, e 100% de continuidade, por não dependerem da disciplina do usuário para adesão. Também apresentam pouca variação da eficácia com uso perfeito ou correto e com uso habitual ou comum (diferença entre eficácia e eficiência), já que são realizadas por profissionais em ambiente assistencial, sem depender de peculiaridades ambulatoriais, domésticas ou comunitárias dos usuários (Febrasgo, 2015).

3. DISCUSSÃO: TEORIAS DE AGÊNCIA FEMININA

3.1. Desigualdade de Gênero

Se a eficácia contraceptiva das duas modalidades de esterilização cirúrgica possíveis é semelhante, com ligeira vantagem para a vasectomia, a escolha de qual delas realizar deveria fundar-se no ônus para o usuário que é submetido ao procedimento. Observando-se que a vasectomia pode ser feita com anestesia local e com alta para casa no mesmo dia, mediante ligadura de uma estrutura anatômica que está quase imediatamente abaixo da pele, enquanto a laqueadura tubária exige acesso à cavidade abdominal em procedimento com ao menos dois médicos (cirurgião e anestesiologista), frequentemente com pernoite em unidade de saúde, a preferência pela cirurgia masculina deveria ser a conclusão lógica. Quanto aos custos para o SUS, Sá *et al.* (2022) demonstraram dados que também militam a favor da vasectomia, pelo prisma da duração das internações.

Se, do ponto de vista jurídico-constitucional de uma igualdade de gênero formal no país, se poderia esperar ao menos a paridade entre as vasectomias e laqueaduras, e em termos procedimentais cirúrgicos, se poderiam preferir as vasectomias, essa não é, nem de longe, a realidade encontrada. Historicamente, a prevalência da laqueadura tubária decorreu de questões afeitas aos papéis sociais do homem e da mulher. Marchi *et al.* (2003) constataram que a responsabilidade pela anticoncepção costumava ficar a cargo das mulheres, até que a necessidade de esterilização definitiva – inclusive após falha contraceptiva de métodos reversíveis tentados anteriormente – chamava os homens à participação via vasectomia, achados compatíveis com os de Gonçalves e Marcon (2006).

É importante observar que, em certos casos, a esterilização forçada tem sido aplicada a grupos étnicos marginalizados ou subjugados, e isso ainda ocorre atualmente. Esses tristes exemplos são considerados manifestações claras de femigenocídio e etnogenocídio, cujas motivações são impulsionadas por uma lógica colonial que instrumentaliza a prática da laqueadura forçada como um meio de controle populacional de certos grupos específicos (Almeida; Reis, 2022).

Essa assunção de maior peso na responsabilidade no controle da contracepção pelas mulheres, constatada na preferência por laqueaduras – a despeito do ônus desproporcional em relação às vasectomias –, constitui mais uma evidência de que o planejamento familiar no país é atravessado por um forte marcador específico de gênero. Se avaliada em conjunto com a construção histórica do gênero feminino correlacionada a caracteres de flexibilidade e submissão adaptáveis à firmeza do poder masculino, a predominância das laqueaduras no SUS demonstra que também o sistema de saúde tem servido à estrutura desigual que restringe os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

Além do problema da distribuição desigual do ônus pelo planejamento familiar, a violência obstétrica pode ser observada enquanto típica violência de gênero (Garcia, 2023). Cabe às mulheres levarem adiante a gravidez mesmo em casos indesejados, já que dados da Secretaria de Vigilância em Saúde apresentados no Painel de Mortalidade Materna mostram que a mortalidade por complicações derivadas do aborto se configura como a quinta causa de óbitos entre as mulheres no país (SVS, 2023). Mesmo por falha dos métodos contraceptivos masculinos, são elas que se tornam vítimas do tratamento desumanizado, submetem-se a abusos de medicalização ou outros processos patológicos naturais da gestação, o que reforça um estereótipo de gênero que entrelaça a maternidade ao sofrimento e submete a integridade física e o bem-estar das mulheres a procedimentos médicos invasivos sem equivalência para os homens.

Como a gravidez se processa no corpo da mulher, o advento de uma gestação inoportuna ou não planejada tem muito maior potencial para ser sentido como vulnerabilidade por elas (Melo *et al.*, 2022) do que pelos homens, que ainda têm o recurso da desresponsabilização ou não reconhecimento da paternidade. A desconfiança de que a vasectomia possa conduzir à disfunção erétil e valores sociais que sobrelevam a virilidade também desestimularam gerações de homens de se submeter à cirurgia, deixando todo o ônus contraceptivo para suas parceiras. O ideário social a respeito de contracepção tem peso tão relevante que a oferta de serviços ou métodos anticoncepcionais deixa de ser o parâmetro mais importante, de forma que as necessidades não atendidas, neste campo, concentram-se mais sobre a demanda do que sobre o acesso ao sistema de saúde (Senderowicz; Maloney, 2022). Homens que desconfiam da vasectomia sequer apresentarão qualquer demanda ao SUS sobre ela, pouco importando se o gestor do sistema puser ou não o serviço à disposição da população.

Nesse sentido, sob o manto do discurso técnico e científico, oculta-se o exercício de um poder hierárquico historicamente construído a partir da estrutura patriarcal que cerca a relação médico-paciente. Isso porque o ambiente discursivo de tal relação se estabelece sob parâmetros da

colonialidade de um saber-poder consolidado na linguagem científica de que a maioria das mulheres, especialmente aquelas mais vulneráveis, se considerada a interseccionalidade entre gênero, raça e classe, não tiveram participação ou condições de questionamento. Em tais situações, a imposição de determinadas condutas ou procedimentos médicos acaba sujeitando as mulheres a renunciar à autonomia e poder de decisão sobre o próprio corpo e sobre a maternidade.

3.2. Autonomia sobre o corpo

A literatura jurídica sobre contracepção cirúrgica elegeu, majoritariamente, a questão da autorização por escrito do cônjuge para submeter-se à cirurgia como problema de investigação. A Lei nº 9.263/1996 mereceu grande volume de análises sobre o requisito da autorização pelo marido para que a mulher alcance o direito à laqueadura tubária, mas passou ao largo da questão de que o mesmo diploma normativo impunha aos homens conseguir a autorização das esposas para serem vasectomizados. É como se nem fosse necessário pensar na redação neutra da lei ordinária, posto que os autores já estivessem convencidos de que, no mundo fático, a demanda que realmente se apresentava ao SUS era pela esterilização feminina, e não pela masculina, ou ainda que os homens não enfrentariam dificuldade alguma para conseguir a assinatura da esposa, mas ofereceriam resistência para anuir à cirurgia dela.

Strapasson e Barboza (2022) concluíram pela inconstitucionalidade do requisito por atingir o núcleo essencial dos direitos reprodutivos intrinsecamente ligados ao direito de disposição sobre o próprio corpo, além da irrenunciabilidade a posições jurídicas de direitos fundamentais próprias, representando uma excessiva ingerência do Estado no âmbito familiar. Canto, Arquette e Boechat (2022) atribuem à cultura patriarcal e machista a redação originária da lei do planejamento familiar, questionando a igualdade colocada num pedestal e contrapondo-a à equidade que se deveria perseguir, de forma que tacham a autorização conjugal de mera burocracia que desprotege a mulher.

Borges e Teles (2021) argumentam que, embora a norma previsse a necessidade de autorização independente do gênero, para vasectomia e laqueadura, a dominação masculina que ainda se impõe no espaço privado familiar – e que, por vezes, resulta em agressão física e psíquica – fazia da esposa o principal alvo da regra. A outorga do poder de decisão ao homem sobre a autonomia reprodutiva da mulher favoreceria, pois, a violência doméstica sexual. Já Alves e Cruz (2022) sustentam que condicionar à autorização de um dos cônjuges o planejamento reprodutivo do outro contraria o direito fundamental à liberdade previsto no caput

do artigo 5º e o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição, embasando a conclusão no fato de que a família já não tem finalidade reprodutiva, mas sim de promoção do afeto e realização pessoal.

Por sua vez, a noção de que a decisão sobre a maternidade forma parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres fundamentou a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao julgar o caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* (CIDH, 2023). O caso versou sobre a anulação, pela Suprema Corte da Costa Rica, do Decreto Executivo nº 24029-S, de 3 de fevereiro de 1995. O ato que autorizava casais afetados por infertilidade a realizar fertilização *in vitro* foi declarado inconstitucional pela Sala Constitucional da Corte costarriquenha por violação do direito à vida, em março de 2000. É importante considerar o imperativo que a maternidade adquire em algumas culturas como um fator de opressão à mulher.

A decisão da CIDH fixou o entendimento de que proibir a fertilização *in vitro* contrariava os direitos à liberdade e integridade pessoal, além de configurar interferência desproporcional na vida privada e familiar dos requerentes. A Corte considerou que a anulação da permissão do procedimento violaria a autonomia para decidir sobre a maternidade ou paternidade que constituem dimensão da própria identidade dos sujeitos, em ofensa aos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2 cominados com o artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em acréscimo, a Corte ressaltou que a “proibição da FIV poderia afetar tanto homens quanto mulheres e produzir impactos desproporcionais distintos pela existência dos estereótipos e discriminações de gênero”. A decisão destacou, ainda, que os estereótipos de gênero são incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos e que os Estados-membros do Sistema Interamericano deveriam tomar medidas concretas para erradicá-los.

Uma dificuldade do campo científico sobre agência feminina ou agência de mulheres é a própria conceituação do que é a autonomia feminina, ou como se dá a tomada de decisão a respeito da contracepção, ou ainda se se alcançou ou não autoeficácia contraceptiva (Bhan *et al.*, 2022). Em vez de endereçar a questão de quem decide, talvez seja mais produtivo indagar o que importa para as mulheres, se elas compartilham suas preferências e se sentem valorizadas, se estão satisfeitas com sua participação e com a decisão que foi tomada. Agência feminina, aqui, pode assumir a forma de barganha ou negociação com o parceiro, resistência a pressões sociais para criar filhos, encontrar suporte ou coerção quanto ao uso ou não uso de contraceptivo, tudo isso atravessado por vulnerabilidades outras que não de gênero, como étnico-raciais e sociais (Bhan *et al.*, 2022).

Recentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu o precedente no caso *Roe versus Wade* (Women's Health Organization, 2021), inviabilizando ou dificultando o acesso a abortamento em caso de gestação inoportuna, o que tem gerado o aumento de pesquisas na rede mundial de computadores sobre contracepção definitiva cirúrgica, com prevalência da vasectomia sobre a laqueadura, ou vice-versa, a depender do ambiente normativo local de cada estado federado (Ghomeshi *et al.*, 2022). Isso demonstra que as pessoas atribuem à esterilização cirúrgica um papel de segurança quanto à eficácia contraceptiva, um bastião contra a vulnerabilidade representada por uma gestação não planejada.

As mulheres até conseguem algum grau de autonomia quando o assunto é laqueadura tubária (Leyser-Whalen; Berenson, 2019), o que talvez demonstre a desnecessidade de discutir tanto se a imposição legal de autorização pelo marido era ou não constitucional, mas têm dificuldade de interferir quando o assunto é vasectomia, segundo as mesmas autoras. Estereótipos de gênero tradicionais que emergem como expressões ambíguas e unidimensionais alusivas ao machismo seguem sendo obstáculos ao empoderamento feminino em matéria reprodutiva. Se é verdade que o novo regramento brasileiro poderá facilitar o acesso das mulheres à laqueadura tubária, cabe perguntar se não seria mais vantajoso aumentar o recurso à vasectomia, o que já tem acontecido em anos recentes (Santos *et al.*, 2020).

CONCLUSÃO

As diferenças entre laqueadura e vasectomia em termos de custo financeiro para o sistema público de saúde e de custo pessoal biomédico para o usuário que se submete ao procedimento (agressão física e potencial de complicações) militam em favor de uma preferência pela cirurgia masculina. Dessa maneira, a proporção da carga que a laqueadura representa para as mulheres, confrontada com a simplicidade relativa da vasectomia para os homens torna ainda mais gritante a desigualdade de gênero nos dados encontrados.

A pesquisa empírica conduziu à conclusão de que unidades da federação com maiores índices de desenvolvimento humano atingem maior proporção de vasectomias entre as contracepções cirúrgicas definitivas no Brasil, num cenário de aumento dos procedimentos masculinos e redução da desigualdade numérica entre laqueadura tubária e vasectomia. Isso corrobora o entendimento de que em locais com maior desigualdade socioeconômica pode prevalecer também a desigualdade de gênero.

Essa perspectiva empírica traz uma contribuição para o conceito de equidade e cidadania, demonstrando o ônus que recai sobre as mulheres quanto ao planejamento familiar, em especial nos métodos cirúrgicos,

tentando aproximar o direito da realidade das mulheres (Magane, 2020). Os achados indicam a urgência de aumentar os investimentos e reavivar as iniciativas relacionadas à saúde sexual e reprodutiva no país, tendo em vista que estão estreitamente relacionados a outros indicadores sociais. Isso se torna um desafio, considerando o crescente conservadorismo e os retrocessos que têm sido observados nesse domínio, conforme já apontado por estudos anteriores. Além disso, deve-se mencionar a restrição dos gastos destinados à educação e saúde desde a Emenda Constitucional nº 95, de 2016.

A decisão sobre a vida reprodutiva é estrutural para o acesso a outros direitos - para o exercício da autonomia, da dignidade humana, até mesmo para a economia familiar. Assim, é fundamental destacar também a importância contínua de fortalecer o papel da atenção primária no contexto da saúde sexual e reprodutiva, bem como implementar políticas eficazes de promoção, educação e comunicação em saúde. Além disso, é crucial capacitar os profissionais da área para adotarem uma abordagem mais humanitária em relação à saúde sexual.

Um novo olhar jurídico-sociológico sobre o tema pode potencializar leituras sobre o planejamento familiar a partir de uma perspectiva que viabilize a autonomia das mulheres nas decisões sobre a maternidade e problematize a permanência de estruturas sociais edificadas a partir da violência de gênero que subalterniza as mulheres na definição do tamanho da família e do seu próprio futuro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. C. M. F.; REIS, G. T. S. A violência de gênero como estratégia de poder: as esterilizações forçadas contra mulheres indígenas no Peru. *Extraprensa*, v. 15, n. esp, p. 566-582, 2022.

ALVES, H. R.; CRUZ, A. R. S. A Evolução do Conceito de Família e seus Reflexos sobre o Planejamento Familiar: Uma Análise da Constitucionalidade dos Requisitos para a Esterilização Voluntária Previstos no Artigo 10 da Lei nº 9263/1996. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, v. 10, n. 2, p. 347-391, 2022.

ARAÚJO, D. C.; GROMICHO, A.; PEREIRA, D.; MARRAMAQUE, C.; BASTOS, S.; DIAS, J.; FERRAZ, L. Vasectomy: why not the first option in final sterilization? *The Journal of Sexual Medicine*, v. 19, n. 11, supl. 4, p. s102-s103, 2022.

BANDO, D. H.; RODRIGUES, L. A.; BIESEK, L. L.; LUCHINI JUNIOR, D.; BARBATO, P. R.; FONSÊCA, G. S.; FRIESTINO, J. K. O. Padrões espaciais e caracterização epidemiológica dos suicídios na microrregião de

Chapecó, Santa Catarina: estudo ecológico, 1996-2018. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 32, p. e2022593, 2023.

BERQUO, E.; CAVENAGHI, S. Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária. *Cad. Saúde Pública*, v. 19, supl. 2, p. 441-453, 2003.

BHAN, N.; RAJ, A.; THOMAS, E. E.; NANDA, P.; The FP-Gender Measurement Group. Measuring women's agency in family planning: the conceptual and structural factors in the way. *Sexual and Reproductive Health Matters*, v. 30, n. 1, p. 1-5, 2022.

BORGES, R. C. B.; TELES, S. V. L. Esterilização Voluntária e Autonomia Reprodutiva da Mulher Casada no Direito das Famílias Repersonalizado. *Revista de Direito de Família e Sucessão*, v. 7, n. 1, p. 39-56, 2021.

CABRAL, C. P.; RANGEL, T. L. V. Autonomia sobre o Corpo Feminino? O (Tr)Reconhecimento do Direito à Laqueadura como Direito Reprodutivo no Ordenamento Brasileiro. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, v. 9, n. 25, p. 38-55, 2022.

CANTO, E. S. O.; ARQUETTE, A.; BOECHAT, H. Princípio da Autonomia e da Igualdade em Face da Exigência Legal de Autorização do Cônjuge para Laqueadura. In: BOECHAT, H.; ARQUETTE, A.; ROBLES-LESSA, M. (Org.) *Diálogos em Direito: A sociedade, a lei e os tribunais*. São Paulo: Opção, 2022, p. 379-408, v. 1.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Ficha Técnica*: Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?lang=es&nId_Ficha=235. Acesso em: 24 jul. 2023.

DANTAS, K. M.; OLIVEIRA NETO, J. W. A coparentalidade e a carência legislativa regulamentadora para a eficiência do contrato de geração de filhos. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*, [S. l.], v. 19, n. 34, p. 186-204, 2022.

FEBRASGO. Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. *Manual de Anticoncepção*. São Paulo: FEBRASGO, p. 285, 2015.

FELISBINO-MENDES, M. S.; ARAÚJO, F. G.; ASSUNÇÃO OLIVEIRA, L. V.; VASCONCELOS, N. M.; PONTES VIEIRA, M. L. F.; MALTA, D. C. Comportamento sexual e uso de preservativos na população brasileira: análise da Pesquisa Nacional de Saúde, 2019. *Revista Brasileira de Epidemiologia*,

v. 24, supl. 2, p. e210018, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1980-549720210018.supl.2>. Acesso em: 24 jul. 2023.

GARCIA, A. M. M. A Violência Obstétrica: uma barreira na efetividade dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. In: MENDES, D. P. S.; MENDES, G.; BACELAR, J. A. F. *Magníficas Mulheres: lutando e conquistando direitos*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

GHOMESHI, A.; DIAZ, P.; HENRY, V.; RAMASAMY, R.; MASTERSON, T. A. The Interest in Permanent Contraception Peaked Following the Leaked Supreme Court Majority Opinion of Roe vs. Wade: A Cross-Sectional Google Trends Analysis. *Cureus*, v. 14, n. 10, p. e30582, 2022.

GONÇALVES, G. H. T.; MARCON, S. S. Laqueadura ou vasectomia: fatores a considerar para a saúde da mulher. *UNOPAR Científica: Ciências biológicas e da saúde*, v. 8, n. 11, p. 31-38, 2006.

GÖRANSSON, M. “*Smart economics*” within Family Planning: An analysis of the framings of Family Planning initiatives and their relation to “smart economics”. Monografia (Bacharelado em Estudos do Desenvolvimento). Uppsala, SE: Uppsala University, p. 35, 2022.

LEYSER-WHALEN, O.; BERENSON, A. B. Situating Oneself in the Intersectional Hierarchy: Racially Diverse, Low-Income Women Discuss Having Little Agency in Vasectomy Decisions. *Sex Roles*, v. 81, p. 748-764, 2019.

LIMA, L. V. D.; PAVINATI, G.; OHTA, A. A.; GIL, N. L. D. M.; MOURA, D. R. D. O.; MAGNABOSCO, G. T. Distribuição dos casos de tuberculose no Paraná: um estudo ecológico, 2018-2021. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 32, p. e2022586, 2023.

MAGANE, R. P. Reflexões sobre Teoria Hermenêutica Jurídica Feminista: a incapacidade das teorias hermenêuticas jurídicas hegemônicas na concretização dos direitos das mulheres no sistema jurídico brasileiro. In: SOUSA, C. R. N. (Org) *O Feminino e o Direito na Contemporaneidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 188, 2020.

MARCHI, N. M.; ALVARENGA, A. T.; OSIS, M. J. D.; BAHAMONDES, L. Opção pela vasectomia e relações de gênero. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, n. 4, p. 1017-1027, 2003.

MELO, C. R.; NASCIMENTO, N. C.; DUARTE, L. S.; BORGES, A. L. Vulnerabilidade a vivenciar uma gravidez não intencional entre mulheres

usuárias do Sistema Único de Saúde. *Acta Paulista de Enfermagem*, v. 35, p. eAPE0310345, 2022.

MENEZES, J. B.; PIMENTEL, A. B. L.; LINS, A. P. C. E. Os impactos do maternar nas relações familiares. *Civilistica.com*, v. 11, n. 2, p. 1-24, 2022.

PATEL, J.; NGUYEN, B.T.; SHIH, G.; OR, M.; HARPER, D.M. Vasectomy Training in Family Medicine Residency Programs: A National Survey of Residency Program Directors. *Family Medicine*, v. 54, n. 6, p. 438-443, 2022.

PEREIRA, J. M. A.; TROCADO, V. F. B.; GOMES, S. M. S.; CARLOS-ALVES, M.; CARVALHO, A.; PINHEIRO, P. A. Applicability, Safety, and Efficiency of Salpingectomy versus Electrocoagulation and Laparoscopic Tubal Section in Ambulatory. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, v. 44, n. 9, p. 866-870, 2022.

ROMANO, P. H.; HILLESHEIM, D.; HALLAL, A. L. C.; MENEGON, F. A.; MENEGON, L. D. S. COVID-19 em Trabalhadores da Saúde: um Estudo Ecológico a partir de Dados do SINAN, 2020-2021. *Texto & Contexto-Enfermagem*, v. 32, p. e20220325, 2023.

SÁ, I. J.; LIMA, L. C.; MENESES, D. C. S.; SOUSA, D. S.; GALLOTTI, F. C. M.; MARTINS, M. C. V.; JESUS, C. V. F.; LOPES, L. E. S. Comparativo entre os métodos contraceptivos definitivos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde. *Brazilian Journal of Development*, v. 8, n. 7, p. 52300-52310, 2022.

SANTOS, D. R.; MANGABEIRA, J. V. C.; SILVA, M. V. A.; JOSÉ, B. M. P. A.; VALENTE, M. A.; DIAS, P. S.; GOMES, C. B. S.; SILVA, A. F. T.; PINTO, L. O. D.; BARROS, C. A. V. Crescimento da vasectomia no Sistema Único de Saúde entre 2009 a 2018: um estudo retrospectivo. *Revista Eletrônica Acervo Saúde*, v. 12, n. 3, p. 1-9, 2020.

SECRETARIA DE VIGILÂNCIA EM SAÚDE. *Análise Epidemiológica e Vigilância de Doenças Não-Transmissíveis*. Painel de Monitoramento da Mortalidade Materna. Disponível em: <https://svs.aids.gov.br/daent/centrais-de-conteudos/paineis-de-monitoramento/mortalidade/materna/>. Acesso em: 24 jul. 2023.

SENDEROWICZ, L.; MALONEY, N. Supply-Side Versus Demand-Side Unmet Need: Implications for Family Planning Programs. *Population and Development Review*, v. 48, p. 689-722, 2022.

SILVA, A. F.; BORGES, J. G. S.; LÉLIS, M. N. S. A constante mutação dos modelos de família e as disposições constitucionais. *Direito em Revista*, v. 6, n. 6, p. 122-138, 2022.

SILVA, F. A.; FORNASIER, R. C. Fundamentos Epistemológicos da “Família em Processo de Mudança” na Sociedade Contemporânea: Conceitos e Características. VEREDAS – *Revista Interdisciplinar de Humanidades*, v. 5, n. 9, p. 116-138, 2022.

STRAPASSON, K. M.; BARBOZA, E. M. Q. A inconstitucionalidade do condicionamento da esterilização voluntária ao consentimento de terceiro. *Revista de Informação Legislativa*, v. 59, n. 234, p. 139-160, 2022.

TRINDADE, R. E.; SIQUEIRA, B. B.; PAULA, T. F.; FELISBINO-MENDES, M. S. Uso de contracepção e desigualdades do planejamento reprodutivo das mulheres brasileiras. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 26, supl. 2, p. 3493-3504, 2021.

VERA, I.; OLIVEIRA, J. M. B. D.; OLIVEIRA, M. V. D.; DIAS, L. D. S.; SOUZA, L. M. M. D.; LUCCHESI, R. Necessidade de cuidador entre pessoas que vivem com transtorno mental: estudo ecológico. *Acta Paulista de Enfermagem*, v. 36, p. eAPE02752, 2023.

WEKERE, F. C. C.; ENYINDAH, C. E.; UDOFIA, E. A. Permanent method of postpartum contraception (Bilateral tubal ligation): Experience at the Rivers State University Teaching Hospital. *International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, v. 4, n. 1, p. 10-16, 2022.

WOMEN’S HEALTH ORGANIZATION. *Decisão do caso Dobbs vs. Jackson, de 24.06.2022*. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf. Acesso em: 26 jul. 2023.

ZINI, A.; GRANTMYRE, J.; CHOW, V.; CHAN, P. UPDATE – 2022 *Canadian Urological Association best practice report: Vasectomy*. *Canadian Urological Association Journal*, v. 16, n. 5, p. e231-e236, 2022.

Anexo 1 – Quantidade de vasectomias custeadas pelo SUS nas Unidades da Federação brasileiras, 2010-2019.

Unidade da Federação	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
R Rondônia	75	162	305	292	326	330	237	607	587	209
Acre	0	2	0	0	2	9	24	6	1	1
Amazonas	16	10	10	41	181	247	340	362	405	367
Roraima	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Pará	43	62	50	51	31	47	57	49	134	117
Amapá	0	0	0	0	0	1	0	0	7	13
Tocantins	76	92	86	85	70	62	39	94	115	90
Maranhão	0	0	19	1	5	5	18	18	36	40
Piauí	0	0	0	0	0	6	27	42	55	98
Ceará	531	305	326	310	329	410	429	432	672	788
Rio Grande do Norte	1	47	77	89	67	104	91	64	136	144
Paraíba	397	249	291	252	293	317	299	204	241	354
Pernambuco	667	690	806	1068	2342	1390	1001	873	1285	1915
Alagoas	0	1	2	1	2	2	4	8	6	14
Sergipe	138	326	430	333	341	304	267	309	383	288
Bahia	1104	1330	1249	1039	1258	1650	2364	2790	3022	3374
Minas Gerais	1303	1332	1443	1566	1950	1980	1356	1432	1729	2092
Espírito Santo	165	212	200	315	420	392	426	510	661	825
Rio de Janeiro	584	827	923	842	955	1467	1471	1611	3710	2700
São Paulo	11967	12226	11852	11149	10945	10798	11197	12609	15795	17147
Paraná	2112	1936	2079	1934	1698	1638	1427	2704	2086	2490
Santa Catarina	1678	2024	1860	1949	2050	1923	1793	2091	2976	3414
Rio Grande do Sul	2013	1821	1773	1185	953	937	1073	1451	1370	1754

Mato Grosso do Sul	78	171	130	137	131	185	219	297	300	285
Mato Grosso	337	300	441	254	264	228	377	410	375	460
Goiás	575	522	440	420	570	785	971	933	944	1281
Distrito Federal	761	975	684	676	467	488	572	819	794	866
Total	24621	25622	25476	23989	25650	25705	26079	30725	37825	41127

Fonte: elaborado pelos autores a partir do SIH-DATASUS e PNAD-IBGE.

Anexo 2 – Quantidade de laqueaduras tubárias custeadas pelo SUS nas Unidades da Federação brasileiras, 2010-2019.

Unidade da Federação	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Rondônia	795	694	674	402	548	516	643	492	446	586
Acre	123	119	149	63	57	28	13	64	34	72
Amazonas	266	108	202	160	117	182	214	225	370	277
Roraima	378	267	374	414	318	104	139	162	118	180
Pará	657	819	810	660	649	491	630	659	1473	1267
Amapá	0	0	0	0	0	0	0	1	42	77
Tocantins	602	719	990	577	438	261	197	284	259	316
Maranhão	580	667	692	542	251	257	409	759	1482	1292
Piauí	64	58	202	303	277	443	521	481	556	560
Ceará	2545	2028	1798	1150	1393	1170	1623	1234	1421	1524
Rio Grande do Norte	107	155	236	221	213	152	208	231	188	219
Paraíba	1010	1028	1447	731	766	771	855	727	600	856
Pernambuco	829	1052	975	903	911	630	957	908	1551	1893
Alagoas	15	12	8	12	11	21	38	47	47	35
Sergipe	1697	2263	2634	1452	1893	1517	1457	929	1043	943
Bahia	2655	3108	3731	2802	3997	3522	4331	3675	5691	5034
Minas Gerais	3198	4624	5219	4571	6114	5920	4790	4943	5515	4817
Espírito Santo	522	543	689	806	433	507	574	476	531	711
Rio de Janeiro	1044	1018	872	675	796	896	845	761	959	1081
São Paulo	12043	11744	11027	9680	9965	8497	8719	8977	9781	11045
Paraná	2397	2281	1999	1983	1913	1642	1510	1672	1814	2005

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho
Bruno Gil de Carvalho Lima
Ladyane Katlyn de Souza

Santa Catarina	874	1043	1176	1203	1254	1151	1017	915	1118	1345
Rio Grande do Sul	2978	2323	2416	2435	2157	2015	2150	2007	1941	1619
Mato Grosso do Sul	462	647	684	672	571	750	671	658	723	783
Mato Grosso	1053	1109	901	732	704	644	764	817	1089	1155
Goiás	1467	1604	1820	1381	1350	1452	1345	1263	1225	1333
Distrito Federal	649	477	400	188	374	170	126	90	87	178
Total	39010	40510	42125	34718	37470	33709	34746	33457	40104	41203

Fonte: elaborado pelos autores a partir do SIH-DATASUS e PNAD-IBGE.

Recebido: 12/10/2022
Aprovado: 09/08/2024

ATUAÇÃO NEGOCIAL EM JUÍZO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: ALGUMAS QUESTÕES

*BUSINESS PERFORMANCE IN COURT OF THE
PUBLIC ADMINISTRATION AND ITS LINK TO
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES: SOME ISSUES*

Clarissa Sampaio Silva¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Administração pública dialogal, consensualidade e acordos. 2. Os acordos judiciais e a advocacia pública: novas perspectivas. 3. Os princípios constitucionais incidentes sobre a celebração de acordos em juízo pela advocacia pública. 3.1 A legalidade autorizativa e conteúdos possíveis dos acordos. 3.2 O juízo de valor sobre sua realização: considerações sobre eficiência, boa administração e discricionariedade administrativa. 3.3 Acordos e

¹ Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, devidamente revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professora de Mestrado e Graduação na Universidade de Fortaleza. Advogada da União.

princípio constitucional da isonomia. 3.4 Acordos e garantias processuais. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo, sob a temática da consensualidade administrativa, abordou a celebração de acordos em juízo pela Administração Pública por meio de seus órgãos de advocacia, tendo sido realizado estudo com base doutrinária, legislativa, bem como com recurso a relatórios e sites de órgãos públicos, como a Advocacia-Geral da União e o Conselho Nacional de Justiça. Buscou-se fundamentar a legitimidade da vertente negocial e reconduzir a nova forma de atuação em juízo dos entes públicos ao regime jurídico que lhe é próprio, no qual os princípios da legalidade, da isonomia, da eficiência e da boa administração continuam a ser vinculantes, trazendo novas questões, desafios e modalidades de manifestação. Considerando o âmbito judicial, entendeu-se pela inafastabilidade da incidência das garantias constitucionais processuais, com o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, publicidade, coisa julgada, e a razoável duração do processo, contribuindo, em especial, os acordos judiciais, mesmo na fase executiva, para a concretização dessa última. Conclui-se que a legitimidade da chancela judicial aos acordos requer a observância de tais pautas.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Consensualidade. Acordos Judiciais. Princípios. Garantias Processuais.

ABSTRACT: This article addresses, under the theme of administrative consensualism, the signing of agreements in court by the Public Administration, through its departments of law. The study was based on doctrine and legislation, as well as reports and websites of public agencies, such as the General Advocacy of the Union and the National Council of Justice. An attempt was made to substantiate the legitimacy of the negotiation side and to bring the new form of judicial action by public entities back to its own legal regime, in which the principles of legality, isonomy, efficiency and good administration continue to be binding, bringing about new questions, challenges and forms of manifestation. Considering the judicial scope, it was understood by the unassailable incidence of the procedural constitutional guarantees, such as suitable legal process, contradictory, ample defense, publicity, res judicata, and the reasonable duration of the process, contributing in special the judicial agreements, even if in the executive phase, for the concretizing of the latter. It is concluded that the legitimacy of the judicial endorsement to the agreements requires the observance of such guidelines.

KEYWORDS: Public Administration. Consensus. Judicial Agreements. Principles. Procedural Guarantees.

INTRODUÇÃO

A expansão da vaga de consensualidade na atuação da Administração Pública nas últimas décadas – e que impulsionou a busca pelo desenvolvimento de meios alternativos de resolução de litígios (mediação, arbitragem, negociação) – refletiu-se na via clássica, qual seja, a judicial. Tal fato também foi estimulado pela entrada em vigor do Código de Processo Civil (CPC), em 2015, o qual contém diversas disposições que convergem para tal sentido.

Assim, constituindo uma das normas fundamentais do Processo Civil a promoção pelo Estado da solução consensual de conflitos sempre que possível (CPC, art. 3º, § 2º), não se poderia excluir de semelhante diretriz a Fazenda Pública, até mesmo considerando o peso da litigância que a envolve, de acordo com relatórios do Conselho Nacional de Justiça (2012).

Todavia, em razão do regime jurídico próprio a que se encontra submetida a Administração Pública, o desenvolvimento de atividade conducente à realização de acordos em juízo (este é o foco do presente trabalho; dele se excluindo os acordos extrajudiciais) necessitará compatibilizar-se com determinadas pautas normativas que lhe são inafastáveis.

Esta reflexão tem como objetivo geral fundamentar a possibilidade de a Administração Pública negociar e celebrar acordos em diferentes contextos, com destaque para o judicial, por meio das respectivas advocacias públicas.

Como objetivos específicos, pretende-se identificar os tipos de acordos que possam ser celebrados em juízo; apreciar a forma mediante a qual pode se dar a autorização normativa para tal prática, bem como os respectivos conteúdos que possam aqueles apresentar, o que passará, necessariamente, por considerações sobre os princípios da legalidade, da eficiência e da boa administração; verificar como se faz possível harmonizar acordos em juízo com o princípio constitucional da isonomia e com algumas garantias processuais, como a ampla defesa e o contraditório, a publicidade e a coisa julgada.

A presente pesquisa de base documental – com recurso à legislação, nomeadamente aquela editada pela União; à doutrina, nacional e estrangeira; ao sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União; e aos relatórios do Conselho Nacional de Justiça (2020), denominados Justiça em Números – tem natureza exploratória e qualitativa, e busca trazer contributos a propósito da atividade negocial em juízo da Administração Pública.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALOGAL, CONSENSUALIDADE E ACORDOS

A Administração Pública do século XXI de um Estado Democrático de Direito, inserida, por sua vez, numa sociedade plural, complexa e em constante mutação, não pode mais refugiar-se apenas em suas tradicionais prerrogativas e formas unilaterais de atuação para realizar, da melhor forma possível, suas múltiplas competências atribuídas pela Constituição Federal (CF).

A definição e a realização do interesse público carecem, cada vez mais, de participação de atores diversos e da busca por consensos, o que legitima e facilita a implementação das políticas públicas e das medidas administrativas delas decorrentes.

Ganha força, portanto, o desenvolvimento de formas de atuação dos entes públicos que venham a implicar participação da sociedade e dos cidadãos na construção das decisões da Administração Pública, como manifestação da própria democracia administrativa (CF, art. 37, § 3º), bem como a diretriz de resolução de conflitos de forma consensual, em que os interesses dos envolvidos sejam considerados e explorados numa perspectiva para construção de acordos.

A resolução de conflitos mediante composições entre as partes, bem como o recurso a outras vias além da judicial, constitui uma das vertentes da consensualidade administrativa, como destacam Moreira Neto (2003), Lima (2013), De Palma (2010), dentre outros.

Assiste-se ao incentivo da utilização de formas alternativas de resolução de conflitos por parte da Administração Pública, com destaque para as figuras da mediação, conciliação e arbitragem, observando-se a edição de sucessivas normas autorizativas e disciplinadoras do uso de tais vias, a saber: a Lei nº 9.307/1996 (Lei da Arbitragem), cujo art. 2º, I, previu a possibilidade de arbitragem pelas entidades públicas para direitos patrimoniais disponíveis, sendo atualizada pela Lei nº 13.129/2015, que melhor definiu seu regime jurídico; a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), prevendo, seu art. 11, o uso da arbitragem, tal qual veio a fazer o Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011, art. 44-A); a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação, art. 33), que estendeu a mediação para Administração Pública; Lei nº 13.129/2015, dispondo sobre o uso da arbitragem nas desapropriações; Lei nº 14.333/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos), que traz um capítulo dedicado às formas alternativas de resolução de conflitos decorrentes das contratações nela fundadas, cujo art. 151 elenca a mediação, a conciliação, a arbitragem e os comitês de disputas.

Tal realidade é verificada, também, em outros Estados, percebendo-se, por exemplo, em Portugal, avançado estágio de adoção da arbitragem

administrativa, alicerçada, igualmente, em importantes inovações legislativas, como o Decreto-Lei nº 214-G/2015, que alterou o Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais (CPTA), ensejando a utilização de arbitragem para matérias como contratos administrativos, incluindo a apreciação de atos administrativos, responsabilidade civil extracontratual, litígios emergentes em relações jurídicas de emprego público (art. 180), além da possibilidade de o Estado autorizar centros de arbitragem institucionalizada (art. 187), consoante explica Pedro (2015). Deve-se, do mesmo modo, destacar a figura da mediação (Lei nº 29/2013, de 19 de abril) e para litígios decorrentes de relações jurídico-administrativas o item 3 do art. 187 do CPTA, que dispõe sobre a possibilidade de os centros acima referidos exercerem funções de mediação.

Além da possibilidade de recursos a vias alternativas para resolução de conflitos também no âmbito do setor público (normalmente sendo elencadas como tais a mediação, a conciliação e a arbitragem), deve-se destacar a importância da busca de realização de acordos, de modo a ser obtida solução consensual de determinado conflito envolvendo a Administração Pública.

Na realidade, a negociação pode ser compreendida como forma autônoma de resolução de litígios, caracterizando-se por ser conduzida pelas partes, sem intervenção de terceiros, quanto restar inserida em outras formas, como a mediação, consoante destaca Gouveia (2019). De toda forma, a sua realização requer uma ambiência de consensualidade.

Aliás, para De Palma (2013, p. 129), que adota conceito restrito de consensualidade, corresponderia ela a uma “técnica de gestão administrativa por meio da qual acordos são firmados entre Administração e administrado com vistas à terminação consensual do processo administrativo pela negociação do exercício do poder estatal”.

Pode-se compreender, pois, a negociação como procedimento inserido no campo da consensualidade, esta última decorrente de uma “atuação dialógica da Administração Pública” (Lima, 2013, p. 100), que requer, por isso mesmo, uma “intervenção comunicativa”, nas palavras de Lima (2013, p. 100-101). A negociação irá implicar uma modificação de exigências, “até alcançarem um compromisso aceitável para ambas”, nas palavras de Cunha (2001, p. 49 *apud* Gouveia, 2019, p. 41). Esta ressalta a preferência do modelo cooperativo sobre o competitivo, o qual está focado na resolução do problema, e não no ganho da discussão (Cunha, 2001, p. 49 *apud* Gouveia, 2019).

A admissibilidade da realização de negociações pela Administração Pública com vistas a resolver conflitos passa pela releitura de temas clássicos do Direito Administrativo, como o princípio da indisponibilidade do interesse público, tradicionalmente invocado para impedir composições entre as partes.

Uma vez colocada em perspectiva a noção atualizada da indisponibilidade do interesse público – no sentido de residir aquela, na verdade, na realização

deste último, recorrendo aos meios previstos no ordenamento jurídico, que não mais se limitam aos de natureza unilateral, contemplando outros para os quais concorrem a adesão das partes –, passa-se à compreensão e admissão de instrumentos como os termos de ajustamento de conduta, termos de compromisso, acordos celebrados em juízo ou fora dele.

Interessante perspectiva sobre a indisponibilidade em tema de direito público é trazida por Talamini (2019), o qual diferencia a indisponibilidade sobre o direito material daquela relativa à invocação da tutela jurisdicional para solução de dado litígio. Assim, não se pode transformar a garantia de acesso à Justiça num dever, de forma que “os conflitos envolvendo o Poder Público, em regra, podem e devem ser resolvidos sem a intervenção do Poder Judiciário” (Talamini, 2019, p. 115). Quando a Administração Pública verifica, mediante devido processo administrativo, que não tem razão em dado conflito e reconhece o direito do particular, estará apenas cumprindo o dever de “submeter-se aos parâmetros da legalidade” (Talamini, 2019, p. 115).

Não havendo, pois, a obrigatoriedade de recurso à tutela jurisdicional pela Administração Pública, salvo exceções, como o acesso a informações do cidadão que sejam protegidas por sigilo constitucional, também não se pode compreender ter aquela o dever de levar os processos judiciais até a última instância, dentro de uma recorribilidade irracional e infrutífera.

Há, assim, toda uma ambiência jurídica que enseja novas posturas da Administração Pública diante de um conflito, tanto judicial quanto extrajudicial, o que exige, por sua vez, a delimitação do regime jurídico e a definição de regras a serem seguidas por aquela ao buscar formas consensuais de resolução de litígios.

Considerando especificamente a celebração de acordos em juízo, objeto do presente trabalho, faz-se mister indagar em que situações pode a Advocacia Pública, representando o ente público, vir a fazê-lo; quem poderá decidir por acordar ou não; quais são as exigências a serem preenchidas; qual a forma de cumprimento daqueles.

2. OS ACORDOS JUDICIAIS E A ADVOCACIA PÚBLICA: NOVAS PERSPECTIVAS

A vaga da busca de consensualidade na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública deve se estender à seara judicial, não havendo motivo para que, uma vez desaguada a questão perante o Poder Judiciário, não possam as partes buscar composição, mormente diante das novas disposições processualistas (em especial, art. 3º, 190 e 200 do CPC), que a estimulam, não estando o Poder Público à margem delas.

Certamente, todavia, o fato de o conflito estar em juízo irá conferir-lhe novo enquadramento, considerando quer os deveres e ônus processuais das partes, quer os poderes do Juiz e a necessidade de sua manifestação.

Assim, os acordos celebrados em juízo poderão versar sobre o rito do processo, hipótese em que se estará diante dos negócios jurídicos processuais, bem como sobre o próprio direito material.

No primeiro caso, têm-se como exemplos de negócios processuais, consoante relaciona Didier Júnior (2018), a eleição de foro, o calendário processual, a renúncia de prazo, a suspensão do processo, o adiamento de audiência, a convenção sobre ônus da prova, a escolha de perito, o pacto de mediação prévia. Para o autor, todas essas hipóteses seriam de negócios processuais típicos, havendo o art. 190 do CPC aberto a possibilidade, ao instituir cláusula geral de negociação sobre o processo, de serem também celebrados negócios processuais atípicos.

Tais disposições são aplicáveis à Administração Pública em juízo, até mesmo por serem decorrentes do princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC, bem como do respeito ao autorregramento da vontade no processo, consoante destaca Castelo Branco (2018).

Todavia, a atuação negocial da Administração Pública não poderá se dar contra *legem* ou *praeter legem*, antes necessitando buscar, na ordem jurídica e nos princípios constitucionais, seu fundamento de validade.

Assim, por exemplo, na medida em que a Constituição Federal (Brasil, 1988) estabelece, em seu art. 109, § 2º, regra para ajuizamento de ações contra a União (domicílio da parte, local de ocorrência do fato ou de onde se encontra a coisa e Distrito Federal), não poderão as partes convencionar de forma diversa. Pelas mesmas razões, não se pode afastar para pagamento de dívidas decorrentes de sentenças judiciais a via do precatório ou da requisição de pequeno valor, por força das disposições do art. 100 da Carta Magna (Brasil, 1988), sob pena de ocorrer sua burla.

É que, mesmo tendo havido acordo homologado em juízo, seu pagamento ainda se dará “em virtude de sentença judiciária” (CF, art. 100) (Brasil, 1988). Em tal caso, resolver-se-á o processo com resolução do mérito, havendo, na realidade, homologação de uma transação nos termos do art. 487, III, b do CPC.

Já o negócio jurídico envolvendo o próprio direito material controvertido deverá atentar para o aspecto da sua disponibilidade, o que deve ser definido no plano normativo de cada ente federativo, cabendo às Advocacias Públicas a regulamentação e a definição das respectivas formas de atuação em juízo.

Em semelhante âmbito, os órgãos das Advocacias Públicas necessitarão afastar-se dos tradicionais paradigmas que vêm orientando suas manifestações processuais, marcadas pela ausência de composição em juízo, pela permanente

oposição à pretensão autoral, pela não desistência de ações e recursos, dentro de uma visão burocrática da representação judicial do ente público, que finda por reproduzir algumas teses/modelos já vencidos pela jurisprudência, sem preocupação com a eternização das lides ou com a diminuição da condenação do erário, causando-lhe prejuízos evitáveis.

Ao contrário, sob outra perspectiva, necessitarão os órgãos das Advocacias Públicas avaliar os parâmetros de sua atuação, mirando resultados, quer seja em termos de economia para o erário, quer seja de arrecadação ou de sucesso na manutenção de políticas públicas. Trata-se da adoção de pautas próprias de uma Administração gerencial, que prima por modelos finalísticos de atuação, para os quais desempenham importante papel fatores como acrescida discricionariedade administrativa, prestígio à inovação e criatividade dos servidores públicos, e descentralização, de acordo com Lima (2013).

Por fim, a Lei da Mediação, em seu art. 32, ao prever a criação de câmaras de resolução de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, confere-lhes protagonismo quanto à possibilidade de evitar – respeitado, logicamente, o direito de acesso à Justiça (CF, art. 35) – judicialização sobre determinadas matérias, ao propiciar aos interessados outra via para a defesa de seus interesses.

A inserção, por sua vez, da atuação em juízo dos entes públicos no espectro da consensualidade deverá observar os postulados do Estado de Direito, de maneira a fazer-se necessário densificar as manifestações de suas exigências no exercício da atividade negocial conduzida pelas Advocacias Públicas.

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INCIDENTES SOBRE A CELEBRAÇÃO DE ACORDOS EM JUÍZO PELA ADVOCACIA PÚBLICA

A atuação consensual da Administração Pública, na qual se encontra inserida a celebração de acordos em juízo, precisa reconduzir-se, para ser legítima, aos cânones do Estado de Direito, à observância dos princípios constitucionais (CF, art. 37, *caput*), não estando, em hipótese alguma, à margem deles. Ao contrário, estar-se-ia a admitir espécie de burla a toda a pauta normativa que vincula órgãos e agentes públicos em todas as suas atividades.

A partir de semelhante compreensão, passa-se a analisar a realização de acordos em juízo pela Administração Pública a partir de alguns postulados que merecem especial atenção.

3.1. A legalidade autorizativa e conteúdos possíveis dos acordos

A legalidade segue como princípio constitucional da Administração Pública, nada obstante as reformulações que tenha atravessado desde sua

concepção *oitocentista*, fundada, segundo explica Otero (2003, p. 148), nas ideias de “primado do parlamento e de divinização da lei, seja como expressão da vontade geral ou como instrumento garantístico de igualdade de todos os cidadãos”, até suas manifestações num Estado Democrático de Direito e Pós-Social. Dentro desse último aspecto, conforme Silva (2009), destaca-se a ampliação das pautas de vinculação da Administração Pública, dada a incorporação dos princípios como normas, a modificação de suas estruturas das leis, que passam a ter densidade variável, a abertura textual via discricionariedade administrativa e conceitos indeterminados, o surgimento de uma normatividade oriunda das instâncias administrativas.

Portanto, segue a lei, mesmo possivelmente reformulada em suas estruturas e também coadjuvada pelos princípios, a vincular o comportamento de órgãos e agentes públicos.

Assim, ainda habilita a lei em sentido formal – devendo-se compreender em tais conceitos as espécies legislativas do art. 59 da CF –, a atuação da Administração Pública, mesmo que não venha seu texto a trazer regulamentação minudente e a pretender exaurir determinado tema, fazendo-se necessário, no mais das vezes, regulamentação a cargo dos órgãos administrativos.

Tem-se, portanto, que a celebração de acordos pelas Advocacias Públicas em juízo necessita encontrar lei habilitante, embora com grau de densidade variável. No âmbito, por exemplo, da Advocacia-Geral da União (AGU), a Lei Complementar nº 73/1993 elenca, em seu art. 4º, entre as atribuições do Advogado-Geral da União, “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente” (Brasil, 1993), podendo tal competência ser objeto de delegação para os diversos escalões administrativos nos termos do § 3º do referido artigo.

No âmbito federal, regulamentando tal competência, veio a ser editada a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, cujo art. 1º, na redação dada pela Lei nº 13.140/2015, autorizou o Advogado-Geral, diretamente ou por delegação, a realizar “acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais” (Brasil, 2015).

Remeteu a lei, em seu art. 1º, § 4º, por sua vez, à norma administrativa a fixação do valor de alçada para celebração de acordos em função da hierarquia administrativa, cominando de nulidade aqueles que não tenham observado a prévia e expressa autorização necessária.

Com efeito, adequada se revela a regulamentação de tal assunto por norma administrativa, de modo a permitir sua adaptação e atualização pela Advocacia Pública, o que revela a importante face de sua atuação voltada para a resolução consensual de conflitos.

Ainda tomando por análise o contexto federal, tem-se que, para a Procuradoria-Geral da União e seus órgãos de execução, a Portaria nº 11,

de 8 de junho de 2020, regulamentou a “celebração de acordos destinados a encerrar, mediante negociação, ações judiciais ou prevenir a propositura de ações relativamente a débitos da União” (Brasil, 2020).

A referida portaria, dentre diversos aspectos, regulamenta a competência autorizativa para celebração de acordos em função do seu valor (art.10)² e que, em termos de efetividade, tem proporcionado importante economia decorrente de acordos celebrados no âmbito da Procuradoria-Geral da União. De acordo com dados do Departamento de Negociação, Estudos Jurídicos e Direito Eleitoral (DNE) da PGU, enquanto no ano de 2020, em virtude de acordos, veio a ser paga, pela União, a quantia total de R\$ 2.436.137.386,31 (dois bilhões quatrocentos e trinta e seis milhões, cento e trinta e sete mil, trezentos e oitenta e seis reais e trinta e um centavos), com economia direta de R\$ 1.749.175.186,84 (um bilhão, setecentos e quarenta e nove milhões, cento e setenta e cinco mil, cento e oitenta e seis reais e oitenta e quatro centavos), no ano de 2022 (ainda não finalizado), o total pago, em razão de acordos, foi da ordem de R\$ 10.615.991.102,22 (dez bilhões, seiscentos e quinze milhões, novecentos e noventa e um mil, cento e dois reais e vinte e dois centavos), com a economia direta de R\$ 24.010.223.605,95 (vinte e quatro bilhões, dez milhões, duzentos e vinte e três mil, seiscentos e cinco reais e noventa e cinco centavos)³.

Ou seja, no âmbito da Procuradoria-Geral da União o desenvolvimento de uma atuação em juízo consensual tem-se revertido em importante economia para o erário, de modo que a necessidade de autorização administrativa não mais representa o tradicional empecilho para celebração de acordos.

A autorização tanto pode constar de cláusulas mais abertas (a partir, por exemplo, de determinada faixa de valor), quanto ser dada para situações específicas, havendo, em todo caso, melhor procedimentalização. Como

2 Art. 10. Os órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União ficam autorizados a realizar acordos ou transações, para terminar o litígio com o objetivo de encerrar ações judiciais, ou, ainda, prevenir a propositura destas, relativamente a débitos da União, observados os seguintes limites de alçada:

I - nos casos de competência das Procuradorias-Regionais da União, Procuradorias da União e Procuradorias-Regionais da União:

a) até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), pelo Advogado da União que atua diretamente na causa;

b) até R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), mediante prévia e expressa autorização do Coordenador da Central Regional de Negociação;

c) até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), mediante prévia e expressa autorização do Procurador-Regional da União;

II - nos casos de competência da Procuradoria-Geral da União, até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), mediante prévia e expressa autorização do Coordenador da Central Nacional de Negociação;

III - em qualquer caso, acima de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), mediante prévia e expressa autorização do Procurador-Geral da União.

§ 1º Quando o valor desembolsado pela União para o encerramento do litígio for superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), o acordo dependerá de prévia e expressa autorização do Procurador-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou, ainda, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou de Conselho, do Procurador-Geral da República ou do Defensor Público-Geral, se houver interesse institucional dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público da União ou da Defensoria Pública da União (Brasil, 2020).

3 Os dados utilizados não possuem caráter sigiloso, sendo possível acesso a eles com base na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

exemplo, pode ser citado o acordo celebrado no ano de 2019, com autorização da Procuradoria-Geral da União, entre a União e o SINDIRECEITA (Sindicato Nacional dos Analistas Tributários da Receita Federal do Brasil, no ano de 2019, tendo por objeto o percentual de 28,86% beneficiando cerca de 6.600 – seis mil e seiscentos), substituído no âmbito da Ação Ordinária n. 0006379-33.1997.4.05.8100, que tramitou perante a 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará.

Além de tal aspecto, cuidou a portaria mencionada da definição do que pode ser objeto do acordo (tanto o próprio direito material quanto situações processuais, art. 4º), bem como o elenco de situações em que não se faz admissível a celebração de acordos, chamando a atenção para aquelas em que haja “violação aos princípios norteadores da Administração Pública.” (art. 4, § 2º, IV)⁴ (Brasil, 2020).

A última das restrições revela a necessidade de observância, pela atividade negocial, dos princípios constitucionais, realizando, portanto, seu devido enquadramento nos postulados do Estado de Direito, como, de resto, toda a atuação da Administração Pública, na definição do possível conteúdo daqueles, juntamente com outros princípios.

Assim, embora em termos de valores haja a definição das competências autorizativas, para outras situações que não os envolvam (por exemplo, o refazimento de uma prova de concurso, a aceitação de inscrição do candidato, o desfazimento de penalidade administrativa de advertência) não estará livre o Advogado da União para propor acordo que venha a atentar contra os princípios constitucionais da Administração Pública, entre os quais está o da legalidade.

Os acordos celebrados pela Administração Pública, inclusive aqueles feitos em juízo, poderão, portanto, ter como objeto aquilo que, em face da ordem jurídica a que está submetida a Administração Pública, puder ser tratado como disponível. Assim, por exemplo, em termos de valores, poderão ser celebrados acordos, observada a necessária autorização hierárquica, talvez a avaliação de outros critérios, como probabilidade de êxito das teses defendidas pela União, economicidade, sem esquecer sua viabilidade jurídica nos termos do art. 5º da Portaria nº 11/2020 (Brasil, 2020) e autorização hierárquica, quando necessária, conforme já destacado.

Caso o litígio não tenha como objeto imediato a discussão de valores, não poderá ser realizado acordo que implique violação à lei, como, por exemplo, a autorização de ocupações permanentes em área de praia. Onde há vedação legal, há indisponibilidade. Haverá disponibilidade, porém, em

4 As demais situações são as seguintes: “I - desconformidade com os art. 190 e 191 do Código de Processo Civil; II - cujo cumprimento dependa de ato a cargo de outro órgão ou entidade federal, salvo prévia e expressa anuência deste; III - que preveja penalidade pecuniária não prevista em lei ou outro ato normativo” (Brasil, 2020).

termos patrimoniais, nas situações e condições em que a Administração Pública assim o definir.

Em suma, a legalidade manifesta-se tanto no que diz respeito à autorização para celebração de acordo como também juntamente com os demais princípios na definição de seu conteúdo, havendo, decerto, importante margem para sua concretização a cargo da Administração Pública, consoante se verá a seguir.

3.2. O juízo de valor sobre sua realização: considerações sobre eficiência, boa administração e discricionariedade administrativa

Além das considerações sobre a necessidade de prévia autorização legal e a conformidade do acordo com a lei e compatibilidade com os princípios constitucionais, merecem análise os fatores que podem levar à celebração de acordos em juízo pela Administração Pública e em que campo (vinculação, discricionariedade) deve ser feita a respectiva avaliação, a qual deve compreender a obtenção, por parte daquela, de alguma vantagem ou ganho, seja expressa num deságio de percentual incidente sobre valores, seja no cumprimento voluntário de alguma obrigação de fazer por parte do particular, seja numa sujeição a algo determinado pela Administração.

Trata-se da aplicação de preceito inerente a toda negociação de natureza cooperativa, portanto *baseada em princípios*, de acordo com o modelo desenvolvido por Fisher, Ury e Patton (2015, p. 31), no qual as partes, “concentrando-se nos interesses básicos, nas opções mutuamente satisfatórias e em padrões imparciais, resultam, tipicamente, em acordos sensatos”.

A negociação deve levar à obtenção de vantagens mútuas pelas partes, de modo que, quando estas compreendem que o acordo não lhes trará nenhum benefício, permanecem fiéis às suas posições unilaterais, às suas “melhores alternativas sem acordo” (Fisher; Ury; Patton, 2015, p. 116), pois, como explicam Fisher, Ury e Patton (2005, p. 116), “a razão por que se negocia é para produzir algo melhor do que os resultados que seria possível obter sem a negociação”.

A advocacia do ente público irá realizar, aqui, avaliação que vai além da legalidade, estendendo-se para dimensões outras, como a chance de êxito da tese defendida (em função, por exemplo, do tratamento que lhe esteja a ser dado pela jurisprudência) e a economicidade em favor do erário decorrente do acordo. Enfim, as análises a serem efetuadas correspondem a dimensões como legitimidade, conveniência, oportunidade a propósito da celebração do acordo, numa perspectiva finalística, característica de uma proposta gerencial e também dialógica de Administração Pública, já que não poderá prescindir da participação e anuência da outra parte.

Trata-se, consoante pontuado acima, de atuação em juízo em que se busca o melhor resultado possível dentro de cenário que aparente ser, no todo ou em parte, adverso ao Poder Público litigante.

Percebe-se, aqui, manifestação tanto do princípio constitucional da eficiência quanto do direito fundamental à boa administração em sua vertente objetiva, enquanto valor na ordem jurídica a demandar a adoção de diretrizes pela Administração Pública que privilegiem a racionalidade, a objetividade, a imparcialidade, a procedimentalidade.

A dimensão objetiva do direito fundamental à boa administração deve ser reconhecida ao lado de sua vertente subjetiva, revelada esta última na existência de posições garantísticas em favor dos cidadãos/particulares em suas relações com o Poder Público. Pode-se mencionar o direito a ser ouvido antes de qualquer medida desfavorável (CF, art. 5º, LIV), o direito de acesso aos expedientes que afetem aos cidadãos (CF, art. 5º, XXXIII, Lei nº 12.527/2011), o direito à razoável duração do processo (CF, art. 5º, L), o direito à obtenção de decisão administrativa motivada (CF, art. 93, X, Lei nº 9.784/1999); o direito à indenização pelos danos causados pelo Estado (CF, art. 37, § 6º).

Muito embora a ordem constitucional brasileira não consagre, expressamente, o direito fundamental à boa administração, tal como o faz, em seu art. 41⁵, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (União Europeia, 2000), pode ele ser deduzido de diversas disposições constitucionais, como as citadas acima, conforme destaca Silva (2019). Dentre os postulados de uma boa administração, certamente se encontra a busca pela resolução de conflitos com a Administração Pública dentro de um tempo razoável, minorando, na melhor medida possível, os prejuízos decorrentes de condenações judiciais cuja ocorrência não tenha sido possível de ser evitada por uma atuação consensual.

A boa administração do acervo judicial que se encontra sob a responsabilidade e acompanhamento de órgão da Advocacia Pública compreende, pois, a reunião de elementos como a não eternização de lides, a racionalidade na adoção das medidas judiciais à disposição do ente público, observadas, certamente, as diretrizes traçadas internamente, tendo em vista a necessidade de parametrização da atuação dos membros e, por fim, o desenvolvimento de política de realização de acordos nas situações e nos termos que assim entender o órgão de representação judicial. A propósito,

5 Com a seguinte redação: “1. Toda pessoa tem direito a que as instituições e órgãos da União tratem de seus assuntos de forma imparcial e equitativa e dentro de um prazo razoável; 2. Este direito inclui em particular: - o direito de toda pessoa de ser ouvida antes que se tome contra ela uma medida individual que lhe afete desfavoravelmente dentro do respeito aos interesses legítimos da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; a obrigação que incumbe à Administração de motivar suas decisões. 3. Toda pessoa tem direito à reparação pela Comunidade pelos danos causados por suas instituições ou seus agentes no exercício de suas funções, em conformidade com os princípios gerais comuns aos Direitos dos Estados membros. 4. Toda pessoa poderá dirigir-se às instituições da União em uma das línguas dos Tratados e deverá receber uma contestação na mesma língua” (União Europeia, 2000).

Lopes e Patrão (2019, p. 25) destacam que, justamente o princípio da boa administração, “que leve em conta os custos inerentes ao risco e ao custo do processo, pode aconselhar a solução da controvérsia de modo autocomposto”.

As considerações acima levam a outra reflexão: o inevitável juízo de valor por parte dos órgãos da Advocacia Pública a propósito da conveniência e oportunidade de abertura da via negocial a respeito de dado assunto/processo, bem como da fixação dos parâmetros concernentes à respectiva proposta de acordo, dentro dos limites e condições que tenham sido autorizados por lei. Semelhante observação tanto é válida para acordos realizados em processos individuais quanto para a construção de quadro de propostas relativas a processos múltiplos que versem sobre determinado tema e em relação aos quais o órgão da Advocacia Pública tenha chegado à conclusão sobre ser a via consensual a melhor alternativa existente. Exemplo de tal situação são os Planos Nacionais de Negociação da Advocacia-Geral da União, os quais, de acordo com explicação contida no site da instituição⁶, “contemplam diretrizes de atuação para oferecimento de propostas de acordos em temas repetitivos previamente selecionados pelas Coordenações Regionais de Negociação”.

Pode-se também citar a escolha, pela Procuradoria-Geral Federal, de determinadas ações previdenciárias (em especial aposentadoria por invalidez e auxílio-doença) para negociação em juízo, o que resultou, segundo informação constante do site da AGU⁷, na celebração de 24,7 (vinte e quatro mil e setecentos) acordos entre janeiro e setembro de 2022, o que representou acréscimo, no mesmo período de 23%, com uma economia de R\$ 536.000.000,00 (quinhentos e trinta e seis milhões de reais).

Ou seja, a atuação da Advocacia Pública em tal domínio quedará inserida, em diversos aspectos, no campo da discricionariedade, o qual, aliás, revela-se adequado, por exemplo, para o exercício da mediação, pois, conforme destaca Martínez Carballo (2008), haverá, em tal caso, a busca de consenso por meio de eleição, compartilhada pelos sujeitos intervenientes, conscientes da pluralidade de alternativas de soluções justas e que sejam adequadas ao ordenamento jurídico, embora possam ter aspectos extrajurídicos.

Trazendo tais conclusões para a negociação feita diretamente entre a Administração Pública, por meio de seu órgão de representação judicial, e a parte, o campo da discricionariedade resultante das autorizações normativas será preenchido com a sua participação interventiva (indispensável para a celebração do acordo), e não de modo unilateral, como na forma clássica de atuação da primeira.

O reconhecimento do exercício de discricionariedade pelo ente público, por meio de seu órgão de representação judicial, quando da decisão de

6 <https://www.gov.br/agu/pt-br/acao-a-informacao/acoeseoprogramas/planos-nacionais-de-negociacao>

7 <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/numero-de-acordos-celebrados-pela-agu-em-acoese-previdenciarias-sobe-23-em-2022>

apresentação de proposta (ou aceitação de proposta ou contraproposta da parte litigante) e da concretização do acordo, revela-se importante para legitimar a atuação daquele, bem como para fomentar valor que é próprio de uma Administração Pública Dialógica no tocante aos agentes públicos, qual seja, a existência de uma “considerável margem de confiança” (Lima, 2013, p. 92-94) em relação a eles, bem como uma flexibilização em sua forma de atuação.

Ora, na medida em que se exigem atuações administrativas que fujam do padrão burocratizado, de mera repetição de modelos circunscritos a âmbitos limitados (sem perspectiva de todo) e sem preocupação com resultados, há de ser esperado (e, portanto, assegurado) ao servidor público respaldo jurídico e funcional para atuar de forma diferente, o que, todavia, não implica a possibilidade de seu afastamento de parâmetros previamente estabelecidos nem tampouco o afastamento de sua responsabilização nos vários aspectos em que ela possa ser suscitada.

Semelhantes observações são válidas para a Administração Pública, de modo a que venha a estabelecer critérios pertinentes, razoáveis, portanto, para o desenvolvimento de uma atividade administrativa mais criativa e focada nas consequências por ela produzidas, o que, de resto, harmoniza-se com os novos preceitos da Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro, mais especificamente em seus art. 21 e 22⁸, nos quais se indica que os servidores públicos devem, cada vez mais, assumir posturas condizentes com o que se espera tanto dos diversos setores administrativos, em termos de resultados e qualidade (para tanto necessitarão eles estarem devidamente respaldados, consoante destacado acima), quanto dos órgãos de controle, internos (corregedorias, controladorias) e externos (nomeadamente os Tribunais de Contas). Dessa forma, não prevalecerá o chamado Direito Administrativo do Medo, do qual é manifestação a expressão cunhada de *apagão das canetas*, assunto tratado por Santos (2020).

A propósito, a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), como forma de incentivar a resolução de conflitos no âmbito interno da Administração Pública, restringe a responsabilização administrativa, penal e civil de servidores e empregados públicos que participem de composição extrajudicial daqueles às situações em que tenham, mediante dolo ou fraude, recebido qualquer vantagem patrimonial indevida, permitido ou facilitado sua recepção por terceiros ou tenham concorrido para tal (art. 40) (Brasil, 2015).

8 Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

O tema da discricionariedade envolvendo a celebração de acordos judiciais pela Administração Pública tem implicações com outras questões, como a incidência do princípio da isonomia (CF, art. 5, I) no tocante aos litigantes, tanto em processos singulares quanto naqueles múltiplos e com caráter repetitivo, em que eventualmente a terminação do processo venha a ocorrer com alguma diferenciação (no deságio aplicado, por exemplo), conforme será visto a seguir.

3.3. Acordos e princípio constitucional da isonomia

Como suscitado acima, a celebração de acordos em juízo pela Administração Pública pode ocorrer tanto em processos singulares quanto naqueles múltiplos, de caráter repetitivo, nos quais o nível de maturação da discussão jurídica aponte para a vantajosidade da busca de soluções negociadas que possam atrair os diversos interessados.

No caso primeiro, a apresentação de proposta de acordo, bem como a aceitação de contrapropostas por parte do órgão de representação judicial, dentro dos limites constantes de autorização legal das normas administrativas internas e da hierarquia administrativa, não suscitam maiores questões relacionadas ao princípio da isonomia, dada a singularidade da situação, não havendo, pois, parâmetro para que outro litigante possa vir a exigir que lhe seja dado idêntico tratamento.

Consoante destacado em momento anterior, a celebração de acordos em tais hipóteses pela Administração Pública, por meio de seu órgão de representação judicial, convocou o exercício de um juízo de valor por parte dela, dentro do espaço de discricionariedade administrativa, o qual precisou lidar não apenas com os elementos próprios, singulares daquele processo, como também com uma prognose sobre seu resultado e efeitos de várias ordens (financeiro, patrimonial, administrativo).

Situação diversa reside certamente naqueles casos em que as demandas são absolutamente iguais, com alteração de apenas uma das partes litigantes, de modo que, aqui, são esperadas soluções as quais, na melhor medida possível, concretizem o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, I), vinculante para a Administração Pública em todo o seu atuar.

Espera-se, portanto, que, uma vez mapeado o tema dos processos em juízo a serem conduzidos à via negocial, sejam ensejadas as mesmas condições para aqueles litigantes que se encontrem em uma mesma situação, como, por exemplo, nas transações por adesão, referidas no art. 35 da Lei nº 13.140/2015, em que, por meio de resolução administrativa própria, se define seus requisitos e condições.

Antes mesmo de se editar a Lei de Mediação, há registro de transação por adesão por parte da União. Tratou-se, conforme lembrado por Castelo

Branco (2018), da extensão aos servidores públicos federais das diferenças relativas ao percentual de 28,86% (concedido inicialmente apenas aos militares, a título de revisão geral de remuneração) e do reconhecido como devido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 22.307-7/DF. O pagamento administrativo dos valores atrasados ao longo de sete anos, nos meses de maio e dezembro, apenas ocorreu no tocante àqueles servidores que celebraram acordo individual, tudo de acordo com as disposições contidas na Medida Provisória nº 1.704-1/1998.

Ou seja, as condições e a periodicidade do pagamento decorrente da transação por adesão foram as mesmas para os servidores que concordaram em celebrar o acordo, tendo sido assegurada a todos os elegíveis (aqueles que, por terem tido violado o direito à revisão da remuneração na mesma data e índice, por força da redação do art. 37, X, da CF) igual oportunidade de encerramento de litígio judicial pela via do consenso. Caberia, naturalmente, ao servidor avaliar se era vantajosa ou não a proposta apresentada pela União (poderia, por exemplo, optar pelo recebimento de valores judiciais, via precatório, de uma única vez), o que ressalta a ênfase no exercício da autonomia da vontade pelo particular.

A parametrização de acordos em processos repetitivos pode ocorrer, tal como já referido acima, por meio de programas como os Planos Nacionais de Negociação da AGU (atualmente há 23 PNNs), situações em que há escolha de temas, dentre aqueles judicializados, pelas Centrais de Negociação (por exemplo, gratificações de servidores, limitação temporal de reajustes, pensão militar, auxílio-transporte, seguro-desemprego, diferenças de Fundef devidas a municípios, responsabilidade subsidiária por empregados terceirizados, promoções funcionais, reconhecimento da condição de anistiado político pelo Ministério da Justiça e fixação da indenização), bem como a definição das fases processuais em que podem ser feitas as propostas de acordo.

Assim, por exemplo, em se tratando do Plano Nacional de Negociação nº 1, que cuida da extensão a aposentados e pensionistas de determinadas gratificações de desempenho, em todas as fases processuais é admitida a negociação, enquanto que, em se tratando do Plano Nacional de Negociação nº 17, que trata do pagamento de diferenças da Retribuição Adicional Variável (RAV) para Técnicos do Tesouro Nacional, no período de janeiro de 1996 a junho de 1999, a negociação apenas é prevista para a fase de cumprimento de sentença. Tendo em vista, por sua vez, a diversidade dos momentos processuais, nada impede que os critérios ou índices de deságio, por exemplo, sejam diferentes.

No que diz respeito ao princípio da isonomia em ações repetitivas, importante se faz assegurar que todos aqueles que se encontrem numa mesma situação, ou seja, todos os elegíveis, tenham igual oportunidade de, querendo, celebrar acordo, cabendo destacar a importância da autonomia da vontade,

que conduz à livre realização de escolhas, no contexto da negociação. Aliás, um dos fundamentos da admissibilidade de meios alternativos de resolução de conflitos para com a Administração Pública é exatamente a liberdade, a autonomia da vontade, bem como a dignidade da pessoa humana, consoante destaca Martínez Carballo (2008), sendo suas conclusões, a partir da ordem constitucional espanhola, perfeitamente pertinentes à brasileira.

Cabe destacar que, além da veiculação dos temas repetitivos passíveis de serem encaminhados à negociação, faz-se possível à parte interessada provocar tanto as Coordenações Regionais quanto a Coordenação Nacional para prevenir ou encerrar litígios, o que se aplica, também, a processos que não estejam mapeados em planos, bastando, para deflagrar o procedimento, encaminhar *e-mail*, para aqueles órgãos, conforme explicado na página eletrônica da AGU⁹.

Por fim, a isonomia, em termos de negociação com a Administração Pública, deve se expressar em termos de igualdade de chance em relação aos interessados que se encontrem numa mesma situação (inclusive processual), devendo ser sempre cotejada com a autonomia da vontade.

3.4 Acordos e garantias processuais

Passa-se, agora, a apreciar a realização de acordos em juízo pela Administração Pública considerando algumas garantias processuais, como o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e seus correlatos, como o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LV), a publicidade das decisões (CF, art. 5º, LX), a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Realizando-se os acordos no âmbito judicial, não será possível afastar a incidência das garantias processuais, embora estas se manifestem de forma diferenciada, até mesmo em razão da atividade judicial a ser exercida, muitas vezes em virtude de homologação do resultado da negociação entre as partes (sem desprezar, claro, a possibilidade de ser recusada a chancela judicial ao acordo por indisponibilidade do direito, ilegalidade, nulidade, vulnerabilidade das partes, nos termos do parágrafo único do art. 190), levando à extinção do processo nos termos do art. 487, III, *b* do CPC, do título judicial, cuidando de, dentro do poder de disposição das partes (e pressupondo estar-se diante de direitos que admitam composição), buscar formas de concretizá-lo. A propósito, a Portaria nº 11/2020 da Procuradoria-Geral da União, em seu art. 3º, dispõe que o acordo pode ocorrer em qualquer fase do processo, “inclusive após o trânsito em julgado na fase de conhecimento” (Brasil, 2020).

⁹ <https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-negociacao-online-para-prevenir-ou-encerrar-litigios-judiciais-e-extrajudiciais-contr-a-uniao>

No que diz respeito, por exemplo, ao contraditório e à ampla defesa, deve-se ter em mente que as partes, numa negociação, atuam (ou devem atuar) de forma cooperada para alcançarem acordo que lhes seja, em algum aspecto, vantajoso, de modo a ser do interesse de cada uma trazer os elementos/argumentos que sejam conducentes a tal desiderato.

E, uma vez tendo conhecimento dos elementos a serem colocados na *mesa de negociação*, as partes poderão avaliar, em função de seus interesses, a conveniência de realizar o acordo em dado molde, de apresentar contraproposta ou mesmo de recusar uma ou todas as propostas oferecidas.

Convém lembrar que, assim como o particular não é obrigado a celebrar acordo, sendo a questão própria de exercício da autonomia da vontade, a Administração Pública também não o é, de maneira a não ser esta obrigada a trazer aos autos dados/elementos que venham a laborar contrariamente à adesão da parte ao acordo. Tal observação, contudo, não afasta, de forma alguma, o dever de boa-fé e lealdade processual (CPC, art. 5º) nem tampouco a incidência do art. 77 do CPC (deveres das partes e dos procuradores). Semelhantes observações assumem mais importância ainda numa perspectiva de colaboração entre as partes (CPC, art. 6º).

Mesmo com a expressão de paridade de armas, não estão obrigadas as partes a revelar qual seria sua *melhor alternativa sem acordo*, noção fundamental numa negociação, na medida em que ela deve levar a uma situação, de alguma forma, mais vantajosa para a parte, consoante já referido anteriormente.

Quanto à publicidade no tocante aos acordos celebrados em juízo entre as partes, deve-se destacar que o resultado da negociação não será sigiloso, até mesmo porque necessitará de homologação pelo juiz para encerrar o processo de forma consensual, nos termos do já destacado art. 487, III, b do CPC. Alguma restrição à publicidade pode decorrer no que diga respeito aos dados sigilosos do particular (CF, art. 5º X). De toda forma, deve ser assegurada a *accountability do processo negocial*, sendo essa a função da publicidade, consoante destaca Araújo Neto (2016) para a arbitragem, exigindo a transparência de todos os atos praticados pela Administração Pública, o que pode ser trazido, também, para a negociação.

Os acordos a serem realizados na fase de execução de sentença, por sua vez, precisam partir de seus termos, não podendo servir para alterá-los, de modo que critérios como período de cálculos, índices de juros, correção monetária, bem como outros fatores, como a condenação num valor fixo, precisam ser observados.

A respeito da última hipótese, caso o ente público tenha sido condenado a pagar à parte determinada quantia, a título de danos morais, por exemplo, não se pode compreender como legítima proposta de acordo que aplique deságio sobre o valor histórico, o que implicaria violação à coisa julgada. Nada impede, quanto ao resultado da atualização desse valor, que possa

haver composição entre as partes, atendidos todos os demais requisitos de uma negociação.

Não se pode também afastar a hipótese de a parte interessada entender por deixar de executar o título executivo, o que se encontra dentro de sua esfera de disponibilidade, e optar por uma composição extrajudicial que atenda mais e melhor aos seus interesses, desde que isso não venha a implicar burla a regras constitucionais, como o pagamento de débitos decorrentes de sentença judiciária via precatório ou requisição de pequeno valor.

Assim, se eventual débito do ente público tiver por fundamento um contrato, uma convenção ou qualquer outro ajuste, nada impede que este venha a adimpli-lo, dentro de condições que sejam de interesse de ambas as partes. Ou seja, o pagamento a ser feito não o será em virtude de sentença judiciária, mas de um instrumento anterior, cujas disposições já impunham deveres às partes e que, dentro de uma ambiência de consensualidade, devem procurar cumpri-las. Certamente, para que a Administração Pública venha a se resguardar, ela deverá celebrar ajustamento de conduta para evitar duplicidade de pagamento.

Percebe-se, pois, que a coisa julgada dialoga com a celebração de acordos pelo ente público, resguardados seus termos e, até, com vistas a dar-lhe mais celeridade, o que se harmoniza, por sua vez, como o direito à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Não custa lembrar que, de acordo com o Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (2021), o tempo médio de baixa dos processos na fase de execução, em primeiro grau, é de seis anos e um mês e, no segundo, de dez meses, cabendo chamar a atenção para o fato de que, na Justiça Federal (na qual, num dos polos, está sempre o ente público federal), a média do tempo de tramitação das execuções é de oito anos e sete meses.

Os acordos na fase executiva podem melhorar, significativamente, tal cenário.

CONCLUSÃO

A promissora possibilidade de realização de acordos em juízo pela Administração Pública, por meio de seus órgãos da Advocacia Pública, necessita compatibilizar-se com o regime ao qual se encontra aquela vinculada, ainda que venham a aparecer novas formas de sua observância.

Assim, por não se tratar de atuação *contra legem* ou *praeter legem*, a realização de acordos por parte de dado ente público em juízo necessitará contar com autorização legislativa prévia, sem prejuízo (na realidade, demandando) da devida regulamentação administrativa. No âmbito federal, observa-se avançado grau de desenvolvimento de tal normatividade.

A celebração de acordos em processos judiciais pela Administração Pública reclama, em razão dos princípios da eficiência e da boa administração, juízos de valor envolvendo dimensões como conveniência e oportunidade, dentro da lógica de obtenção pelas partes de alguma vantagem na negociação, o que remete sua prática ao campo da discricionariedade administrativa. Para tanto, há de ser assegurado e incentivado aos agentes públicos que superem atuações meramente burocráticas, de repetição de fórmulas e práticas sem compromisso com resultado e visão do todo, realizando o que se espera do paradigma eficiente e dialogal do agir público.

No tocante aos princípios e garantias constitucionais, tem-se que a isonomia (CF, art. 5º, I) resta assegurada em ações de massa. Quanto aos litigantes numa mesma situação, inclusive processual, asseguram-se as mesmas oportunidades de celebração de acordo, devendo ser considerada, aqui, a importância da autonomia da vontade. Os Planos Nacionais de Negociação da Advocacia-Geral da União constituem importante manifestação de compatibilidade a tais diretrizes. No que tange a processos singulares, não há de se falar em violação à isonomia pela resolução consensual da lide, dadas as peculiares manifestadas apenas naquele feito.

No tocante à garantia do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), na medida em que, numa negociação, as partes estão nelas engajadas em razão do exercício da autonomia da vontade, com vistas a buscar solução que lhes seja vantajosa, estas não estão obrigadas a revelar todas as suas opções, devendo, contudo, atentar para a boa-fé processual, com as suas consequências.

A publicidade (CF, art. 5º, LX) restará observada, na medida em que o resultado da negociação, o acordo, será de conhecimento de todos, havendo, inclusive, a necessidade de homologação judicial, sendo importante assegurar a *accountability* do processo negocial. Informações sigilosas que digam respeito ao particular devem ser preservadas (CF, art. 5º X).

Por fim, a existência de coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI) não impede a celebração de acordos, os quais devem lhe guardar observância, podendo mesmo contribuir para a celeridade na execução, o que se coaduna, aliás, com o princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 53, n. 212, p. 139-154, out/dez 2016.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Advocacia pública e solução consensual dos conflitos*. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2020*. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Os 100 maiores litigantes*. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 16 set. 2021

DE PALMA, Juliana Bonnacursi. *Atuação administrativa consensual: estudos de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: VIANA, Juvêncio Vasconcelos (org.). *O novo CPC: parte geral*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2018, p. 521-547.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao SIM: a negociação de acordos sem concessões*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2005.

GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. Coimbra: Almedina, 2019.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

LOPES, Dulce; PATRÃO, Afonso. A mediação em litígios jurídico-administrativos: contributo para a delimitação do seu âmbito. In: FONSECA, Isabel Celeste M. *A mediação administrativa: contributo sobre as (im)possibilidades*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 11-34.

MARTÍNEZ CARBALLO, Gerardo. *La mediación administrativa y el defensor del pueblo*. Pamplona: Editorial Arazandi S.A, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 129-156, jan. 2003.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

PEDRO, Ricardo. Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público. In: GOMES, Carla; PEDRO, Ricardo (coord.). *Arbitragem e direito público*. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 99-131.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: RT, 2020.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Clarissa Sampaio. O direito fundamental à boa administração: da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia às perspectivas de sua efetivação e controle nas ordens constitucionais de Portugal e Espanha: desenvolvimentos comparativos na realidade brasileira. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 40, n. 82, p. 176-201, maio 2019.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e administração pública no direito brasileiro. In: VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. *Arbitragem e direito público*. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 109-129.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Bruxelas: União Europeia, 2020.

Recebido: 15/05/2024
Aprovado: 28/05/2024

SOBRE O JUÍZO CONSEQUENCIALISTA E SUAS “CONSEQUÊNCIAS” NO DIREITO ADMINISTRATIVO: QUAL O PESO DE SUA NORMATIVIDADE?

*ON CONSEQUENTIALIST JUDGMENT
AND ITS NORMATIVE IMPLICATIONS IN
ADMINISTRATIVE LAW: ASSESSING THE
WEIGHT OF NORMATIVITY*

Daniel de Souza Lucas¹

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Consequencialismo e argumentação: desafios e propostas para a normatividade. 2. Argumentação e interpretação: definição de sentidos. 2.1 O primeiro nível e suas formas de decidir cursos de ação. 2.2 O segundo nível e suas formas de avaliar o

¹ Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

² Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor da Faculdade Nacional de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Diretor da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Pesquisador Produtividade 2 do CNPq.

curso de ação adotado para justificar ou controlar. 2.3
O terceiro nível e as formas de classificar a realidade.
Conclusão. Referências.

RESUMO: A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) confere às consequências de uma decisão a normatividade que muitos querem ver? Há previsão expressa para o decisor considerar as consequências práticas da sua decisão baseada em valores jurídicos abstratos, assim como declará-las quando houver invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Isso seria a evidência de que o direito administrativo brasileiro incorporou o consequentialismo como forma de decidir? Para alguns a resposta é afirmativa, mas importa ao presente artigo os argumentos de quem responde negativamente a essa pergunta. Este artigo problematiza a normatividade do raciocínio consequentialista para defender que, sob a perspectiva do decisor, as normas da LINDB são critérios de fundamentação da decisão e sob a perspectiva da autoridade-instituição as normas da LINDB são prerrogativas para coordenação dos indivíduos com vistas ao incremento da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Consequentialismo. Interpretação Jurídica. Normatividade. Argumentação. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: Does the statute of introduction to brazilian law (LINDB) confer normative weight to the consequences of decisions as aspired by many? Is there a prescribed mandate for decision-makers to conscientiously weigh the practical ramifications of their decisions, rooted in abstract legal values, and to duly articulate them upon the invalidation of an act, contract, adjustment, process, or administrative norm? Could this phenomenon be indicative of the integration of consequentialist principles within Brazilian administrative law jurisprudence? While some affirmatively assert this notion, this article undertakes a critical examination, focusing particularly on arguments contesting such assertions. It endeavors to scrutinize the normative underpinnings of consequentialist reasoning, contending that, from the perspective of the decision-maker, the norms delineated in the LINDB serve as foundational criteria for decision justification, while from the standpoint of institutional authority, these norms function as prerogatives facilitating the coordination of individuals towards the enhancement of legal certainty.

KEYWORDS: Consequentialism. Legal Interpretation. Normativity. Legal Argument. Rule of Law.

INTRODUÇÃO

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) confere às consequências de uma decisão a normatividade que muitos querem ver? Para Posner (2002), consequencialismo é uma teoria de acordo com a qual a análise das consequências possui um grau de normatividade tal que é capaz de determinar qual das interpretações possíveis dos textos normativos é a mais adequada. Como destaca Schuartz (2008), consequencialistas podem assumir uma versão forte, como Posner, em que uma decisão somente está correta se suas consequências são as mais adequadas em um dado contexto ou uma versão fraca em que a análise das consequências tem apenas um papel residual quando os argumentos institucionais não são capazes de indicar qual a solução correta. Assumindo a normatividade das consequências e considerando os tipos de argumentação que podem ser desenvolvidos na interpretação jurídica, as versões forte e fraca seriam “lentes de análise” excludentes que o decisor adota para alcançar o resultado A ou B, ou seriam posturas que o consequencialista deveria adotar ao longo da dinâmica da interpretação jurídica que pode envolver fases distintas?

Problematizar a relação entre as versões forte e fraca do consequencialismo parece importante porque, se antes o debate acerca das consequências das decisões judiciais ou administrativas era doutrinário ou teórico, o debate agora é positivo. Há previsão expressa para o decisor considerar as consequências práticas da sua decisão baseada em valores jurídicos abstratos, assim como declará-las quando for invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Um “padrão-LINDB” de racionalidade que é tendência em legislações posteriores como a Lei de Licitações, nos arts. 147 a 150 que tratam das nulidades, e a Lei nº 14.230/21, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa acrescentando um artigo 17-C cujo inciso II prevê o dever de o juiz considerar as consequências práticas da decisão, sempre que se decidir com base em valores jurídicos abstratos.

Esses dispositivos seriam a evidência de que o direito administrativo brasileiro incorporou o consequencialismo como forma de decidir? Para alguns a resposta é afirmativa, mas importa ao presente artigo os argumentos de quem responde negativamente a esta pergunta. É que para estes, em momento algum o legislador conferiu ao decisor a prerrogativa de se afastar da interpretação dos dispositivos normativos quando entende que a análise das consequências indica outra solução como melhor, porque isso envolveria considerar uma análise das consequências como fonte do direito.

Quem rejeita a ideia de que o direito administrativo brasileiro incorporou o consequencialismo como forma de decidir entende que a LINDB restringiu a possibilidade de analisar consequências aos casos em que uma decisão estará baseada em valores jurídicos abstratos. Casos em que

o que está em jogo é a interpretação de termos jurídicos vagos tais como boa-fé, legítima defesa, interesse público etc. Situações em que a interpretação do material normativo não retorna uma única resposta. E esse é um ponto que se pretende problematizar neste artigo. O fato de existir possibilidades interpretativas seria suficiente para fazer incidir a obrigação de analisar as consequências ou é preciso cumulativamente que as possibilidades recaiam sobre cláusulas abstratas?

Parece pouco polêmica a afirmação de que a análise das consequências pelo decisor, antes ou depois da Lei nº 13.655/18, não deve ser entendida como um fundamento determinante e suficiente das decisões judiciais ou administrativas. Seu papel continuaria sendo instrumental e auxiliar para os casos em que o ordenamento jurídico não fornece uma resposta unívoca e objetiva ao caso e o decisor precisa justificar com base nas consequências a solução adotada entre as que eram possíveis à luz do sistema. Essa é a versão fraca do consequencialismo que atua no *output* do processo de interpretação jurídica.

Nada obstante, como o art. 30 da LINDB prescreve que autoridades públicas devem aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas por meio de espécies normativas gerais e abstratas como regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas; teria a LINDB instituído o dever de adotar a versão forte do consequencialismo como *input* do processo de interpretação jurídica? Se a resposta for afirmativa, então a LINDB atribuiu peso às análises das consequências realizadas por órgãos superiores, de modo que elas deveriam ser pontos de partida dos decisores subordinados.

É diferente afirmar que as consequências da aplicação da norma sejam fundamento suficiente das decisões judiciais, ou que o direito positivo pode ser derogado com base na invocação das consequências de sua aplicação; de afirmar que as consequências de uma norma sejam fundamento suficiente para aumentar a segurança jurídica com sua densificação por uma instância com ascendência sobre os decisores. Essa segunda forma de afirmar, que é institucional, não atribui ao decisor a possibilidade de simplesmente desprezar o caráter vinculante das normas produzidas pelo devido processo normativo. Ela utiliza os problemas de aplicação em contextos concretos para aperfeiçoar as normas a partir de consequências que o direito positivo não poderia antever.

O fato de o decisor ter que enunciar de modo explícito as consequências de uma decisão, notadamente para definir como devem ser aplicadas cláusulas abertas, não se confunde com as possibilidades de densificar as normas com efeito prospectivo. Sob a perspectiva do decisor, seriam as normas da LINDB critérios de fundamentação da decisão, critérios que condicionam o poder de decidir; ao passo que, sob a perspectiva da autoridade-instituição, as normas da LINDB seriam prerrogativas para coordenação de agentes públicos com vistas ao incremento da segurança jurídica?

Na próxima seção será abordada uma relação que se pode estabelecer entre argumentação e consequencialismo. Para isso assume-se que é primordial ranquear possibilidades e eleger quais são as melhores consequências, não podendo ser essa uma atividade que se desenvolve apenas retoricamente. Na terceira seção, explora-se o processo de interpretação jurídica para destacar as diferenças entre a interpretação jurídica feita no início do processo (o *input* que serve de premissa) e o resultado da interpretação jurídica (o *output* que serve como a norma concreta do caso). Essa é uma diferença que abre espaço para que as instituições incrementem a segurança jurídica na aplicação do direito. Ao final, são feitas considerações sobre os caminhos possíveis.

1. CONSEQUENCIALISMO E ARGUMENTAÇÃO: DESAFIOS E PROPOSTAS PARA A NORMATIVIDADE

Como destaca Leal (2020, p. 25), as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro provocaram diversos comentários acadêmicos e reações institucionais por pretender lidar com o uso pouco parcimonioso de padrões vagos para sustentar decisões jurídicas. Incrementar a segurança jurídica e a eficiência na criação e aplicação do direito público envolveria, inevitavelmente, impedir ou limitar de alguma forma o apelo a termos como “interesse público”, “razoabilidade”, “moralidade” e “precaução” como razões centrais para fundamentar decisões.

O problema seria: como fazer isso? Para Gabardo (2020, p. 115), um jurista pragmático que não desejasse se guiar com base na intuição deveria lançar mão de um esquema teórico que o permitisse organizar os fatos e computar as consequências de maneira razoável e consistente. O desafio para fazer isso? Na tentativa de ser consistente, um consequencialista não poderia deixar de considerar que a tomada de decisão jurídica nesses moldes envolve dois tipos distintos de incerteza:

O primeiro se localiza na dimensão positiva ou descritiva do raciocínio. (...) tomadores de decisão devem ser capazes de antecipar os efeitos futuros de alternativas de decisão. A questão aqui é como controlar essas prognoses. (...) Por isso, a pergunta central a ser respondida neste plano de análise é: como tornar essas prognoses confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro? O segundo tipo de incerteza diz respeito à dimensão normativa do raciocínio. Uma vez identificadas as consequências vinculadas a cada alternativa decisória, o tomador de decisão deve indicar um critério com base no qual ordenará as consequências para, só então, justificar a sua preferência por determinado curso de ação. (...) No caso do artigo 20 [da LINDB], não está claro se esse critério de valoração é o princípio vago que o decisor pretende adotar ou algum

outro, como segurança jurídica, igualdade ou eficiência. E, não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira. Além disso, ainda que os critérios de valoração estejam fixados na lei (esses poderiam ser os casos de “proporcionalidade” e “interesses gerais” quando olhamos para o art. 21 [da LINDB]), como são termos vagos, nada impede que a indeterminação das suas prescrições reabra exatamente os problemas com os quais a LINDB pretende, no fundo, lidar (Leal, 2020, p. 29-30).

Assim, um problema sério da dimensão normativa das decisões consequentialistas (na perspectiva do decisor) está no estabelecimento de critérios de valoração que ordenem as consequências antecipáveis. E um desafio da busca por consistência estaria em determinar a valoração aplicável ao caso de vagueza. Como destaca Leal (2020, p. 30-31), valorar estados do mundo com base em proporcionalidade ou interesses gerais depende primordialmente da determinação de sentidos³. O que na prática importa determinar é a quem cabe esse papel e de que forma⁴. E sobre isso, um argumento relevante parece ser o que segue:

Da componente normativa do juízo, consistente na ordenação do conjunto de consequências de acordo com critérios valorativos, poder-se-á cobrar, no máximo, a consistência interna desses critérios e, dependendo das circunstâncias, a sua compatibilização externa com normas e práticas aceitas como devidas pelos integrantes de uma comunidade jurídica particular. O espaço social para a resolução ou acomodação posterior das divergências, nesse caso, não é mais a ciência, mas a política (Schuartz, 2008, p. 132).

Seria possível condicionar a dimensão normativa de um juízo consequentialista à verificação da consistência interna da decisão (o aspecto individual do juízo) com a compatibilidade externa (o aspecto coletivo do juízo)? Se sim, caberia às comunidades jurídicas particulares, consideradas aqui como conjunto de instituições em interação ou conjunto de indivíduos em coordenação no interior de uma instituição: (i) estabelecer os sentidos que serão a posição oficial da instituição e por essa razão servirão de ponto de partida para o raciocínio jurídico dos indivíduos sob coordenação; e, (ii)

3 Por significado entende-se as potenciais compreensões que se pode obter quando uma palavra ou expressão é considerada abstratamente. O sentido decorre do uso concreto de um significado, ou seja, do uso de uma palavra ou expressão em um contexto.

4 Discorda-se da ideia exposta por de Gabardo (2020, p. 116) de que argumentos consequentialistas não passarão de mera probabilidade quanto à ocorrência (ou não) dos fenômenos indicados, mesmo que lastreados em estudos técnicos realizados com o maior rigor metodológico possível, isto é, dotados de cientificidade. Essa ideia considera que há uma diferença abissal entre argumentos de consequência (como os de Posner) e fundamentos de princípio (como os de Dworkin). Mas parece reduzir argumentos consequentialistas aos argumentos factuais. Como é possível raciocinar por consequências para avaliar normas gerais e abstratas, apelando a valores e estados de realidade que se pretende alcançar, essa diferença parece imprecisa.

os critérios disponíveis aos decisores para a avaliação da ação a ser tomada quando for necessário raciocinar por consequências (o que envolve explicitar estados de mundo e valores que devem ser considerados pelo decisor).

A adoção de uma postura como essa implicaria que: (i) um juízo consequencialista em particular não estaria “compatível” sem observar os limites externos que a comunidade (conjunto de instituições em relação à instituição-decisora ou uma instituição em relação a um indivíduo-decisor) delimita; e (ii) não estaria consistente o “construto” do decisor-instituição ou decisor-indivíduo (a forma de avaliar qual a melhor ação considerando estados de mundo e valores externamente postos) que não fosse capaz de produzir resultados semelhantes e aceitos no interior de determinada comunidade jurídica em casos subsequentes.

Essa ideia pode provocar a seguinte pergunta: por que deslocar a produção de sentido do intérprete individualmente considerado para comunidades de intérpretes? Para tentar enfrentar o que talvez seja a maior crítica ao consequencialismo, a de que ele abre espaço para a decisão com base na “sua” régua moral, na “sua” ideia particular. Ao mitigar o individualismo e dar peso ao que é intersubjetivo, enfraquece-se a crítica à arbitrariedade que é um reflexo do individualismo e fortalece-se um institucionalismo que pode representar uma visão coletiva.

Todavia, reconhece-se que essa ideia traz alguns problemas de operacionalização. Como o consenso entre comunidades não é necessário, seria possível e provável ter tantos sentidos quantas são as comunidades. Aceitar que não há uma única resposta correta parece ser condição para o funcionamento desse modelo. Os sentidos produzidos refletirão o papel que essas comunidades desempenham no interior do sistema jurídico. Inevitavelmente refletirão uma visão parcial do problema e a tentativa de apresentar uma solução sistemicamente adequada. Solução que será posta à prova ao longo da tramitação por outras comunidades de intérpretes com a possibilidade de ser validada ou não. Uma fricção inevitável que decorre da fragmentação do poder que a democracia promove.

Assim, é esperado que decisores-instituições e decisores-indivíduos de diferentes comunidades alcancem diferentes resultados a partir dos sentidos institucionalmente produzidos. E a crítica da decisão consequencialista com base na “sua ideia particular” não parece aplicável nessas circunstâncias. Considerando esse cenário, o problema de operacionalização parece estar mais no interior das comunidades jurídicas, especificamente na forma como instituições influenciam condutas individuais, do que na relação que se estabelece entre comunidades que por desempenharem papéis sociais diferentes inevitavelmente produzirão sentidos diferentes.

E é por essa razão que se acredita que a ideia de uma compatibilidade externa que limita o espectro de resultados possíveis – já que ser consistente

envolve estar compatível com uma premissa que teve seu sentido prévia e institucionalmente afirmado⁵ – mitigaria a crítica ao consequencialismo pela possibilidade de um controle mais claro que seria capaz de segregar funções para que ninguém seja capaz de decidir algum assunto sozinho⁶ e, concomitantemente, oferecer coordenação pela via coletiva aos decisores individualmente considerados.

Uma perspectiva como essa envolve dar peso aos poderes hierárquico e disciplinar para afirmar a precedência do coletivo sobre o individual. Haveria a autorização legal para essa precedência por força do art. 30 da LINDB. Ao coletivo que a instituição representa e tem autoridade, é permitido restringir os sentidos “praticáveis”, definir critérios valorativos e prescrever as condutas esperadas dos seus decisores individualmente considerados. O que conjugado à dinâmica das decisões – quem deve decidir primeiro tende a ser influenciado pelo que já foi decidido anteriormente por quem decide por último – promoveria maior segurança jurídica porque a abstração do direito (os significados possíveis de uma norma) estaria concretizada pelas instituições para chegar ao indivíduo com sentidos aplicáveis a determinados contextos.

Esse mecanismo de enforcement institucional não é novo. O case law de sistemas jurídicos com tradição de common law opera dessa forma. Ratio decidendi e obiter dictum desempenham o papel normativo e informativo das decisões enquanto posições institucionais. O que parece ser diferente para o Brasil é a possibilidade de efetivamente enunciar normas a partir de decisões que, mesmo que não possam produzir efeitos nos regulados, produzem efeitos nos agentes que decidem sobre os interesses dos regulados, uma forma indireta de normatizar.

Enunciando ou não, a questão que se coloca é o peso atribuído à definição de sentido pelas instituições, ou seja, o comprometimento que sistematicamente as instituições conseguem promover em seus decisores quando desempenham a função de rule maker de atribuição de sentidos. Se o exercício dessa função não for levado a sério, não haverá incremento da segurança jurídica. E como o que pode dar mais peso ao papel das instituições (e suas autoridades) é a argumentação (é por ela que se controla as decisões), ela tem um papel central por desempenhar: (i) um papel político como argumentação deliberativa que pretende “transformar preferências” e resolver conflitos de valores (preferências sobre fins últimos) e opiniões sobre relações (factuais) de meio-fim (Macagno; Walton, 2019, p. 145); (ii) um papel moral, razão prática a fornecer um princípio para a tomada de decisão; e (iii) um papel jurídico, exteriorizar o conteúdo normativo e sua relação com o caso concreto, gerando uma interpretação jurídica que justifica a decisão tomada.

5 Relembrando que o sentido implica definir o significado aplicável em determinado contexto.

6 Sobre essa ideia e suas consequências, ver Magill (2001).

Seria possível alcançar (ou abstrair) o aspecto coletivo de juízos consequencialistas individualmente considerados para extrair um enunciado ou subsidiá-lo? Como fazer isso? A abordagem modular de avaliação de escolhas em três níveis desenvolvida por Macagno e Walton (2019) parece permitir uma atitude crítica e reflexiva nesse sentido. Assim, na próxima seção será delimitado o tipo de argumentação jurídica que serve à definição de sentidos.

2. ARGUMENTAÇÃO E INTERPRETAÇÃO: DEFINIÇÃO DE SENTIDOS

Como indicam Shecaira e Struchiner (2016), a argumentação jurídica é frequentemente caracterizada como uma espécie particularmente formal, engessada ou “institucional” de argumentação porque quem concorda com essa caracterização costuma ter em mente argumentos jurídicos práticos, como o silogismo jurídico, as analogias jurídicas, os argumentos baseados em precedentes judiciais. Argumentos práticos que estabelecem conclusões sobre como as coisas devem ser, deveriam ter sido ou deverão ser. Como visto na seção anterior, o argumento consequencialista tem uma componente normativa e outra descritiva. A primeira de natureza prática e a segunda de natureza teórica? Argumentos teóricos diferenciam-se dos práticos por estabelecer conclusões sobre como as coisas são, foram ou serão.

A seção anterior buscou defender que mesmo no consequencialismo a conclusão sobre como as coisas são, foram ou serão não tem a capacidade de afasta os dispositivos normativos, mas essa divisão chama a atenção porque a argumentação prática está diretamente ligada à interpretação jurídica, ou seja, à componente normativa do juízo consequencialista. Como esse tipo de argumentação pode ser substantivo ou institucional – substantivo quando apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc. e institucional quando apela a regras⁷ –, o fato de a maioria das pessoas (entre elas consequencialistas) se envolver com a argumentação prática substantiva parece induzir o decisor a cair na armadilha de considerar que conclusões sobre como as coisas são, foram ou serão podem ter força normativa para além do caso concreto.

O que se defende é que a lógica do argumento prático consequencialista está próxima da lógica de uma deliberação racional, aquela em que um curso de ação poderia estar justificado de diferentes maneiras e em diferentes níveis, conforme destacam Macagno e Walton (2019, p. 144) e sob a tutela do direito em um juízo de adequação do resultado ao ordenamento. E se é assim, então essa é intercessão interessante (e útil) entre direito público, democracia

⁷ Conforme aduzem Shecaira e Struchiner (2016) aqueles que argumentam institucionalmente não defendem aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão; respeitam regras e procedimentos previamente estabelecidos.

e processo de conhecimento. Se para a ciência política a argumentação deliberativa é o cerne da democracia e está destinada à “transformação de preferências” e aos conflitos de valores (preferências sobre fins últimos) e opiniões sobre relações (factuais) de meio-fim (Macagno; Walton, 2019, p. 145) por meio de um “enquadramento”⁸, o estabelecimento de uma relação entre meios e fins para deliberação, para o direito essa argumentação é a forma de coordenar autoridades e decisões no interior do sistema normativo.

Uma coordenação que inevitavelmente envolve promover o maior grau possível de vinculação das decisões individualmente consideradas ao direito objetivo entendido como a interpretação (posição) oficial da instituição-autoridade⁹, de modo que a questão central para o direito é análoga à questão apontada por Macagno e Walton (2019, p. 148) para a democracia deliberativa: tratamento, descrição e avaliação de argumentos ancorados em valores (ou dimensões avaliativas) distintos e mesmo incompatíveis. Para a democracia deliberativa, o desafio está em superar a incomensurabilidade valorativa ante a impossibilidade de “ranquear em relação a um denominador comum de valor” os valores conflitantes nos quais os argumentos se baseiam. Para o direito o desafio parece ser diminuir o dissenso mais do que alcançar consenso.

E como relacionar o direito ao indivíduo e o indivíduo ao direito? A abordagem de Macagno e Walton (2019) parece promissora por considerar que um indivíduo continuamente, ou afere os possíveis prós e contras da sua pretensão de agir, ou considera apenas as consequências pretendidas e antecipáveis de seus atos¹⁰. Assim, Macagno e Walton (2019, p. 168-169) propõem associar três grupos de esquemas de argumentação a três níveis de análise que estariam inter-relacionados. Um primeiro nível mais simples que considera apenas a relação entre uma avaliação (ou classificação) e a escolha de uma ação. Um segundo nível que demanda a realização de uma crítica aos efeitos colaterais ou à qualidade do estado de coisas resultante. E um terceiro nível que serviria para classificar a realidade funcionando como uma

8 Meios consistem em ações que são avaliadas de acordo com hierarquias de valores e que resultam em efeitos colaterais diretos e indiretos, cujo julgamento depende das preferências individuais. Valores e crenças factuais não são os únicos componentes da argumentação deliberativa. Uma proposta sobre como agir em um conjunto específico de circunstâncias é analisada com base em como esse conjunto é descrito ou, ainda, “enquadrado”. Enquadramento pode ser definido como uma descrição de um estado de coisas orientada por um objetivo, visando a fazer tornar determinadas características mais acessíveis. (Macagno; Walton, 2019, p. 145-146), envolvendo essencialmente seleção e saliência. Enquadrar é selecionar alguns aspectos de uma realidade percebida e torná-los mais salientes em um texto comunicativo, de modo a promover uma definição de um problema particular, uma interpretação causal, uma avaliação moral e/ou uma recomendação de tratamento para o item descrito. E o enquadramento pode alterar a acessibilidade de determinados valores ou considerações, fazendo com que um valor específico ou um conjunto de valores tenha prioridade na opinião de alguém.

9 Para alguns a vinculação ou obrigação que o sujeito sente em relação ao direito decorreria da reciprocidade, gratidão ou jogo limpo (Rawls e Nozick, por exemplo); para outros, como Locke, do consentimento e do contrato social de forma mais específica; para um terceiro grupo de que fazem parte Schapiro, Postema, Green e Reynolds da obrigação moral de participar de acordos cooperativos dos quais todos se beneficiam e que fornecem uma solução (parcial) para o dilema do prisioneiro e outros problemas de ação coletiva. O que todas essas variações compartilham é a ideia básica de que o direito serve a certos propósitos instrumentais, que esses propósitos são socialmente desejáveis e que a normatividade do direito é a consequência disso (Schauer, 2019, p. 173-174).

10 Sobre a diferença entre os esquemas de raciocínio e argumentação, ver Macagno e Walton (2019).

premissa do esquema de argumentação a partir de regras, de consequências ou de valores (que são o raciocínio de primeiro nível).

2.1. O primeiro nível e suas formas de decidir cursos de ação

Um argumento de raciocínio prático nesse primeiro nível representaria a fase deliberativa da tomada de decisão, aquela em que se escolhe o curso de ação em um contexto de incerteza¹¹ apelando ou à necessidade/suficiência de uma ação, ou às suas consequências ou ao seu status de regra para alcançar um estado de coisas desejado. Esses quatro tipos têm distinções importantes e serão apresentados para poder distinguir o genuíno raciocínio por consequências.

Desenvolver um raciocínio prático instrumental com condição necessária implica avaliar se agir é mais desejável do que não agir (Macagno; Walton, 2019, p. 155). Seu esquema é o que segue:

Premissa de objetivo:	O objetivo do agente A é causar O
Premissa de alternativas:	A considera racionalmente a informação dada de que suscitar ao menos uma das alternativas do conjunto [B0, B1..., Bn] é necessário para alcançar O
Premissa de seleção:	A selecionou uma alternativa Bi como condição aceitável ou como a condição necessária mais aceitável para O
Premissa de praticabilidade:	Nada imutável impede que A suscite Bi até onde A saiba
Conclusão:	Consequentemente, A deve realizar a ação Bi

Já desenvolver um raciocínio prático instrumental com condição suficiente envolve avaliar a ação em si mesma porque já se decidiu agir e essa ação não consegue ser justificada apenas com base em seus fins porque não houve o esgotamento das possibilidades de ação e a verificação de que o resultado poderia ser perseguido de outra forma (Macagno; Walton, 2019, p. 156):

¹¹ A incerteza está presente quando não há operações previamente definidas para alcançar fins específicos ou quando os meios escolhidos afetam significativamente o resultado. Não é uma questão de correção da decisão.

Premissa de objetivo:	O objetivo do agente A é causar O
Premissa de alternativas:	A considera racionalmente a informação dada de que qualquer alternativa do conjunto [B0, B1, ..., Bn] é suficiente para causar O
Premissa de seleção:	A selecionou uma alternativa Bi como condição aceitável ou como a condição suficiente mais aceitável para causar O
Premissa de praticabilidade:	Nada imutável impede A de suscitar Bi até onde A saiba
Conclusão:	Consequentemente, A deve realizar a ação Bi

Para criticar esses dois tipos de raciocínio instrumental, Macagno e Walton (2019, p. 156) propõe cinco perguntas críticas (PC)¹² que ajudam a verificar a solidez do argumento:

- PC1: Há outros meios de realizar O além de [B0, B1, ..., Bn]? [Pergunta dos Meios Alternativos]
- PC2: Bi é uma alternativa aceitável (ou é a melhor alternativa)? [Pergunta da Opção Aceitável/da Melhor Opção]
- PC3: É possível para o agente A fazer Bi? [Pergunta da Possibilidade]
- PC4: Há efeitos colaterais negativos de A fazer Bi que deveriam ser considerados? [Pergunta dos Efeitos Colaterais Negativos]
- PC5: A possui outros objetivos, além de O, que poderiam entrar em conflito com a realização de O por A? [Pergunta dos Objetivos Conflitantes]

O caso do raciocínio a partir de consequências difere dos anteriores porque o decisor inicia seu juízo considerando que existe mais de um

¹² O recurso às perguntas críticas permite observar como cada componente argumentativo pode ser avaliado individualmente. Elas são direcionadas a cada um desses esquemas argumentativos para levantar aspectos controversos de cada componente.

modo de agir (meio) para realizar determinado fim, sendo a questão de o argumento ranquear as possibilidades e justificar a razão de adotar um modo em detrimento de outros (Macagno; Walton, 2019, p. 157):

Premissa 1:	Se o agente A efetivar (ou não) B, então ocorre C
Premissa da consequência negativa:	C é um resultado negativo (do ponto de vista dos objetivos de A), e resultados negativos devem ser evitados pela não efetivação de suas causas
Premissa da consequência positiva:	A selecionou uma alternativa Bi como condição aceitável ou como a condição suficiente mais aceitável para causar O
Premissa de praticabilidade:	C é um resultado positivo (do ponto de vista dos objetivos de A), e resultados positivos devem ser perseguidos pela efetivação de suas causas
Conclusão:	Consequentemente, B deveria/não deveria ser efetivado (em termos práticos)

A solidez de um argumento desse tipo poderia ser verificada recorrendo às seguintes perguntas críticas:

PC1:	Quão alta é a probabilidade de que as consequências citadas ocorram?
PC2	Que evidências apoiam a alegação de que as consequências citadas irão (poderão, deverão) ocorrer? Elas são suficientes para sustentar a força da alegação de forma adequada?
PC3:	Há outras consequências opostas (negativas em oposição a positivas, por exemplo) que deveriam ser levadas em conta?

E o último tipo de argumento do primeiro nível para agir é o argumento a partir de regras. Nele, o decisor adere a uma classificação de estado de coisas ou de agente (A) sob uma categoria genérica X feita previamente por

uma autoridade e para a qual um curso de ação já está definido (Macagno; Walton, 2019, p. 157):

Premissa maior: Se a realização de tipos de ações que incluam o estado de coisas B é a regra estabelecida para X, então (a não ser que se trate de um caso de exceção), X deve realizar B

Premissa menor: Realizar tipos de ações que incluam o estado de coisas B é a regra estabelecida para A, que se encaixa em X?

Conclusão: Consequentemente, B deve ser realizado

A solidez desse raciocínio poderia ser avaliada a partir das seguintes perguntas críticas:

PC1: A regra requer que se proceda a determinados tipos de ações que incluam B como uma instância?

PC2: A se encaixa na categoria X?

PC3: Há outras regras estabelecidas que possam entrar em conflito com ou se sobrepor a esta?

PC4: Esse caso é excepcional, isto é, há circunstâncias atenuantes ou licenças para a não obediência?

É interessante destacar que os autores, ao analisarem as possibilidades nesse primeiro nível, chegaram à conclusão de que há:

(...) uma diferença crucial entre os esquemas de raciocínio prático e a partir de consequências, por um lado, e os esquemas a partir de regras, por outro. O esquema a partir de regras consiste na aplicação de uma regra a um estado-de-coisas com determinadas características – mais especificamente, a um estado-de-coisas que é classificado de uma determinada maneira.

Os dois primeiros esquemas, por sua vez, pressupõem uma avaliação do curso de ação. No raciocínio prático, dois fatores precisam ser avaliados, a saber: (1) a alta desejabilidade da ação escolhida frente às ações alternativas no que se refere à busca do mesmo objetivo

(raciocínio prático); e (2) a desejabilidade da ação no que se refere ao objetivo e aos seus efeitos. No esquema a partir de consequências, apenas o fator (2) é considerado.

Em ambos os esquemas, as condições de refutabilidade e os eventuais ataques podem se voltar para a avaliação das alternativas ou das premissas. O esquema a partir de regras pode ser suplantado ou enfraquecido simplesmente assumindo um outro sistema de regras também aplicável.

(...)

Tanto o esquema do raciocínio prático quanto o esquema a partir de consequências pressupõem uma avaliação de um estado-de-coisas que pode ser realizado apenas pela pressuposição de uma hierarquia de valores (Macagno; Walton, 2019, p. 158).

2.2. O segundo nível e suas formas de avaliar o curso de ação adotado para justificar ou controlar

Apresentadas as possibilidades de primeiro nível, Macagno e Walton (2019, p. 165) dedicam sua atenção para um segundo nível, aquele em que se realiza uma crítica aos efeitos colaterais ou à qualidade do estado de coisas resultante do curso de ação adotado (apelando a consequências ou valores que não são valores jurídicos abstratos).

Avaliação a partir de consequências

Premissa 1: Se o agente A realizar (ou não) B, então ocorrerá C

Premissa de consequência: C é um resultado bom/ruim (na perspectiva dos objetivos de A)

Premissa de avaliação: Aquilo cuja realização é boa é, em si mesmo, bom e vice-versa; aquilo cuja destruição é ruim é, em si, bom e vice-versa

Conclusão: Consequentemente, B é bom/ruim

Avaliação a partir de valores

Premissa 1: O valor V é positivo ou negativo de acordo com o julgamento de A

Premissa 2:	O fato de V ser positivo ou negativo afeta a interpretação e, conseqüentemente, a avaliação da ação/do estado de coisas C (Se o valor V é bom/ruim, ele sustenta/dissuade o comprometimento com C)
Conclusão:	V é um motivo para conservar/retirar o comprometimento com C

Macagno e Walton (2019, p. 164-165) associam esse tipo de avaliação a um padrão de raciocínio que conecta ações e objetivos, uma forma de avaliar diferente da que é feita no primeiro nível para conectar meios e fins. O ponto relevante aqui na visão deles é a de que a avaliação pode mudar em função da maneira como o decisor classifica o estado de coisas. De modo que essa classificação se encontraria em um nível mais profundo do raciocínio pressuposto pelo raciocínio prático: o terceiro nível.

2.3. O terceiro nível e as formas de classificar a realidade

O terceiro nível de análise serviria para classificar a realidade e fazê-la funcionar como uma premissa do esquema de regras do primeiro nível (por meio da categoria que a regra representa ao ligar ações a estados de coisas) e do esquema de avaliação do segundo nível (conseqüências ou valores). Macagno e Walton (2019, p. 166-167) chamam a atenção para o fato de que a avaliação dos meios para alcançar um fim e a avaliação das ações e seus efeitos dependem dos fatores que um decisor leva em consideração para classificar um determinado estado de coisas. Esse argumento funcionaria da seguinte forma:

Argumento de classificação

Premissa 1:	Se uma coisa particular a pode ser classificada como se enquadrando na categoria verbal P, logo a tem propriedade Q (em virtude de tal classificação)
Premissa 2:	a pode ser classificado sob a categoria verbal P
Conclusão:	a tem propriedade Q

E pode ser avaliado quando se pergunta (Macagno; Walton, 2019, p. 167):

- PC1: Que evidência mostra que a definitivamente se enquadra em P, contrapondo-se a evidências que dariam margem para dúvida sobre tal classificação?
- PC2: a poderia ser classificado de outro modo?

Esses esquemas apresentados pela abordagem modular e suas perguntas críticas parecem úteis para responder as questões do final da seção anterior. Elas podem ajudar a alcançar (ou abstrair) o aspecto coletivo de juízos consequencialistas individualmente considerados (aqueles juízos do 1º nível que, diante de interpretações possíveis das regras, justificam sua escolha apelando às melhores consequências)¹³. E podem, por meio do segundo e terceiro níveis, ajudar as instituições a coordenar os decisores, seja estabelecendo critérios de valoração e preferências, seja densificando regras por meio de enunciados.

Como visto na seção anterior, a dimensão normativa das decisões consequencialistas tem o desafio de mitigar as críticas sobre possíveis arbitrariedades nos seus resultados em função da ampla liberdade que acaba concedendo ao decisor. Um desafio que em linhas gerais envolve estabelecer a quem cabe atribuir significados e de que forma isso pode ser feito para que as decisões desse tipo sejam (ou se tornem) internamente consistentes e externamente compatíveis. Uma possibilidade que exsurge nessa direção é explorar o papel da interpretação jurídica nesse processo.

Primeiro porque a interpretação de normas jurídicas é entendida de forma ampla como um processo de atribuição de significado a fontes jurídicas (*legal sources*). E dessa forma ela é argumentativa em dois aspectos. Conforme indicam Walton, Macagno e Sartor (2021, p. 165) a interpretação serve tanto como *output*, quanto como *input* da argumentação jurídica. É possível obter diretamente uma interpretação, sem ter que suscitar dúvidas e avaliar alternativas (a forma dominada pela heurística e pelos cânones de interpretação), ou dialeticamente construir uma a partir da avaliação das razões a favor e contra a adoção de uma interpretação dentre outras possíveis (Walton; Macagno; Sartor, 2021, p. 169).

Alguns autores denominam o primeiro tipo de raciocínio interpretativo como *prima facie*, o resultado de um cálculo não crítico, e afirmam que o segundo é acionado quando o primeiro falha em fornecer uma única resposta porque vários significados *prima facie* são alcançáveis, ou porque o significado *prima facie* não satisfaz imediatamente as preocupações do

13 Estão sendo excluídos os juízos sobre agir ou não agir e o juízo de adoção de uma regra que são as características dos esquemas demais esquemas de primeiro nível que não o por consequências. Esses trazem outros problemas de operacionalização que não estão no escopo deste artigo.

intérprete. Interessante destacar que para alguns, a interpretação *prima facie* é um “entendimento” (*understanding*) ou “entendimento direto”, enquanto a interpretação envolveria necessariamente atribuição crítica de significado (Walton; Macagno; Sartor, 2021, p. 170). Talvez o entendimento deva estar reservado aos decisores, enquanto a interpretação deva estar reservada à autoridade que o coletivo de decisores forma.

A interpretação estaria vocacionada à clareza do entendimento, sendo a clareza uma noção pragmática que corresponde ao estado em que nenhuma dúvida razoável pode ser levantada em relação ao significado do texto buscaria e a prerrogativa do art. 30 da LINDB autorizaria a interpretação de um coletivo que se impõe aos indivíduos para dar clareza de significado para uma categoria de casos que se desenvolvem em contextos similares e por isso, justificadamente, evoluem o texto normativo fornecendo entendimentos *prima facie* em contextos diversos.

CONCLUSÃO

A proposta de distinguir entendimento de interpretação parece útil quando se encara um “descompasso eventual” entre o significado “calculado” de uma enunciação (o entendimento *prima facie*) e algum fator do contexto ou do caso específico ao qual a enunciação se aplica, ou seja, a distinção poderia ajudar a desenhar um processo de atribuição de clareza que articule as diversas instituições no âmbito das suas competências e os diversos decisores no âmbito da sua jurisdição. E isso merece ser estudado porque o direito deve ser capaz de coordenar esses esforços interpretativos se quiser alcançar consistência e coerência.

Em geral, consistência e coerência têm sido promovidas por quem detém a “última palavra” em uma sistemática que pode ser aperfeiçoada para vincular os decisores e promover coordenação de agentes. Enunciados formulados genericamente como normas, em função do caráter da linguagem, inevitavelmente vincularão menos do que enunciados acompanhados do processo de interpretação de uma norma (consequentemente acompanhada de todos os elementos dos esquemas apresentados e das respostas às perguntas críticas). Essa é a ideia que se pretendeu explorar no artigo como um convite ao debate que a torne apta a lidar com os problemas que diuturnamente se colocam ao Direito Administrativo.

REFERÊNCIAS

GABARDO, Emerson; DE SOUZA, Pablo Ademir. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 81, p. 97-124, 2020.

GUIMARÃES, B. Strobel; MEDEIROS, L. S. Furtado; BRAZ, T. do Valle. Consequencialismo e modismo: Lindb e obrigação do juiz considerar conseqüências. *Consultor Jurídico*, 19 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-19/consequencialismo-e-modismo-lindb-e-obrigacao-do-juiz-considerar-consequencias/>. Acesso em: 31 jan. 2024.

LEAL, Fernando. Consequencialismo. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. In: VASCONCELOS, Agtta Christie Nunes; NETO, Pedro Meneses Feitosa (Orgs.) *Direito Regulatório Comportamental e Consequencialismo: Nudges e pragmatismo em temas de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas. Argumentos de raciocínio prático: uma abordagem modular. *Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação*, p. 140-184, 2019.

MAGILL, M. Elizabeth. *Beyond powers and branches in separation of powers law*. U. Pa. L. Rev., v. 150, 2001.

POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 130-158, 2008.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 1, n. 1, p. 126-143, 2016.

SCHAUER, Frederick. On the Alleged Problem of Legal Normativity. In: SCHAUER, Frederick; BEZEMEK, Christoph; LADAVAC, Nicoletta Bersier (orgs). *The Normative Force of the Factual: Legal Philosophy Between is and Ought*. Alemanha: Springer, 2019, p. 171-180. 2019.

WALTON, Douglas; MACAGNO, Fabrizio; SARTOR, Giovanni. Statutory interpretation: Pragmatics and argumentation. *Cambridge University Press*, 2021.

Recebido: 22/03/2024

Aprovado: 24/05/2024

A COMPATIBILIDADE DA REMOÇÃO DE CONTEÚDOS COM A PROIBIÇÃO DA CENSURA: ANÁLISE DO TEMA N. 995 DO STF

THE COMPATIBILITY OF CONTENT REMOVAL WITH THE PROHIBITION OF CENSORSHIP: ANALYSIS OF TOPIC NO. 995 OF THE STF

Ermelino Cerqueira¹

Ricardo Maurício Freire Soares²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A liberdade de comunicação como direito fundamental. 2. As intervenções judiciais na liberdade de comunicação. 3. Remoção de conteúdos e censura. Conclusão. Referências.

1 Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Professor da Universidade Tiradentes e Defensor Público – Defensoria Pública do Estado de Sergipe –, Titular da 8ª Defensoria Criminal da Comarca de Aracaju (1º Tribunal do Júri) e Diretor do Núcleo de Flagrante Delito e Presos Provisórios. Avaliador do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (BASis – INEP/MEC).

2 Pós-Doutor em Direito pela *Università degli Studi di Roma La Sapienza*, pela *Università degli Studi di Roma Tor Vergata* e pela *Università del Salento*. Doutor em Direito pela *Università del Salento*. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor Universitário.

RESUMO: O artigo problematiza a supressão judicial de conteúdos veiculados através dos meios de comunicação social autorizada expressamente pela tese constante do tema n. 955 do Supremo Tribunal Federal, fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.075.412. Desenvolve pesquisa qualitativa conceitual quanto à liberdade de imprensa e à censura, investigando o alcance do direito fundamental à liberdade de expressão, notadamente quando realizado através dos veículos de comunicação de massa, abordando a atual disciplina jurídica destes meios e explorando o regime constitucional daquela liberdade e sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de confrontação com outros direitos de estatura constitucional e as possibilidades de interdição ou responsabilização.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão. Comunicação Social. Imprensa. Responsabilização. Censura.

ABSTRACT: The article problematizes the judicial suppression of content transmitted through the media expressly authorized by the thesis contained in theme no. 955 of the Federal Supreme Court, established in the judgment of Extraordinary Appeal No. 1,075,412. Develops conceptual qualitative research regarding freedom of the press and censorship, investigating the scope of the fundamental right to freedom of expression, notably when carried out through mass communication vehicles, addressing the current legal discipline of these media and exploring the constitutional regime of that freedom and its interpretation by the Federal Supreme Court in cases of confrontation with other constitutional rights and the possibilities of interdiction or liability.

KEYWORDS: Freedom of Expression. Social Communication. Press. Accountability. Censorship.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar as consequências do julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.075.412 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com fixação de tese em sede de repercussão geral, diante da controvérsia relativa à liberdade de expressão e ao direito à indenização por danos morais, devidos em razão da publicação de matéria jornalística na qual terceiro entrevistado imputa a prática de ato ilícito a outrem, especificamente no trecho em que “admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais”, sendo a hipótese deste estudo a compatibilidade da remoção de conteúdos com a proibição da censura.

As seguintes questões devem ser indagadas para melhor compreensão do assunto: em que consiste a liberdade de comunicação social? Quais os limites da intervenção judicial na liberdade de comunicação social? Qual o conceito e modalidades de censura? Qual a repercussão do Tema n. 995 do STF para a proibição da censura? São questionamentos que devem ser respondidos na fase de desenvolvimento, que está compartimentada em três seções.

Como objetivo geral do presente trabalho, busca-se analisar o sentido e o alcance da remoção de conteúdos nos meios de comunicação social.

No que toca aos objetivos específicos, em um primeiro capítulo será abordada a liberdade de expressão e suas dimensões, já o capítulo segundo analisará as intervenções judiciais à liberdade de comunicação social, cabendo ao capítulo terceiro investigar a definição de censura e sua aplicabilidade à remoção judicial de conteúdos. Por fim, pretende-se sintetizar as considerações finais em resposta à hipótese apontada.

Sobre a metodologia científica utilizada, trata-se de artigo revisional a partir de dados qualitativos. Os métodos de estudo empregados foram a pesquisa bibliográfica e documental, mediante acesso a repositórios físicos e também eletrônicos disponibilizados na internet. Acerca do método de abordagem, optou-se pelo meio de investigação dedutiva, visto que o estudo parte de uma premissa geral para alcançar outra de cunho particular.

1. A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Apesar da variedade de direitos relacionados à liberdade comunicativa, ora tratados como sinônimos (liberdade de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, art. 5º, incisos IV e IX da CF/88), ora como pressupostos (liberdade de consciência e de

crença, convicção filosófica ou política, acesso à informação, art. 5º, incisos VI, VIII e XIV da CF/88), é certo que a liberdade de expressão é direito genérico que abrange inúmeras formas e direitos correlatos, costumeiramente utilizada para designar a liberdade de se externar o pensamento a outrem, daí porque pode-se falar em liberdades da comunicação.

Dentre todas as denominações a liberdade de pensamento – de idealizar uma convicção pessoal, ainda que inconformista – é considerada a liberdade primária, que reuniria todas as demais direcionadas à conservação da independência ou autonomia do espírito da pessoa nos diversos âmbitos da vida, sendo identificada como liberdade de opinião e consciência que impede qualquer restrição ou discriminação pela adoção de determinada ideia ou crença, estando relacionada à liberdade interna ou subjetiva, ou seja, o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem; por isso é chamada igualmente de liberdade do querer, “como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior” (Afonso da Silva, 2003, p. 240). Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011, p. 325):

A propósito da liberdade de pensamento, deve-se, de pronto, distinguir duas facetas: a liberdade de consciência e a liberdade de expressão ou manifestação do pensamento. A primeira é a liberdade de foro íntimo. Enquanto não manifesta, é condicionável por meios variados, mas é livre sempre, já que ninguém pode ser obrigado a pensar deste ou daquele modo. Essa liberdade de consciência e de crença a Constituição declara inviolável.

Quando, porém, o resultado da liberdade de pensamento é exposto, temos a liberdade de manifestação e comunicação, também denominada liberdade externa ou objetiva consistente na expressão externa do querer individual, que implica o afastamento de obstáculos ou de coação, de modo que o homem possa agir livremente, seja no plano religioso (liberdade de culto), educativo e de pesquisa (liberdade de ensino e científica), cultural (liberdade artística) ou no plano público (liberdade de expressão), podendo esta última variar de acordo com a técnica utilizada para exercê-la: liberdade de reunião, concentração, imprensa, radiodifusão e televisão, do teatro, do cinema etc. (Silva, 2000).

Em função dessa variedade terminológica, Jónatas M. E. Machado (2002) ressalta a associação íntima ou conexão interna que se estabelece entre a liberdade de expressão enquanto direito mãe e a generalidade das liberdades da comunicação, funcionando a primeira como ideia-força da interpretação constitucional que, no processo de concretização das diversas liberdades comunicativas, deve objetivar as finalidades substantivas que historicamente foram atribuídas à liberdade de expressão.

Logo, ressalvadas as dificuldades que a complexidade social e a volatilidade tecnológica oferecem, doutrinariamente o direito à liberdade de expressão é considerado em sentido amplo um superconceito que abrange um conjunto de direitos fundamentais reunidos na categoria genérica “liberdades comunicativas” ou “liberdades da comunicação”, ao passo que em sentido estrito e residual, o direito à liberdade de expressão significa a liberdade de opinião, a liberdade de informação (direito de informar, de se informar e de ser informado), a liberdade de imprensa, o direito dos jornalistas, o direito de resposta, o direito ao sigilo da fonte, a liberdade de radiodifusão e a liberdade de comunicação social (Machado, 2002).

Outrossim, ao lado das liberdades comunicativas que limitam a intervenção do Estado na seara da comunicação, a liberdade de expressão em sentido amplo se interliga com todos os direitos fundamentais que positivam a autonomia individual e garantem sua inserção ativa, competitiva e comunicativa nos seus vários planos e diferentes subsistemas de ação social, que podem assim ser compreendidos como liberdades de comunicação em sentido amplíssimo, como a liberdade de consciência, que pressupõe uma independência e integridade racional, moral-prática e comunicativa dos indivíduos, a liberdade religiosa, cuja afirmação através da separação das confissões religiosas do Estado promoveu a liberdade de expressão e de informação apoiada numa estrutura descentralizada de comunicação, a liberdade de criação artística, a liberdade de profissão, o direito de propriedade, as liberdades de reunião, manifestação e associação, dentre outras (Machado, 2002).

Assim como ocorre em todos os direitos fundamentais, o substrato das liberdades comunicativas pode ser analisado a partir de duas dimensões. Subjetivamente diz respeito à importância da norma consagradora da liberdade comunicativa para a pessoa individualmente considerada, sua própria vida, o desenvolvimento da sua personalidade, interesses e ideias. Já de acordo com a fundamentação objetiva importa o significado do direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento, através de qualquer meio, para o interesse público, para a vida em comunidade, enquanto um valor geral, uma liberdade institucional (Canotilho, 2003).

Para Jónatas E. M. Machado, esse caráter duplo do direito à liberdade de expressão manifesta-se em duas ordens de direitos. Do ponto de vista da ordem jurídico-subjetiva é ressaltada a defesa do indivíduo contra interferências externas, atribuindo ao Estado os deveres de abstenção e proteção. Através do primeiro, de viés eminentemente negativo, se busca “garantir um perímetro de liberdade ao titular do direito, que o Estado só excepcionalmente, e de acordo com um conjunto apertado de pressupostos materiais, formais e metódicos pode vulnerar” (2002, p. 379). Já o dever de proteção, próprio do contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais, obriga o Estado a

tutelar a liberdade de expressão contra agressões de terceiros e assegurando o direito de participação e acesso aos meios de comunicação, exigindo prestações positivas veiculadas por normas organizadoras e reguladoras que efetivem a funcionalidade e a equidade das estruturas da comunicação.

Por sua vez a ordem jurídico-objetiva enfatiza a força normativa da liberdade de expressão perante os poderes públicos e os poderes sociais com vistas à otimização do debate público, destacando a função democrática das liberdades comunicativas para a “formação da opinião pública e da vontade política, no dever de proteção de minorias e na garantia de uma esfera de discurso público aberta e pluralista” (Machado, 2002, p. 384).

A inclusão das liberdades comunicativas no rol dos direitos fundamentais decorre da luta histórica pela sua afirmação perante o Estado, devido à sua natureza eminentemente negativa e defensiva, que impôs a criação de liberdades indisponíveis diante de eventuais maiorias políticas, considerando que seu elevado grau de importância para os domínios da vida e do comportamento humano, individual ou coletivo, inclusive enquanto pré-requisito da democracia, impede que mesmo órgãos democraticamente eleitos como representantes da comunidade política possam livremente regulamentar ou restringir essas garantias (Machado, 2002).

Por isso, alertam Manoel Jorge e Silva Neto (2021, p. 848) que, por ser o Estado brasileiro “democrático”, o direito de opinião é resguardado constitucionalmente enquanto mecanismo de promoção da democracia, cuja existência pressupõe o conflito de opiniões.

O direito de comunicação social, enquanto uma das facetas da dimensão instrumental da liberdade de expressão, alcança a preservação da opinião relacionada à livre exteriorização de pensamentos, seja a criação artística ou literária, que inclui o cinema, o teatro, a novela, a ficção literária, as artes plásticas, a música, até mesmo a opinião publicada em jornal ou qualquer outro veículo (liberdade de expressão em sentido estrito) e a divulgação de fatos noticiáveis que tenham uma aparência de veracidade, dados, qualidades ou objetivamente apuradas (liberdade de informação) quando exteriorizadas através de um meio de comunicação de massa. Apesar de não estar presente no jornalismo televisivo e nas revistas semanais, essa diferenciação é muito clara na maioria dos jornais impressos, nos quais os editoriais e artigos assinados são apartados dos textos informativos:

Essa divisão ajuda a cimentar o pacto do veículo com o público: de um lado, editores e repórteres procuram, até onde sua consciência alcança, não contaminar o relato dos fatos com visões opinativas; de outro, a audiência é orientada a distinguir os relatos baseados em observações empíricas relativamente impessoais, ou seja, as reportagens, dos exercícios de argumentação, ou seja, os artigos opinativos (Bucci, 2000, p. 108).

Por outro lado, também será objeto do direito de comunicação social a integração e regulação jurídica da existência, composição e do funcionamento desses meios de comunicação, ou seja, “não só o regime jurídico da manifestação e da recepção do pensamento através dos meios de comunicação de massa, mas também o regime legal atinente à propriedade de um jornal, à concessão de um canal de televisão ou de rádio e de outros veículos do gênero” (Nunes Júnior, 2011, p. 43).

Após estabelecer no art. 5º, incisos IV, VI, VIII, IX e XIV, enquanto direitos e garantias individuais e fundamentais, as diversas liberdades de comunicação, a Constituição de 1988 dedicou no Título VIII “Da ordem social”, pela primeira vez na história das constituições brasileiras, um capítulo específico para a comunicação de massa – Capítulo V “Da comunicação social” – distinguindo-a portanto dos meios de comunicação interpessoal ou unicast, como os serviços postais, telegráficos ou telefônicos, estes últimos à época da constituinte limitados à transmissão de voz ou documentos via fax, que são citados apenas no art. 21 quando da fixação das competências da União, dentre as quais explorar os serviços de telecomunicações.

Para Luís Roberto Barroso (2008), a distinção se justifica em função da susceptibilidade dos mass media em influenciar a formação da opinião, da ideologia e da agenda social, política e cultural de um determinado povo, bem como pela maior dimensão de eventual dano que ocasionem a direitos subjetivos igualmente tutelados pela Constituição como a vida privada, a honra, a imagem, os direitos autorais, dentre outros. Essas particularidades também justificaram a inclusão dos serviços de radiodifusão em um dispositivo apartado (art. 21, XII, “a” com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 8/95) daquele em que constou o gênero serviços de telecomunicações (art. 21, XI), em que pese os primeiros serem espécie deste último, excluindo-os ainda da submissão a um órgão regulador.

Assim sendo, entre os artigos 220 e 223 a Constituição de 1988 definiu regras específicas para os veículos impressos (art. 220, § 6º), diversões e espetáculos públicos (art. 220, § 3º, I), radiodifusão sonora – rádio – e radiodifusão de sons e imagens – televisão (art. 220, § 3º, II, 221, 222, §§ 1º, 2º, 4º e 5º e 223), empresas jornalísticas (art. 222, *caput* e § 1º) e meios de comunicação social eletrônica (art. 222, § 3º), além de preceitos gerais para todos os veículos (art. 220, *caput*, §§ 1º, 2º, 4º e 5º e 224). Esses dispositivos definem garantias, restrições ao conteúdo transmitido ou à organização e propriedade desses entes, competências do Poder Público e do Congresso Nacional quanto ao tema e as matérias que deverão ser objeto da legislação infraconstitucional.

Essas garantias reiteram o amplo direito fundamental à liberdade de expressão constante do art. 5º inciso IX, considerando que a comunicação através de estruturas especializadas dirigidas a um público amplo –

comunicação *multicast* – é apenas uma das várias possibilidades que o sentido estrito das liberdades comunicativas permite inferir: liberdade de opinião, liberdade de informação, liberdade de radiodifusão, liberdade artística, liberdade científica, liberdade de imprensa etc.

Considerando que por muitos séculos os impressos constituíram a única forma de comunicação abrangente, a liberdade de impressão, de imprimir ou de imprensa, tornou-se sinônimo de liberdade de informação, de expressão ou comunicativa como uma liberdade civil, individual, mas com relevância coletiva, fundamental e essencial. Apesar da sofisticação atual dos diversos meios de transmissão de dados, notícias, informações, opiniões e pensamentos, notadamente o rádio, a televisão, a internet e o sistema de telefonia móvel, a expressão segue designando a forma de expressão que mais se sobressai em importância devido ao seu ilimitado alcance social na atualidade e define, segundo Luís Roberto Barroso (2004, p. 123), “a liberdade reconhecida (na verdade, conquistada ao longo do tempo) aos meios de comunicação em geral (não apenas impressos, como o termo poderia sugerir) de comunicarem fatos e ideias, envolvendo, desse modo, tanto a liberdade de informação como a de expressão”.

Destarte, um conceito moderno de imprensa deve associá-la exclusivamente à informação jornalística dos jornais, revistas, periódicos, televisão, rádio e internet, independentemente do processo gerador, preponderando a atividade desenvolvida e não o meio empregado para divulgá-la. Por outro lado, impressos não jornalísticos e atividades de diversão, inobstante integrarem o sistema de comunicação social, não se submetem ao regime de imprensa, como cartazes, livros, boletins, prospectos, anúncios, novelas, músicas etc. (Carvalho, 2011).

Canotilho e Vital Moreira (1993) analisam a liberdade de imprensa como uma qualificação da liberdade de expressão e informação, razão pela qual todas comungam do mesmo regime constitucional, incluindo a proibição da censura, a submissão das infrações aos princípios gerais do direito criminal, o direito de resposta e de retificação, sendo essa coincidência decorrente do percurso histórico comum desses direitos.

Porém observa Venício A. de Lima (2013, p. 98), a partir dos diversos documentos históricos que positivaram os direitos e garantias fundamentais, que os termos “liberdade de expressão” e “liberdade de imprensa” não são utilizados como sinônimos, estando o primeiro sempre relacionado à pessoa, ao indivíduo-cidadão, enquanto que o segundo “aparece como ‘condição’ para a liberdade individual (Declaração da Virgínia) ou como uma liberdade da ‘sociedade’ equacionada com a imprensa e/ou os meios de comunicação (Declaração de Chapultepec)”.

A liberdade de imprensa é instrumentalizada necessariamente por veículos de comunicação de grande abrangência, que podem ser reunidos

no termo “mídia”, porém é apenas uma das possibilidades do direito de comunicação social, que corresponde à “manifestação e a recepção do pensamento, a difusão de informações, a manifestação artística ou a composição audiovisual, quando veiculadas através de um meio de comunicação de massa” (Nunes Júnior, 2011, p. 43). Por essa razão, apesar de também ser beneficiado pelo princípio da liberdade de expressão, o sistema de comunicação social é mais amplo que a imprensa e que os próprios veículos de comunicação, o que obriga que sejam consideradas as condições econômicas do seu funcionamento para a análise da liberdade de imprensa:

Em resumo: liberdade de expressão e liberdade de imprensa são liberdades distintas. Já eram distintas no tempo Milton, que defendia o direito individual de imprimir (printing) sem a necessidade de uma licença prévia da igreja e do Estado. Com muito mais razão, o são hoje quando liberdade de imprensa (press) não se refere mais à liberdade individual de imprimir (printing), mas sim à liberdade de empresas cujos principais objetivos são conferir lucratividade aos seus controladores e viabilizar sua própria permanência no mercado (Lima, 2010, p. 127).

Especificamente quanto à liberdade de imprensa, sua menção na Constituição de 1988 só ocorreu no art. 139, inciso III, segundo o qual, na vigência do estado de sítio, poderão ser adotadas “restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei”. Porém, o conceito de imprensa não é definido pela Constituição, mas pode ser entendido a partir de dois sentidos.

Num sentido objetivo, compreende indistintamente a atividade realizada por qualquer meio mecânico, químico ou eletrônico de impressão, reprodução e difusão de notícias e opiniões, em formato físico ou virtual (jornais, revistas, livros, cartazes, folhetos, sites, redes sociais), podendo ter caráter oneroso ou gratuito, resultar de processos técnicos, artesanais ou tecnologicamente avançados, empregados por estruturas organizadas e institucionalizadas ou de maneira informal.

Em sentido subjetivo, a imprensa abrange as empresas e os indivíduos profissionalmente ligados a todas as atividades relevantes para o processo comunicativo, desde a obtenção de informações e opiniões, passando pela edição e publicação, indo até a recepção dos conteúdos veiculados.

Já a liberdade de imprensa pode ser compreendida através de duas dimensões. Numa dimensão individual-subjetiva, refere-se à garantia de posições jurídicas aos indivíduos ligados à imprensa, sobretudo os jornalistas, bem como às empresas jornalísticas e aos órgãos de comunicação social, públicos e privados, com destaque para a natureza negativa dos

direitos fundamentais que asseguram o distanciamento do Estado. Do ponto de vista institucional-objetivo, importa a tutela jurídica dispensada ao valor da imprensa livre enquanto concretização da liberdade de opinião e de informação no domínio das empresas de comunicação e elemento essencial de uma ordem estatal democrática e pluralista (Machado, 2002, p. 505).

2. AS INTERVENÇÕES JUDICIAIS NA LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO

As normas que estabelecem direitos fundamentais asseguram determinados bens ou domínios existenciais extraídos da realidade (vida, domicílio, religião, opinião, pensamento etc.), sendo geralmente designados de âmbito de proteção, domínio normativo, pressupostos de fato dos direitos fundamentais ou âmbito normativo. Como resultado do efeito jurídico incidente para a proteção dos dados reais, eles passam a configurar direitos subjetivos (direito à vida, à inviolabilidade do domicílio, liberdade de religião, opinião e pensamento etc.), que são operacionalizados mediante a criação ou constituição jurídica de liberdades, prestações, instituições e procedimentos (Canotilho, 2003).

Ademais “os direitos consideram-se direitos *prima facie* e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjetiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas” (Canotilho, 2003, p. 1273), sendo essa aplicação referida por diversas expressões: realização, concretização, atualização, otimização, conformação ou efetivação dos direitos fundamentais.

Em muitas hipóteses a verificação das condições concretas que delimitarão a conversão dos direitos potenciais – consagrados como direitos subjetivos na Constituição – em direitos atuais é mediada por outras normas legais ou mesmo constitucionais conformadoras do âmbito de proteção da norma constitucional em exame, a fim de “completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstrato ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais” (Canotilho, 2003, p. 1263). Outra possibilidade é que essas normas legais ou constitucionais limitem ou restrinjam posições que, a princípio, integram o domínio de proteção dos direitos fundamentais.

Mas ressalta J. J. Gomes Canotilho que os direitos fundamentais podem ser restringidos não apenas por normas, “a intervenção agressiva no âmbito de proteção de um direito pode ser feita através de um ato jurídico (intervenção restritiva) concreto e imediatamente incidente sobre um direito, liberdade e garantia” (2003, p. 1265). Essa intervenção restritiva corresponde a um ato jurídico que, de forma finalística, imediata e vinculativa reduz o

âmbito de proteção de um direito, liberdade e garantia, podendo se dar através de uma ordem, proibição ou injunção.

Diante dessas formas de diminuição das possibilidades de ação asseguradas pelo âmbito de proteção da norma consagrada de direitos fundamentais, Canotilho (2003, p. 1276) sistematiza em três categorias as restrições a direitos, liberdades e garantias constitucionais:

- (1) restrições constitucionais diretas ou imediatas, ou seja, restrições diretamente estabelecidas pelas próprias normas constitucionais;
- (2) restrições estabelecidas por lei mediante autorização expressa da constituição (reserva da lei restritiva);
- (3) restrições não expressamente autorizadas pela constituição, isto é, limites constitucionais não expressos, cuja admissibilidade é postulada pela necessidade de resolução de conflitos de direitos.

No caso das restrições ditadas pela própria Constituição, a estrutura da norma restritiva, ao mesmo tempo que garante, constitui ou reconhece um âmbito de proteção a determinado direito (art. 5º, IV: “é livre a manifestação de pensamento, [...]”), estabelece incontinenti limites ao seu âmbito de proteção (art. 5º, IV: “[...] sendo vedado o anonimato”) ou faz remissão a outro dispositivo constitucional que deve ser reverenciado (“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”).

Quando as limitações são remetidas à legislação infraconstitucional, temos os direitos sujeitos à reserva de lei restritiva, de modo que a norma constitucional, após afirmar e garantir um determinado âmbito de proteção ao direito fundamental, autoriza o legislador ordinário a fixar-lhe limites (art. 5º, LX, “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”). Evidentemente que a atuação do legislador estará rigorosamente vinculada aos parâmetros inscritos na própria Constituição, “pois o legislador não mais detém a liberdade para legislar que tinha no paradigma-iluminista (...) na medida em que a Constituição figura como o alfa e o ômega do sistema jurídico-social, ocorre uma sensível alteração no campo de conformação legislativa” (Streck, 2006, p. 3).

Mas mesmo que não haja norma constitucional ou legal autorizando a imposição de restrições a determinado direito fundamental, na hipótese de conflito entre direitos colidentes, a solução advirá através da contenção de um desses direitos em detrimento da prevalência do outro, segundo as circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação efetuado logo no nível legislativo ou no momento da elaboração de uma norma de

decisão para o caso concreto, a partir dos chamados limites imanes, originários ou primitivos que se impõem a todos os direitos, podendo ser limites constituídos por outros direitos, derivados da ordem social ou eticamente imanes (Canotilho, 2003).

Nesse sentido, é importante distinguir as situações de restrições à liberdade comunicativa e os condicionamentos ao seu exercício. Por restrições entendem-se as hipóteses de limitação previstas sob reserva de lei e aplicadas pelo Poder Judiciário, que resultam do conflito de direitos e interesses constitucionalmente protegidos com base na natureza dos assuntos ou conteúdos comunicados. Enquanto que condicionamentos decorrem da atividade normativa conformadora relativa ao lugar, tempo e modo do direito à comunicação que visa tornar possível e viável a concretização da liberdade comunicativa.

Quanto ao condicionamento, seja através de normas de conformação dirigidas à regulação ou otimização das liberdades comunicativas, sobretudo aquelas relacionadas à liberdade de radiodifusão, seja mediante a imposição de limites ao conteúdo que se quer comunicar, a exemplo das legislações eleitoral e consumerista, o legislador infraconstitucional intervém de variadas formas na liberdade de expressão em sentido amplo, sem obliterar seus cânones constitucionais dispostos no art. 5º da Constituição de 1988, incisos IV (“é livre a manifestação do pensamento”) e IX (“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”).

Acerca da regulamentação a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97) é expressa ao excluir de sua incidência os serviços de radiodifusão (art. 215), que seguem assim regidos pelo vetusto Código de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62), e sujeitos ao Ministério das Comunicações apenas no que tange à outorga da prestação do serviço e sua respectiva regulamentação, cabendo à ANATEL tão somente a competência para elaboração e manutenção dos planos de distribuição dos canais do espectro de radiofrequências, bem como para fiscalização do desempenho técnico das concessionárias. Já os provedores de aplicações de internet têm seu regime jurídico definido na Lei n. 12.965/2014, com previsão de responsabilização e indisponibilização de conteúdo.

Relativamente às restrições que afetam a dimensão instrumental da liberdade de expressão concretizada através do direito de comunicação social, e mais especificamente da liberdade de imprensa, o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em 30/09/2009 da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130 que declarou a não recepção integral da Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, conhecida como Lei da Imprensa, foi paradigmático e, apesar de não positivizar as “condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” (artigo 10 da Lei n. 9.882/99) que suprisse o vácuo

legislativo da matéria que o fenômeno da recepção procura evitar, passou a ser utilizado como parâmetro em diversas decisões da Corte que, a partir de uma noção ampla da liberdade de comunicação social, concluíram: (a) o acesso e o exercício da profissão de jornalista não podem ser condicionados à graduação em nível superior nem submetidos a qualquer espécie de controle estatal como a inscrição em ordem ou conselho profissional (Brasil, STF, 2009); (b) é inexigível autorização prévia para publicação de biografias, vedada a censura, e resguardado o direito de resposta e de indenização em caso de eventual dano (Brasil, STF, 2015a); (c) as emissoras de rádio e TV gozam de “liberdade de programação”, assim é inconstitucional a expressão “em horário diverso do autorizado” contida no art. 254 da Lei n. 8.069/1990, pois não há horário autorizado, mas horário recomendado (Brasil, STF, 2016a); (d) são inconstitucionais as normas do inciso II e da segunda parte do inciso III, ambos do artigo 45, bem como, por arrastamento, dos §§ 4º e 5º do mesmo artigo da Lei Federal n. 9.504/97, Lei Eleitoral, que proibiam os órgãos de comunicação de veicularem conteúdos que ridicularizassem candidatos a cargos eletivos ou emitissem opinião favorável aos mesmos (Brasil, STF, 2016b); (e) viola a liberdade de expressão artística a retirada de circulação de produto audiovisual disponibilizado em plataforma de “streaming” que critica, por meio de sátira, elementos religiosos inerentes ao cristianismo (Brasil, STF, 2020a); (f) é incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais (Brasil, STF, 2021a).

Destarte, a exegese profusa da liberdade de comunicação não a torna ilimitada, estando sujeita a restrições constitucionais, infraconstitucionais ou imanentes conforme se infere de julgamentos do STF que proclamaram: (a) é constitucional o inquérito instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares (Brasil, STF, 2020b); (b) a tipificação do crime de desacato não viola a garantia da liberdade de expressão (Brasil, STF, 2020c); (c) a liberdade de expressão existe para a manifestação de opiniões contrárias, jocosas, satíricas e até mesmo errôneas, mas não para opiniões criminosas, discurso de ódio ou atentados contra o Estado Democrático de Direito e a democracia (Brasil, STF, 2022a); (d) são constitucionais as restrições da publicidade dos produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco (Brasil, STF, 2022b); (e) é constitucional o rito especial da Lei n. 13.188/2015 para que o suposto ofendido exerça seu alegado direito de resposta em face do veículo de comunicação social (Brasil, STF, 2021b).

Em sua mais recente decisão sobre a temática, apreciando o Recurso Extraordinário n. 1.075.412, com repercussão geral, o STF manteve o acórdão

do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que restabeleceu a condenação por danos morais do jornal Diário de Pernambuco em favor de Ricardo Zarattini Filho, pela veiculação de entrevista de Wandenkolk Wanderley na qual ele afirmou, após ser perguntado sobre o atentado a bomba no Aeroporto de Guararapes durante o regime militar que provocou a morte de duas pessoas, que “o responsável pelo atentado foi mesmo o ativista Zarattini”. Ao final do julgamento, o STF fixou a seguinte tese:

1. A plena proteção constitucional à liberdade de imprensa é consagrada pelo binômio liberdade com responsabilidade, vedada qualquer espécie de censura prévia. Admite-se a possibilidade posterior de análise e responsabilização, inclusive com remoção de conteúdo, por informações comprovadamente injuriosas, difamantes, caluniosas, mentirosas, e em relação a eventuais danos materiais e morais. Isso porque os direitos à honra, intimidade, vida privada e à própria imagem formam a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas. 2. Na hipótese de publicação de entrevista em que o entrevistado imputa falsamente prática de crime a terceiro, a empresa jornalística somente poderá ser responsabilizada civilmente se: (i) à época da divulgação, havia indícios concretos da falsidade da imputação; e (ii) o veículo deixou de observar o dever de cuidado na verificação da veracidade dos fatos e na divulgação da existência de tais indícios (Tema 995) (Brasil, STF, 2023a).

Considerando os objetivos do presente trabalho, que não abrangem a discussão quanto aos requisitos fixados no Tema n. 955 para a responsabilização a posteriori da empresa jornalística na hipótese de ser veiculada fala de um entrevistado atribuindo falsamente a prática de um crime a terceiro, nos concentraremos na análise da possibilidade de “remoção de conteúdo”, e sua compatibilidade com a afirmação precedente do próprio Tema n. 995, segundo a qual é “vedada qualquer espécie de censura prévia” e o disposto no art. 220, § 2º da Constituição Federal, uma vez que até então os pronunciamentos do próprio STF consideraram atentatória ao decidido na ADPF n. 130 a supressão de conteúdos já veiculados em meio de comunicação social determinada por instâncias inferiores do Poder Judiciário, sendo exemplo de decisões suspensas pelo STF as que determinaram: (a) a retirada do conteúdo publicado por entender que este ofendia a honra e a integridade do governador do Estado da Paraíba, que foi supostamente atacado pelo material, sob pena de irreversibilidade dos danos (Brasil, STF, 2016c); (b) que a página eletrônica “Consultor Jurídico” providenciasse a retirada, em 24 horas, do artigo intitulado (sic) “Corretora ‘ensina’ como usar dinheiro de clientes e driblar regras do mercado” (Brasil, STF, 2018); (c) a retirada

da matéria e da imagem do Ministro Joel Ilan Paciornik, veiculadas no Portal Jovem Pan Online (Brasil, STF, 2019); (d) o recolhimento de todos os exemplares físicos da edição n. 201 da Revista Piauí, distribuída em todo território nacional, e a remoção do conteúdo correspondente veiculado em site da internet (Brasil, STF, 2023b); (e) a supressão de matérias do sítio eletrônico “Intercept Brasil” e de todas suas redes intituladas “Mãe Bernadete e Binho do Quilombo lutavam contra empresa de filho de ex-governador da Bahia antes de serem mortos” e “Mãe Bernadete: o filho do ex-governador quer controlar a narrativa. Um juiz acatou” (Brasil, STF, 2023c); (f) a remoção de uma conta do “Instagram” de vídeos e “memes” onde aparecem distorções às imagens de um vereador de Petrolina/PE, com pinturas de palhaço sobre suas faces, e associação ao caricato personagem “Kiko” do seriado Chaves (Brasil, STF, 2024).

Nesse sentido, o entendimento objeto do Tema n. 995 pode significar um exemplo de mudança jurisprudencial, inerente ao papel hermenêutico da Corte, cujas decisões constituem uma fonte criativa e construtiva do direito dotada de capacidade para assimilar as exigências valorativas da sociedade e assim projetar um sistema jurídico aberto à conjuntura social (Soares, 2023, p. 202).

Vale frisar que na demanda que originou o Tema n. 995 (Recurso Extraordinário n. 1.075.412) não houve remoção de conteúdo publicado pelo veículo de comunicação e sequer essa possibilidade constou na ementa da decisão que reconheceu a existência de repercussão geral, ao passo que no Recurso Extraordinário n. 662.055, ainda pendente de julgamento, a decisão que reconheceu a repercussão geral expressamente consignou essa controvérsia.

3. REMOÇÃO DE CONTEÚDOS E CENSURA

De acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, promulgada pelo Brasil através do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, o exercício da liberdade de pensamento e expressão “não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei” (art. 13, 1).

Assim, em uma dimensão formal, o conceito de censura é historicamente relacionado com o aspecto temporal – anterioridade – que sujeita a legitimidade da publicação à obtenção de uma autorização administrativa ou governamental prévia:

A razão do que se acaba de afirmar é que a censura prévia é um instituto sistemático e geral de polícia preventiva de nítido caráter administrativo,

muito eficaz contra a liberdade de expressão, consistente na revisão antecipada e obrigatória de tudo o que se vai difundir, seja inocente ou antijurídico, com relação a condutas a serem evitadas que não costumam estar claramente definidas na lei, mas que se regem por standards vagos e imprecisos – comumente relativos a ideias políticas, religiosas ou de moralidade pública –, com o fim de que um funcionário não independente – “cuja função é censurar” – e que, com “um simples golpe de pena”, controle o seu conteúdo para aprová-lo, desaprová-lo ou para exigir a sua modificação, sem maiores garantias processuais, publicidade e motivação. Além disto, tal instituto comporta que a mera omissão de submeter o material a revisão e aprovação – à margem de seu conteúdo legítimo – torna ilícita a sua difusão e gera sanções penais ou administrativas (Toller, 2010, p. 82-83).

De acordo com essa aceção formal, o conceito de censura propriamente dita é apresentado em termos restritos, “para designar as violações da liberdade de expressão ocorridas através da sujeição dos conteúdos expressivos a um controle prévio por parte de uma autoridade pública, geralmente de natureza político-administrativa” (Machado, 2002, p. 490).

Já numa dimensão material a censura é conceituada de maneira ampla enquanto sinônimo de restrição, significando qualquer ato que limite a livre expressão de um conteúdo, independentemente da sua natureza (pública ou privada), do momento em que é realizado (anterior ou posterior), do fundamento utilizado (legal ou constitucional) e do bem tutelado, abrangendo até mesmo hipóteses de limitação previstas na própria Constituição, cuja inobservância impõe a atuação estatal, como aquelas dirigidas a preservar segredos de Estado, sigilo judicial, honra, imagem ou intimidade e aspectos relacionados à infância e juventude, ou responsabilizações “*ex post facto*” de natureza penal, civil, administrativa ou mesmo social (Machado, 2002). Essa dimensão abrangente implica outras distinções acerca do termo censura.

Inicialmente, pode se falar censura político-administrativa, legislativa ou judicial. A primeira é associada a práticas absolutistas e ditatoriais, já a legislativa, apesar de suspeita, é aceita quando instrumentaliza a proteção de determinados bens fundamentais, por fim, a judicial implica decidir em última instância sobre a legitimidade de um determinado conteúdo. Também é possível distinguir dentre as hipóteses de censura prévia as definitivas, quando há recusa de autorização para a publicação, e as cautelares ou temporárias, nas situações de interdições provisórias. São distintas ainda as situações de censura pública, implementada pelos poderes públicos através de sanções penais, administrativas ou civis com interesses políticos ou de defesa de valores comunitários, enquanto que a censura privada decorre da estrutura capitalista das próprias empresas de comunicação, comprometidas

com interesses econômicos. Por fim, o conceito amplo de censura permite identificar a heterocensura, produzida por entidades públicas e privadas, e a autocensura, quando os comunicadores preferem silenciar por temerem as reações sociais ou oficiais (Machado, 2002).

Porém, para Jónatas E. M. Machado, mais importante do que a utilização dessas especificidades para traçar uma classificação das formas de censura é a construção de uma teoria das restrições à liberdade em sentido amplo, embasada formal e materialmente na Constituição e na ponderação dos bens por ela tutelados, capaz de identificar quais os valores com base nos quais é legítimo ou não proceder à restrição e atenta aos cânones democráticos necessários à legitimação das intervenções implantadas de acordo com a regra da maioria e à proteção dos direitos das minorias que, dentre outras vantagens, permitiria a relativização da corrente que prega a proibição inflexível de restrições prévias:

Mesmo os regimes assumidamente liberais têm tido dificuldade em escapar a todas as formas de controle prévio da comunicação escrita e audiovisual, com base na proteção de valores tão diversos como, por exemplo, os direitos de personalidade, a infância e a juventude ou o segredo de Estado. Ele parece legitimar uma metódica de concordância prática que, em abstrato, possa mesmo conduzir à admissibilidade, em situações extremas, de restrições prévias à liberdade de expressão, colocadas, na sua previsão, sob reserva de lei, e na sua aplicação, sob reserva de poder judicial. Isto, se ficar demonstrado que esse é o meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, para a salvaguarda de finalidades constitucionalmente legítimas, questão que poderia obter resposta afirmativa perante situações de “dano irreparável” (Machado, 2002, p. 496-500).

O conceito doutrinário da palavra “censura” empregada no inciso IX do art. 5º e no § 2º do art. 220 da Constituição de 1988 é delimitado por dois aspectos distintos. Subjetivamente, a censura é sempre relacionada a um indivíduo ou estrutura ligados à administração pública, ou seja, um agente ou órgão estatal. Em termos objetivos, a censura representa a atividade discricionária de autorizar a veiculação de um dado conteúdo que se pretende comunicar ou interditi-lo quando já foi revelado sem que se permita o confronto de argumentos e ideias, a comprovação das afirmações e à revelia das mais mezinhas garantias do devido processo legal e dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e necessidade da medida censória.

Segundo José Afonso da Silva (1992, p. 387-8), o ato de censurar “consiste na interferência do censor no conteúdo da manifestação, ou no modo de ser de sua apresentação intrínseca, ou no modo de ser do veículo de

sua divulgação”. De acordo com José Cretella Júnior (1993, p. 4.502), censurar “é qualquer exame que agentes especializados do governo – os censores – exercendo o poder de polícia que dispõem, examinam as formas, processos ou veículos de comunicação social, para permitir, ou não, a transmissão da mensagem ao público”. Para Celso Ribeiro Bastos (1989, p. 82), “a censura se expressa por atos de fiscalização do material a ser transmitido (censura prévia), ou já posto em processo de comunicação (censura a posteriori ou repressiva), tendentes à frustração dos intuitos ínsitos à transmissão”. Já Pinto Ferreira (1995, p. 253) afirma que a censura compreende “qualquer exame prévio de uma obra para efeito de verificar se o seu conteúdo corresponde ao respeito a determinados princípios de ordem política ou moral”. Em Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1978, p. 133), “por censura há que se entender todo e qualquer exame prévio de uma obra qualquer, a fim de verificar em seu conteúdo o respeito a certos princípios, sejam estes de ordem moral ou de ordem política”.

Quando confrontados esses conceitos com as hipóteses de restrições judiciais à liberdade de expressão, são manifestos os traços distintivos entre essas duas realidades, seja do ponto de vista subjetivo, pois o Poder Judiciário não tem por missão única e exclusiva essa atividade, seja de acordo com a dimensão objetiva dos parâmetros utilizados naquele ato, uma vez que o juiz se encontra vinculado ao ordenamento jurídico. Essa distinção também é realçada por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (2011, p. 164):

A censura é um ato administrativo arbitrário do Poder Executivo, que age por iniciativa própria, e não está sujeito a recurso. O termo não pode ser aplicado ao Judiciário, que só age mediante provocação, em processo público, sob o contraditório e ampla defesa, com ampla possibilidade recursal. Portanto, é absolutamente inadequado e infundado qualificar de censura a decisão judicial que restrinja a liberdade de informação.

Quanto à discrepância entre a limitação à imprensa realizada pela censura e aquela determinada pelo Poder Judiciário, o filósofo, advogado e editor do jornal *Neue Rheinische Zeitung*, Karl Marx (2006, p. 62-63), oferece um extenso rol de dessemelhanças em um artigo datado de 1842 a partir do parâmetro utilizado que, na hipótese da censura, corresponde ao capricho, enquanto que na atividade jurisdicional à lei:

Que diferença enorme existe entre um juiz e um censor!
O censor não está baseado em nenhuma lei. O juiz está baseado somente na lei. Mas o juiz tem o dever de interpretar a lei num caso individual da forma que considerar conveniente, depois de um profundo exame; o censor tem o dever de entender a lei, e de interpretá-la oficialmente

em cada caso individual. O juiz independente não pertence nem a mim nem ao governo. O censor dependente é em si mesmo um órgão do governo. Com o juiz, somente está envolvida a não-integridade de uma mente; com o censor, a não-integridade de uma pessoa. O juiz confronta-se com uma violação específica da imprensa; o censor, com o espírito da imprensa. O juiz julga nossa ação de acordo com uma lei definida; o censor não apenas pune o delito, mas também o cria. Quando estamos perante o tribunal, somos acusados de termos transgredido uma lei existente, pois, se supomos que uma lei foi violada, ela deve em primeiro lugar existir. Se não existe uma lei de imprensa, nenhuma lei da imprensa pode ser transgredida. A censura não me acusa de ter violado uma lei existente. Condena a minha opinião porque esta não é a opinião do censor e do seu amo. Meu ato aberto, que quer expor-se ao mundo e ao seu julgamento, ao Estado e à sua lei, é julgado por um poder oculto e meramente negativo, que não sabe como constituir-se em lei, que se esconde da luz do dia, que não está baseado em nenhum princípio universal.

É evidente, portanto, que o princípio da proibição da censura constante no inciso IX do art. 5º e no § 2º do art. 220 da Constituição diz respeito à sua noção formal, ou seja, ao conceito restrito que não compreende as restrições excepcionalmente dadas pelo Poder Judiciário.

Para Fernando M. Toller, a utilização de medidas judiciais anteriores à expressão que visam efetivar a tutela de bens e interesses constitucionalmente protegidos mediante a proibição de veiculação de um dado conteúdo ou a interdição de novas apresentações que já se mostraram danosas, “não é uma censura prévia, que é um instituto administrativo de raízes, procedimentos, fins e efeitos muito diversos e, como consequência, não deve estar diretamente enquadrada nas proibições constitucionais de tal instituto nem ser denominada ‘censura judicial prévia’” (2010, p. 82).

Ademais, para o próprio texto constitucional, censura e restrição são realidades distintas, recebendo cada uma, no âmbito da comunicação social, abordagens particulares.

Quanto à censura, a Constituição é peremptória ao decretar que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (art. 220, § 2º), não autorizando a princípio qualquer exceção, apesar do entendimento contrário de Celso Ribeiro Bastos:

Não aceitamos, todavia, a tese de que a censura possa ou deva ser banida por completo. Ela cumpre um papel insubstituível no desempenho pelos poderes de um poder de política absolutamente indispensável na preservação dos critérios mínimos de moralidade

pública. Se o Estado polícia de maneira geral o exercício de quase todos os direitos fundamentais, não se explica que em favor do pensamento, mesmo quando este assumia formas que já nada têm que ver com o desempenho daquela nobre função intelectual para transmutar-se numa mera exteriorização de ato imoral e pornográfico, estivessem os Poderes Públicos inibidos de prevenir tais atentados (1989, p. 82-83).

Porém, relativamente às restrições, após estatuir que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição [...]”, apresenta uma ressalva “[...] observado o disposto nesta Constituição” (art. 220, *caput*). Especificamente quanto à liberdade de informação jornalística, a Constituição utiliza a mesma técnica, pois logo após determinar que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social [...]”, acautela alguns direitos fundamentais através da frase “[...] observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (art. 220, § 1º). Por fim, os §§ 3º e 4º do art. 220 remetem à legislação infraconstitucional algumas restrições específicas, relativas a diversões, espetáculos públicos, classificação indicativa e propaganda de determinados produtos ou serviços. Quanto ao conteúdo produzido por terceiros e veiculado através da internet, a Lei n. 12.965/2014 prevê expressamente a possibilidade de ordem judicial determinar sua indisponibilidade ao provedor (art. 19), sendo igualmente possível que este autorregule as postagens dos seus usuários suprimindo uma veiculação sem ter “o condão de caracterizar ‘censura’ dado que esta é a vedação oficial de um determinado conteúdo, com força coercitiva e impeditiva de sua comunicação” (Bentivegna, 2022).

Importante precedente acerca de restrições judiciais prévias à liberdade de imprensa foi fixado no caso “New York Times Co. v. United States (1971) – The Pentagon Papers”, motivado pela publicação da primeira, de uma série de reportagens, que apresentava documentos do Pentágono, considerados secretos, cujo conteúdo demonstraria a progressão do comprometimento dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã, tendo a Suprema Corte sido instada a decidir, à luz da Primeira Emenda, se, em nome da segurança do Estado, era possível proibir a publicação da matéria. Por 6 a 3, venceu a tese de que a restrição era inconstitucional, mas, na análise de João Carlos Souto (2021), apesar de ambas as posições terem apresentado uma exegese correta da Primeira Emenda, o principal subsídio revelado pelo julgamento foi a fixação de uma premissa indispensável para a análise da controvérsia – não é possível abstratamente firmar a supremacia da liberdade de imprensa:

A Liberdade de imprensa é sagrada, verdadeiro alicerce da Democracia. Por outro lado, não existe direito absoluto, e não se pode desconsiderar a relevância da segurança nacional. Qual a solução? Ela reside numa linha tênue que impõe ao hermenêuta perquirir cada situação específica, analisando o caso concreto, sopesando valores e adotando a decisão que melhor atende aos interesses da sociedade. Numa frase: somente o caso concreto poderá dizer que o valor prevalecerá, entretanto, a interpretação deverá sempre buscar a valorização dos direitos e garantias individuais, entre os quais se inclui o conjunto de liberdades públicas conhecido a partir do século XVIII e ampliado desde então (Souto, p. 253-254).

No âmbito do STF, impende destacar que, no início da pandemia da COVID-19, fora determinado que a União que abstinhasse de veicular, independentemente da plataforma de comunicação, “qualquer campanha que pregue que ‘O Brasil Não Pode Parar’ ou que sugira que a população deve retornar às suas atividades plenas, ou, ainda, que expresse que a pandemia constitui evento de diminuta gravidade para a saúde e a vida da população”, sendo consignado na decisão monocrática que deferiu a medida cautelar:

17. Por fim, vale observar que não há na presente decisão uma limitação do direito à liberdade de expressão. Em primeiro lugar, seria um pouco discutível falar no direito fundamental da União, ente público, a liberdade de expressar sua “opinião”, em especial contra uma medida sanitária adotada pela própria União. Não custa lembrar que a campanha publicitária aqui atacada conflita com orientações do Ministério da Saúde. Nessas condições, me parece que o que está em debate aqui e, não um direito, mas o dever da União de informar adequadamente o público acerca das situações que colocam em risco a sua vida, saúde e segurança (Brasil, STF, 2020d).

Outrossim, considerar que a liberdade de expressão interdita qualquer possibilidade de sua restrição através de medidas preventivas é ignorar que a concentração do mercado de comunicação social na mão de poucos agentes econômicos é uma ameaça à própria liberdade de expressão pois, se os regimes autoritários têm como marca a proibição do dissenso através do controle estatal dos meios de comunicação, a existência de monopólios e oligopólios nesse setor pode ser tão maléfica para a democracia quanto o antigo controle da comunicação social pelo Estado. Assim, em democracias coparticipativas, a regulação do sistema de liberdade de expressão deve ir além da mera vedação absoluta à supressão da comunicação: “deve assegurar que as pessoas sejam expostas a diferentes perspectivas, sendo certo que

a ideia de discurso livre também possui um lado afirmativo” (Sankiewicz, 2011, p. 36).

Portanto, compreendida a censura no justo sentido utilizado pela Constituição, é intuitiva a conclusão de que as restrições às liberdades comunicativas nela dispostas ou por ela autorizadas impedem atribuir-se um caráter absoluto a essas liberdades.

CONCLUSÃO

Tão complexa quanto a conclusão da relativização das liberdades comunicativas, haja vista seu caráter não absoluto, é a discussão sobre os critérios constitucionais hábeis à restrição de tão significativa liberdade pública que, por estar inserta no sistema democrático, não pode achar-se imune ao controle público, impondo-se assim sua interpretação no contexto global da Constituição Federal e do Estado Democrático de Direito, com eventual fixação de intervenções, a fim de assegurar outros direitos igualmente fundamentais.

Assim, a interpretação se realiza partindo da noção de integridade e coerência do direito, tendo o Judiciário um papel mais amplo e significativo na concretização dos valores e fins constitucionais, ainda que para tanto avance no espaço tradicionalmente atribuído aos outros Poderes, quando, por exemplo, reconhecendo a repercussão geral de determinada controvérsia, fixa tese com efeitos vinculantes a instâncias inferiores.

Os ideais liberais de liberdade de imprensa e do livre fluxo de informação, que só veem as restrições judiciais como censura, não podem subsistir sem atentar para o combate às causas não políticas como as desigualdades das liberdades comunicativas e fatores econômicos, fatais para a democratização da comunicação que, para ser social, deve se guiar pelo fim universalista de dotar todos os cidadãos com mecanismos que os habilitem a expressar suas opiniões coletivamente e ainda pelo objetivo pluralista de assegurar que uma variedade de opiniões possa ser expressa por cidadãos particulares.

A supressão judicial de conteúdos veiculados através dos meios de comunicação que representem ofensa a terceiros, autorizada pelo Tema 995 do STF, não constituirá infringência à vedação constitucional da censura, considerando a impossibilidade de associação desses institutos a partir da dimensão formal do conceito de censura utilizado no texto constitucional, e desde que os fins das medidas de restrição às liberdades comunicativas estejam relacionados à proteção constitucional dos direitos da personalidade (identidade, imagem, palavra, nome, reputação, intimidade etc.), dos interesses culturais da comunidade (moral pública, bons costumes, proteção da juventude, tolerância religiosa etc.) e na salvaguarda dos princípios

estruturantes do Estado democrático de direito (pluralidade de opiniões, livre formação da opinião pública e da vontade política e controle da atividade dos poderes públicos).

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. Direitos da criança e liberdade de informação. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 188, p. 387-8, abr/jun.1992.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, comunicação social e as novas plataformas tecnológicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, nov./dez./jan. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=246>. Acesso em: 14 dez. 2023.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. Políticas internas de publicação em redes sociais: ponderação entre princípios colidentes ou censura? *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, Ed. RT, v. 30, ano 9, p. 187-208, jan./mar. 2022. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018fa5bf379e95b3a04e&docguid=I654997c0a0fb11ecb563c416bedde241&hitguid=I654997c0a0fb11ecb563c416bedde241&spos=18&epos=18&td=20&context=230&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Recurso extraordinário n. 511.961*. Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo ministério da educação, para o exercício da profissão de jornalista. Liberdades de profissão, de expressão e de informação. Constituição de 1988 (art. 5º, ix e xiii, e art. 220, caput e § 1º). Não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei nº 972, de 1969. [...]. Recorrentes: Sindicato das empresas de rádio e televisão no estado de São Paulo – sertesp e Ministério Público Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de junho de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.815*. Mérito: aparente conflito entre princípios constitucionais: liberdade de expressão, de informação, artística e cultural, independente de censura ou

autorização prévia (art. 5º incs. Iv, ix, xiv; 220, §§ 1º e 2º) e inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, inc. X). [...] Requerente: Associação nacional dos editores de livros – ANEL. Relatora. Min. Cármen Lúcia, 10 de junho de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.404*. Ação direta de inconstitucionalidade. Expressão “em horário diverso do autorizado”, contida no art. 254 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Classificação indicativa. Expressão que tipifica como infração administrativa a transmissão, via rádio ou televisão, de programação em horário diverso do autorizado, com pena de multa e suspensão da programação da emissora por até dois dias, no caso de reincidência. Ofensa aos art. 5º, inciso IX; 21, inciso XVI; e 220, caput e parágrafos, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade. [...] Requerente: Partido Trabalhista Brasileiro - PTB. Relator: Min. Dias Toffoli, 31 de agosto de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259339>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.451*. Liberdade de expressão e pluralismo de ideias. Valores estruturantes do sistema democrático. Inconstitucionalidade de dispositivos normativos que estabelecem previa ingerência estatal no direito de criticar durante o processo eleitoral. [...] Requerente: Associação brasileira de emissoras de rádio e televisão – ABERT. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de junho de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *Reclamação n. 38.782*. 2. Liberdade de expressão. 3. Decisões reclamadas que restringem difusão de conteúdo audiovisual em que formuladas sátiras a elementos religiosos inerentes ao Cristianismo. 4. Ofensa à autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADPF 130 e da ADI 2.404. 5. Limites da liberdade artística. 6. Importância da livre circulação de ideias em um Estado democrático. [...] Reclamante: Netflix Entretenimento Brasil Ltda. Relator: Min. Gilmar Mendes, 03 de novembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755133146>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno. Recurso extraordinário n. 1.010.606* *Caso Aída Curi*. Direito ao esquecimento. Incompatibilidade com a ordem

constitucional. Recurso extraordinário não provido [...] Requerente: Nelson Curi e outro(a/s). Requerido: Globo Comunicação e Participações s/a. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 572*. Incitamento ao fechamento do STF. Ameaça de morte e prisão de seus membros. Desobediência. Pedido improcedente nas específicas e próprias circunstâncias de fato exclusivamente envolvidas com a portaria impugnada. Limites. [...] Requerente: Rede Sustentabilidade. Relator: Min. Edson Fachin, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 496*. Direito constitucional e penal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Crime de desacato. Art. 331 do CP. Conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Recepção pela constituição de 1988. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB. Relator: Min. Roberto Barroso, 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753910283>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Ação penal n. 1.044*. [...] (b) condenar o réu Daniel Lúcio da Silveira: (b.1) como incurso nas penas do artigo 18 da Lei 7.170/83, por 2 (duas) vezes, na forma do art. 71 do Código Penal, em virtude da ultra-atividade da lei penal mais benéfica em relação ao artigo 359-L do Código Penal à pena de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão; [...] Autor: Ministério Público Federal. Réu: Daniel Lúcio da Silveira. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de abril de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761505043>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.311*. Art. 3º, caput e §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, da Lei n. 9.294/1996. Produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco. Restrições à propaganda comercial. Advertências sanitárias nas embalagens. [...] Prioridade absoluta da proteção de crianças e adolescentes. Concretização dos objetivos fundamentais da República. Improcedência. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Relatora: Min. Rosa Weber, 14 de setembro de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=763427628>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.436*. Lei n. 13.188, de 11 de novembro de 2015. Direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. [...] Requerente: Associação Nacional de Jornais – ANJ. Relator: Min. Dias Toffoli, 11 de março de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755954924>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *Tema 995, Leading Case Recurso Extraordinário n. 1.075.412*. Liberdade de expressão. Direito-dever de informar. Reprodução de entrevista. Responsabilidade admitida na origem. Decisão mantida. Recurso desprovido. Recorrente: Diário de Pernambuco s/a. Recorrido: Ricardo Zarattini Filho. Relator: Min. Marco Aurélio, rel. para o acórdão Min. Edson Fachin, 29 de novembro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5263701>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *Reclamação n. 24.749 MC*. Reclamação. Decisão reclamada que condenou a reparação por danos morais autor de matéria jornalística publicada. Decisão proferida em tutela antecipada. Configuração de censura prévia. Violação à adpf 130 e adi 4.451-mc. Reclamação procedente. Reclamante: Tony show produções promoções e publicidade ltda – epp. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Relator: Min. Luiz Fux, 08 de setembro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310268753&ext=.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *Reclamação n. 28.299*. Liberdade de expressão. Retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico por decisão judicial. Reclamante: Duple editorial ltda – epp. Reclamado: Juiz de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda. Relator: Min. Roberto Barroso, 26 de abril de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314244935&ext=.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *Reclamação 31.117 MC-AgR*. Alegação de desrespeito à autoridade do julgamento plenário da adpf 130/df – [...] Direito de informar: prerrogativa fundamental que se compreende na liberdade constitucional de manifestação do pensamento e de comunicação – Inadmissibilidade de censura estatal, inclusive daquela imposta, pelo poder judiciário, à liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de

informação jornalística – [...] Reclamante: Rádio Panamericana S/A. Reclamado: Juíza de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Curitiba. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754031222>. Acesso em: 8 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *Reclamação n. 61.516*. [...] Na espécie, a liberdade de imprensa aparentemente foi colocada em segundo plano em relação aos direitos de intimidade dos autores, invertendo-se o regime de prioridade que ficou estabelecido no acórdão da ADPF 130/DF para essas gamas de direitos fundamentais. Em regra, eventual prejuízo à honra e a vida privada dos atingidos pela reportagem jornalística deve ser aferido a posteriori, não sendo cabível medida judicial que imponha o recolhimento liminar de todos os exemplares físicos de uma edição de uma revista de caráter nacional. [...] Reclamante: Editora Alvinegra Ltda. Reclamado: Juiz de Direito da 21ª Vara Cível de Brasília. Relator: Min. Cristiano Zanin, 01 de setembro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15360705714&ext=.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). *Reclamação 63151 MC-REF* Referendo na medida cautelar na reclamação. Constitucional. Direito à liberdade de expressão, informação e imprensa. Decisão reclamada que determinou a remoção e supressão de conteúdo jornalístico do site “intercept brasil”. Alegada violação à autoridade da decisão deste stf na adpf 130. Ocorrência. [...] Reclamante: First Look Media Brasil Agência de Notícias Ltda. Reclamado: Juiz de Direito da 7ª Vara Cível da Comarca de Salvador. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de novembro de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=773199904>. Acesso em: 23 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *Reclamação n. 62.509*. [...] Ora, me parece que o fato de o reclamante criticar pessoa pública (vereador) através de sátiras humorísticas, por si só, não autoriza a interferência prévia do Poder Judiciário no sentido de proibir as postagens de conteúdo midiático, sob pena de afronta à liberdade de expressão. [...] Reclamante: Roberio Aguiar Galdino. Reclamado: Juiz de Direito do 2º Juizado Especial Cível e das relações de consumo de Petrolina. Relator: Min. Gilmar Mendes, 03 de maio de 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15366743473&ext=.pdf>. Acesso em: 23 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *ADPF n. 669*. [...] 1. Arguições de descumprimento de preceito fundamental contra a contratação e veiculação de campanha publicitária, pela União, afirmando que “O Brasil

Não Pode Parar”, conclamando a população a retomar as suas atividades e, por conseguinte, transmitindo-lhe a impressão de que a pandemia mundial (COVID-19) não representa grave ameaça à vida e à saúde de todos os brasileiros. [...] Requerente: Rede Sustentabilidade. Requerido: União. Relator: Min. Roberto Barroso, 31 de março de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342798642&text=.pdf>. Acesso em: 23 maio 2024.

BUCCI, Eugênio. *Sobre ética e imprensa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de; GALVÃO, Mônica Cristina Mendes. *O STF e o direito de imprensa: análise e consequências do julgamento da ADPF 130/2008*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GODOY, Miguel Gulano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Venício A. de; GUIMARÃES, Juarez (orgs.). *Liberdade de expressão: as várias faces de um desafio*. São Paulo: Paulus, 2013.

_____. *Liberdade de expressão x liberdade de imprensa: direito à comunicação e democracia*. São Paulo: Publisher Brasil, 2010.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão*. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra. 2002.

Ermelino Cerqueira Ricardo
Maurício Freire Soares

MARX, Karl, 2006. *Liberdade de imprensa*. Tradução Cláudio Schilling e José Fonseca. Porto Alegre: L&PM, 2006.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*. São Paulo: Verbatim, 2011.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Liberdade de expressão e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: IBCCrim, 2000.

SILVA, neto; MANOEL, Jorge. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SOARES, ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SOUTO, João Carlos. *Suprema corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 4. ed. Barueri, SP: Atlas, 2021.

SANKIEVICZ, Alexandre. *Liberdade de Expressão e Pluralismo: Perspectivas de Regulação*. 1. ed. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2011. (Série IDP). E-book. ISBN 9788502105553. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502105553/>. Acesso em: 23 maio 2024.

STRECK, Lenio Luiz. O sentido hermenêutico – constitucional da ação penal nos crimes sexuais: os influxos da lei dos crimes hediondos e da lei maria da penha. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). *Direitos fundamentais e novos direitos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. São Paulo: Saraiva, 2012.

A PARTICIPAÇÃO DOS EXCLUÍDOS DIGITAIS EM AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA: NOTAS SOBRE A VULNERABILIDADE DIGITAL E O ACESSO À JUSTIÇA

THE PARTICIPATION OF THE DIGITALLY EXCLUDED IN VIDEOCONFERENCE AUDIENCES: NOTES ON DIGITAL VULNERABILITY AND ACCESS TO JUSTICE

Heitor Moreira de Oliveira¹

Paulo Cezar Dias²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os excluídos digitais. 2. As audiências por videoconferência. 3. A garantia fundamental de acesso à Justiça. 4. O acesso à Justiça 4.0. 5. Sobre a vulnerabilidade digital. 6. A participação dos

¹ Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), com intercâmbio na Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Previdenciário e em Direito Constitucional. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

² Pós-Doutor pela Faculdade de Direito de Coimbra. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Professor do Programa de Mestrado do UNIVEM.

excluídos digitais em audiências virtuais. Conclusão.
Referências.

RESUMO: As audiências por videoconferência, no processo civil e no processo penal, possibilitam que os participantes sejam ouvidos sem necessidade de deslocamento e contato físico, o que, em determinadas situações, pode significar economia de gastos para o Estado e para o usuário do Poder Judiciário. As experiências de audiências à distância são relatadas no Brasil desde a década de 1990 e atualmente há previsão legal expressa em diversos diplomas legislativos que autorizam a prática. Com o advento da pandemia de Covid-19, houve inequívoca expansão do uso das audiências virtuais como forma de garantir o acesso à justiça. Contudo, parcela significativa da população não possui conexão à internet e tampouco ferramentas tecnológicas, como *smartphones* e/ou computadores, o que acaba por excluí-la do acesso à justiça no tocante aos atos judiciais eletrônicos, a exemplo das audiências remotas. Nessa linha de raciocínio, a presente pesquisa, de natureza exploratória, realizada através de revisão bibliográfica, pelo método dedutivo, tem por objetivo investigar o processo de exclusão digital dos usuários do serviço de prestação jurisdicional que não tem conhecimento técnico ou condição financeira para participação em audiências virtuais, bem como as medidas que podem ser adotadas para mitigação da vulnerabilidade digital, a fim de possibilitar o pleno acesso à justiça aos excluídos digitais. Ao final, conclui-se que, em tempos de Justiça 4.0, é necessário que haja mobilização do Poder Judiciário nacional para assegurar que todos os cidadãos possam participar das audiências por videoconferência.

PALAVRAS-CHAVE: Audiências por Videoconferência. Acesso à Justiça. Excluídos Digitais. Inclusão Digital. Vulnerabilidade Digital.

ABSTRACT: Videoconference audiences, in civil and criminal proceedings, allow participants to be heard without having to move and physical contact, which, in certain situations, can mean saving in expenses for the State and for the Judiciary user. The experiences of remote audiences have been reported in Brazil since the 1990s and currently there is a legal provision expressly in several legislative acts that authorize the practice. With the advent of the Covid-19 pandemic, there was an unequivocal use of virtual audiences expansion as a way to guarantee access to justice. However, a significant population portion does not have an internet connection or technological tools, such as smartphones and/or computers, which ends up excluding them from accessing justice with regard to electronic judicial acts, such as remote audiences. In that reasoning line, the present research,

of an exploratory nature, carried out through a bibliographic review, by the deductive method, aims to investigate the process of digital exclusion of jurisdictional provisions service users that does not have the technical knowledge or financial condition to participate in virtual audiences, as well as the measures that can be adopted to mitigate digital vulnerability, in order to enable full access to justice for the digitally excluded. Finally, it is concluded that, in times of Justice 4.0, it is necessary to mobilize the national Judiciary to ensure that all citizens can participate in videoconference audiences.

KEYWORDS: Videoconference Audiences. Access to Justice. Digital Excluded. Digital Inclusion. Digital Vulnerability.

INTRODUÇÃO

O acesso à Justiça é uma garantia fundamental de suma importância na medida em que assegura ao cidadão as ferramentas jurídicas para a tutela de outros direitos fundamentais, como a vida, a saúde, a liberdade de expressão, a moradia, a alimentação etc. Desse modo, eventual violação ao direito de acesso à Justiça corresponderá igualmente a violações de outros direitos.

Em célebre estudo publicado no ano de 1978, Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificaram obstáculos que impedem ou dificultam o efetivo acesso à Justiça. Àquele tempo, vislumbrou-se, por exemplo, barreiras impostas pelas custas judiciais, particularmente sensíveis às pessoas carentes de recursos financeiros. Assim, apontou-se a necessidade da prestação de assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes (Cappelletti; Garth, 1988).

O sistema judiciário, tanto brasileiro quanto mundial, se modificou bastante de 1978 para os tempos atuais. É verdade, porém, que ainda subsistem muitas barreiras que embaraçam o efetivo acesso à Justiça para todos os cidadãos, sem qualquer tipo de discriminação. Contudo, hodiernamente novos obstáculos se somam àqueles outrora apontados por Cappelletti e Garth.

O presente artigo tem por escopo examinar uma das novas barreiras que se impõe ao amplo e irrestrito acesso à Justiça na realidade jurídica atual: a vulnerabilidade digital.

Mais especificamente, o objetivo da pesquisa é verificar a (im)possibilidade prática de efetiva participação dos denominados excluídos digitais em audiências por videoconferência.

O trabalho se justifica diante da inequívoca atualidade do tema, sobretudo porque, no contexto da pandemia do novo coronavírus (Sars-CoV-2), a principal alternativa encontrada pelo Poder Judiciário nacional para a manutenção da continuidade da prestação jurisdicional foi o investimento nas audiências virtuais, que passaram a ser adotadas amplamente no Brasil.

É importante deixar, desde já, registrado que a presente pesquisa não tem seu escopo limitado ao período da pandemia de Covid-19. A uma porque o processo de assimilação das tecnologias pelo aparato judiciário precede, em décadas, a pandemia. Desde 2006, por exemplo, já contamos com a Lei nº 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e admite “o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais” (Brasil, 2006). Portanto, é equivocado entender que a incidência das tecnologias nos processos judiciais e o próprio processo judicial eletrônico decorrem diretamente da pandemia. Cuida-se, isto sim, da expansão da *revolução tecnológica*, a quarta revolução industrial, para todos os campos da vida moderna, e, no caso, para a seara jurídica, a partir da década de 1990. Aliás, tomando-se as audiências on-line, objeto principal da pesquisa, como exemplo, cumpre anotar que data de 27/08/1996, há quase trinta anos, o primeiro interrogatório por videoconferência realizado no Brasil, na cidade de Campinas (SP).

A bem dizer, a pandemia de Covid-19 atuou não como fator que deu origem, mas que impulsionou a ampliação do movimento de informatização do Poder Judiciário. Vale dizer, a migração da Justiça para o ambiente digital já era uma realidade, mas a pandemia exerceu inegável efeito catalisador, que impôs adaptações rápidas e investimentos, na medida em que a transformação digital se tornou uma necessidade para todos (Moreira; Santos, 2020).

Em segundo lugar, malgrado alguns atos normativos expedidos pelos Tribunais pátrios e pelo Conselho Nacional de Justiça, que autorizam a realização de audiências remotas, o façam sob a justificativa de que a admissibilidade da modalidade virtual fica adstrita ao período de excepcionalidade provocado pela pandemia de Covid-19, é crível antever que as incalculáveis conquistas tecnológicas desse período certamente se prolongarão mesmo após o encerramento da situação de calamidade pública advinda do surto do novo coronavírus. Com efeito, “Reputa-se que o uso dessas novas ferramentas e tecnologias veio para ficar e sua difusão, inexoravelmente, transcenderá os tempos de pandemia, tratando-se de tendência que desenvolver-se-á cada dia mais ao longo dos novos tempos” (Minami; Paes, 2021, p. 402).

Em outras palavras, nos tempos atuais, a realização de audiências por videoconferência tornou-se prática usual no Brasil. É realidade consumada que veio para ficar.

Feitas tais observações, o artigo tenciona resolver o seguinte problema de pesquisa: no contexto de um Poder Judiciário que cada vez mais se aproxima de uma Justiça 4.0, como garantir o acesso à Justiça eletrônica a todos os cidadãos, particularmente quais medidas devem ser adotadas para assegurar a participação dos excluídos digitais em audiências virtuais?

O artigo é composto por seis seções. A primeira seção versa sobre os excluídos digitais. A segunda será dedicada ao estudo das audiências por videoconferência, desde suas primeiras manifestações no território brasileiro, o estado da arte pré-pandemia, os atos normativos de regência e o impacto da pandemia. A terceira seção contém estudo sobre o direito fundamental de acesso à Justiça. Na quarta, são feitos apontamentos acerca do processo de informatização do Poder Judiciário brasileiro, com foco no acesso à Justiça eletrônica. A quinta seção está destinada à abordagem focalizada na barreira representada pela vulnerabilidade digital. Por fim, a sexta e derradeira seção arremata o tema proposto no estudo, versando sobre a participação dos excluídos digitais nas audiências por videoconferência.

A pesquisa será conduzida mediante uma abordagem exploratória e bibliográfica. Para responder ao problema proposto, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo e, como técnica de pesquisa, foi empregada a pesquisa bibliográfica e documental, a partir da revisão de obras teóricas e artigos científicos pertinentes a cada área temática, bem como do uso da legislação pátria, em cotejo com o exame de dados relativos à população brasileira contidos em pesquisas publicadas por institutos de referência. Em suma, o método de procedimento utilizado é o monográfico, e a técnica de pesquisa, a bibliográfica.

Em linhas conclusivas, aponta-se para a necessidade e possibilidade de harmonização entre o crescente processo de virtualização do Poder Judiciário brasileiro e o acesso à Justiça eletrônica dos excluídos digitais, sobretudo através de medidas que permitam a superação da vulnerabilidade digital, a exemplo da instalação de salas passivas de oitiva nos fóruns e do letramento digital dos usuários, a fim de permitir efetiva participação nas audiências virtuais.

1. OS EXCLUÍDOS DIGITAIS

Como adverte Manuel Castells (2020, p. 95), “A breve, porém intensa, história da revolução da tecnologia da informação foi contada tantas vezes nos últimos anos, que é desnecessário dar ao leitor um outro relato completo”. O eminente autor espanhol já antevia o ritmo acelerado da *revolução tecnológica* (Schwab, 2016) que transformou notadamente a atividade de geração, processamento e transmissão das informações e o modo de comunicação entre os indivíduos, e catapultou a internet como fato incontestável de uma sociedade em rede (Castells, 2020). A realidade cotidiana que comumente se vivencia nos tempos atuais é marcada sobremaneira pela conectividade em tempo instantâneo ao alcance das mãos pelo acesso à internet em *smartphones*, *notebooks*, televisores inteligentes, casas automatizadas etc., com o consequente encurtamento das distâncias, que permite contato entre pessoas localizadas em distantes pontos do globo terrestre.

Nesse cenário, as redes sociais, a exemplo do Instagram, do Twitter e do Facebook, mudaram a dinâmica do comportamento social. Hodiernamente, por meio da internet, é possível realizar investimentos financeiros, concluir contratos, fazer pagamentos, encomendar comida, agendar serviços, aprender idiomas, assistir a programas de entretenimento, reservar veículos, conhecer novas pessoas, entre outras possibilidades inesgotáveis existentes no universo virtual. A tecnologia se espalhou por todas as áreas possíveis e alterou muitos paradigmas. O modo de fazer campanha eleitoral ou a forma como se estuda para um teste de seleção são sensivelmente distintos do que se via vinte anos atrás, por exemplo.

A internet se imiscuiu de forma tão visceral no cotidiano das pessoas que já se fala numa geração de jovens nascidos a partir da difusão da rede mundial de computadores que têm informações rápidas e acessíveis disponíveis de forma quase imediata. Contudo, se há pessoas que “falam” com primazia a linguagem digital e acessam a internet quase a todo momento, na contramão, há, de outra banda, uma parcela da população que desconhece, em absoluto, a linguagem das tecnologias de informação e comunicação e que praticamente não fazem nenhum uso da internet. São assim denominados *excluídos digitais* (Muniz *et al.*, 2021).

Sem embargo do crescimento histórico do uso da internet nos domicílios brasileiros, ainda é considerável o número de pessoas que estão alijadas do uso das novas tecnologias e do acesso à internet. Os *excluídos digitais* representam um recorte heterogêneo da população, uma vez que são diferentes as causas que corroboram para o cenário de desigualdade digital, como revela a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua 2018).

De fato, a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) evidenciou que cerca de um quarto (25%) da população acima de 10 anos de idade não utilizou a internet no quarto trimestre de 2018 (Brasil, 2020).

Os motivos declarados pela amostra entrevistada para justificativa da ausência de uso da internet foram: não sabiam usar a internet (41,6%); falta de interesse em acessar a internet (34,6%); serviço de acesso à internet era caro (11,8%); equipamento eletrônico necessário para viabilizar o serviço era caro (5,7%); e falta de disponibilidade do serviço de acesso à internet nos locais que costumavam frequentar (4,5%) (Brasil, 2020).

Ademais, a pesquisa demonstrou que a dificuldade de acesso à internet varia conforme indicadores de idade e escolaridade, eis que 57,5% das pessoas maiores de 60 anos disseram não saber usar a internet e 67,9% de pessoas sem instrução afirmaram não acessar a internet (Brasil, 2020). Em outras palavras, “há uma associação entre o nível educacional dos cidadãos e a exclusão digital, sendo excluídos aqueles que possuem menor grau de instrução” (Castro Junior, 2019, p. 1.049).

A pesquisa do IBGE revelou também que das pessoas sem acesso à internet, 20,6% possuem domicílio situado na área urbana e 53,5% na área rural (Brasil, 2020).

No mesmo sentido, a Pesquisa TIC Domicílios 2019, realizada pelo Centro Regional para o Desenvolvimento de Estudos sobre a Sociedade da Informação (Cetic.br), vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil, realizada entre outubro de 2019 e março de 2020, constatou que o Brasil ainda conta com expressivo número de excluídos digitais, pois cerca de $\frac{1}{4}$ (um quarto) da população brasileira (aproximadamente 47 milhões de pessoas) ainda segue desconectada da internet (Cetic.br, 2020).

O estudo evidenciou que “entre as regiões do país, o Sudeste apresentou o maior percentual de domicílios com acesso à Internet (73%)”, ao passo que “o Nordeste apresentou o menor percentual (57%)” (Cetic.br, 2020, p. 105). E, quanto aos motivos que justificam a exclusão digital, o levantamento apontou que “os mais citados foram: o fato de considerarem o acesso muito caro (27%), a justificativa de que não sabem usar a Internet (18%) e ainda a falta de interesse dos moradores (16%)” (Cetic.br, 2020, p. 105).

Em síntese, os *excluídos digitais* representam um expressivo contingente populacional (cerca de 47 milhões de brasileiros) que não acessam a internet e tampouco fazem uso das tecnologias de informação e comunicação por variados motivos, notadamente o alto custo, a carência de conhecimentos/habilidades e a falta de interesse. Desse modo, por exemplo, um idoso da classe A que não sabe como usar a internet integra o referido grupo. Contudo, de modo majoritário trata-se de pessoas oriundas das classes D e E, de baixa escolaridade, sem instrução, com idade superior a 60 anos e proveniente das regiões Norte e Nordeste do Brasil.

2. AS AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA

“A realização de audiências por meio de videoconferência em matéria criminal é um dos temas prementes do início do século XXI. Envolve questões relativas a direitos e garantias fundamentais, e de direitos humanos” (Sampaio, 2011, p. 2). O tema desperta polêmica nos sistemas judiciários ao redor do mundo. Nos Estados Unidos, “Já a partir de 1983, passou-se a adotar o sistema de vídeo-links para a coleta de depoimentos de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual” (Aras, 2005). A Itália adotou o sistema em 1992 e a França contém previsão legal para oitiva de testemunhas e interrogatório de acusados por meios eletrônicos desde 2001. Além disso, a doutrina identifica, em alguns dispositivos contidos em tratados internacionais, autorizações para a prática da videoconferência, a exemplo dos artigos 32, § 2º, e 46, § 18, da Convenção de Mérida (2003), dos artigos 18, item 18, e 24, item 2, *b*,

da Convenção de Palermo (2000), e do artigo 69, nº 2, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998) (Sampaio, 2011, p. 4-5).

O histórico das audiências por videoconferência na Justiça brasileira é mais antigo do que se possa imaginar. Desde as primeiras experiências, ainda em meados da década de 1990, o tema já despertava candente controvérsia. Segundo o escólio da doutrina especializada:

A polêmica começou com o primeiro interrogatório por videoconferência (a distância) realizado em Campinas, em 27.08.1996, pelo magistrado Dr. Edison Aparecido Brandão, que usou elementos de vídeo e som em tempo real, para perfazer a comunicação com o acusado que restava em local remoto (a prisão). E cercou-se aquele juiz de outros cuidados: deu um defensor ao acusado, para acompanhá-lo na sala da prisão onde o mesmo responderia às indagações que lhe eram transmitidas via computador, e nomeou outro defensor para acompanhar o ato diretamente da sala do fórum onde ficou o magistrado. Ainda no mesmo ano de 1996, às 10:00 horas da manhã do dia 09 de setembro, outro interrogatório a distância foi realizado, desta vez na 26ª Vara Criminal da capital paulista, pelo Juiz de Direito Luiz Flávio Gomes, o qual utilizou a internet para o envio e recebimento de mensagem de texto em tempo real (Fioreze, 2009, p. 116).

Nas palavras de Edison Aparecido Brandão, em sede doutrinária, “aquela experiência realizada em uma tarde em Campinas destinava-se a demonstrar ao Judiciário e a toda a Sociedade que o uso racional da tecnologia, além de inevitável, somente trará ganhos e visava, como visa, garantir a cidadania a todos” (Brandão, 2004).

Por sua vez, Luiz Flávio Gomes, destacando as vantagens do interrogatório remoto, acentuou que “Evita-se o envio de ofícios, de requisições, de precatórias, é dizer, economiza-se tempo, papel, serviço, etc. Pode-se ouvir uma pessoa em qualquer ponto do país, sem necessidade do seu deslocamento” e complementou que “os gastos eliminados com o interrogatório a distância são extraordinários” (Gomes, 1996, p. 6).

O entusiasmo dos magistrados pioneiros na utilização da técnica também foi compartilhado por parte da doutrina pátria, que depositou nas audiências por videoconferência a esperança de benefícios como a aceleração do trâmite dos processos judiciais, a redução do dispêndio de verbas públicas e a eliminação dos riscos para a sociedade e para o próprio preso. Por todos, cite-se Vladimir Aras (2005), para quem a realização das audiências à distância, “além de não prejudicar nenhum direito do réu, facilita a vida de juízes, advogados, membros do Ministério Público, vítimas, testemunhas e peritos e mesmo de acusados que não residam no foro onde deverá ocorrer o ato de instrução processual”.

De outro lado, contudo, parcela da doutrina nacional erigiu incisivas críticas contra o interrogatório por videoconferência, por entender que tal prática violava o direito do réu de ter contato físico com o juiz natural competente para julgar a sua causa, o que redundaria em manifestos prejuízos para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Por todos, convém registrar o pensamento de René Ariel Dotti (1997, p. 273), para quem “O interrogatório *on line* tem o privilégio de inaugurar um novo estilo de *cerimônia degradante*”.

Apesar das críticas, a Administração Pública decidiu por investir na videoconferência como medida assaz apta a garantir maior celeridade, segurança e contenção de gastos. Assim, no estado de São Paulo, foi editada a Lei nº 11.819/2005, que regulamentou o interrogatório e a oitiva de testemunhas por videoconferência no processo penal em território paulista. Logo, contudo, parte da doutrina passou a defender a inconstitucionalidade da legislação bandeirante (Badaró, 2005), o que, enfim, em 2008, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que reputou a lei estadual formalmente inconstitucional, por violação da competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito processual (artigo 22, I, da Constituição Federal).

Como consequência, no ano seguinte o Congresso Nacional editou a Lei nº 11.900, de 08 de janeiro de 2009, que alterou o Código de Processo Penal “para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência” (Brasil, 2009). A propósito, ainda em 2008 foi publicada a Lei nº 11.690/2008, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de oitiva da vítima e de inquirição das testemunhas por videoconferência. Em seguida, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 105/2010, que dispôs sobre a realização de interrogatório criminal e inquirição de testemunhas por videoconferência (Brasil, 2010).

Na seara cível, a Lei nº 13.105/2015 instituiu o novo Código de Processo Civil, que contém uma série de dispositivos que autorizam a prática de atos judiciais por videoconferência. Com efeito, o Código de Processo Civil autoriza o emprego da videoconferência na colheita do depoimento especial (art. 385, § 3º); na inquirição de testemunhas (art. 453, § 1º); na acareação (art. 461, § 2º); e na sustentação oral do advogado (art. 937, § 4º), além de conter previsão genérica no § 3º do artigo 236, segundo o qual “Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real” (Brasil, 2015).

Como se vê, antes mesmo do advento da pandemia de Covid-19, a legislação brasileira já admitia a realização de audiências por videoconferência tanto no processo civil quanto no processo penal. É verdade que, na seara criminal, o interrogatório por videoconferência era previsto como medida excepcional, reservada apenas para a oitiva de réu preso e quando

imprescindível para assegurar alguma das finalidades estampadas nos incisos I a IV do § 2º do artigo 185 do Código de Processo Penal, que inicia com o uso do advérbio “Excepcionalmente”.

Nada obstante as autorizações legais, a realização de audiências por videoconferência não era prática usual em todas as Comarcas brasileiras, dentre outras razões por que sua efetiva aplicação exige dos tribunais investimentos em tecnologia e recursos materiais e informáticos.

Com a pandemia do novo coronavírus as audiências virtuais ganharam proeminência. De fato, diante do isolamento social e da suspensão das atividades presenciais indicados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como medidas necessárias para evitar o contágio e a difusão do vírus, a alternativa encontrada pelo Poder Judiciário nacional para compatibilizar a preservação da saúde dos magistrados, agentes públicos, funcionários, advogados e usuários com a continuidade da prestação jurisdicional, atividade essencial ao funcionamento do Estado, foi a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência.

Nessa toada, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 329/2020, que estabelece que “Será permitida a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência pela plataforma digital disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça ou ferramenta similar” (Brasil, 2020b). Aliás, a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19, foi instituída pelo CNJ através da Portaria nº 61, de 31 de março de 2020 (Brasil, 2020a). Ainda em 2020, o CNJ publicou a Resolução nº 354/2020, que prevê o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e conceitua videoconferência como a “comunicação a distância realizada em ambientes de unidades judiciárias” e acrescenta que “O deferimento da participação por videoconferência depende de viabilidade técnica e de juízo de conveniência pelo magistrado” (Brasil, 2020d).

Insta salientar que diversos outros tribunais pátrios também editaram suas normativas autorizando a realização de audiências por videoconferência durante o período pandêmico.

Sem prejuízo da discussão acerca da licitude da ampliação das hipóteses de emprego das audiências virtuais desde a pandemia de Covid-19, é fato que as audiências remotas tiveram um uso expressivo a partir de 2020/2021. É o que evidenciou, por exemplo, a matéria de capa do caderno 1, Administrativo, do Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sua Edição 3291, de 2 de junho de 2021, que repercute a marca de “100 mil teleaudiências criminais realizadas em pouco mais de um ano” (São Paulo, 2021).

Assim sendo, é crível antever que, ainda que com alguns ajustes e conformações, as audiências por videoconferência permanecerão sendo realidade mesmo num cenário pós-Covid.

3. A GARANTIA FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça é uma garantia fundamental de importância ímpar para o regular funcionamento de um Estado Democrático de Direito. Isso decorre de seu caráter instrumental, na medida em que sua observância reflete na concretização de outros direitos fundamentais. Vale dizer, por meio do acesso à Justiça, é franqueado a qualquer cidadão que entenda ter tido qualquer direito violado (*v.g.* incolumidade física, liberdade de pensamento ou moradia) a prerrogativa de se socorrer junto a um órgão judicial competente para examinar a questão. Conseqüentemente, negar o *acesso à Justiça* provoca uma dupla violação: da garantia de acesso em si e do direito material que se buscava ver reconhecido mediante a tutela jurisdicional. Justamente por isso, Boaventura de Sousa Santos (1999) diz tratar-se de um direito charneira, eis que interfere diretamente na fruição dos demais direitos.

É por meio do acesso à Justiça que se possibilita armas jurídicas para que os cidadãos possam reivindicar a efetiva concretização prática dos direitos que lhes são assegurados por lei. Afinal, de nada basta a previsão meramente formal de um direito se não há meios para se questionar possíveis violações sofridas ou mesmo pleitear proteção prévia à eventual violação. “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (Cappelletti; Garth, 1988, p. 12).

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê a garantia do acesso à Justiça no rol dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXXV do artigo 5º (Brasil, 1988), estabelecendo que todo cidadão, independentemente de qualquer condição pessoal ou fator de discriminação, tem assegurado o acesso à Justiça como mecanismo de resolução dos conflitos.

Entretanto, nem sempre a “paridade de armas” será verificada no caso concreto, porque há obstáculos e barreiras incidentes em determinadas condições ou sobre determinados sujeitos que acabam por negar ou dificultar o efetivo acesso ao Poder Judiciário. Foi o que identificaram os pesquisadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em paradigmático estudo empreendido no âmbito do denominado Projeto Florença, do qual resultou publicação de 4 volumes, em 6 tomos, e contou com a participação de centena de especialistas, dentre juristas, psicólogos, sociólogos etc., e que culminou com a publicação, em 1978, da icônica obra intitulada *Acesso à Justiça*.

O movimento de reforma para o acesso à Justiça, capitaneado por Cappelletti e Garth propôs três ondas renovatórias que, em conjunto, conduziriam para a universalização do acesso à jurisdição. Nas palavras dos autores, *in verbis*:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “*ênfase de acesso à justiça*” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (Cappelletti; Garth, 1988, p. 31, itálico no original).

O trabalho de Cappelletti e Garth produziu importantes reflexos no direito brasileiro. Deveras, podem ser citados como contributos diretos ou indiretos do movimento reformista a previsão de assistência judiciária gratuita para os pobres, bem como a representação jurídica dos hipossuficientes pela Defensoria Pública; a possibilidade de exercício do *jus postulandi* diretamente pela parte interessada em procedimento abreviado e simplificado conforme o rito da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; o aperfeiçoamento de métodos adequados de tratamento de conflitos, a exemplo da conciliação, da mediação e da arbitragem, o que referenda uma concepção ampla de acesso à Justiça, que comporta não só os mecanismos para acesso do Poder Judiciário, mas também todos os meios para acesso às demais formas de resolução dos conflitos distintas da jurisdição estatal; e a edição de importantes leis que sistematizaram a tutela jurídica dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Contudo, ainda hoje é forçoso convir que o acesso à Justiça não é universal.

4. O ACESSO À JUSTIÇA 4.0

O movimento reformista liderado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth logrou êxitos imensuráveis e contribuiu decisivamente para uma reformulação do acesso à Justiça, conceito que passou a ser interpretado tanto sob uma vertente negativa (o Estado deve se abster de impor barreiras ao acesso à Justiça), quanto consoante uma feição positiva (ao Poder Público cabe adotar medidas concretas para garantir acesso à Justiça para todos, em igualdade de condições).

Ocorre que o trabalho iniciado em 1965 e concluído em 1978 levou em consideração uma Justiça sensivelmente distinta daquela que existe nos dias atuais, no Brasil e no mundo (Siqueira; Lara; Lima, 2020, p. 31). Com efeito, sem prejuízo da persistência de muitos obstáculos identificados àquele tempo, a Justiça atual apresenta novas características, típicas dos ventos dos novos tempos, influenciados em demasia pela *revolução tecnológica*, pela difusão da internet e das novas tecnologias da informação e comunicação (TIC). Destarte, é cabível dizer que hodiernamente se faz necessário perquirir acerca do efetivo acesso à Justiça eletrônica para todos, assim como refletir sobre as novas barreiras que se apresentam ao irrestrito acesso a uma Justiça cada vez mais digital.

Aliás, na empreitada de atualizar os inovadores estudos de Cappelletti e Garth, um grupo de pesquisadores deu início ao projeto intitulado *The Global Access to Justice Project*³.

Quarenta anos depois do Projeto Florença, várias instituições e pesquisadores ao redor do mundo, incluindo Bryant Garth e Earl Johnson Jr., que trabalharam com Cappelletti naquela época, a partir de tendências atuais, realizam projeto intitulado “The Global Access to Justice Project”. O objetivo é “identificar, mapear e analisar essas tendências emergentes, realizando uma nova pesquisa global”. A pesquisa ainda está em andamento “adotando uma abordagem teórica e geográfica abrangente no mapeamento e estudo do diversificado movimento mundial de acesso à justiça na África, Ásia, Oriente Médio, América Latina, América do Norte, Europa e Oceania” (Minami; Paes, 2021, p. 407).

O projeto identificou novas ondas renovatórias de acesso à Justiça, que se somam àquelas três ondas citadas na seção anterior. Para fins do presente artigo, merece destaque a sexta onda, que tem por objeto a preocupação com o uso de inovações e novas tecnologias para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça. Noutros termos, “preocupa-se com as novas tecnologias e o modo como elas podem contribuir para que o acesso à justiça garanta o acesso paritário” (Moreira; Santos, 2020, p. 15). Nesse contexto, a principal barreira identificada para o acesso à Justiça eletrônica é a denominada *exclusão ou brecha digital* ou, no original em inglês, *digital divide* ou *digital gap*. Em sentido oposto, erigem-se como soluções para o enfrentamento dessa nova barreira a *inclusão digital* ou, em países de língua inglesa, a *digital inclusion*.

A exclusão digital é, em síntese, “um estado no qual um indivíduo é privado da utilização das tecnologias de informação, seja pela insuficiência de meios de acesso, seja pela carência de conhecimento ou por falta de

3 Os principais resultados das pesquisas realizadas podem ser acessados em <https://globalaccesstojustice.com/>.

interesse” (Almeida; Paula, 2005, p. 56), conforme já pontuado na seção 2 do presente artigo.

A exclusão digital provoca um cenário de *desigualdade digital* entre os usuários dos serviços públicos, especialmente quando tais serviços são prestados na modalidade eletrônica. Não é diferente com a atividade jurisdicional, serviço público de caráter essencial. Vale dizer, a exclusão digital conduz a um quadro de desigualdade entre os jurisdicionados nas hipóteses em que a prestação das atividades forenses pressupõe o acesso à internet.

Nos últimos anos (2020/2021), o Poder Judiciário nacional aprofundou o processo de informatização da prestação jurisdicional (Gabriel; Abreu; Porto, 2021). Atualmente, inclusive, existem Varas judiciais que tramitam exclusivamente em meio digital, o que há alguns anos parecia impensável. Aliás, o avanço irrefreável das novas tecnologias junto à Justiça brasileira pode ser exemplificado de forma emblemática pelo “Juízo 100% Digital”, no âmbito do qual todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto, por intermédio da rede mundial de computadores, conforme previsão contida no § 1º do artigo 1º da Resolução nº 345/2020, do CNJ (Brasil, 2020c).

O “Juízo 100% Digital” é uma das ações/projetos que integram o “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos”, lançado na gestão do Ministro Luiz Fux na Presidência do Conselho Nacional de Justiça. O programa tem por objetivo a promoção do acesso à Justiça, por meio de ações e projetos que visam o uso colaborativo de produtos que empregam novas tecnologias, bem como a inteligência artificial. Inclui o Projeto da Plataforma Digital do Poder Judiciário (PDPJ), a implantação do sistema Codex e o aprimoramento da Base de Dados Processuais do Poder Judiciário (DataJud). Para a execução do programa, o CNJ firmou termo de cooperação técnica com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), ACT nº 50/2020, objetivando desenvolver estratégias e ações focadas no uso da inovação e na transformação digital para ampliar o acesso à Justiça no Brasil.

A implantação da Justiça 4.0, contudo, não pode desconsiderar a existência de um contingente de brasileiros que não possuem acesso à internet e que, assim, conseqüentemente, não possuem acesso à Justiça que pressupõe a acessibilidade à rede mundial de computadores.

É preciso garantir, pois, o acesso universal (de todos) à Justiça 4.0, à Justiça eletrônica.

5. SOBRE A VULNERABILIDADE DIGITAL

O presente estudo se alinha ao entendimento de que a exclusão digital é mais uma manifestação da *exclusão social*. Vale dizer, a exclusão digital

advém de um cenário de notória desigualdade socioeconômica construído historicamente no Brasil, que repercute na extrema pobreza de parcela da população, em expressivo número de desempregados, na existência de moradias irregulares, no aumento da população em situação de rua, na insegurança alimentar, no racismo estrutural, dentre outras manifestações de um país caracterizado pela desigualdade. Em outras palavras, entende-se “a exclusão digital como consequência de um contexto mais abrangente oriundo de outras formas de exclusão, tais como a social, a econômica e a educacional” (Castro Junior, 2019, p. 1.041). A bem dizer, a par de ser uma das muitas consequências da exclusão socioeconômica, a exclusão digital também acentua esse cenário prévio de intensa desigualdade social, aproximando-se à perversa dinâmica de um ciclo de retroalimentação. Desse modo, “a exclusão digital ainda é um grave problema a ser enfrentado pela sociedade brasileira, vez que as diferenças de uso das mídias digitais (...) reforçam as desigualdades sociais preexistentes” (Sarlet; Mendes, 2020, p. 378).

Os indivíduos vitimados pela exclusão digital (e, como dito, não raras vezes por uma miríade de outras formas de exclusão, como a socioeconômica, a habitacional e a educacional) comumente precisam se socorrer do Poder Judiciário para fazer valer os seus direitos. Cite-se, por exemplo, as demandas por vagas em creches ou visando ao fornecimento de medicamentos. Nessas circunstâncias, a exclusão digital repercutirá na igualdade processual, uma vez que os litigantes vulneráveis apresentarão inequívoca *vulnerabilidade processual*, que repercutirá na inviabilização ou dificuldade de acesso ao Judiciário, no desequilíbrio entre as partes litigantes e no comprometimento da igualdade de oportunidades no curso do processo judicial.

A *vulnerabilidade processual* corresponde ao impacto sofrido no curso do processo pelos sujeitos invisibilizados e subalternizados que os “impede de praticar atos processuais em razão de alguma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório” (Tartuce, 2012, p. 184).

Podem ser observadas diversas manifestações de vulnerabilidade processual, de natureza econômica, informacional, em razão do desconhecimento dos trâmites processuais etc. Inclusive, um mesmo sujeito pode se deparar com barreiras processuais de distintas categorias. Assim, “um litigante em situação de vulnerabilidade processual, poderá, em razão de sua classe social, raça, idade, dentre outros marcadores sociais, serem atravessados por vulnerabilidades processuais de naturezas diversas” (Guzzo; Machado; Mapa, 2021, p. 185), constatação que conduz à necessidade de um enfoque interseccional da vulnerabilidade processual.

Para fins do presente artigo, contudo, interessa especialmente a vulnerabilidade de natureza cibernética, isto é, a *vulnerabilidade digital*, por

força da qual “a parte estará em uma posição de extrema disparidade frente ao seu adversário, não conseguindo ter acesso aos autos do processo eletrônico e estando totalmente desinformada e impossibilitada de realizar atos processuais na defesa de seus interesses” (Guzzo; Machado; Mapa, 2021, p. 191).

No ponto, convém frisar que o acesso à Justiça, seja propriamente ao Poder Judiciário, ou mesmo aos serviços dos cartórios extrajudiciais ou aos métodos adequados de tratamento dos conflitos (mediação, conciliação, arbitragem etc.), é um serviço público e como tal sofreu influxos das novas tecnologias e tem como usuários milhões de pessoas excluídas digitalmente, que, no curso do processo judicial, apresentam vulnerabilidade digital.

As novas tecnologias alteraram a forma dos indivíduos se relacionarem. Deveras, “as tecnologias de informação transformaram os padrões das relações humanas, repercutindo nos arranjos sociais, econômicos e políticos” (Cristóvam; Saikali; Sousa, 2020, p. 212). A Administração Pública também sofreu profundas transformações decorrentes do uso das novas tecnologias. Com a inclusão gradativa de tecnologias da informação e comunicação (TIC) desde os anos 1990, hoje o Governo Digital (*e-gov*) é uma realidade inquestionável. Muitos serviços públicos são prestados por meio eletrônico. O cidadão pode agendar consultas, solicitar segunda via de documentos, pagar taxas, fazer reclamações etc., tudo via internet.

É importante não olvidar, porém, que “a inovação tecnológica deve fomentar a melhoria na prestação de serviços públicos (e-Serviços Públicos) a todos os cidadãos, sem que haja privilégios no atendimento, pois comporta uma dimensão de democracia e respeito à cidadania” (Cristóvam; Saikali; Sousa, 2020, p. 218). Nessa toada, as ações do Governo Digital devem ter como finalidade precípua a melhoria da qualidade da prestação de serviços públicos de modo igualitário, a todos os cidadãos. Noutro giro, a próspera iniciativa do Governo Digital não pode repercutir no cerceamento do acesso de parte da população aos serviços públicos que o Estado deve prestar a todos, indistintamente. É preciso, pois, pensar mecanismos que incluam os excluídos digitais na prestação de serviços públicos eletrônicos, ou viabilizem alternativas. Em suma, “as autoridades públicas têm o dever de fazer com que os aludidos serviços cheguem à população, garantindo internet para todos ou tornando acessível a prestação de serviços de maneira presencial para populações excluídas digitalmente” (Souza, 2020, p. 157).

Aliás, a pandemia do novo coronavírus evidenciou os flagelos que podem advir da implantação de serviços públicos em via eletrônica de modo irrestrito, desconsiderando um número expressivo de 47 milhões de brasileiros desconectados da *web*. Muniz *et al.* (2021) citam dois exemplos paradigmáticos: as dificuldades enfrentadas por alunos e professores da rede pública para prosseguir com o ensino à distância, por meio de aulas remotas, a partir do fechamento das escolas no período pandêmico; e o grande número

de pessoas que apresentaram problemas no cadastro online do sistema da Caixa Econômica Federal para sacar o benefício do auxílio emergencial, eis que não tinham conta bancária, aparelhos celulares com acesso à internet ou mesmo não possuíam habilidades técnicas para o uso das tecnologias.

À semelhança dos exemplos enumerados por Muniz *et al.* (2021), é preciso lançar luz sobre a forma como está sendo implantada e efetivada a prestação do serviço público da Justiça na via eletrônica. Particularmente, num contexto de Justiça 4.0, é imprescindível investigar as medidas adotadas para universalização do acesso de todos ao Judiciário em moldes virtuais. Nessa linha de raciocínio, o presente artigo propõe avançar na reflexão a partir do estudo da participação dos excluídos digitais em audiências por videoconferência.

6. A PARTICIPAÇÃO DOS EXCLUÍDOS DIGITAIS EM AUDIÊNCIAS VIRTUAIS

É fato que a pandemia do novo coronavírus acelerou o processo de informatização da Justiça e de inserção das novas tecnologias da informação e comunicação (TIC) na rotina do Poder Judiciário brasileiro. Uma das mudanças mais significativas foi o aumento eloquente do número de audiências por videoconferência realizadas no Brasil.

Participar de audiências virtuais já era uma realidade bem antes da pandemia de Covid-19, como demonstrado na seção 3, *supra*. No âmbito cível, o Código de Processo Civil de 2015 contém uma gama de previsões legais que autorizam a prática de diversos atos processuais através da videoconferência. No âmbito criminal, o Código de Processo Penal, desde os anos de 2008/2009, admite a inquirição de testemunhas, a oitiva da vítima e o interrogatório do réu por meio da videoconferência. Mais: desde 2006 o Brasil conta com a Lei nº 11.419/2006, que autoriza o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais (Brasil, 2006).

Demais disso, em que pese entendimento no sentido de que “encerrada a epidemia, no entanto, as audiências devem retomar seu modelo tradicional de presença física, que é sempre preferível àquele virtual” (Guimarães; Parchen, 2020, p. 516), vê-se como verossímil, por outro lado, que a realização das audiências por videoconferência, seja integral ou parcial (híbrida), “é prática que tende a se consolidar no processo penal brasileiro, mesmo após o período pandêmico, em razão da maior amplitude do acesso à justiça, celeridade da tramitação de ações penais e economia de gastos” (Sousa; Silva, 2021, p. 51). Por conseguinte, crê-se que participar de audiências virtuais continuará a ser uma realidade no período pós-pandêmico.

De fato, com o início da pandemia de Covid-19, muitos tribunais ao redor do mundo investiram no uso da tecnologia para evitar o contato

pessoal, adotando uma série de medidas, conforme demonstra o relatório intitulado *Impactos do Covid-19 nos Sistemas de Justiça*, produzido pelo *The Global Access to Justice Project* (2020)⁴. O estudo aponta que a medida mais adotada pelos tribunais foi a realização de audiências judiciais por videoconferência (53%), seguida pelo uso de sistemas digitais, para permitir que advogados e/ou Defensores Públicos proponham demandas judiciais online (33%), e pelo uso de sistemas digitais para viabilizar a tramitação online de processos judiciais (22%).

Ocorre que a expansão do uso da tecnologia nos processos judiciais foi acompanhada pelo crescimento da *desigualdade digital* e impactou sobremaneira os *vulneráveis digitais*, que se viram privados do acesso à Justiça eletrônica. Com efeito, “como a universalização do acesso à internet está distante de ser realizado, uma vez ser concentrado o seu acesso às camadas economicamente mais favorecidas, cria-se um distanciamento do acesso ao Poder Judiciário” (Almeida; Pinto, 2020, p. 10).

Nesse sentido, a nota técnica “A pandemia de Covid-19 e os(as) profissionais das Defensorias Públicas”, realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)⁵, por meio de seu Núcleo de Estudos da Burocracia, revelou que 92,6% dos profissionais que participaram da pesquisa consideram que o acesso à Justiça de pessoas vulneráveis foi afetado pela pandemia, “o que culmina em um aprofundamento das desigualdades que, se antes já apresentavam níveis elevados, agora caminham para um cenário ainda mais preocupante” (FGV, 2020, p. 3).

De modo algum defende-se a tese de que o Poder Judiciário deve ficar infenso ao uso das novas tecnologias. Trata-se de processo irreversível. As TICs avançam por todas as áreas da vida social e alcançam a Administração Pública, nela incluído o Poder Judiciário. Ao revés, o processo de crescente informatização do Poder Judiciário pode ser salutar, na medida em que “a utilização das TICs no setor público pode indicar uma ferramenta estratégica para ampliar a eficiência dos serviços públicos, gerando maior economia para o Estado, maior nível de transparência e qualidade no atendimento das demandas dos cidadãos” (Cristóvam; Saikali; Sousa, 2020, p. 219). É fundamental, entretanto, aparar pontas soltas e pensar medidas que viabilizem o acesso de todos à Justiça eletrônica. No particular, faz-se necessário aplicar mecanismos que permitam a participação de excluídos digitais em audiências virtuais.

Para tanto, imprescindível atacar a raiz do problema, ou seja, entender as causas que deflagram a *exclusão digital*.

4 Disponível em: <https://globalaccessjustice.com/impacts-of-covid-19/?lang=pt-br>. Acesso em: 15 jun. 2022.

5 Disponível em: <https://neurocracia.files.wordpress.com/2020/08/rel06-defensoria-covid-19-v4-1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2022.

Sarlet e Mendes (2020, p. 379), amparando-se nas lições de Ragnedda, esclarecem ser possível visualizar três níveis de exclusão digital. A ver:

O primeiro nível compreenderia a capacidade de acesso material ou não às determinadas tecnologias. [...] Em seguida, tem-se a dimensão da qualidade, envolvendo o tipo de conexão usada e ainda a motivação para utilização da internet. Por fim, [...] o nível do aproveitamento, cujo alcance diz respeito aos resultados e aos benefícios tangíveis que determinado indivíduo obtém a partir do uso das tecnologias.

Consequentemente, é equivocado entender que a exclusão digital advém tão somente da falta de acesso material a equipamentos e instrumentos necessários para o acesso à internet (como computadores e *smartphones*). Inclusive, não foi outra a conclusão lançada pelo estudo de Castro Junior (2019). O autor examinou dois programas de inclusão digital estabelecidos pelo Governo Federal, a implantação de Telecentros comunitários e o Programa Nacional de Tecnologia Educacional (PROINFO), e concluiu que tais políticas públicas foram equivocadas, uma vez que estavam voltadas meramente para o fornecimento de equipamentos e recursos materiais. Eis a conclusão contida no trabalho publicado pelo autor: “o problema da exclusão digital no Brasil, na verdade, tem mais a ver com aspectos educacionais e com o grau de competência em informação dos cidadãos do que com dificuldades relacionadas ao custo de equipamentos ou infraestrutura de acesso à internet” (Castro Junior, 2019, p. 1.050).

Ao final, o autor arremata que:

As políticas públicas e os programas governamentais de combate à exclusão digital necessariamente devem incluir programas para criar condições de desenvolvimento de competência em informação e competências digitais sem olvidar, todavia, das políticas de inclusão social e econômica, pois são essas últimas que promoverão outras formas de inclusão (Castro Junior, 2019, p. 1.051).

Já foi dito na seção 1, quando conceituados os *excluídos digitais*, que tal definição inclui pessoas que, mesmo que tenham condições financeiras de adquirir computador ou celular, se mantêm isoladas das inovações tecnológicas por falta de interesse ou de habilidades técnicas. É o caso, por exemplo, de um idoso que não tem o hábito de manejar aparelhos tecnológicos ou a quem falta o conhecimento necessário para tanto, ainda que tenha condições financeiras de adquirir *notebook*, *smartphone* etc.

Ante tudo o que se disse acima, a solução para a exclusão digital é apostar no inverso da moeda, isto é, na inclusão digital. Com esteio nos

ensinamentos de Mori, Rosa (2013, p. 36) esclarece que o conceito de inclusão digital pode ser compreendido através de três vertentes:

[...] como “acesso”, como “alfabetização digital” e como “apropriação de tecnologias”. A primeira focaliza a distribuição de bens e serviços que garantam o acesso à infraestrutura e às TIC. Já na segunda vertente, o foco é colocado nas habilidades básicas em TIC, que permitam ao indivíduo saber fazer uso delas, sendo, neste caso, o acesso aos meios físicos, bem como a alfabetização escolar, os requisitos necessários para se desenvolver. A terceira vertente defende um passo posterior à chamada alfabetização digital: além de saber usar, os indivíduos devem desenvolver uma compreensão dos novos meios que lhes permitam apropriar-se desses recursos para “reinventar seus usos e não se constituir como meros consumidores”.

Uma ampla e universal política pública (e judiciária) de inclusão digital requer, pois, que se avance para além do mero fornecimento de equipamentos e infraestrutura necessários para viabilizar o acesso material à internet (primeira vertente). É fundamental ir adiante e fornecer meios para que o usuário do serviço jurisdicional tenha condições de angariar para si habilidades técnicas básicas que lhe possibilitem fazer uso consciente e hábil da internet (segunda vertente). No ponto, o aprimoramento das habilidades digitais traz à baila o conceito de *letramento digital*, que “pressupõe que o usuário informado de mídias digitais saiba operar dentro dos quatro componentes essenciais do letramento midiático, a saber: representação, língua, produção e audiência” (Helfenstein; Velasques, 2021, p. 198).

O letramento digital é um processo pedagógico que permite ao usuário usufruir da tecnologia da informação e comunicação com autonomia, de modo que não se limite a mero objeto de consumo de mídias, mas passe a ter consciência do impacto que as tecnologias digitais repercutem em sua vida e assim tenha meios de posicionar-se como sujeito crítico que convive com as TICs, adquira *status* de produtor autônomo de conhecimento, dotado de criticidade.

O letramento digital permite, em último grau (terceira vertente), que o usuário se aproprie da tecnologia de modo consciente e crítico e se habilite a ser protagonista ativo desse processo (e não apenas um consumidor passivo), produzindo conhecimento. Desse modo, apoia a construção identitária cidadã do sujeito (Helfenstein; Velasques, 2021) e, por isso, deve ser elevado ao patamar de “um direito social, que deve ser assegurado via política pública” (Rosa, 2013, p. 48).

Por conseguinte, uma medida fundamental para assegurar a igualitária participação dos *excluídos digitais* em audiências por videoconferência é a

promoção, pelo Poder Judiciário, do letramento digital do cidadão usuário do serviço de Justiça. Assim, alinha-se à posição de Ribeiro, Souza e Luquetti (2021), para quem “o letramento digital do cidadão, específico no âmbito do Judiciário, é uma forma de viabilizar a inclusão digital do cidadão para o acesso à Justiça eletrônica” (p. 119). Com razão, justificam os autores que:

[...] para o acesso à Justiça eletrônica, o cidadão necessita desenvolver habilidades específicas para se comunicar no ambiente de rede, ser capaz de fazer o uso dos múltiplos suportes tecnológicos e interagir com texto multimidiático, com sons, cores, imagens, vídeos, textos, *links* que lhe permitam transitar pelos *sites*, sistemas eletrônicos de processamento, aplicativos e plataformas de videoconferência para a defesa de seus direitos e interesses em Juízo, em última análise, esse direito humano e fundamental de cidadania: o acesso à Justiça (Ribeiro; Souza; Luquetti, 2021, p. 115-116).

Assim, é forçoso entender que os usuários da Justiça eletrônica devem ser devidamente informados, em linguagem acessível, sobre o modo de acesso à plataforma digital, as principais ferramentas disponíveis, os procedimentos que devem ser adotados (v.g. o tempo de espera no lobby digital e o ingresso na sala virtual), a etiqueta que deve ser seguida em ambiente virtual, dentre outras circunstâncias que podem ser, por exemplo, esclarecidas em cartilhas e manuais elaborados pelo Poder Judiciário, que poderão conter vídeos didáticos explicativos (tutoriais para participação em audiências virtuais), podendo se valer, inclusive, da técnica do *Visual Law*. No mesmo sentido, Minami e Paes asseveram que “vislumbra-se necessária a elaboração e propagação, por exemplo, de tutoriais, elucidando acerca da forma como se ingressa e como se acessam os sistemas dos tribunais de consulta e acompanhamento processual” (2021, p. 412).

Outra medida que se entende fundamental é a disponibilização de meio alternativo presencial ou semipresencial, evitando-se a imposição obrigatória de audiências integralmente por videoconferência, o que pode representar, no caso concreto, uma intransponível barreira que cerceia o acesso à Justiça para os excluídos digitais. Nesse sentido, uma alternativa viável é a realização de audiências híbridas, permitindo a participação presencial daqueles litigantes que não tenham condições técnicas ou materiais de participar do ato virtualmente. Afinal, “impor, como único meio de acesso à justiça aquele informatizado, via remota, é impor um ônus ao qual talvez não se possam desincumbir” (Guzzo; Machado; Mapa, 2021, p. 193). Em outras palavras, “o sistema não pode assumir um caráter opressor, de modo a obrigar o indivíduo a agir de determinada forma, uma vez que acaba por penalizar os vulneráveis, condenados à exclusão” (Moreira; Santos, 2020, p. 18).

Ainda, como medida assaz apta a possibilitar o acesso de todos à Justiça eletrônica, o Poder Judiciário deve providenciar, em cada fórum, salas/terminais/estações de auxílio, com equipamentos tecnológicos, que permitam que o cidadão que não tenha acesso à internet em seu domicílio se dirija até o prédio do fórum e de lá participe das audiências remotas, tudo com o apoio de funcionários treinados para auxiliar os excluídos digitais nos atos. Noutros termos, “a fim de garantir a realização das audiências e atendimentos virtuais, o Tribunal poderia disponibilizar em suas dependências computadores de livre acesso às partes hipossuficientes, que teriam auxílio de servidores para utilizar os equipamentos e ingressar nas salas virtuais” (Dutra; Melo, 2021, p. 146).

Finalmente, considerando a acessibilidade à internet como um direito fundamental do cidadão, e, portanto, como um direito de todos a ser provido pelo Estado a toda população⁶, mediante ações positivas prestacionais, conforme, aliás, já reconhece parcela da doutrina pátria (Souza, 2020), é de se esperar que o Estado empreenda políticas públicas que viabilizem o amplo acesso de todos à internet. Cite-se, por exemplo, a implantação de redes *wi-fi* gratuitas em logradouros públicos e a instalação de salas comunitárias para uso coletivo da internet.

Em suma, o Poder Judiciário nacional deve adotar “medidas que atentem à realidade de parcela significativa da população brasileira que ainda não possui acesso à tecnologia ou não sabe lidar devidamente com esta” (Minami; Paes, 2021, p. 415), afinal “a condição de vulnerável não pode ser um empecilho para a obtenção do acesso à justiça” e “o ambiente digital precisa ser um facilitador do acesso à justiça e não um obstáculo” (Moreira; Santos, 2020, p. 19). É o que se espera de um futuro pós-pandêmico: uma Justiça eletrônica acessível a todos.

CONCLUSÃO

O acesso à Justiça é uma garantia fundamental de todos os cidadãos. O Poder Judiciário é o refúgio seguro de todos aqueles que tiveram quaisquer direitos vulnerados (ou ameaçados). Nesse sentido, o acesso à Justiça se conecta instrumentalmente com todos os demais direitos fundamentais do cidadão. Isso porque é por meio do acesso à Justiça que se poderá arguir eventual lesão ao direito à saúde ou ao direito à educação, por exemplo, ou mesmo uma privação do direito de locomoção etc. Conseqüentemente, negar o direito do cidadão de se socorrer junto ao aparato judicial equivale, também, à própria negativa dos demais direitos.

⁶ A propósito, a Lei nº 12.965/2014, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e é conhecida como Marco Civil da Internet, aduz, no inciso I do artigo 4º, que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção do direito de acesso à internet a todos” e acrescenta, no artigo 7º, que “o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania” (Brasil, 2014).

Não basta, contudo, garantir formalmente o direito das partes de recorrerem à Justiça. É imprescindível que, no plano fático-material, sejam suprimidos todos os obstáculos que dificultam a efetiva tutela dos direitos em juízo, a exemplo da hipossuficiência financeira.

Ora, num contexto de ampliação da Justiça eletrônica, as barreiras digitais têm o condão de inviabilizar a fruição de diversos direitos básicos do cidadão que é excluído digitalmente.

O avanço do uso da tecnologia na rotina do Poder Judiciário, é verdade, pode acarretar incontáveis benefícios. A pandemia de Covid-19 evidenciou a importância das tecnologias para a continuidade da prestação jurisdicional mesmo nas situações mais adversas. É fundamental, contudo, que haja uma democratização dos benefícios da informatização da Justiça, para todos.

O presente artigo lançou olhar sobre o impacto da exclusão digital na participação em audiências virtuais, realidade que se consolidou durante o período da pandemia de Covid-19.

A realização de audiências por videoconferência pode representar significativo avanço na universalização da prestação jurisdicional. Com efeito, a economia de gastos, tanto para o Estado, quanto para a pessoa que tomará parte na audiência (por exemplo, com a dispensa dos custos que envolvem o deslocamento até os prédios dos fóruns), bem como a desnecessidade de falta ao serviço, pode impactar positivamente a participação dos usuários nas audiências. Entretanto, não se pode olvidar que o Brasil é um país historicamente caracterizado por notável desigualdade social. E, num contexto de virtualização da Justiça, tal desigualdade repercute na exclusão digital de parcela da população brasileira. Ocorre que os benefícios da amplificação do uso das audiências por videoconferência somente serão válidos se se fizerem acompanhar de medidas voltadas à inclusão de todos, inclusive os *excluídos digitais*, nesse novo cenário.

Nessa linha de raciocínio, é perfeitamente possível que os excluídos digitais participem das audiências por videoconferência, conquanto haja sólido empenho ativo do Poder Judiciário para garantir meios que viabilizem, no campo prático, essa efetiva participação.

Nessa toada, no presente artigo, foram apresentadas algumas medidas que, na prática, podem favorecer a eliminação das barreiras digitais, a exemplo do letramento digital do cidadão-usuário, a instalação de salas de apoio nos fóruns (salas passivas) e de equipe de funcionários, a disponibilização de tutoriais dinâmicos para ingresso às audiências virtuais, com linguagem acessível (inclusive com *links* para acesso a vídeos e/ou áudios), dentre outras.

Em síntese panorâmica, conclui-se que a Justiça 4.0 deve ser acessível a toda população brasileira, razão pela qual é imprescindível que haja mobilização do Poder Judiciário nacional para assegurar que todos os cidadãos possam gozar, em igualdade de condições, dos benefícios do uso das novas tecnologias e, em particular, tomem lugar nas audiências virtuais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lília Bilati de; PAULA, Luiza Gonçalves de. O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira. *Revista de Gestão da Tecnologia e Sistemas de Informação*, v. 2, n. 1, p. 55-67, 2005.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de; PINTO, Adriano Moura da Fonseca. Os impactos da pandemia de COVID-19 no Sistema de Justiça – algumas reflexões e hipóteses. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 31, p. 1-15, 2020. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/8160/47966740>. Acesso em: 5 mar. 2022.

ARAS, Vladimir. Videoconferência no processo penal. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 10, n. 585, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A lei estadual nº 11.819, de 05/01/05, e o interrogatório por videoconferência: primeiras impressões*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v. 12, n. 148, p. 2, mar. 2005.

BRANDÃO, Edison Aparecido. Videoconferência garante cidadania à população e aos réus. *Revista Consultor Jurídico*. 2004. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-out-06/videoconferencia_garante_cidadania_populacao_aos_reus#:~:text=Em%201996%2C%20no%20dia%2027,nos%20autos%20de%20um%20processo. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 105, de 06 de abril de 2010*. Dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado205705202007105f08d62140d59.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 61, de 31 de março de 2020*. Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19. Brasília, DF: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original221645202004015e8512cda293a.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020*. Regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo

Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19. Brasília, DF: CNJ, 2020b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado003130202011275fc048e2c7c74.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 345, de 09 de outubro de 2020*. Dispõe sobre o “Juízo 100% Digital” e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020c. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado23351420210310604957b2cb035.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 354, de 19 de novembro de 2020*. Dispõe sobre o cumprimento digital de ato processual e de ordem judicial e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020d. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original180544202011205fb8057889f2c.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2022.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua—PNAD Contínua 2018*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/bibliotecacatalogo?view=detalhes&id=2101705>. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jan. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília, DF: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em: 1º fev. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 11.900, de 08 de janeiro de 2009*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para prever a possibilidade de realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência, e dá outras providências. Brasília, DF: 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11900.htm. Acesso em: 1º fev. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 1º fev. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. Reimpressão 2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 22. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2020, v. 1.

CASTRO JUNIOR, Orlando Vieira de. Competência em informação e inclusão digital no Brasil. *Revista da CGU*, Brasília, v. 11, n. 18, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v11i18.131>. Acesso em: 6 abr. 2022.

CETIC.br – CENTRO DE ESTUDOS SOBRE TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO DO COMITÊ GESTOR DA INTERNET BRASIL. *Apresentação dos Principais Resultados: TIC Domicílios 2019*. NIC.BR, 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 26 fev. 2022.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Seqüência. Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, v. 41, n. 84, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2020v43n84p209>.

DOTTI, René Ariel. O interrogatório a distância. Um novo tipo de cerimônia degradante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n. 134, abr/jun. 1997.

DUTRA, Renata Queiroz; MELO, Laís Santos Correia de. Desafios do acesso à Justiça no contexto pandêmico e o jus postulandi nos Juizados Especiais Estaduais da Bahia. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, n. 16, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i16.p133-148>. Acesso em: 06 abr. 2022.

FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Núcleo de Estudos da Burocracia. *A pandemia de COVID-19 e os(as) profissionais das Defensorias Públicas*. Nota Técnica. [S.l.], agosto de 2020. Disponível em: <https://neburocracia.files.wordpress.com/2020/08/rel06-defensoria-covid-19-v4-1.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2022.

FIGLIANO, Juliana. *Videoconferência no processo penal brasileiro*. 2. ed. Curitiba, PR: Juruá, 2009.

GABRIEL, Anderson de Paiva; ABREU, Alexandre Libonati de; PORTO, Fábio Ribeiro. Plataforma Digital do Poder Judiciário: a ponte para a Justiça 4.0. *Revista Eletrônica do CNJ*, Brasília, v. 5, n. 1, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.54829/revistacnj.v5i1.196>.

GOMES, Luiz Flávio. O interrogatório a distância: on-line. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 42, p. 6, 1996.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; PARCHEN, Andrelize Guaita Di Lascio. Videoconferência na inquirição de testemunhas em tempos de Covid-19: prós e contras na percepção dos atores processuais penais. *Revista Direito Público, Brasília*, v. 17, n. 94, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4394>. Acesso em: 4 mar. 2022.

GUZZO, Fabiano César Rebuzzi; MACHADO, Gisele Fernandes; MAPA, Amanda Michelle Faria Araújo. A vulnerabilidade processual civil sob um enfoque interseccional: reflexos da pandemia da Covid-19. *Diké. Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC*, Ilhéus, n. 19, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.36113/dike.19.2021.3301>. Acesso em: 6 abr. 2022.

HELFENSTEIN, Mara Juliane Woiciechoski; VELASQUES, Matheus Trindade. Educação em direitos humanos e letramento digital: uma proposta de formação para a cidadania. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*, Bauru, v. 9, n. 2, p. 185-208, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.5016/ridh.v9i2.106>. Acesso em: 6 abr. 2022.

MINAMI, Marcos Youji; PAES, Nadinne Sales Callou Esmeraldo. Vulnerabilidade digital: uma nova barreira ao acesso à Justiça pelas pessoas pobres. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro v. 24, n. 34, p. 399-419, 2021. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/9623/47967703>. Acesso em: 5 mar. 2022.

MOREIRA, Tássia Rodrigues; SANTOS, Karinne Emanuela Goettems dos. Acesso à Justiça e tecnologia: reflexões necessárias para o contexto brasileiro. *Revista Em Tempo*, Marília, v. 20, n. 1, nov. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.26729/et.v20i1.3259>.

MUNIZ, Cátia Regina; LEUGI, Guilherme Berço; PEREIRA, Cleide de Marco; PRZEYBIŁOWICZ, Érico; ALVES, Angela Maria. Uma análise sobre exclusão digital

durante a pandemia de Covid-19 no Brasil: quem tem direito às cidades inteligentes?
In: *Revista de Direito da Cidade*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 700-728, 2021.

RIBEIRO, Leila Maria Tinoco Boechat; SOUZA, Carlos Henrique Medeiros de; LUQUETTI, Eliana Crispim França. Letramento digital do cidadão: proposta inclusiva no âmbito do Judiciário para efetividade ao direito de acesso à justiça eletrônica. *Revista Eletrônica do CNJ*, Brasília, v. 5, n. 2, 2021. Disponível: <https://doi.org/10.54829/revistacnj.v5i2.210>.

ROSA, Fernanda Ribeiro. Inclusão digital como política pública: disputas no campo dos direitos humanos. SUR. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 33-55, 2013.

SAMPAIO, Sérgio Humberto de Quadros. *Audiência virtual, videoconferência e outras questões*. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SÃO PAULO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 100 mil teleaudiências criminais: Justiça paulista atinge marca em pouco mais de um ano. *Diário da Justiça Eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, caderno 1, Administrativo, 3291. ed., de 2 de junho de 2021. Disponível em: <https://dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=15&nuDiario=3291&cdCaderno=10&nuSeqpagina=1>. Acesso em: 15 jun. 2022.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; MENDES, Beatriz Lourenço. Novas Tecnologias, Divisão Digital e o Direito à Saúde em Tempos de Covid-19: Perspectivas de Gestão e de Governança no Brasil. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 17, n. 94, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4473>. Acesso em: 4 mar. 2022.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; LARA, Fernanda Corrêa Pavesi; LIMA, Henriqueta Fernanda C.A.F. Acesso à Justiça em tempos de pandemia e os reflexos nos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 38, dez. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/51382>. Acesso em: 4 mar. 2022.

SOUSA, Marllon; SILVA, Daniel Magalhães Albuquerque. Processo penal no contexto do Brasil (pós) pandêmico: novas perspectivas à duração razoável do processo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 33, n. 3, p. 41-53, 2021. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/346>. Acesso em: 5 mar. 2022.

SOUZA, Carlos Magno Alves de. Acessibilidade digital em tempos de pandemia: um direito fundamental. *Revista Direitos Fundamentais e Alteridade*, Salvador, v. 4, n. 2, 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

THE GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. *Impactos do COVID-19 nos Sistemas de Justiça*. 2020. Disponível em: <https://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19>. Acesso em: 16 mar. 2022.

Recebido: 20/02/2024
Aprovado: 15/05/2024

LIMITES E POSSIBILIDADES DA MEDIÇÃO DE CONFLITOS *ON-LINE* NO BRASIL

LIMITS AND POSSIBILITIES OF ONLINE CONFLICT MEDIATION IN BRAZIL

Helena Schwantes¹
Fabiana Marion Spengler²

SUMÁRIO: Introdução. 1. O acesso à justiça na era digital: Resolução *Online* de Disputas (ODR). 2. O acesso à internet como direito fundamental. 3. Limitações e possibilidades da utilização da Mediação *on-line* no Brasil. Conclusão. Referências.

-
- 1 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUC-CAPES, modalidade I, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social.
- 2 Pós-Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos-RS), com bolsa CAPES. Mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Política Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq (Pq2). Docente dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato e stricto sensu* da UNISC.

RESUMO: A presente pesquisa aborda os limites e possibilidades da mediação de conflitos *on-line* no Brasil, destacando a evolução do acesso à justiça no contexto digital. Com a promulgação da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 e da Lei nº 13.140/2015, a mediação *on-line* foi legalmente reconhecida, ganhando relevância especialmente com as mudanças trazidas pela pandemia de COVID-19. O estudo adota uma abordagem dedutiva e realiza uma pesquisa bibliográfica, analisando livros, artigos e periódicos qualificados para investigar a aplicabilidade e eficácia da mediação *on-line* como uma ferramenta de resolução de conflitos. Os resultados indicam a mediação *on-line* como uma alternativa viável para desafogar o sistema judiciário, promover a desjudicialização e instaurar uma cultura de paz e diálogo. No entanto, ressalta-se a necessidade de investimentos contínuos em formação, capacitação e sensibilização sobre os métodos autocompositivos. A conclusão enfatiza a importância de fortalecer as estruturas institucionais que suportam a mediação *on-line* para assegurar sua eficácia e sustentabilidade a longo prazo, contribuindo para um sistema de justiça mais acessível, eficiente e humano.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Conflito. Mediação *on-line*. Método Autocompositivo. Política Pública. Resolução *Online* de Disputas.

ABSTRACT: This research addresses the limits and possibilities of online conflict mediation in Brazil, highlighting the evolution of access to justice in the digital context. With the promulgation of Law No. 13,105 of March 16, 2015 and Law No. 13,140/2015, online mediation was legally recognized, gaining relevance especially with the changes brought about by the COVID-19 pandemic. The study adopts a deductive approach and carries out a bibliographical research, analyzing qualified books, articles and periodicals to investigate the applicability and effectiveness of online mediation as a conflict resolution tool. The results indicate online mediation as a viable alternative to unburden the judicial system, promote dejudicialization and establish a culture of peace and dialogue. However, the need for continuous investment in training, training and awareness about self-composition methods is highlighted. The conclusion emphasizes the importance of strengthening the institutional structures that support online mediation to ensure its long-term effectiveness and sustainability, contributing to a more accessible, efficient and humane justice system.

KEYWORDS: Access to Justice. Conflict. Online Mediation. Self-Compositional Method. Public Policy. Online Dispute Resolution.

INTRODUÇÃO

Na esteira das inovações legislativas introduzidas pela Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, e em consonância com o movimento global de digitalização dos serviços jurídicos, este artigo se insere em um contexto jurídico onde o entendimento do acesso à justiça tem passado por transformações significativas, especialmente no século XXI. Tradicionalmente concebido dentro dos marcos do sistema judiciário, o acesso à justiça, na contemporaneidade, amplia-se para além da disponibilidade de mecanismos judiciais, abraçando uma concepção mais holística que inclui uma variedade de direitos e serviços destinados a promover uma justiça efetiva, ágil e inclusiva. Nesse cenário, ganha destaque a importância de métodos alternativos de resolução de conflitos, não somente como ferramentas para aliviar a sobrecarga do sistema judiciário, mas também como elementos de um novo paradigma de justiça social, fundamentado na colaboração e no entendimento mútuo entre as partes.

Neste contexto, o presente artigo visa examinar os desafios e as oportunidades apresentados pela mediação *on-line* como meio de resolução de conflitos no Brasil, em um momento em que a tecnologia assume papel fundamental na manutenção da prestação de serviços jurídicos. O objetivo é analisar até que ponto a mediação *on-line* pode contribuir para o aprimoramento do acesso à justiça, sem pretender esgotar a complexidade e a multiplicidade de facetas que o tema abrange. Busca-se, assim, responder à seguinte questão: quais os limites e as possibilidades que a mediação *on-line* apresenta no contexto do acesso à justiça no Brasil, em um cenário onde a tecnologia se tornou uma ferramenta essencial para a continuidade dos serviços jurídicos?

Adotando o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, este estudo traça um caminho analítico que parte do reconhecimento da mediação *on-line* dentro do arcabouço legal brasileiro, passando pela análise dos impactos da pandemia de COVID-19 na aceleração de práticas digitais no âmbito jurídico, até a avaliação das implicações dessas mudanças para a resolução de conflitos em um ambiente cada vez mais virtual.

A justificativa para esta pesquisa se encontra na necessidade premente de expandir a compreensão acadêmica sobre a viabilidade e a efetividade da mediação *on-line* como política pública de acesso à justiça, especialmente considerando os desafios contemporâneos que exigem um judiciário mais ágil, acessível e alinhado aos princípios de justiça social.

1. O ACESSO À JUSTIÇA NA ERA DIGITAL: RESOLUÇÃO ONLINE DE DISPUTAS (ODR)

O conceito de Resolução Online de Disputas (ODR) teve origem por volta de 1996, inicialmente com plataformas voltadas exclusivamente para

a resolução de conflitos oriundos do ambiente da internet. A emergência desses *softwares* facilitadores coincidiu com o crescente reconhecimento de que as disputas digitais poderiam ser eficientemente resolvidas *on-line*. Durante aproximadamente duas décadas, o uso dos sistemas ODR esteve predominantemente focado em resolver disputas do comércio eletrônico. Contudo, com o passar dos anos, houve um reconhecimento mais amplo do potencial dessas plataformas, que passaram a ser utilizadas para a resolução de litígios não estritamente ligados a questões patrimoniais ou originados no ambiente *on-line* (Fornasier; Schwede, 2021).

As ferramentas de ODR emergiram com o crescimento do comércio eletrônico, impulsionadas pela popularização da internet. Essas ferramentas integraram princípios de resolução pacífica de conflitos em contratos de consumo em larga escala. Durante esse período, a *eBay*, uma das líderes no comércio eletrônico, foi pioneira na criação de um sistema *on-line* para mediar conflitos entre seus usuários, resultando na resolução de mais de 60 milhões de disputas até meados de 2010 de forma eficiente e prática (Machado; Gunther; Santana Filho, 2022).

Com esse sistema é possível conectar compradores e vendedores, que buscam resolver seus conflitos. Em suma, o objetivo da *eBay* é solucionar a disputa da forma mais rápida possível, com mínimo ou nenhum envolvimento humano. Estima-se que se a *eBay* fosse uma corte, seria a maior dos Estados Unidos. A primeira fase do sistema apresenta um banco de resposta para as reclamações mais comuns, sem que seja necessário envolver a outra parte. Porém não sendo possível encerrar o problema nessa fase, o algoritmo passa a tentar a mediação *on-line*. Por conseguinte, com as informações fornecidas por ambas as partes, o sistema começa a identificar pontos que possam viabilizar o acordo. Se a mediação restar frustrada passa-se à terceira etapa, a da arbitragem. Esse processo será mais tradicional e conta com a intervenção humana de um terceiro neutro, com capacidade para auxiliar na negociação. Finalmente, na quarta etapa, avalia-se quem está com a razão. O sistema possui uma taxa de satisfação superior a 90% (Ferrari, 2020). Atenção, “fala-se em ‘avaliação’, em vez de ‘decisão’, porque a decisão não possui força cogente em relação ao Poder Judiciário” (Ferrari, 2020, p. 33).

Assim como a *eBay*, várias outras empresas também reconheceram a eficácia de resolver conflitos *on-line*. Essa abordagem se mostrou mais rápida e eficiente em comparação com métodos tradicionais, especialmente considerando o baixo valor financeiro em jogo nos conflitos e o alto custo dos métodos convencionais. Um outro exemplo notável é a *CyberSettle*, fundada em 1996, que oferecia uma plataforma para negociações às cegas, com a opção de contato telefônico (Machado; Gunther; Santana Filho, 2022). Já a *SmartSettle*, criada por Ernest Thiessen, oferece uma plataforma de negociação para conflitos que envolvem duas ou mais partes, disponibilizando

diferentes pacotes de serviço para casos de menor ou maior valor financeiro, a plataforma é reconhecida como líder mundial em negociação *on-line*. Inclusive empreendedores notaram o potencial para a resolução de conflitos *on-line* e entre 1999 e 2000 várias start-ups surgiram, porém algumas não prosperaram (Lima; Feitosa, 2016).

Nesse viés, Wrasse e Spengler (2023, p. 243), mencionam que “*in the midst of this situation, the electronic means of conflict resolution are emerging, bringing an online solution to the problems due to a virtualization movement experienced by human relations*”³.

Com a evolução contínua das tecnologias de informação e comunicação, destacada anteriormente, é essencial alinhar as práticas jurídicas à realidade concreta para desenvolver um sistema multiportas eficaz. Essas inovações não estão apenas transformando o modo como nos relacionamos e agimos, mas também estão remodelando a forma como resolvemos conflitos. Dessa forma, é necessário avaliar o impacto dessas tecnologias no sistema de justiça, uma vez que elas têm o potencial de transformar profundamente tanto a eficiência quanto o acesso à justiça (Machado; Gunther; Santana Filho, 2022).

Além de contribuir para a eficiência da atuação jurisdicional, por meio de *softwares* de gestão processual e de pesquisa de jurisprudência, a tecnologia desempenha um papel significativo em outros métodos de resolução de disputas. Especificamente, os mecanismos de resolução de disputas *on-line*, conhecidos como ODR, representam uma inovação importante no processo de digitalização da justiça. Esses sistemas de ODR, por exemplo, permitem a mediação e a arbitragem de conflitos por meio de plataformas digitais, oferecendo uma alternativa acessível e eficiente para a resolução de disputas, reduzindo a necessidade de intervenção presencial e agilizando os processos legais.

Desse modo, devido ao avanço do comércio eletrônico e atrelado à popularização da internet, surge uma das principais mudanças, as ferramentas de ODR que derivam da *Alternative Dispute Resolution* (ADR) (Moulin, 2021). As ODR são métodos de resolução de conflitos que, por meio da tecnologia, permitem a aplicação dos mecanismos tradicionais de solução de conflitos como a mediação, negociação e arbitragem em um ambiente virtual, esses podem ocorrer tanto no ambiente *on-line* como *off-line* (Costa, 2021).

As ODR envolvem a aplicação de tecnologias da informação e comunicação no processo de resolução de conflitos, seja em todo o procedimento ou apenas em parte dele. Os procedimentos que podem incorporar o modelo das ODR incluem arbitragem, mediação, conciliação e

3 “em meio a essa situação, surgem os meios eletrônicos de resolução de conflitos, trazendo uma solução *on-line* para os problemas devido a um movimento de virtualização vivido pelas relações humanas” (Wrasse; Spengler, 2023, p. 243, tradução nossa).

negociação, e esses processos podem ser realizados por meio de ferramentas automatizadas, seja de forma total ou parcial (Lima; Feitosa, 2016).

Atualmente as ODR têm chamado a atenção, pois, o uso dessas ferramentas no Brasil passa a ser uma alternativa diante da grande demanda de casos no país, que sobrecarregou o sistema e resultou em lentidão na resolução das ações. No Brasil merece destaque a criação do portal consumidor.gov.br como grande iniciativa de ODR em território nacional. A iniciativa mencionada refere-se a um portal eletrônico desenvolvido pelo governo federal, cujo objetivo é facilitar a resolução amigável de conflitos relacionados ao direito do consumidor (Machado; Gunther; Santana Filho, 2022).

O benefício mais óbvio dos tribunais *on-line*, por sua vez, é o potencial de aumentar o acesso à justiça e exercer o poder judiciário de forma mais eficiente e com menor custo. Esses tribunais também tendem a oferecer maior previsibilidade nos resultados processuais e no momento do julgamento (Ferrari, 2020), por exemplo:

as plataformas de ODR permitem superar barreiras de acesso à justiça, como os custos de ajuizamento de ações judiciais e a distância é o deslocamento normalmente exigidos para a postulação presencial de um direito. Situações de conflito familiar, sobretudo quando houver dificuldade de aproximação física das partes, a exemplo de quadros de violência doméstica, são particularmente adequadas para sua utilização. O caráter impessoal do tratamento do conflito em ambiente virtual pode igualmente contribuir para a mitigação de vieses cognitivos nem sempre conscientes, como raça, gênero, orientação sexual, classe social, entre outros (Cueva, 2021, p. 45).

Outra possibilidade inovadora e versátil da ODR é a possibilidade de ser aplicável tanto em disputas originadas *on-line*, típicas do e-commerce, quanto em conflitos tradicionais surgidos *off-line*. Um exemplo claro dessa aplicabilidade são as desavenças entre empresas de telefonia e consumidores, onde a ODR oferece uma plataforma eficaz para a mediação e resolução desses conflitos, independentemente de sua origem (Lima; Feitosa, 2016). Esse avanço na digitalização do sistema jurídico não se limita à melhoria da eficiência; ele também tem implicações mais amplas na acessibilidade e na transparência da justiça.

Paralelamente, outro catalisador significativo para o avanço da tecnologia, embora oriundo de um contexto adverso, foi a pandemia de COVID-19. Declarada em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em Genebra, Suíça, esta crise global não apenas repercutiu na saúde pública, mas também impactou todos os setores da sociedade, incluindo o sistema jurídico. As medidas urgentes recomendadas pela OMS

para conter a pandemia forçaram uma rápida adaptação e adoção de soluções tecnológicas em diversas áreas, acelerando a digitalização de processos e serviços (OPAS, 2020).

Esta aceleração incluiu, de forma significativa, o sistema de justiça, que teve que se reinventar diante dos desafios impostos pelo distanciamento social e pelas restrições de movimento. No próximo trecho, exploraremos como a pandemia alterou as práticas jurídicas e judiciárias, impulsionando ainda mais a incorporação de tecnologias digitais e inteligência artificial (IA) em busca de eficiência e acesso à justiça durante um período de crise sem precedentes.

Diante da pandemia de COVID-19, sem tratamentos eficazes ou vacinas inicialmente disponíveis, os governantes ao redor do mundo foram compelidos a adotar estratégias drásticas para retardar a disseminação do vírus e prevenir o colapso dos sistemas de saúde. Consequentemente, muitos países recorreram ao *lockdown*, uma versão mais rígida do distanciamento social, transformando recomendações em mandatos obrigatórios. Como resultado, diversas medidas foram impostas, afetando a operação de empresas e escritórios, que adotaram o regime de teletrabalho, e restringindo atividades em locais como restaurantes e templos religiosos, que passaram a operar em modalidades adaptadas, como *drive-thru*, *delivery* ou manifestações individuais de fé (DASA, 2021).

Essas restrições tiveram um impacto direto no acesso à justiça. Com o fechamento dos prédios dos fóruns, promotorias, defensorias públicas, entre outras instituições jurídicas, houve uma suspensão significativa dos prazos processuais e dos atendimentos presenciais. O CNJ reportou que em 2020 houve uma redução de 12,5% nas novas ações judiciais em comparação com o ano anterior, refletindo as dificuldades impostas pela pandemia no acesso à justiça. Além disso, observou-se uma diminuição de 37,1% nas sentenças homologatórias de acordos, evidenciando os desafios na realização de sessões de conciliação e mediação presenciais (CNJ, 2021).

Neste cenário desafiador, o Poder Judiciário teve que responder rapidamente às restrições operacionais impostas pelos protocolos de saúde. Essa resposta incluiu a aceleração da implementação do “Programa Justiça 4.0”, cujo objetivo é facilitar o acesso à justiça de forma virtual. Com a adoção deste programa, houve um aumento exponencial no uso de plataformas digitais para a realização de sessões de mediação e outras atividades judiciais, que, devido à sua efetividade, continuam sendo mantidas e aprimoradas. A Resolução nº 345/2020 do CNJ estabeleceu o Juízo 100% Digital, permitindo que os cidadãos acessem serviços judiciais sem a necessidade de comparecer fisicamente aos fóruns, com todos os procedimentos sendo realizados de forma remota. Esta mudança não só facilitou a movimentação eletrônica dos processos, mas também acelerou e otimizou a entrega da justiça por

meio da tecnologia. Serviços anteriormente oferecidos presencialmente em diferentes setores dos tribunais agora estão sendo transformados em formatos digitais (CNJ, 2023).

Embora “não prevista nos anos de 1980 por Cappelletti e Garth, uma quarta onda de acesso à justiça está em andamento e tem relação com os avanços da tecnologia” (Lima; Oliveira, 2019, p. 79). Inclusive, a nova onda vem ganhando espaço com o uso da IA e dos algoritmos inteligentes (Fux, 2021).

A esse respeito, os autores Juarez Freitas e Thomas Bellini Freitas (2020) fazem um alerta, tendo em vista que a IA pode aprender rapidamente o melhor e o pior da condição humana e não possui regulamentação. Portanto, há uma necessidade urgente de regulá-la, estabelecendo uma lista de diretrizes consistente para a aplicação do algoritmo, que viabilize as avaliações do impacto da IA, bem como seja adequada para garantir uma supervisão responsável, aberta, democrática, segura, reversível, humana e, em suma, sustentável. No mesmo sentido, Mecaj (2022) ressalta que chegou a hora de os países avançarem na criação de um marco legal que regule a IA adequadamente, pois existe a necessidade de controlar as consequências que estes desenvolvimentos podem produzir.

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro foi aprovado um Projeto de Lei de autoria da Câmara dos Deputados, o qual está próximo de estabelecer o marco legal do desenvolvimento e uso da IA no Brasil, no entanto, o projeto ainda está aguardando apreciação do Senado Federal, mas por outro lado, podemos contar com a Resolução nº 332 do CNJ, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso da IA no Poder Judiciário.

A Resolução foi bem cautelosa e estabeleceu que todo modelo de IA deve ser aprovado antes de ser colocado em produção. Essa determinação possui o intuito de identificar preconceitos ou generalizações que possam afetar o seu desenvolvimento, criando tendências discriminatórias (art. 7º, § 1º) e quando verificado algum caso que não seja viável realizar a correção haverá a interrupção da utilização desse modelo de IA (art. 7º, § 3º). Para proteger os usuários a Resolução determina ainda no caput do art. 7º que as decisões judiciais apoiadas por ferramentas de IA devem auxiliar no julgamento justo, sem discriminação ou preconceitos. Ainda toda solução apresentada pela IA deve garantir total transparência na prestação de contas, para garantir um impacto positivo nos usuários finais e na sociedade (art. 25, caput).

Portanto, projetos de IA que utilizam tecnologia de reconhecimento facial precisam de autorização prévia do CNJ para serem implementados. Essa necessidade decorre da preocupação com a possibilidade de haver preconceito na tomada de decisões apoiada por IA ou tendências discriminatórias na

operação da tecnologia. Se essa tendência for verificada, o desenvolvedor deve fazer as correções necessárias (Salomão, 2021).

Nos casos em que o sistema de IA for utilizado deverá ser permitida a revisão da proposta de decisão e o acesso aos dados utilizados na sua produção (art. 17, II). Desse modo, a proposta de solução não deverá ser vinculante, permitindo a autoridade competente revisar a decisão, bem como é necessário que os usuários sejam avisados de que aquela decisão ocorreu com o auxílio da IA (Cueva, 2021). Em suma:

[...] (i) toda decisão judicial tomada com o auxílio de inteligência artificial deve conter essa informação em seu corpo; (ii) decisões tomadas exclusivamente por robôs devem ser de alguma forma submetidas à revisão humana, sendo assegurado pela Carta Magna o direito público subjetivo de acesso aos juízes; e (iii) sempre que opostos Embargos de Declaração invocando a ocorrência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material contra decisão proferida com o auxílio de inteligência artificial assim atestada, estes deverão ser apreciados pelo juiz da causa, sem a utilização de mecanismos de formulação automatizada de decisões judiciais, sob pena de nulidade (Roque; Santos, 2021, p. 74).

Os sistemas de apoio à decisão enfrentam críticas pelo fato de que eles atendem principalmente aos métodos e critérios estabelecidos pelo seu criador, que é o programador. Conseqüentemente, as decisões geradas por tais sistemas ainda são fortemente influenciadas pelos valores, crenças e convicções do indivíduo que desenvolve o programa, seja ele baseado em IA ou em sistemas de redes neurais artificiais (Mozetic, 2017).

Nesse contexto, foi observado que *softwares* especializados, destinados a converter regras e princípios jurídicos em proposições lógicas, apresentaram deficiências. Isso levou os especialistas a reconhecerem a necessidade fundamental do raciocínio humano na aplicação do direito. Como resultado, há atualmente um foco na criação de sistemas de suporte à decisão, com o objetivo de aprimorar a qualidade do processo decisório (Moulin, 2021). Desse modo, o uso da IA quando se tem funções meramente burocráticas é plenamente aceitável, uma vez que mover as atividades repetitivas para máquinas permite que os recursos humanos se concentrem em atividades que exigem habilidades pessoais, o que ajuda a fornecer jurisdição com mais eficiência e rapidez.

A partir dessa breve reflexão, é necessário estudar os impactos trazidos pela IA na área jurídica, pois embora a IA tenha se mostrado uma aliada no restabelecimento do acesso à justiça qualitativo, o seu avanço tecnológico sem uma regulamentação pode apresentar riscos. Para isso serão analisados a seguir os *softwares* que trabalham com IA.

Inclusive a ODR tem se beneficiado significativamente da evolução tecnológica, adotando uma variedade de ferramentas para auxiliar as partes envolvidas a alcançar resultados mais eficazes e rápidos na resolução de seus litígios. As plataformas de ODR não apenas facilitam a comunicação entre as partes e um mediador, mas também incorporaram a inteligência artificial (IA) para intervir ativamente nas disputas. As ferramentas disponíveis nessas plataformas variam amplamente, abrangendo desde negociação até mediação, com *softwares* que oferecem diferentes níveis de automação. Existem sistemas projetados para a negociação que operam de forma totalmente automatizada, sem intervenção humana, permitindo que as partes envolvidas interajam diretamente por meio de propostas e contrapropostas (Fornasier; Schwede, 2021).

Quanto à aplicação da IA na ODR, observam-se duas gerações distintas. A primeira geração reconhece a importância da interação humana, utilizando tecnologias como mensagens de texto, e-mails, chats e videoconferências, onde a IA está presente, mas sem autonomia decisória. A segunda geração, por outro lado, confere à tecnologia um papel decisivo no processo, com a intervenção humana sendo substituída por algoritmos capazes de resolver conflitos. Esses sistemas são equipados com o conhecimento e a autonomia necessários para interpretar e simular intenções humanas, oferecendo diversas modalidades de resolução de conflitos totalmente automatizadas, por meio do uso de algoritmos, análise de dados e diversas aplicações da IA (Fornasier; Schwede, 2021).

Os sistemas de IA oferecem múltiplos benefícios à prática jurídica, principalmente em relação às atividades repetitivas, proporcionando maior agilidade e precisão em sua execução. Esse é um mecanismo essencial, principalmente no contexto da massiva litigância e acúmulo de casos no judiciário do nosso país (Nunes; Marques, 2018). Diante das situações críticas de morosidade, a IA se apresenta como uma saída em busca da justiça, aliás, ela pode atender rapidamente a população. Por isso está sendo investido cada vez mais em *softwares* que utilizam IA como ferramenta para combater atrasos processuais e aumentar a produtividade (Alves; Soares, 2021).

O uso da IA dentro do sistema jurídico está gerando uma mudança de paradigma em relação ao acesso à justiça. O uso de novas tecnologias é irrefreável e pode proporcionar diversos benefícios, contudo é necessário ter cautela. Inicialmente destaca-se que a falta de regularização do uso da IA gera um desconforto nos usuários, portanto é indispensável que haja uma regulamentação que estabeleça fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da IA no Brasil. Alguns doutrinadores referem ainda que a decisão proferida pela IA pode apresentar riscos, assim, fundamentam que as máquinas apesar de serem imparciais, podem carregar critérios subjetivos de interpretação. Em vista disso, as decisões tomadas pelos *softwares* de IA devem possibilitar revisão, pois é necessário que se tenha conhecimento acerca dos procedimentos que levaram o algoritmo a chegar

no resultado final. Nesse caso, o ideal é aplicar o princípio da fundamentação das decisões judiciais, que determina que toda decisão tomada deve ser fundamentada, para que seja o mais imparcial possível.

Assim, além de viabilizar a resolução mais célere dos litígios, existe uma expectativa de redução de custos, aqui divide-se em dois tipos: a redução com deslocamento até os locais que seriam realizados os atos jurídicos e uma redução de custas, pois com o uso da IA, por exemplo os advogados podem mapear quais as melhores estratégias já empregadas em cada caso. Desse modo, as novas tecnologias, especialmente a IA, auxiliam na promoção do acesso à justiça digital, operam na direção da melhoria da prestação jurisdicional, buscando viabilizar celeridade e eficiência. À medida que exploramos o papel da inteligência artificial e dos algoritmos na tomada de decisões judiciais, é fundamental abordar os desafios e precauções associados a essa abordagem. Uma reflexão crítica sobre este tema é apresentada por Fornasier e Schwede (2021, p. 578):

Mas é claro que, quando se trata da utilização de algoritmos e formas de IA judicial para funções decisórias, muita cautela é necessária. É perigoso confundir a realização da justiça com mera produtividade numérica – ou seja, se pode deixar enganar pela ideologia neoliberal no que tange à jurisdição. As resoluções dos litígios devem sim acontecer de modo correto conforme o Direito, e não meramente automática. Ainda que a tecnologia esteja bastante avançada, há uma grande quantidade de problemas, como o viés algorítmico – presença de preconceitos de gênero, de raça, de procedência nacional, etc., no modo de julgar, ou nos dados a partir dos quais a IA é treinada – e opacidade – impossibilidade de se identificar a lógica da máquina ao julgar, o que prejudica o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a recorribilidade das decisões. Significa dizer que programações tendenciosas e sem transparência podem interferir na efetivação de uma decisão justa entre as partes.

Desse modo, com o uso adequado da tecnologia, o mito de que a tecnologia causa uma barreira ao acesso à justiça é derrubado. A verdadeira barreira ao acesso à justiça não está na tecnologia em si, mas na ausência de políticas públicas para o combate à exclusão digital, na inexistência de planejamento para a criação e a implantação de novas ferramentas tecnológicas e na falta de acesso à internet.

2. O ACESSO À INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Antes da década de 1990, a utilização da internet era predominantemente limitada a militares e acadêmicos, o que minimizava seu impacto potencial na

transformação das relações interpessoais e na geração de novos conflitos. A maioria dos cidadãos fora desses círculos sociais não estava ciente da utilidade da internet, que na época tinha funcionalidades bastante restritas. A proibição do uso comercial da internet até 1992 pela National Science Foundation (NSF), que gerenciou a rede por uma década (1985 a 1995), contribuiu para um cenário de uso limitado. Portanto, mesmo que alguém tivesse acesso à internet e soubesse utilizá-la, a impossibilidade de comercializar bens ou serviços *on-line* limitava as chances de conflitos surgirem nesse meio (Lima; Feitosa, 2016).

Os cenários em que ocorrem os conflitos *on-line* também passaram por evolução e diversificação à medida que o uso da internet se expandiu e se transformou. Por exemplo, no início da década de 1990, o grupo principal de usuários da internet consistia em alunos e funcionários universitários, já que esse segmento tinha acesso à rede. Consequentemente, a maioria dos conflitos que surgiam em relações estabelecidas por meio da internet envolvia membros dessa comunidade acadêmica (Lima; Feitosa, 2016).

Contudo, a partir de 1992, com o surgimento dos provedores de serviço de internet (*Internet Service Providers* – ISPs), houve a possibilidade de ampliar o acesso à internet para além das pessoas vinculadas às universidades, possibilitando a inclusão de um espectro mais amplo de usuários. Consequentemente, isso resultou na formação de uma base de usuários mais extensa e diversificada (Lima; Feitosa, 2016).

Com a abertura da rede em 1995, iniciou-se uma nova fase na evolução das ferramentas de ODR, coincidindo com a expansão e popularização da internet, que entrou em uma nova era a partir de 1998. Foi nesse ano que Jeff Bezos fundou a Amazon, seguido por Pierre Omidyar com o lançamento do *eBay* no mês seguinte. Esses desenvolvimentos ampliaram significativamente as funcionalidades da internet e, por extensão, aumentaram as possibilidades de conflitos, acompanhando a diversificação nas relações interpessoais na era digital (Lima; Feitosa, 2016).

À medida que as ODR evoluíram, surgiram diversas questões jurídicas relacionadas à natureza dos conflitos tratados por elas, principalmente porque muitos desses conflitos envolviam partes de diferentes localidades interagindo *on-line*. Surgiram questões importantes, como determinar a comarca ou, em alguns casos, o país competente para lidar com conflitos oriundos de relações *on-line*, e como proceder em situações onde uma das partes não pode se deslocar até a jurisdição. Apesar da relevância dessas questões, o foco deve estar em buscar ferramentas que assegurem confiança, transparência e tratamento adequado para uma ampla variedade de conflitos (Lima; Feitosa, 2016).

Por conseguinte, outro fator importante na transformação digital foi a evolução da *Web 1.0* para a *Web 2.0*, marcada por uma cultura onde os

softwares são desenvolvidos para fomentar a criação de inteligência coletiva, aprimorando-se à medida que aumenta o uso pelo público e as contribuições dos usuários se expandem. A internet evoluiu de um espaço dominado por conteúdos gerados por empresas e sites para consumo passivo, para uma plataforma colaborativa onde os usuários ativamente produzem e consomem conteúdo, expressam suas opiniões e interagem entre si e com a rede. Isso popularizou sites onde é possível comentar e avaliar vendedores e prestadores de serviços, assim como plataformas que permitem aos clientes denunciar e reclamar sobre empresas com as quais negociaram (Lima; Feitosa, 2016).

O avanço da tecnologia, especialmente no que diz respeito à internet, tem se tornado cada vez mais relevante, e o setor judiciário não é uma exceção. O processo e a prática judicial sofreram reformulações significativas, tanto que, segundo o relatório Justiça em Números de 2023 do CNJ, em 2022 apenas 1% das demandas e conflitos foram registrados de maneira física (CNJ, 2023).

No entanto, ainda existem alguns entraves para a plena efetivação do acesso à justiça virtual, pois parte da população brasileira ainda não possui acesso à internet (Fornasier; Schwede, 2021). Entre 2019 e 2021, houve um aumento notável na porcentagem de domicílios brasileiros com acesso à internet, passando de 84% para 90%, conforme pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pelo Módulo de Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC), que foi investigado nas visitas do 4º trimestre pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua, a qual abrangeu o acesso à internet e à televisão nos domicílios e o acesso à internet e a posse de telefone celular pelas pessoas com 10 anos ou mais de idade.

As comparações mais recentes são entre 2019 e 2021, pois esse módulo da pesquisa não foi a campo em 2020, por causa da pandemia de COVID-19. Esse crescimento foi particularmente significativo nas áreas rurais, onde a proporção de domicílios com acesso à internet aumentou de 57,8% para 74,7%, enquanto nas áreas urbanas, o aumento foi de 88,1% para 92,3%. Durante esse período, observou-se que o celular se tornou o principal meio de acesso à internet em residências, utilizado em 99,5% dos domicílios com acesso à rede. A televisão, usada como principal dispositivo de acesso à internet em 44,4% dos domicílios, ultrapassou, pela primeira vez, o uso de computadores para esse fim, que estava em 42,2%. No mesmo período, mais da metade dos idosos acessaram a internet, com um aumento de 44,8% para 57,5% entre pessoas com 60 anos ou mais.

A utilização da internet móvel para chamadas de voz ou vídeo (95,7%) superou o uso de mensagens de texto, voz ou imagens (94,9%) – este último sendo o uso mais frequente até 2019 (95,8%). No que diz respeito à televisão, o número de domicílios com TV aumentou de 68,4 milhões para 69,6 milhões

de 2019 a 2021. Entretanto, houve uma ligeira redução na proporção de domicílios com televisores, de 96,2% para 95,5% do total.

No mesmo período, observou-se uma queda no percentual de domicílios com internet via banda larga móvel, de 81,2% para 79,2%, enquanto houve um aumento no uso de banda larga fixa, de 78,0% para 83,5%. Em 2021, constatou-se que 1,5 milhão de domicílios no país (ou 2,2% do total) não possuíam nenhuma das três formas de acesso à TV digital (conversor, parabólica ou assinatura), e destes, 80,6% estavam em áreas urbanas.

A capacidade das partes em lidar com dispositivos digitais e ter acesso à internet é particularmente problemática no Brasil, um país que ainda enfrenta grandes desigualdades sociais, pois apenas uma parcela da população reporta ter acesso à internet. No entanto, considerando o rápido crescimento na utilização da internet, principalmente por meio de dispositivos móveis, observa-se uma tendência de redução deste déficit tecnológico (Lima; Feitosa, 2016). Além disso:

El internet constituye el ícono de la sociedad de la información, en la medida que facilita la creación, el acceso, el almacenamiento, el procesamiento y la distribución de la información; jugando un papel esencial en las relaciones sociales, culturales y económicas entre las autoridades, las empresas y los ciudadanos, y, entre estos entre sí. En esta nueva etapa de transformación del Estado y la sociedad, el internet es el fundamento principal para construir la nueva identidad de los derechos fundamentales⁴ (Arroyo, 2018, p. 2).

Mas se, por um lado, a tecnologia pode reduzir muitas das barreiras e viabilizar o acesso efetivo à justiça, por outro, a exclusão digital pode ampliar essas barreiras e distanciar determinados grupos da proteção de seus direitos. Facilitar o acesso à justiça envolve também a necessidade de superação de barreiras linguísticas, técnicas e estruturais (Paschoal, 2021). Spengler e Pinho (2018, p. 234-235, grifos no original) abordam que:

[...] é possível observar que os excluídos digitais, que não têm acesso a internet, muitas vezes são aqueles que também não têm acesso à informação e não conhecem os seus direitos. Encontram-se, pois, alijados em sua cidadania duplamente: primeiro porque muitas vezes desconhecem seus próprios direitos ou os mecanismos digitais de acesso a eles; segundo quando não têm acesso à internet e não conseguem, por

4 “A internet constitui o ícone da sociedade da informação, na medida em que facilita a criação, o acesso, o armazenamento, o processamento e a distribuição de informação; desempenhando um papel essencial nas relações sociais, culturais e económicas entre autoridades, empresas e cidadãos, e entre eles e entre si. Nesta nova etapa de transformação do Estado e da sociedade, a internet é o principal alicerce para a construção da nova identidade dos direitos fundamentais” (Arroyo, 2018, p. 2, tradução nossa).

exemplo, reclamar seus direitos. Esses são os “analfabetos digitais” e/ou os “analfabetos de cidadania”.

Contudo, a quarta onda renovatória de acesso à justiça precisa superar algumas barreiras, nesse caso, necessita viabilizar a inclusão digital, como, por exemplo, vem ocorrendo no CNJ, que está se destacando com a modernização do Poder Judiciário (Iwakura, 2021).

Deve-se considerar viabilizar acesso à internet e acesso à tecnologia, com intuito de evitar a exclusão digital, requisito mínimo que deveria ser garantido a todos. Tendo em vista que a população carente não conseguirá entrar na era digital sem o apoio do Estado. Portanto, a internet precisa ser incluída no artigo 5º ou 6º da CF como um direito fundamental (Marques, 2020). Além disso, a inclusão digital não se trata apenas de fornecer acesso a computadores e à internet, mas também requer o domínio dessas ferramentas, e alcançar amplo acesso à justiça depende da superação de barreiras como idosos, mulheres, grupos de baixa renda etc. (Teixeira; Costa; Orengo, 2022). Nesse sentido:

Al Estado también le compete regular el acceso al internet en condiciones de igualdad sin discriminación por razones de origen, sexo, raza, religión, opinión política, idioma, nacionalidad, condición económica o de cualquier otra índole; sin perjuicio de establecer políticas de acciones afirmativas para facilitar el acceso al internet a personas en situación de discapacidad y a comunidades marginadas, especialmente. Promoviendo que las corporaciones privadas no establezcan barreras arbitrarias o desproporcionadas de acceso al internet, sino por el contrario amigables para todas las personas, dado su carácter de universal⁵ (Arroyo, 2018, p. 4).

Inclusive, o Senado Federal aprovou a PEC nº 47/2021⁶, que busca inserir a inclusão digital como uma garantia fundamental, agora a PEC seguirá para a Câmara. Argumentou-se no Senado que o “acesso à internet é essencial para o pleno exercício da cidadania e para obter outros direitos sociais como educação, saúde e trabalho” (Fragoso, 2022).

À medida que o potencial da tecnologia é plenamente explorado, o mito de que esses meios constituem uma barreira ao acesso à justiça foi desfeito. A verdadeira barreira ao acesso à justiça não é a tecnologia em si, mas a falta de políticas públicas de combate à exclusão digital, a falta de planos para

5 “Compete ainda ao Estado regular o acesso à Internet em condições de igualdade, sem discriminação por motivos de origem, sexo, raça, religião, opinião política, língua, nacionalidade, condição econômica ou de qualquer outra natureza; sem prejuízo do estabelecimento de políticas de ação afirmativa para facilitar o acesso à Internet para pessoas com deficiência e comunidades marginalizadas, especialmente. Promover que as empresas privadas não estabeleçam barreiras arbitrárias ou desproporcionais ao acesso à Internet, mas, pelo contrário, barreiras amigáveis para todas as pessoas, dada a sua natureza universal” (Arroyo, 2018, p. 4, tradução nossa).

6 Proposta de Emenda à Constituição nº 47, de 2021 – Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para introduzir a inclusão digital no rol de direitos fundamentais (Brasil, 2021).

criar e implementar novas ferramentas tecnológicas e a resistência cultural e psicológica de alguns indivíduos à adoção da tecnologia (Iwakura, 2021). Para Kasemirski e Teixeira (2022, p. 21) a não viabilização de acesso à internet: “é um problema político social que ultrapassa a seara de responsabilidade das plataformas de mediação digital e do processo eletrônico. Isso porque a violação ao acesso à justiça e a isonomia entre as partes ocorrerá não pela plataforma, mas pela própria realidade social”.

De fato, a era dos smartphones, redes sociais, comunicação instantânea e avanços tecnológicos transformou radicalmente as fronteiras geográficas e rompeu barreiras. As distâncias foram redefinidas e os canais de comunicação, ampliados. A rapidez com que as informações circulam estabeleceu novos paradigmas e modificou a dinâmica das relações, exercendo um impacto direto na vida social. Como resultado, esse fenômeno alterou a sociedade como um todo, influenciando desde a economia e a política até os costumes e a cultura (Albuquerque; Ribas, 2022).

Quando conectados à internet, dispositivos como computadores, telefones celulares, tablets e iPads possibilitam a conexão rápida de milhares de indivíduos, contribuindo para a globalização do mundo. Utilizadas como ferramentas de trabalho, informação ou entretenimento, essas tecnologias promoveram uma verdadeira revolução, não só na comunicação, mas também no acesso à Justiça. Se anteriormente a busca por proteção dos direitos e interesses individuais e coletivos era realizada presencialmente, hoje, processos como o ingresso em ações, a apresentação de manifestações e até a tomada de decisões podem ser efetuados virtualmente (Wüst; Boscatto, 2020).

Portanto, embora os avanços científicos e tecnológicos permitam conectar pessoas em diferentes locais do mundo com um simples clique, é bem conhecido que o acesso ao mundo digital é limitado a uma pequena parte da sociedade. Isso ocorre tanto por falta de recursos financeiros para adquirir dispositivos como celulares, tablets e computadores, quanto pela falta de acesso à internet ou pela inabilidade em manusear esses instrumentos. Consequentemente, essas pessoas acabam se tornando excluídas tanto tecnológica quanto digitalmente (Wüst; Boscatto, 2020).

3. LIMITAÇÕES E POSSIBILIDADES DA UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO ON-LINE NO BRASIL

Por conseguinte, o foco deste estudo é a análise da mediação *on-line*, implementada no Brasil pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. O art. 334, § 7º, dessa lei introduz a possibilidade de realização de audiências de conciliação ou mediação por meios eletrônicos, conforme estabelecido pela legislação.

De acordo com o artigo 46⁷ da Lei nº 13.140/2015, a mediação pode ocorrer pela internet ou outros meios de comunicação que facilitem transações à distância, sempre que houver concordância entre as partes. O parágrafo único⁸ desta mesma lei estende essa permissão para partes domiciliadas no exterior, permitindo-lhes optar pela mediação conforme as regras da legislação brasileira.

Embora sistemas de resolução de conflitos por meios digitais, como as ODR e, em particular, a mediação *on-line*, já existissem e fossem legalmente reconhecidos desde 2015 (conforme a Lei de Mediação), eles não estavam amplamente desenvolvidos ou acessíveis. A pandemia transformou significativamente o cotidiano de todos, introduzindo conceitos e práticas como quarentena, isolamento social, uso obrigatório de máscaras, higienização, grupos de risco, teletrabalho, ensino a distância e o “novo normal”, termos que se tornaram parte do nosso vocabulário diário (Prado; Teixeira, 2022).

O isolamento social se tornou uma medida preventiva necessária contra a propagação do vírus. Em resposta a essa realidade, o Judiciário brasileiro elaborou um plano emergencial para garantir a efetividade dos atos processuais sem a necessidade de deslocamento e interação direta entre as pessoas. Isso incluiu a realização de audiências e sessões de julgamento nos colegiados dos tribunais de maneira virtual. Tendo em vista a impossibilidade do acesso físico aos Tribunais geradas pelas circunstâncias excepcionais causadas pela eclosão da pandemia de COVID-19 na China em novembro de 2019 (Albuquerque; Ribas, 2022; Spengler, 2021).

Essa situação destacou a importância dos métodos autocompositivos, como a conciliação e a mediação, na resolução de conflitos. Inclusive considera-se a pandemia de COVID-19 como um catalisador para a mudança no tratamento de conflitos, incentivando a superação do modelo tradicional (Spengler; Costa, 2021). Além disso, sistemas de justiça em todo o mundo aceleraram o uso de tecnologias da informação para assegurar a continuidade de suas operações, principalmente por meio de plataformas digitais. No sistema judiciário brasileiro, a situação seguiu o mesmo padrão: sessões de mediação, conciliação e julgamento passaram a ser realizadas exclusivamente por meio de plataformas virtuais, e os processos judiciais foram rapidamente convertidos para o formato digital (Albuquerque; Ribas, 2022).

A adaptabilidade é uma característica intrínseca do ser humano, e essa capacidade de adaptação não foi diferente no contexto das pessoas que precisam resolver seus conflitos. Com o fechamento repentino de tribunais, órgãos executivos, empresas de gestão de conflitos e câmaras de mediação e arbitragem, a transição para o atendimento exclusivamente virtual foi

7 Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo (Brasil, 2015).

8 “Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei” (Brasil, 2015).

inevitável, fazendo com que os sistemas ODR passassem de uma opção a uma necessidade (Prado; Teixeira, 2022).

Reconhece-se que a tecnologia tem um papel fundamental na mudança da dinâmica do sistema de justiça, tornando-se uma variável importante a ser levada em conta. Nesse contexto, observa-se que a mediação realizada virtualmente apresenta desafios específicos. Isso ocorre porque o distanciamento físico pode afetar a eficácia da mediação, considerando que esse processo requer uma maior conscientização e envolvimento das partes, dada a sua natureza transformadora (Machado; Gunther; Santana Filho, 2022).

Um desafio notável na mediação *on-line* é o uso de técnicas como a escuta ativa. O mediador, operando à distância e utilizando tecnologia de áudio e vídeo, pode ter sua percepção do caso comprometida, uma vez que não está fisicamente presente. A comunicação por áudio e vídeo pode limitar a percepção do mediador, afetando a eficácia do processo, essencial para fazer com que o mediando sinta que sua opinião é valorizada e levada em consideração. Problemas com a tecnologia podem afetar a eficácia dessa técnica, transformando o processo de “escutar” em simplesmente “ouvir”, onde o mediador pode acabar focando apenas em parte da informação apresentada, perdendo nuances importantes (Kasemirski; Teixeira, 2022).

Reconhecer as limitações da comunicação virtual é imprescindível especialmente em audiências de mediação com múltiplas pessoas e assistentes. É essencial explorar novas técnicas e comportamentos apropriados para ambientes digitais. Por exemplo, uma etiqueta para reuniões *on-line* como manter os microfones desligados enquanto outra pessoa fala, para evitar ruídos – uma prática para não interromper quem está falando. As dificuldades de comunicação não são exclusivas do ambiente *on-line*, mas podem ser ampliadas nele, seja por falhas de conexão ou pela necessidade de cooperação para evitar falar simultaneamente (Kasemirski; Teixeira, 2022).

Além disso, na mediação *on-line*, existem riscos relacionados ao sigilo e à confidencialidade, como a presença de terceiros ou a possibilidade de o procedimento ser ouvido ou gravado indevidamente, portanto, é necessário considerar soluções técnicas e administrativas para proteger a confidencialidade, como *softwares* de reconhecimento de terceiros ou medidas simples, como a visualização completa do ambiente e declarações dos participantes sobre a consciência das exigências, riscos e consequências de violar o sigilo (Kasemirski; Teixeira, 2022).

A mediação *on-line*, apesar de enfrentar esses desafios, visa alcançar os mesmos objetivos da mediação presencial, incluindo o acesso à justiça e a promoção da função social desse método de resolução de conflitos (Albuquerque; Ribas, 2022). Desse modo, para Spengler e Pinho (2018, p. 241-242), “sem sombra de dúvidas, a mediação digital ou *on-line* é um avanço

significativo na utilização de novas tecnologias para lidar com os conflitos. Oferece mais possibilidade de rapidez e eficácia na resposta, além da visível economia monetária”. Conectados por meio do espaço cibernético, os participantes de diversos locais podem debater o seu conflito, encurtando distâncias, reduzindo gastos e gerando ganho de tempo (Spengler, 2021). Além disso:

[...] naquelas situações em que há dificuldade de locomoção (como ocorre nos casos de doenças incapacitantes e para portadores de alguns tipos de deficiência física) a realização de atos processuais a distância, no ambiente de conforto e adaptado à realidade do indivíduo, não só facilita, como prestigia o princípio da dignidade humana e o postulado da igualdade, possibilitando o tratamento dos desiguais, na medida da sua desigualdade (há a possibilidade de se dar uma opção de participação ao ato processual àquele que, em condições rotineiras e por falta de mobilidade, não poderia comparecer ao Fórum de forma presencial) (Pessoa; Lima, 2021, p. 186).

Em suma, a diferença entre a mediação *on-line* e a presencial se concentra na redução dos custos financeiros. Isso ocorre porque os procedimentos automatizados *on-line* normalmente têm custos fixos e mais acessíveis, proporcionando aos usuários uma maior previsibilidade nos gastos relacionados à resolução de suas disputas. Adicionalmente, as plataformas *on-line* oferecem maior rapidez na condução dos métodos e na resolução de conflitos, além de economia de tempo, já que as partes não precisam se deslocar do seu local de trabalho para comparecer a uma audiência, por exemplo (Albuquerque; Ribas, 2022).

Junto a essa perspectiva, estamos experimentando mudanças significativas em diversos aspectos da vida, incluindo as maneiras como nos relacionamos, comunicamos, alimentamos, trabalhamos e resolvemos conflitos. Portanto, mesmo com o fim da pandemia, as transformações substanciais nas abordagens de resolução de conflitos já se estabeleceram e continuarão a persistir. De fato, nos adaptaremos a essas mudanças (Prado; Teixeira, 2022).

A mediação e conciliação realizadas de forma *on-line* provaram ser extremamente úteis e funcionais para facilitar a resolução de conflitos, e as plataformas digitais têm se adaptado constantemente para oferecer recursos e modelos mais intuitivos, independentemente do nível de conhecimento tecnológico do usuário. De fato, observa-se uma tendência crescente e uma preferência pelas reuniões e sessões virtuais e híbridas, tendência essa que persiste mesmo com o retorno gradual da convivência social e o controle da pandemia por meio da vacinação em massa (Prado; Teixeira, 2022).

A utilização da mediação *on-line* e o acesso à justiça virtual são meios pertinentes de tornar mais célere, encurtar distâncias e diminuir os custos do tratamento dos conflitos. No entanto, o acesso aos equipamentos eletrônicos (i.e., computador e celular) e o acesso à internet ainda não são uma realidade de grande parcela da população brasileira, bem como a população enfrenta dificuldades técnicas ao acessar os sistemas, o que acaba agravando a exclusão digital (Spengler; Spengler Neto, 2021).

Spengler e Pinho (2018) também demonstram preocupação quanto ao cumprimento dos princípios básicos da mediação, questionando quanto à possibilidade de a sessão ser gravada, bem como de haver mais pessoas no local e que não estejam visíveis à câmera, e até mesmo a ocorrência de quebra do sigilo devido à acústica da sala, pois só haverá diálogo sincero quando os participantes estiverem seguros de que o que for dito não será usado como prova em momento posterior.

Diante disso, além da capacitação técnica, os mediadores devem possuir habilidades e estar familiarizados com as peculiaridades do ambiente virtual. Não só isso, mas padrões de qualidade devem ser regulamentados para garantir que os programas digitais funcionem de forma eficaz, transparente e eficiente (Pinho, 2021).

Por fim, o conceito de mediação não muda no ambiente *on-line*, porém, além das partes, existe um quarto elemento, a tecnologia, desse modo é preciso adequar os conceitos e princípios da mediação ao ambiente *on-line* para que os mediadores possam conduzir o processo com esse novo elemento (Costa, 2021).

Entende-se que a execução de procedimentos de mediação em um ambiente virtual exige adaptações tanto na interação quanto nas habilidades do mediador. É essencial prestar atenção ao sigilo e à segurança das informações compartilhadas. Além disso, o mediador tem a responsabilidade de conduzir o procedimento de forma confiável para garantir a confiança das partes envolvidas. Uma outra dificuldade a ser considerada é o impacto do distanciamento físico. Dado que o objetivo principal da mediação não é apenas alcançar um acordo, mas também transformar a relação subjacente ao conflito, envolvendo mudanças pessoais e emocionais, o distanciamento físico pode ser mais um obstáculo do que um facilitador nesse processo (Machado; Gunther; Santana Filho, 2022). Nesse sentido:

[...] technological transformations play a paradigmatic and symbolic role in this context of access to justice, because at the same time they approach, breaking barriers of time and distance; they create other knowledge and skills as well as infrastructure needs – driving away groups of citizens unfamiliar or in lacking access to information technologies. Online mechanisms represent another model of approximation between

*parties and between them and the Judiciary system*⁹ (Wrasse; Spengler, 2023, p. 235).

As ferramentas de ODR enfrentam diversos obstáculos que precisam ser superados para que atinjam seu potencial pleno. Entre esses desafios, destaca-se a falta de interação face a face, já que as partes se comunicam por meio de dispositivos digitais. Essa característica pode dificultar o entendimento dos sentimentos e a empatia, aspectos essenciais aos MASCs. Tendo em vista que, em procedimentos de mediação presencial, a proximidade física pode facilitar a empatia e melhorar a compreensão da posição da parte oposta (Lima; Feitosa, 2016).

*The conflict brought to the online environment may or may not have originated in this format, there may be a discussion about a purchase made via the internet or a conflict that, originated in the physical world and people wish to resolve it via online mechanisms. In the online conflict, the role of the third party is another point to consider as it may interfere with the functionality of software and platforms for online dispute resolution. Thus, if we are dealing with some other means of handling conflicts, such as arbitration, mediation, conciliation and negotiation, the intervention of the third party can be graded in accordance with the selected method, giving greater or lesser autonomy to the parties involved*¹⁰ (Wrasse; Spengler, 2023, p. 237).

A mediação *on-line* traz uma série de vantagens e desafios. Entre os benefícios, destaca-se a acessibilidade, permitindo a participação de indivíduos em locais distantes. A conveniência é outra vantagem significativa, pois elimina a necessidade de deslocamento físico, economizando tempo e recursos. Além disso, a flexibilidade no agendamento facilita a coordenação de horários entre todas as partes envolvidas. Do ponto de vista econômico, a redução de custos é evidente, com menos gastos em espaços físicos e logística. Adicionalmente, os registros digitais oferecem a possibilidade de documentar acordos e discussões de maneira organizada e acessível.

Por outro lado, existem desafios inerentes à mediação *on-line*, como por exemplo significativos desafios tecnológicos, principalmente pela dependência da tecnologia, que pode excluir indivíduos sem acesso ou

9 “[...] as transformações tecnológicas desempenham um papel paradigmático e simbólico neste contexto de acesso à justiça, porque ao mesmo tempo se aproximam, rompendo barreiras de tempo e distância; criam outros conhecimentos e competências, bem como necessidades de infraestruturas – afastando grupos de cidadãos não familiarizados ou sem acesso às tecnologias de informação. Os mecanismos online representam outro modelo de aproximação entre as partes e entre estas e o Judiciário” (Wrasse; Spengler, 2023, p. 235, tradução nossa).

10 “O conflito trazido para o ambiente on-line pode ou não ter origem neste formato, pode haver uma discussão sobre uma compra realizada via internet ou um conflito que, originado no mundo físico e as pessoas desejam resolvê-lo por meio de mecanismos on-line. No conflito online, o papel do terceiro é outro ponto a considerar, pois pode interferir na funcionalidade de softwares e plataformas de resolução de litígios on-line. Assim, se se tratar de algum outro meio de tratamento de conflitos, como arbitragem, mediação, conciliação e negociação, a intervenção do terceiro pode ser graduada de acordo com o método escolhido, conferindo maior ou menor autonomia às partes envolvidas” (Wrasse; Spengler, 2023, p. 237, tradução nossa).

habilidade com ferramentas digitais. Os riscos de segurança, envolvendo vulnerabilidades digitais e questões de privacidade, são também preocupações importantes. A comunicação não verbal, essencial em muitas interações, encontra limitações na mediação *on-line*, reduzindo a capacidade de interpretar linguagem corporal e sinais não verbais. A distância física pode, ainda, levar a uma desconexão emocional, diminuindo a empatia e o engajamento entre as partes. Por fim, a dependência de uma conexão de internet estável se apresenta como um obstáculo potencial, já que interrupções na rede podem afetar significativamente a fluidez do processo de mediação.

Sob essa perspectiva, a mediação *on-line* emerge como uma estratégia inovadora no contexto jurídico nacional, cumprindo sua função social ao proporcionar um acesso mais fácil, rápido e eficiente na resolução de conflitos. Em termos gerais, essa ferramenta tecnológica assegura uma prestação jurisdicional inclusiva e colaborativa para o cidadão, diminuindo a distância entre a sociedade e o Poder Judiciário (Albuquerque; Ribas, 2022).

Outro aspecto importante na mediação é a estrita observância do princípio da confidencialidade, um dos pilares orientadores desse processo, conforme estabelecido pelo art. 2º, VII, da Lei nº 13.140/2015 e pelo art. 1º, I, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais da Resolução 125/2010 do CNJ. A questão da preservação da confidencialidade na mediação *on-line* levanta várias dúvidas. Preocupações como gravações não autorizadas, a presença de pessoas não visíveis à câmera e problemas de acústica que podem comprometer o sigilo são questões inquietantes que ainda carecem de respostas claras devido à falta de experiência prática cotidiana (Spengler; Costa, 2020).

Além disso, é essencial manter a imparcialidade durante a mediação, conforme estabelecido pelo art. 2º, 1, da Lei nº 13.140/2015 e pelo art. 1º, IV, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. A imparcialidade é particularmente importante em situações de conflito resultantes de desigualdades, onde o mediador deve reforçar a parte mais frágil para equilibrar a posição das partes conflitantes, mas sem demonstrar parcialidade ou favorecimento, para não comprometer a confiança no processo de mediação (Spengler; Costa, 2020).

Por fim, é fundamental que o mediador seja adequadamente qualificado para trabalhar com crianças e adolescentes. Seu treinamento deve abranger não apenas o ECA, mas também áreas como sociologia, psicologia e serviço social, garantindo uma abordagem apropriada à condição de pessoas em desenvolvimento (Spengler; Costa, 2020).

Diante disso, mesmo reconhecendo a importância de integrar ferramentas tecnológicas às atividades jurisdicionais, é essencial estabelecer critérios de qualidade que assegurem que elas funcionem de maneira satisfatória, acessível e eficiente para todos. O objetivo deve ser alcançar

resultados que transcendam o mero avanço estatístico ou de produtividade, visando uma maior eficácia na promoção da pacificação social, que deve ser sempre o principal objetivo (Albuquerque; Ribas, 2022).

Para assegurar a eficácia e a segurança da mediação *on-line*, é essencial adotar uma série de medidas estratégicas. Inicialmente, é importante pesquisar e selecionar plataformas especializadas, priorizando aquelas que oferecem recursos de segurança robustos, como a criptografia de ponta a ponta. Antes de iniciar o processo de mediação, é importante garantir que todas as partes assinem acordos de confidencialidade, estabelecendo a proibição de gravação não autorizada das sessões. Além disso, é fundamental providenciar treinamento adequado para mediadores e partes envolvidas, visando a familiarização eficiente com a plataforma escolhida. Para reforçar a segurança digital, os participantes devem ser instruídos sobre práticas seguras na internet, como a utilização de redes privadas e proteção de dispositivos contra *softwares* maliciosos. A realização de testes técnicos antes das sessões é essencial para assegurar a qualidade do áudio e do vídeo e minimizar problemas técnicos durante a mediação. Também é imprescindível estabelecer regras claras de engajamento *on-line*, incluindo normas para turnos de fala e etiqueta virtual, com o objetivo de manter a ordem e o respeito durante as sessões. Por fim, a coleta de feedback constante após cada sessão é vital para aprimorar continuamente o processo, adaptando-se às necessidades e experiências dos envolvidos.

CONCLUSÃO

A Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, reforçada pela Lei nº 13.140/2015, representa um avanço significativo na busca por um sistema de justiça mais adaptativo, acessível e humanizado. A incorporação de métodos consensuais de resolução de conflitos, como a mediação *on-line*, não apenas oferece uma alternativa eficaz ao modelo tradicional de litígio, mas também marca a transição para um novo paradigma de justiça, baseado no diálogo, cooperação e soluções mutualmente satisfatórias.

Este estudo, ao explorar a mediação *on-line* no contexto brasileiro, destaca sua contribuição para a desjudicialização e a redução da carga processual nos tribunais, promovendo, simultaneamente, uma cultura de paz e resolução de conflitos alinhada aos princípios de dignidade humana e acesso à justiça. A mediação *on-line* emerge como um meio de fortalecer relações sociais, ao aprofundar a compreensão das questões subjacentes aos conflitos e estimular a participação ativa das partes na construção de suas resoluções.

Contudo, a realização plena deste potencial depende de investimentos contínuos na formação e capacitação de mediadores e na sensibilização da

sociedade sobre os benefícios desses métodos alternativos. Além disso, o fortalecimento das estruturas e mecanismos institucionais que suportam a mediação *on-line* é fundamental para sua eficácia e sustentabilidade a longo prazo.

Em resumo, a mediação *on-line*, como preconizada pela legislação brasileira e impulsionada pelas circunstâncias trazidas pela pandemia de COVID-19, é um passo fundamental na direção de um sistema de justiça mais justo, eficiente e humano. Este estudo reitera a necessidade de expansão e aprofundamento das políticas públicas voltadas para a consolidação da mediação *on-line*, visando não apenas a eficiência do sistema judiciário, mas também a construção de uma sociedade mais justa, pacífica e solidária.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Gisele Gutierrez De Oliveira; RIBAS, Lidia. Implementação da Política de Tratamento de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul sob o Viés do Acesso à Justiça Digital e das Inovações Tecnológicas. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 19, n. 102, p. 288-318, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6315>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- ALVES, I. F.; SOARES, C. H. *Os impactos da inteligência Artificial na advocacia*. In: ALVES, I. F.; DRUMMOND, M. H. G. *Advocacia 5.0*, 1 ed., São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 39-66.
- ARROYO, César Landa. Derecho fundamental al Internet: contenido esencial. Pensar: *Revista de Ciência Jurídicas*, Fortaleza, v. 23, n. 4, p. 1-22, out./dez. 2018. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/8447>. Acesso em: 7 set. 2023.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 maio 2023.
- BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda Constitucional nº 47, de 2021. Acrescenta o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para introduzir a inclusão digital no rol de direitos fundamentais. *Diário do Senado Federal*, nº 85 de 2022. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9055515&ts=1655317105335&disposition=inline>. Acesso em: 5 maio 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/>

uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf. Acesso em: 5 fev. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2023*. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 15 set. 2023.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. Os novos paradigmas da mediação on-line. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 28, n. 11, p. 367-386, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6203>. Acesso em: 23 fev. 2023.

CUEVA, Ricardo Villas. Bôas Integração dos meios de resolução de conflitos online (ODR) aos Sistemas de Justiça. ARABI; A. Y. M. *et al.* In: *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 43-51.

DASA - Diagnósticos da América S.A. *Lockdown durante a pandemia do Coronavírus: o que é e quais países adotaram*. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://dasa.com.br/blog/coronavirus/lockdown-coronavirus-significado/#:~:text=testes%20COVID%2D19-,Lockdown%20durante%20a%20pandemia%20do%20Coronav%3%ADrus%3A%20o,%C3%A9%20e%20quais%20pa%3%ADses%20adotaram&text=Com%20o%20agravamento%20da%20pandemia,de%20contamina%3%A7%3%B5es%20pelo%20novo%20Coronav%3%ADrus>. Acesso em: 4 fev. 2023.

FERRARI, Isabela. *Justiça Digital*. 1.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SCHWEDE, Matheus Antes. As plataformas de solução de litígios online (ODR) e a sua relação com o direito fundamental ao acesso à justiça. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 568-598, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54790>. Acesso em: 5 maio 2023.

FRAGOSO, Roberto. Senado aprova PEC que torna inclusão digital um direito fundamental. *Rádio Senado*, Brasília, 2 de jun. 2022, Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/06/02/senado-aprova-pec-que-torna-inclusao-digital-um-direito-fundamental>. Acesso em: 9 jan. 2023.

FUX, Rodrigo. As inovações Tecnológicas como (mais uma) onda renovatória de Acesso à Justiça. In: ARABI; A. Y. M. *et al.* *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021, p.118-130.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Internet já é acessível em 90,0% dos domicílios do país em 2021*. IBGE, 2022. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/34954-internet-ja-e-acessivel-em-90-0-dos-domicilios-do-pais-em-2021>. Acesso em: 6 jun. 2023.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Acesso à Justiça e Barreira Tecnológicas: Verdade ou Mito? In: ARAÚJO, B. *et al.* *Acesso à justiça: Um novo olhar a partir do Código de Processo Civil 2015*. Londrina: Thoth, 2021, p. 73-90.

KASEMIRSKI, André Pedrosa; TEIXEIRA, Tarcisio. Reflexões sobre a mediação familiar digital na plataforma do conselho nacional de justiça. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 17, n. 2, p. 10-32, out. 2022. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/44898>. Acesso em: 24 set. 2023.

LIMA, A. B. d. M.; OLIVEIRA, G. H. d. Acesso à Justiça e o Impacto de Novas Tecnologias na sua efetivação. *Revista de Cidadania e Acesso à Justiça*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 69-87, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/acessojustica/article/view/5546>. Acesso em: 12 fev. 2023.

LIMA, Gabriela Vasconcelos; FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira. Online Dispute Resolution (ODR): A solução de conflitos e as novas tecnologias. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 50, p. 53-70, set./dez. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em: 1º dez. 2023.

MACHADO, Luciana de Aboim; GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTANA FILHO, José Ricardo de. A mediação digital como uma nova face do acesso à justiça: Benefícios e desvantagens no acesso a uma ordem jurídica justa. *Economic Analysis of Law Review*, v. 13, n. 3, p. 241-249, out./dez., 2022. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/14507>. Acesso em: 4 dez. 2023.

MARQUES, Glauco Marcelo. Transformação digital e o acesso à internet como direito fundamental. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 6, n. 2, p. 57-74, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/7155>. Acesso em: 10 mar. 2023.

MECAJ, Stela Enver. Artificial Intelligence and Legal Challenges. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 20, n. 34, p. 180-196, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/4329/1573>. Acesso em: 24 nov. 2023.

MOULIN, Carolina Stange Azevedo. Métodos de resolução digital de controvérsias: estado da arte de suas aplicações e desafios. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 1-25, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/K6Td7TJ6fcMtpyRDWVdzbPN/>. Acesso em: 2 maio 2023.

MOZETIC, Vinicius Almada. Os sistemas jurídicos inteligentes e o caminho perigoso até a teoria da argumentação de Robert Alexy. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 437-454, set./dez., 2017. Disponível em: <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1939/1416>. Acesso em: 10 jul. 2023.

NUNES, Dierle; MARQUES; Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência Artificial e Direito Processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 421-447, nov. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37764508/INTELIG%C3%8ANCIA_ARTIFICIAL_E_DIREITO_PROCESSUAL_VIESES. Acesso em: 10 jul. 2023.

OPAS - ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/news/11-3-2020-who-characterizes>. Acesso em: 2 fev. 2023.

PASCHOAL, Thaís Amoroso. Acesso à Justiça, Tecnologia, e o nosso realismo esperançoso de cada dia. In: ARABI; A. Y. M. *et al. Tecnologia e justiça multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Mediação online em tempos de virtualização forçada das ferramentas de resolução de conflitos: Algumas considerações sobre a experiência brasileira. In: ARABI, Abhner Youssif Mota *et al. Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 443-454.

PRADO, Douglas Alexander; TEIXEIRA, Carla Noura. Mediação de conflitos como política pública: Avanços e retrocessos. *Direito, Processo e Cidadania*, Recife, v. 1, n. 2, p.124-151, set./dez. 2022. Disponível em: <https://www1.unicap.br/ojs/index.php/dpc/article/view/2144>. Acesso em: 6 dez. 2023.

ROQUE, A. V.; SANTOS, L. B. R. d. Inteligência artificial na tomada de decisões Judiciais: Três premissas básicas. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 22, n.1, p. 58-78, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/53537>. Acesso em: 21 jul. 2023.

SALOMÃO, Luiz Felipe. *Artificial Intelligence: the technology applied to conflict resolution in the Brazilian judiciary*. Rio de Janeiro: FGV – Centro de inovação, administração e pesquisa do Judiciário, 2021. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/report_ai_ciapj.pdf. Acesso em: 12 nov. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos – da teoria à prática*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion; COSTA, Márcio Dutra da. Autocomposição de conflitos em tempos de pandemia: a crise como agente catalisador de uma mudança de paradigma. *Revista Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 20, n. 43, jan./abr. 2021, p. 477-509. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/54234>. Acesso em: 28 set. 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion; COSTA, Márcio Dutra da. A participação de crianças e adolescentes na mediação digital de conflitos familiares no Brasil. In: RESINA, Judith Solé; MOZETIC, Vinícius Almada (Org.). *Protección de los menores de edad en la era digital*. Porto: Juruá, 2020, p. 193-204.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, p. 219-257, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1923>. Acesso em: 9 maio 2023.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. Mediação de conflitos e novas tecnologias. In: STURZA Janaína Machado; PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *Políticas Públicas de Acesso à Justiça e Direitos Humanos em Tempos de Covid-19*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2021, p. 86-99.

TEIXEIRA, S. T.; COSTA, P. G. P.; ORENGO, B. S. Novas tecnologias e direito: Uma análise do acesso à justiça na era digital. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 1239-1260, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/63093>. Acesso em: 4 mar. 2023.

WRASSE, Helena Pacheco; SPENGLER, Fabiana Marion. Os mecanismos online de resolução de conflitos (online dispute resolution) no direito brasileiro. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 28, n. 2, p. 223-248, mai./ago. 2023. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1882>. Acesso em: 10 nov. 2023.

Helena Schwantes
Fabiana Marion Spengler

WÜST, Caroline; BOSCATTO, Neuri Antônio. Mediação Digital: a (im)possibilidade de igualdade do cidadão ao acesso à justiça à luz de Amartya Sen. In: PIERDONÁ, Zélia Luiza; ZAMBAM, Neuro José; FERRARO, Angelo Viglianisi (Orgs.). *Cidadania, Debate Público e Seguridade Social a partir de Amartya Sen*. Porto: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, 2020, p. 39-52.

Recebido: 01/04/2024

Aprovado: 25/04/2024

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O CASO DA VENEZUELA

THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: THE CASE OF VENEZUELA

Júlia Klehm Fermino¹

Bruna Gomes Müller²

Rafael Lazzarotto Simioni³

SUMÁRIO: Introdução. 1. O novo constitucionalismo latino-americano. 2. Contexto histórico do processo

- ¹ Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia – bolsista CAPES com dedicação exclusiva. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.
- ² Doutoranda em Direito na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestrado e Graduação em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialização em Relações Internacionais pela Damásio Educacional. Professora de Direitos Humanos, Diversidade e Inclusão Social na Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Sul de Minas (FACESM).
- ³ Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Educação, Conhecimento e Sociedade da Universidade do Vale do Sapucaí (Univás).

constituente venezuelano de 1999. 3. O processo constituinte venezuelano de 1999 e a nova constituição. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente texto analisa o processo constituinte de 1999 e a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, aprovada em referendo em 1999, à luz do novo constitucionalismo latino-americano. Baseado em uma metodologia analítica de pesquisa bibliográfica, parte-se de uma breve exposição sobre as principais características do novo constitucionalismo latino-americano. Em seguida, contextualiza-se o cenário político da Venezuela a partir do golpe militar de 1948 até a eleição de Hugo Chávez em 1998. Finalmente, analisa-se o processo constituinte venezuelano e a Constituição da República Bolivariana da Venezuela, com foco na soberania popular e na participação popular. Os resultados apontam que a experiência constitucional venezuelana possui como poucas, as principais características do novo constitucionalismo latino-americano.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Venezuela. Processo Constituinte Venezuelano. Democracia. América Latina.

ABSTRACT: The present text analyzes the constituent process of 1999 and the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, approved in a referendum in 1999, in light of the new Latin American constitutionalism. Based on an analytical methodology of bibliographic research, it starts with a brief exposition on the main characteristics of the new Latin American constitutionalism. Then, it contextualizes the political scenario of Venezuela from the military coup of 1948 to the election of Hugo Chávez in 1998. Finally, it analyzes the Venezuelan constituent process and the Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, focusing on popular sovereignty and popular participation. The results indicate that the Venezuelan constitutional experience possesses, like few others, the main characteristics of the new Latin American constitutionalism.

KEYWORDS: New Latin American Constitutionalism. Venezuela. Venezuelan Constituent Process. Democracy. Latin America.

INTRODUÇÃO

A constituição de um determinado país é produto de um processo histórico/político/social e depende, no momento de sua elaboração, da correlação de forças existente na sociedade. Essa correlação determinará quais classes sociais ou frações dessas classes serão beneficiadas ou prejudicadas pelo novo texto constitucional. O constitucionalismo, como é compreendido hodiernamente, é um fenômeno recente. A maioria dos autores considera a Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada na Convenção da Filadélfia, em 1787, como a primeira constituição escrita. Entretanto, alguns documentos escritos, anteriores à constituição americana, influenciaram o constitucionalismo moderno: *Magna Charta Libertatum*⁴, de 1215; *Rights Petition*⁵, de 1628; *Instrument of Government*⁶, de 1653; *England's Bill of Rights*⁷, de 1689; Constituição da Suécia (Ramos, 1987, p. 66), de 1722. Esse constitucionalismo, surgido no bojo das revoluções burguesas dos países considerados, hoje, desenvolvidos, foi transplantado para os países subdesenvolvidos de forma acrítica. Na América Latina, as classes dominantes, com base nesse constitucionalismo, desenvolveram processos que desembocaram em textos constitucionais sem participação das classes populares. Ou seja, na América Latina, o constitucionalismo latino-americano tradicional não configurou Estados Democráticos e/ou Estados Sociais de Direito. A partir do final da década de 1980, os movimentos sociais que emergiram após a derrocada dos regimes militares impulsionaram o surgimento de um novo constitucionalismo latino-americano (NCL), dando origem a textos constitucionais originais, com forte participação popular. As constituições da Venezuela (1999), da Bolívia (2007) e do Equador (2009) são exemplos paradigmáticos desse novo constitucionalismo.

Para desenvolver esse breve trabalho, buscou-se, primeiramente, sintetizar, com base na bibliografia sobre o assunto, sobretudo nos trabalhos de Roberto Alfonso Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, as principais características do NCL. Em seguida, discutiu-se o contexto histórico do processo constituinte venezuelano de 1999. E, finalmente, analisou-se o processo constituinte da Venezuela, com foco na participação popular.

4 A *Magna Charta Libertatum*, assinada em 1215 pelo Rei João, é um documento que tornou limitado o poder da monarquia na Inglaterra.

5 A *Rights Petition*, aprovada em 1628, é um documento constitucional inglês que estabelece proteções individuais específicas contra o Estado.

6 O *Instrument of Government*, aceito por Cromwell em 16 de dezembro de 1653, estabeleceu o Protetorado Inglês, sob o qual a Grã-Bretanha foi governada de dezembro de 1653 a maio de 1657. Foi a primeira constituição escrita, detalhada e adotada por um estado moderno.

7 O *England's Bill of Rights*, aprovada no Parlamento em 1689, foi o precursor do *American Bill of Rights* e estabeleceu limites estritos sobre as prerrogativas legais da família real, como a proibição da suspensão arbitrária das leis do Parlamento e a limitação do direito de arrecadar dinheiro para o Parlamento por meio de impostos.

1. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O constitucionalismo latino-americano tradicional (anterior ao final da década de oitenta do século XX) caracterizou-se pela sua falta de capacidade de integração social e pela falta de legitimidade democrática. Em outras palavras, em terras latino-americanas, o constitucionalismo não configurou Estados Democráticos e/ou Estados Sociais de Direito.

A partir do final da década de 1980, ocorreram mudanças na direção de uma forte conciliação entre constituições formais e constituições materiais, configurando, assim, o surgimento de um novo constitucionalismo latino-americano. Esse novo constitucionalismo, oriundo das assembleias constituintes, comprometido com processos de regeneração social e política, representa um novo paradigma – o de uma constituição forte, capaz de promover transformações radicais e legitimamente democráticas.

Pastor e Dalmau apresentam algumas das características gerais do novo constitucionalismo latino-americano a partir, sobretudo, dos processos constituintes colombiano (1990-1991)⁸, venezuelano (1998-2000)⁹, equatoriano (2007-2008)¹⁰ e boliviano (2006-2009)¹¹, processos político-sociais de transformação, com participação direta do povo. Estes autores estabelecem que o constitucionalismo latino-americano tradicional dos séculos XIX e XX era exclusivo e não democrático. As constituições nominais desse período não tinham uma aplicação real. A história do constitucionalismo tradicional mostra uma ausência de democracia que gerou exclusão e pobreza social e econômica. Assim, o desafio do NCL é a retomada de uma democracia real onde os cidadãos sejam empoderados (Pastor; Dalmau, 2010).

Nesse sentido, [...] alguns traços gerais desse novo constitucionalismo promovido pelas últimas assembleias constituintes latino-americanas como processos político-sociais de transformação, com participação direta do povo e que, desde o processo colombiano de 1991 até o equatoriano de 2008, ou a votação final do texto boliviano de 2009, se traduz em experiências plenamente democráticas que servirão de referência para o constitucionalismo do futuro. Estamos, em suma, diante de um novo paradigma constitucional, embora previsivelmente de

8 A Constituição da República da Colômbia, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 4 de julho de 1991, substituiu a Constituição de 1886.

9 A Constituição da República Bolivariana da Venezuela, aprovada no referendo de 15 de dezembro de 1999, proclamada pela Assembleia Nacional Constituinte em 20 de dezembro de 1999 e publicada no Diário Oficial em 30 de dezembro de 1999, substituiu a Constituição de 1961.

10 A Constituição da República do Equador, aprovada no referendo de 28 de setembro de 2008 e publicada no Diário Oficial em 20 de outubro de 2008, substituiu a Constituição de 1998.

11 A Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, aprovada no referendo de 25 de janeiro de 2009 e publicada no Diário Oficial em 7 de fevereiro de 2009, substituiu a Constituição de 2004.

caráter transitório para um modelo mais estabelecido (Pastor; Dalmau, 2010, p. 9-10, tradução nossa).

O NCL representou, segundo Pastor e Dalmau (2010, p. 11), o fim de uma era constitucional nominalista e pouco original. Os primeiros passos do NCL foram dados com as constituições da Guatemala (1985) e do Brasil (1988) e algumas características dessas constituições consolidariam-se, alguns anos depois, nos processos constituintes da última década do século XX e da primeira década do século XXI (preocupação e proteção efetiva de direitos, compromisso com a integração regional e a incorporação de novas formas de organização estatal).

Wolkmer divide o surgimento e desenvolvimento do novo constitucionalismo em três ciclos, estando Brasil e Colômbia no primeiro ciclo; Venezuela no segundo; e Equador e Bolívia no terceiro. Para o autor, o primeiro ciclo teria sido social e descentralizador das Constituições. O segundo ciclo encaminhou-se para um constitucionalismo participativo e pluralista, em que a representação nuclear desse processo constitucional passa pela Constituição Venezuelana de 1999. O terceiro ciclo é representado pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009). Tais textos políticos expressariam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um outro paradigma não universal e único de Estado de Direito, coexistente com experiências de sociedades interculturais (indígenas, comunais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa). Por esse novo constitucionalismo propor uma diversidade de culturas minoritárias e a força dos povos indígenas, Wolkmer o denominou de Constitucionalismo Pluralista Intercultural, representando uma nova realidade constitucional latino-americana (Sousa *et al.*, 2020, p. 28-29).

Nesse sentido, Pastor e Dalmau (2010) acreditam que

o movimento do NCL começou com o processo constituinte da Colômbia (1990-1991)¹², amadureceu com o processo constituinte equatoriano

12 “O processo colombiano teve as características principais do novo constitucionalismo em termos de legitimidade de origem: respondeu a uma proposta social e política, precedida de mobilizações que demonstraram o fator de necessidade, e se articulou em uma assembleia constituinte plenamente democrática. No entanto, por se tratar da primeira etapa de uma nova construção teórica e prática, faltou ao processo o referendo de ratificação popular, aspecto central da legitimação da Constituição. Isso não significa que essa possibilidade não tenha surgido, mas que não tenha prevalecido” (Pastor; Dalmau, 2010, p. 23, tradução nossa).

de 1998¹³, mas só aperfeiçoou-se quando aprovaram-se as primeiras Constituições por meio de um “referendo de ratificação popular que acaba sendo o aspecto central de legitimação da Constituição”. Por isso, a Constituição venezuelana de 1999 foi a primeira a reunir os elementos necessários e suficientes para materializar o NCL: uma necessidade constituinte decorrente de uma crise social e política, um referendo para ativar o processo constituinte, um referendo para a aprovação do texto constitucional e um produto constitucional que ficaria protegido contra eventuais reformas dos poderes constituídos (Ugarte, 2012, p. 353, tradução nossa).

A Constituição equatoriana de 2008 foi a segunda representação do NCL. Essa Constituição reconhece a pluralidade de seu povo e suas diferentes formas de vida, preocupa-se “com a integração latino-americana, nos moldes pensados por Simón Bolívar – o libertador dos países andinos – e busca construir o sentimento de solidariedade com todos os povos da terra” (Melo; Burckhart, 2018, p. 24, tradução nossa).

Logo depois, a Constituição da Bolívia de 2009 reconhece a existência de diversas nações indígenas no país, admitindo o caráter plurinacional e pós-colonial do Estado e intitulando-se um Estado Plurinacional:

A constituição boliviana estabelece um sistema de jurisdição indígena não subordinado à jurisdição ordinária, confere um amplo catálogo de direitos indígenas e prevê a eleição através das formas próprias de representação dos povos indígenas, bem como o Tribunal Constitucional Plurinacional¹⁴ contempla a jurisdição indígena (Barbosa; Teixeira, 2017, p. 1130).

Diante dessas Constituições (venezuelana, equatoriana e boliviana), definiu-se as características formais fundamentais do NCL: “legitimidade democrática da Constituição (que é um elemento extra ou pré-constitucional), amplo reconhecimento de direitos (com a intenção declarada de combater a desigualdade e a exclusão social) e o predomínio absoluto do poder constituinte sobre os poderes constituídos” (Ugarte, 2012, p. 354).

13 No processo constituinte do Equador de 1998 “a falta de um referendo final sobre o texto constitucional e, especialmente, o conflito entre a assembleia constituinte e os poderes constituídos, fragilizou a legitimidade da nova constituição, que teve de ser revogada por um novo processo constituinte dez anos depois” (Pastor; Dalmau, 2010, p. 24, tradução nossa).

14 “Desde a promulgação da Constituição Política do Estado, em 2009, a Bolívia oficialmente iniciou um complexo procedimento de descolonização de seus povos com a finalidade de fundar um novo Estado, que tenha a plurinacionalidade como base. Desta maneira, reconhece a autonomia das sociedades indígenas originárias, tanto em âmbito jurídico quanto em âmbito cultural. A mesma Constituição estabeleceu, para a materialização de seu propósito, a existência do Tribunal Constitucional Plurinacional, órgão máximo do Poder Judiciário formado por membros eleitos por critérios de plurinacionalidade” (Dan; Nascimento, 2016, p. 356).

As três constituições do NCL não são idênticas, mas, segundo Pastor e Dalmau, têm um “denominador comum” que seria “estabelecer mecanismos de legitimidade e controle sobre o poder constituído mediante, em muitos casos, novas formas de participação vinculante” (Pastor; Dalmau, 2010, p. 34, tradução nossa).

A seguir, apresenta-se uma tabela com os principais marcos dos processos constituintes da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia.

Tabela 1 – Os principais marcos dos processos constituintes da Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia

Item	Colômbia	Venezuela	Equador	Bolívia
Consulta Popular sobre a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte	27/05/1990	25/04/1999	15/04/2007	Não houve (em 06/03/2006, foi publicada a Lei nº 3.364, Lei Especial de “Convocação da Assembleia Constituinte”)
Eleição da Assembleia Nacional Constituinte	09/12/1990	25/07/1999	30/09/2007	02/07/2006
Quantidade de Constituintes Eleitos	70 com direito a voto (sendo 2 representantes indígenas) e 4 sem direito a voto	131 (sendo 3 representantes indígenas)	130	255
Instalação da Assembleia Nacional Constituinte	05/02/1991	03/08/1999	29/11/2007	06/08/2006

Item	Colômbia	Venezuela	Equador	Bolívia
Aprovação pela Assembleia Nacional Constituinte do Texto da Constituição	04/07/1991	17/11/1999	24/07/2008	09/12/2007 (em 20 de outubro de 2008, um acordo político alterou mais de 100 artigos com a redação de um documento de consenso entre os partidos de oposição e situação)
Composição da Constituição na data da aprovação pela Assembleia Nacional Constituinte	Preâmbulo 380 artigos 59 transitórios	Preâmbulo 350 artigos 18 transitórios 1 derogatório 1 final	Preâmbulo 444 artigos 30 transitórios 1 derogatório	Preâmbulo 411 artigos 10 transitórios 1 derogatório 1 final
Referendo para aprovação da Constituição	Nenhum referendo posterior foi necessário para sua validade, pois na convocação da Assembleia Nacional Constituinte, tal requisito não era necessário	15/12/1999 (A Constituição foi proclamada pela Assembleia Nacional Constituinte em 20/12/1999)	28/09/2008	25/01/2009

Item	Colômbia	Venezuela	Equador	Bolívia
Publicação no Diário Oficial	20/07/1991	30/12/1999	20/10/2008	07/02/2009
Nome Oficial da Constituição	Constitución Política de Colombia de 1991 (Constitución de los Derechos Humanos)	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	Constitución de la República del Ecuador	Constitución Política Plurinacional Comunitaria y Autónoma de Bolivia (Constitución Política del Estado)
NCL	Não	Sim	Sim	Sim

Fonte: elaborada pelos autores: (i) (Vicepresidencia Del Estado Plurinacional, 2012); (ii) (Bocca, Et. Al, 2016); (iii) (Camargo, 2007); (Camargo, 2016).

Com base no exposto anteriormente, pode-se destacar as principais características do NCL: (i) o marco inicial do NCL é o processo constituinte venezuelano e, em seguida, os processos constituintes do Equador (2008) e da Bolívia (2009); (ii) a constituição é elaborada a partir de uma Assembleia Nacional Constituinte, com ampla participação popular, convocada para o fim exclusivo de elaborar uma nova constituição, sendo posteriormente submetida à aprovação popular (referendos aprobatórios); (iii) constituições extensas; (iv) participação direta do povo na elaboração e aprovação da constituição, bem como no controle e gestão da administração; (v) criação de instituições paralelas de controle baseadas na participação popular (p. ex. o “Poder Cidadão” na Venezuela); (vi) poder de intervenção pública na economia, em oposição aos modelos propostos pelos neoliberais.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO PROCESSO CONSTITUINTE VENEZUELANO DE 1999

Para compreender a política venezuelana e a Constituição Bolivariana de 1999 é necessária uma contextualização histórica que perpassa não só elementos políticos, mas também culturais, sociais e econômicos, como o papel do petróleo e o protagonismo do Estado que se apresentou como o único proprietário deste recurso.

Em 1958, após a ditadura do general Marcos Evangelista Pérez Jiménez (1914-2001)¹⁵, iniciou-se na Venezuela a era de uma democracia formal, norteadada pelo *Pacto de Punto Fijo*, acordo político celebrado entre os principais partidos da época, Ação Democrática (AD), de direita, Comitê de Organização Política Eleitoral Independente (COPEI), social cristão, e União Republicana Democrática (URD), de centro-esquerda. Tratava-se de um pacto em que os partidos políticos se comprometiam com os princípios democráticos, realizando e respeitando os pleitos eleitorais que legitimariam os candidatos aos cargos públicos, e com a garantia da governabilidade, sem operar rupturas políticas ou institucionais (Souza, 2016, p. 385).

Ao final de 1960, diante de divergências político-partidárias, o partido da URD retirou-se do pacto, que, a partir disto, acabou funcionando de maneira bipartite, ficando o ambiente político-partidário, limitado à alternância AD-COPEI (Souza, 2016, p. 385).

A base material do Pacto de Punto Fijo foi dada pela distribuição clientelista da renda petrolífera. A existência do petróleo condicionou a forma de intervenção do Estado na economia, e também a relação deste com o restante dos atores políticos, tais como partidos, sindicatos, forças armadas e setor privado. Todos estes setores foram subsidiados pelo Estado, fato este que inibiu qualquer possibilidade de crítica sobre as conseqüências [sic] futuras do modelo clientelista de conciliação então adotado (Villa, 2005, p. 154).

A principal finalidade do *Pacto de Punto Fijo* era a organização institucional da Venezuela, a qual recebeu amplo apoio de importantes segmentos independentes da sociedade, das Forças Armadas e das autoridades constitucionais, unificando assim as diversas forças sociais em torno de um projeto nacional que tinha a pretensão de zelar pela convivência pacífica e que permitisse o desenvolvimento de uma constitucionalidade estável, honestidade administrativa e a normatização institucional (Pacto De “Punto Fijo”, 2005).

Durante seu governo (1959-1964), Rómulo Ernesto Betancourt Bello (1908-1981), presidente eleito após a assinatura do Pacto, teve como projeto central a consolidação do binômio modernização-democracia. Betancourt, em seu programa nacional, implantou políticas econômicas redistributivas, com a renda proveniente do petróleo, e atuou no fortalecimento das instituições nacionais. O presidente também conseguiu com que civis e militares se

15 O general Pérez Jiménez governou a Venezuela entre 02/12/1952 e 23/01/1958. Até 19/04/1953, foi presidente provisório, designado pelas Forças Armadas e, após essa data, presidente “constitucional”. As Forças Armadas governavam o país desde o golpe militar de 24/11/1948, quando foi derrubado o presidente Rómulo Ángel del Monte Carmelo Gallegos Freire (1884-1969), primeiro presidente eleito democraticamente na história da Venezuela.

entendessem, definindo suas respectivas áreas e as áreas de interesse comum (Heredia, 2003, p. 141).

Betancourt conseguiu, ainda, eleger seu sucessor, o correligionário Raúl Leoni (1905-1972), que governou de 1964 a 1969 e deu seguimento ao seu plano de governo.

Em dezembro de 1968, Rafael Caldera Rodríguez (1916-2009) é eleito para o mandato de 1969-1974. As principais metas de seu governo eram “diversificar a produção da indústria nacional, incrementar as unidades produtivas, elevar a produtividade da economia, conservar o desemprego baixo e melhorar as condições de vida da população venezuelana” (Buraco, 2011, p. 164). Durante seu mandato tentou instaurar uma política mais intervencionista, suspendendo privatizações e controlando preços de produtos essenciais, e promulgou a Lei de Reversão (Lei sobre ativos afetados pela reversão em concessões de hidrocarbonetos), considerada o primeiro movimento em direção à nacionalização do petróleo (Buraco, 2011, p. 164).

No final do governo de Caldera, ocorreu o choque do petróleo de 1973¹⁶, quando os produtores de petróleo decretaram o aumento unilateral dos preços correntes de comercialização do barril de petróleo de US\$ 3,01 para US\$ 5,12, o que representou um aumento, em um único dia (16/10/73), do preço do barril de cerca de 70% (Nunes, 2016, p. 56). Isso representou um enorme aumento das receitas do governo venezuelano, viabilizando certa estabilidade socioeconômica e impulsionando o processo de modernização do país. Carlos Andrés Pérez Rodríguez (1922-2010), sucessor de Caldera, que governou de 1974 a 1979, visando industrializar a Venezuela de forma rápida e eficiente, nacionalizou indústrias que exploravam os recursos naturais, principalmente o petróleo (Pádua, 2008, p. 107). Pérez passou para o controle do Estado dezenove empresas (dezesseis estrangeiras e três venezuelanas) e, para que fosse possível o controle de todas essas empresas, criou-se a Petróleos de Venezuela S. A. (PDVSA).

O gasto com a nacionalização parece ter compensado, pois o petróleo representava, no início dos anos 80, cerca de 70% da renda do país e aproximadamente 30% do Produto Interno Bruto, situação não muito diferente nessa segunda década do século XXI.

16 “Quando os agentes econômicos detentores do petróleo (no caso, os países) percebem o seu papel como detentores da energia [...] [eles] formam, em 1960, a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), composto inicialmente por Venezuela, Irã, Arábia Saudita, Kuwait e Iraque, e posteriormente, por Líbia, Nigéria, Emirados Árabes, Indonésia, Argélia, Catar, Trinidad e Tobago, Equador e Gabão. Estes países eram responsáveis por 80% das reservas de petróleo conhecidas e pela produção de mais da metade do petróleo mundial. A OPEP elabora no dia 16 de outubro de 1973 um documento contendo três medidas históricas: a primeira, diz respeito à decisão dos países produtores de fixarem os preços do petróleo; a segunda, como consequência da primeira, seria o de aumentar o preço do petróleo em 70%, e dois meses depois, em mais 130%; e a terceira, de menor importância, seria o embargo das exportações de petróleo árabe para países que apoiavam Israel” (Honorato, 2008, p. 543).

O petróleo venezuelano, que custava pouco mais de dois dólares o barril em 1970, era vendido a cerca de nove dólares em 1974, o que representava um incremento da ordem de 200%, situação que levou a uma bonança petroleira até então inédita na Venezuela, só superada pelas cifras no governo Chávez. No final da década de 1970, o preço do barril de petróleo havia duplicado (Feitosa, 2014, p. 18-19).

Entretanto, apesar da segunda crise do petróleo¹⁷, em 1979, o plano de modernização iniciado por Pérez e continuado, a princípio, por Luis Antonio Herrera Campins (1925-2007), que governou de 1979 a 1984, não alcançou os objetivos desejados e não incluiu a Venezuela no rol dos Estados desenvolvidos. Em 1983, diante da desvalorização da moeda venezuelana, iniciou-se no país uma crise financeira que comprometeu a qualidade de vida da população e levou ao descrédito o sistema político-democrático (Pádua, 2008, p. 108).

Durante o governo de Jaime Ramón Lusinchí (1924-2014), de 1984 a 1989, o presidente criou a Comissão Presidencial para a Reforma do Estado (COPRE), que tinha como objetivo formular alternativas para solucionar os problemas econômico, institucional e administrativo. Essa comissão era composta por representantes de diversas instituições (partidos políticos, sindicatos, empresários, Forças Armadas, acadêmicos e intelectuais) para permitir a representação dos diversos segmentos da sociedade (Pádua, 2008, p. 108).

As propostas da COPRE traziam reformas do sistema eleitoral, criticando o papel dos partidos políticos e defendendo a descentralização do poder político. A COPRE defendia a adoção de eleições diretas de governadores, a criação de cargos de prefeitos, o financiamento estadual de campanhas eleitorais, a possibilidade de votar em candidatos individuais para representantes do Congresso, conselhos estaduais e conselhos locais, uma vez que essas votações ocorriam por meio de listas fechadas e ainda defendia processos transparentes de nomeação democrática nos partidos. Essa modificação no sistema eleitoral buscava acabar com a alternância dos partidos políticos AD-COPEI no poder, configurada desde o *Pacto de Punto Fijo* (Kulisheck, 1999, p. 78).

Não obstante as reformas propostas pelo presidente Lusinchí, algumas delas possíveis de serem implementadas somente a médio e longo prazo, como as referentes ao sistema eleitoral, aprovadas em 1988 e aplicadas a partir das eleições de 1993, boa parte da sociedade

17 Em 1978, com as revoltas populares contra o regime do rei do Irã, a produção deste país, segundo maior exportador do mundo, entra em colapso. É o estopim para a segunda crise do petróleo. O preço médio do barril de petróleo bruto (preços de 2019) passa de US\$ 54,97, em 1978, para US\$ 111,31, em 1979.

venezuelana continuava descontente com o nível de pobreza cada vez maior decorrente da crise econômica que se instalava no país (Pádua, 2008, p. 108-109).

No segundo governo de Carlos Pérez (1989-1993), o preço do barril passou a custar metade do que havia custado em seu primeiro governo (1974-1979). Os níveis inflacionários chegaram a patamares históricos,

com índices acumulados que chegaram a 150%, mostrando que o pacote econômico do governo não teve os efeitos prometidos e pelos quais a população foi solicitada a suportar o sacrifício.

Com uma fúria poucas vezes vista na história recente da Venezuela e insatisfeita com as medidas impostas pelo governo de Pérez, a população saiu às ruas de Caracas e depois do restante do país para realizar um dos atos mais violentos a que o país já assistira. No episódio, conhecido como Caracazo e ocorrido em 27 de fevereiro de 1989 – daí a data ser identificada pelos venezuelanos como 27-F –, mais de 300 pessoas morreram, de acordo com cifras oficiais, e centenas ficaram feridas (Feitosa, 2014, p. 20-21).

Essa onda de protestos, saques e incêndios que levou Pérez a decretar Estado de Exceção, impondo um toque de recolher, suspendendo garantias constitucionais à população e colocando o exército na rua, deu início a outros atos de força, como a tentativa de golpe de Estado, em 4 de fevereiro de 1992, liderada pelo Tenente-Coronel Hugo Rafael Chávez Frías (1954-2013) (Seabra, 2012, p. 100-101).

Desde sua chegada à academia militar em 1971, Hugo Chávez se destacou entre os colegas pela retórica e pelo gosto pela leitura. No final dessa década, Chávez já conspirava dentro das forças armadas e em 1982 cria o Movimento Bolivariano Revolucionário 200, que desemboca na tentativa frustrada de tomar o poder de Carlos Andrés Pérez três anos após a eclosão do Caracazo. Preso por dois anos, Hugo Chávez recebe indulto do novamente presidente Rafael Caldera, que havia sido eleito em 1993, depois da cassação de CAP, e que tivera que enfrentar a pior crise da história do país, com a quebra de vários bancos e levantes populares por toda parte. Livre para fazer política, Chávez se candidata a presidente da república em 1998 e obtém uma vitória avassaladora sobre seus adversários prometendo mudar o país oferecendo ao povo uma nova Carta Magna, o que de fato ocorre em 1999 (Feitosa, 2014, p. 21).

Essa tentativa de tomar o poder, além de tentar derrubar o presidente Carlos Pérez e de colocar um fim ao regime imposto pelo *Pacto de Punto Fijo*, tinha como objetivo implementar uma proposta política formulada em 24 decretos, que se tornou o embrião do que veio a ser a Constituição da República Bolivariana da Venezuela em 1999 (Pádua, 2008, p. 110).

Em 21 de maio de 1993, diante de diversas denúncias de corrupção no governo, a destituição de Pérez da presidência¹⁸ e sua condenação a dois anos de prisão domiciliar amenizaram a instabilidade sócio-política presente na Venezuela (Seabra, 2012, p. 102).

Em dezembro de 1993, Rafael Caldera é eleito para exercer seu segundo mandato, de 1994 a 1999. Caldera foi um dos fundadores do COPEI, mas afastou-se do partido adotando um discurso populista e sendo apoiado por uma coalizão de pequenos partidos (Vasconcellos, 2009, p. 16).

[...] constrói sua candidatura ao redor de duas críticas fundamentais, que questionam abertamente a capacidade de direção do sistema puntofijista: primeira, a percepção de que o estado de deterioração extrema e de deslegitimação do sistema puntofijista – o qual ele mesmo ajudou a construir – era irrecuperável, daí sua ruptura com a COPEI; e, segundo, seu discurso abertamente anti-neoliberal e altamente crítico à política econômica adotada pelo governo anterior. Todavia, essa posição de Caldera se manteve apenas nos primeiros momentos de seu governo, em 1996 coloca em prática a segunda onda neoliberal do país (Seabra, 2012, p. 103).

As eleições de 1993 marcaram uma drástica mudança. Iniciou-se o processo de descentralização partidária, uma vez que foram efetivadas as propostas da COPRE. Os partidos AD e COPEI, que, juntos, já chegaram a deter 84% das cadeiras no Congresso, agora representavam “apenas” 54%. O partido *Movimiento al Socialismo* (MAS), La Causa R e Convergência conseguiram, pela primeira vez, uma representação mais expressiva no Congresso (para o período de 1994-1999) (Kulisheck, 1999, p. 77).

Apesar de um real aumento na pluralidade política dentro do Congresso e uma abertura para uma maior representatividade, isso não acarretou em muitas mudanças. Os partidos AD e COPEI, que ainda detinham a maioria no Congresso, atuaram para manter o *status quo*, neutralizando as iniciativas dos novos partidos (Pádua, 2008, p. 110-111).

Rafael Caldera, assim que assume a presidência em 1994, anistia os militares presos pela tentativa do golpe em 1992.

18 Ramón José Velásquez (1916-2014) terminou o mandato de Pérez.

Caldera teve dificuldade em encontrar um novo modelo econômico que pudesse superar o modelo rentista-petrolífero venezuelano esgotado desde o final dos anos 70. Diante disso, outra crise, financeira e fiscal, atingiu a Venezuela, embora menor que a de 1994. Há, então, um novo agravamento do empobrecimento da população e, conseqüentemente, um descontentamento com o desempenho econômico do governo durante aqueles anos (Lander, 1999, p. 5).

Em 1996, a liderança de Chávez torna-se fundamental para a fundação da frente batizada como Movimento Quinta República (MVR) e o ex-tendente opera uma mudança estratégica em seu horizonte político. Da tomada do poder pelo exercício da força, passa-se a uma proposta de refundação da República Venezuelana, centrada em uma Assembleia Nacional Constituinte. Em 1998, finalmente, Hugo Chávez obtém uma vitória acachapante diante dos partidos tradicionais venezuelanos, com 3,67 milhões de votos válidos (56,2%) (Souza, 2016, p. 387).

A vitória de Hugo Chávez, no final do século XX, iniciou um processo político, com participação popular expressiva, que resultou na elaboração de uma nova Constituição, aprovada por referendo popular em 15/12/1999. Esse processo que representa a primeira experiência concreta do novo constitucionalismo latino-americano será detalhado no capítulo seguinte.

3. O PROCESSO CONSTITUINTE VENEZUELANO DE 1999 E A NOVA CONSTITUIÇÃO

A instabilidade política venezuelana, iniciada em 27 de fevereiro de 1989 com o episódio chamado de “Caracazo”¹⁹, estendeu-se até a eleição de Hugo Chávez em 1998 e deu início à derrocada final do pacto entre as elites políticas, conhecido como *Pacto de Punto Fijo* (base política), cuja base material era a renda petroleira. Carlos Pérez, que havia tomado posse dias antes do “Caracazo”, adotou medidas de austeridade fiscal, monetária e cambial, repetindo o receituário neoliberal preconizado pelo Consenso de Washington²⁰ para o equilíbrio do sistema econômico-financeiro dos países subdesenvolvidos e exigido pelas agências internacionais de crédito (Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional). Essas medidas agravaram a

19 O “Caracazo” pode ser considerado o primeiro grande protesto contra o neoliberalismo na América Latina.

20 “Consenso de Washington” foi o nome dado pelo economista John Williamson (1937-atual), em 1989, a uma lista de recomendações dirigidas aos países dispostos a reformar suas economias. Entre essas recomendações, destacavam-se: redução do déficit público via ajuste fiscal, redução do tamanho do Estado, privatizações, abertura comercial, abertura financeira, fim das restrições ao capital externo, desregulamentação e desmonte do sistema previdenciário.

crise e catalisaram o crescimento dos movimentos sociais que mais tarde apoiariam Hugo Chávez.

Em abril de 1997, Chávez declara formalmente sua intenção de concorrer à Presidência da República nas eleições de 1998. Já no início de 1998 começou a articular-se e a formar uma nova coalizão de partidos, que ficou conhecida como Polo Patriótico (PP), composta, principalmente, pelos partidos MVR, MAS e Pátria para Todos (PPT), que surgiu de uma dissidência da Causa R. Outras três coligações apoiavam respectivamente os candidatos Henrique Sales Rommer (Proyecto Venezuela – PRVZL, AD, COPEI), Irene Saéz Conde (Integração, Representação, Nova Esperança – IRENE) e Luis Afaro Uceró (URD, ORA). Além das coligações, sete outros partidos menores apresentaram candidatos.²¹

Chavez percorreu

o país e conquistava adeptos disseminando o que chamou de “revolução pacífica e democrática”, em que se materializavam algumas das ideias que discutia desde os anos 80 e que acabaram compondo sua plataforma de campanha. Tratava-se de um grande chamamento para que a população se rebelasse contra a corrupção do antigo sistema, atacasse os símbolos do puntofijismo e votasse pela completa reconstrução das instituições do país (Uchoa, 2003, p. 176).

Em dezembro de 1998, Hugo Chávez vence as eleições com 56,20% dos votos válidos. Além disso, Chávez venceu em 18 estados dos 24 estados da Venezuela (incluindo o Distrito da Capital)²². A coalizão Polo Patriótico elegeu 73 deputados (35,27%) e 18 senadores (33,33%), a coalizão Proyecto Venezuela, 110 deputados (53,14%) e 30 senadores (55,56%).

Ao tomar posse, em 2 de fevereiro de 1999, Chávez nega-se a jurar respeito à Constituição de 1961 (Vasconcellos, 2009, p. 19). Na sessão de posse, o novo presidente “assina sua primeira medida como Presidente da República: convocar um referendo popular para opinar sobre a formação de uma Assembleia Constituinte para escrever uma nova Carta Magna” (Feitosa, 2014, p. 109). Estava, também, nos planos de Chávez “promover o “Plano Bolívar 2000”, onde as Forças Armadas atuariam em projetos sociais na região costeira” e revalorizar a agricultura (Vasconcellos, 2009, p. 19).

Em 25 de abril de 1999, ocorre o referendo popular para votar a proposta de convocação de uma assembleia nacional constituinte, que é aprovada com 88% dos votos.

21 Os dados eleitorais são os oficiais disponibilizados pelo Consejo Nacional Electoral (CNE).

22 Chávez não ganhou nos seguintes estados: Amazonas, Apure, Delta Amacuro, Falcón e Táchira. Perdeu, também, nas embaixadas.

[...] Ocorre, em julho, as eleições para a ANC, tendo como grande vencedor o Pólo Patriótico que conquistou 122 das 131 cadeiras em disputa. Após meses de trabalho, a nova constituição foi finalizada e colocada à prova em 15 de dezembro de 1999: 44,4% dos cidadãos aptos a votar compareceram às urnas, sendo que a grande maioria [...] (71,8%) acabou optando pela aprovação do novo texto constitucional. Era o início de uma nova era política [...] (Vasconcellos, 2009, p. 19 -20).

Em 5 de agosto, já eleitos os deputados constituintes, Chávez propôs à Assembleia Constituinte “algumas ideias para discussão”, que ficaram conhecidas como “Ideias Fundamentais para a Constituição Bolivariana da V República” (Feitosa, 2014, p. 110). Além de Chávez, movimentos sociais, organizações civis e de direitos humanos apresentaram 624 propostas, sendo aprovadas e incorporadas ao texto constitucional mais da metade delas. O texto da nova Constituição, trabalhado por seis meses, baseou-se, assim, no documento proposto pelo presidente e nas propostas apresentadas, demonstrando que a nova ordem buscava concretizar a participação e o protagonismo popular (Ellner, 2008). A Constituição da República Bolivariana da Venezuela foi publicada em 30 de dezembro de 1999, entrando em vigor no mesmo dia.

Os principais pontos da Constituição Bolivariana são: O mandato presidencial é aumentado para seis anos, com a possibilidade de reeleição; um novo posto de vice-presidente é criado, a ser designado pelo presidente; criação de um Conselho de Governo; plebiscitos consultivos são permitidos para assuntos de “interesses nacionais especiais”; o congresso nacional bicameral é abolido e criado uma Assembléia [sic] Nacional unicameral. É criado o Conselho Moral Republicano, combinando os papéis de controlador-geral e promotor-geral com um ombudsman. A Suprema Corte de Justiça é substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça, onde juízes e magistrados são eleitos por voto popular. Os quatro ramos das Forças Armadas são unidos numa única Força Armada Nacional, e é dado aos militares o poder de voto (Guimarães; Cardim, 2003, p. 72).

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 1999, logo em seu preâmbulo, anuncia que sua finalidade é de “refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, federal y descentralizado” (Venezuela, 2009, p. 151). A nova Constituição também garante a “cooperación pacífica entre las naciones e impulse y consolide la integración latinoamericana de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos” (Venezuela, 2009, p. 151). Por mais que não seja vinculante, o

preâmbulo apresenta as diretrizes de interpretação dos artigos constantes na Constituição.

O aperfeiçoamento da democracia e, conseqüentemente, a substituição efetiva da forma estatal de uma Federação Centralizada por uma Federação Descentralizada, almejada pelo processo constituinte de 1999, foi positivado na nova Constituição. A Constituição, em seu Título I, trata dos Princípios Fundamentais. Estabelece, assim, no art. 4º, que a Venezuela é “un Estado Federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad”. No art. 6º, ela complementa que o governo e “las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables” (Venezuela, 2009, p. 154).

Ainda nesse sentido, o artigo 70 da 1ª Seção (Direitos Políticos), do capítulo IV (Dos Direitos Políticos e Referendo Popular), do título III (Dos Direitos Humanos e Garantias, e dos Deveres), estabelece que

son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo (Venezuela, 2009, p. 185-186).

O povo torna-se mais que um mero órgão consultivo, uma vez que a vontade popular passa a ser dotada (nas hipóteses previstas) com eficácia vinculante. Diante da dinâmica de referendo popular, em temas de transcendência nacional, o povo passa a decidir diretamente, e, com isso, passa a possuir o poder de iniciativa, que antes era exclusivo das autoridades constituídas (Presidência e Assembleia Nacional) (Souza, 2016, p. 389).

O novo sistema estabelecido pela Constituição de 1999 não abdica integralmente a versão representativa da democracia, mas consubstancia a revogabilidade dos mandatos ao implementar “mecanismos de controle dos mandatos representativos, notadamente por meio de referendos revogatórios (art. 72) (Souza, 2016, p. 390).

A nova Constituição trouxe, em seu art. 136, além dos poderes clássicos da teoria da tripartição dos poderes (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) o Poder do Cidadão (exercido pelo Conselho Moral Republicano) e o Poder Eleitoral (exercido pelo Conselho Nacional Eleitoral).

Nesse sentido, a Constituição traz, em seu art. 274, que

los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y con la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo (Venezuela, 2009, p. 299).

Em relação ao Poder Eleitoral, a Constituição, em seu art. 293, estabelece que o Poder Eleitoral possui a função de

- 1. Reglamentar las leyes electorales y resolver las dudas y vacíos que éstas susciten o contengan.*
- 2. Formular su presupuesto, el cual tramitará directamente ante la Asamblea Nacional y administrará autónomamente.*
- 3. Dictar directivas vinculantes en materia de financiamiento y publicidad político-electorales y aplicar sanciones cuando no sean acatadas.*
- 4. Declarar la nulidad total o parcial de las elecciones.*
- 5. La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos.*
- 6. Organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos en los términos que señale la ley. Así mismo, podrán organizar procesos electorales de otras organizaciones de la sociedad civil a solicitud de éstas, o por orden de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. Las corporaciones, entidades y organizaciones aquí referidas cubrirán los costos de sus procesos electorarios.*
- 7. Mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral.*
- 8. Organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y velar porque éstas cumplan las disposiciones sobre su régimen establecidas en la Constitución y en la ley. En especial, decidirá sobre las solicitudes de constitución, renovación y cancelación de organizaciones con fines políticos, la determinación de sus autoridades legítimas y sus denominaciones provisionales, colores y símbolos.*
- 9. Controlar, regular e investigar los fondos de financiamiento de las organizaciones con fines políticos.*
- 10. Las demás que determine la ley.*

Los órganos del Poder Electoral garantizarán la igualdad, confiabilidad, imparcialidad, transparencia y eficiencia de los procesos electorales, así como la aplicación de la personalización del sufragio y la representación proporcional (Venezuela, 2009, p. 311-313).

Outro aspecto em que o povo ganhou destaque foi nas reformas constitucionais, uma vez que após a revisão da Constituição e o trâmite parlamentar, a alteração teria que ser submetida a referendo popular, conforme previsto no art. 344.

A Constituição também ressalta, em seu art. 347, que é o povo venezuelano o detentor do poder constituinte e, querendo transformar o Estado, criar um novo sistema jurídico e redigir uma nova Constituição, possui o poder de convocar uma Assembleia Nacional Constituinte.

Diante de todas as transformações trazidas pela nova constituição, é inegável que o povo se tornou protagonista, seja através do direito de escolha exercido através do voto em eleições e referendos, seja pela atuação direta na formulação e execução de políticas públicas, seja através das manifestações de rua, (direito garantido pelo art. 68º da Constituição venezuelana) (Pádua, 2008, p. 116 e 117).

Pastor e Dalmau afirmam que

[...] o texto produzido pelo processo constituinte venezuelano foi o exemplo mais forte do que acabaria sendo chamado de novo constitucionalismo latino-americano. A Constituição da República Bolivariana da Venezuela, votada majoritariamente pelo povo venezuelano em 15 de dezembro de 1999, foi principalmente, uma Constituição necessária. Desde o primeiro grande protesto, o chamado Caracazo, em 1989, quando milhares de pessoas saíram às ruas para expressar seu desgosto com um sistema corrupto, elitista e marginalizador, até a vitória de Hugo Chávez em dezembro de 1998, passando pelos golpes de Estado de 1992 que, indiretamente, acabariam com o governo de Carlos Andrés Perez, a sociedade venezuelana terminou por impor a sua vontade de aprofundar a democracia através da participação, das políticas de igualdade, da promoção de direitos e da melhora das condições de vida dos venezuelanos através de uma cobertura social suficiente, a criação de um tecido produtivo e uma melhor distribuição das receitas petrolíferas (Pastor; Dalmau, 2010, p. 20, tradução nossa).

Assim, o texto da nova Constituição, que traz o novo constitucionalismo latino-americano, não só mudou o nome do país para República Bolivariana da Venezuela, mas, também, introduziu um conjunto de modalidades participativas, trazendo um conceito de democracia participativa e

protagônica, próxima à democracia direta, mas combinada com a democracia representativa. Além disso, o novo texto procurou melhorar as condições de vida dos venezuelanos, tornando dever do Estado prover à população saúde, educação e aposentadoria, reduzindo a jornada de trabalho (de 48 para 44 horas semanais), ampliando a cobertura dos direitos humanos, incorporando os direitos indígenas e ambientais, incorporando donas de casa e trabalhadores da economia informal ao sistema de seguridade e garantindo indenização ao trabalhador quando o empresário romper o contrato de trabalho (Seabra, 2012, p. 121).

CONCLUSÃO

A partir da década de 80, com a ascensão do neoliberalismo e a aplicação do receituário preconizado pelo “Consenso de Washington”, a crise social nos países da América Latina cresceu, acirrando a luta de classes. Essa luta, em alguns países, possibilitou o crescimento de movimentos sociais populares que impulsionaram o surgimento do que foi chamado de novo constitucionalismo latino-americano. São os casos da Venezuela, Bolívia e Equador. Nestes três países, paradigmas do NCL, ocorreram transformações que deram voz e legitimidade a movimentos de origem popular que puderam participar de forma ativa e protagônica na elaboração das novas constituições, dando origem a uma nova maneira de ver o direito. Essas transformações não aconteceram sem luta, pois as classes dominantes locais e internacionais não deixaram nunca de tentar bloquear qualquer mudança em benefício das classes populares.

Na Venezuela, onde ocorreu o primeiro processo constituinte de acordo com as características do NCL, as ações das classes dominantes foram constantes. Em 11 de abril de 2002, ocorreu um golpe de estado fracassado, promovido por setores das Forças Armadas, empresários, emissoras de TV privadas e do alto clero da Igreja Católica da Venezuela, com o apoio dos Estados Unidos, que durou poucas horas, no qual o presidente Chávez foi detido por militares, a Assembleia Nacional e o Supremo Tribunal foram dissolvidos, a Constituição de 1999 do país foi anulada e Pedro Carmona Estanga foi alçado à presidência. Os Estados Unidos e a Espanha rapidamente reconheceram o governo golpista. Outro evento importante da luta de classes na Venezuela foi a paralisação quase completa das atividades da PDVSA para forçar a renúncia de Chávez. A paralisação durou de dezembro de 2002 a fevereiro de 2003. Os setores solidários do presidente Chávez chamam este evento de “sabotagem do petróleo” ou “golpe do petróleo”, enquanto os setores da oposição o chamam de “Greve Cívica Nacional”.

Esse foi o contexto venezuelano nos primeiros anos de vigência da nova constituição. Um contexto de luta onde o polo revolucionário tentava

uma ruptura em relação ao modelo anterior que beneficiava apenas uma elite, e o polo contrarrevolucionário que tentava sabotar as iniciativas do governo bolivariano.

O NCL é um produto em gestação na América Latina. Seu motor são os movimentos populares. Seu objetivo é reparar uma dívida histórica com a população segregada pelas classes dominantes e dar conteúdo à palavra democracia (“A democracia é o governo do povo, pelo povo, para o povo”²³). Trata-se de um processo que, ainda, está em curso, com idas e vindas. Além dos três países citados acima, o Chile já iniciou, impulsionado pelas revoltas populares, um processo constituinte nos moldes do NCL²⁴.

Para finalizar, observou-se que o processo constituinte venezuelano revelou, além de uma ruptura parcial com os princípios do liberalismo constitucional (submissão do sistema representativo ao controle popular), um empoderamento da população, com a criação de mecanismos de participação e controle populares.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. In: *Revista Direito e Práxis*, UERJ, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1113-1142, 2017.
- BOCCA, Pedro; MELLO, Fátima; BERRÓN, Gonzalo. *Ecuador*. São Paulo, SP: Fundação Perseu Abramo, 2016.
- BURACO, Grasiela Cristina da Cunha. *A Venezuela Contemporânea: do antineoliberalismo ao anticapitalismo? Uma formação social em disputa hegemônica*. Tese de Doutorado em Políticas Públicas e Formação Humana. Rio de Janeiro, RJ: UERJ/Faculdade de Educação, 2011.
- CAMARGO, Lolymer Hernández. *El Proceso Constituyente Venezolano de 1999*. Tesis Doctoral en Derecho. Getafe, ES: Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Carlos III de Madrid, 2007.
- CAMARGO, Sergio Roberto Matias. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. *Diálogos de Saberes*, Bogotá, CO, n. 44, p. 29-44, jan./jun. 2016.

23 Frase atribuída a Abraham Lincoln (1809 - 1865), presidente dos Estados Unidos (Mattos, 2020, p. 77).

24 No Chile, já ocorreu uma consulta popular (25/10/2020) para saber se o povo chileno queria uma nova constituição. Nessa consulta, o “sim” obteve quase 80% de apoio. Em abril de 2021, serão eleitos representantes exclusivamente para redigir uma nova constituição. A assembleia constituinte terá até um ano para realizar o seu trabalho que, encerrado, será submetido a referendo popular.

DAN, Vivian Lara Cáceres; NASCIMENTO, Diogo de Carvalho. Análises sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano. *Revista Direito e Práxis*, UERJ, Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, p. 350-375, 2016.

ELLNER, Steve. Las Tensiones entre la Base y la Dirigencia en las Filas del Chavismo. *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Universidad Central de Venezuela (UCV), Caracas, VE, v. 14, n. 1, p. 49-64, abr. 2008. Disponível em: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S131564112008000100005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 6 dez. 2023.

FEITOSA, Nabupolaris Alves. *A Construção do Estado Chavista: a influência bolivariana*. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. São Paulo, SP: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2014.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro; CARDIM, Carlos Henrique (orgs.). *Venezuela: visões brasileiras*. Brasília, DF: IPRI; Fundação Alexandre de Gusmão, 2003.

HEREDIA, Ricardo Sucre. La Política Militar en la Constitución de 1999 ¿Cambio o continuidad? *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Universidad Central de Venezuela (UCV), Caracas, VE, v. 9, n. 1, p. 139-162, jan./abr. 2003.

HONORATO, Filipe de Freitas. Riqueza e Exclusão: o impacto dos royalties do petróleo na expansão da miséria na Região Norte Fluminense. *La Economía Política de la Pobreza*, Buenos Aires, AR, CLACSO, p. 537-568, mar 2008.

KULISHECK, Michael. Reformas del Congreso y Representación Política em Venezuela. *América Latina Hoy*, Universidad de Salamanca, Salamanca, ES, n. 21, p. 73-83, abr. 1999.

LANDER, Luis Enrique; MAYA, Margarita Lopez. Venezuela. La Victoria de Chávez: el pólo patriótico em las elecciones de 1998. *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, AR, n. 160, p. 4-19, mar./abr. 1999.

MATTOS, Alessandro Nicoli de. *O Livro Urgente da Política Brasileira: um guia para entender a política e o Estado no Brasil*. 4. ed. 2020. Disponível em: <http://www.politize.com.br>. Acesso em: 22 nov. 2023.

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. A Constituição Equatoriana de 2008: uma nova concepção de estado e pluralismo. *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, n. especial 3, p. 7-21, 2018.

NUNES, André Figueiredo. *O Choque do Petróleo: Estados Unidos, OPAEP e a segurança energética*. Dissertação de Mestrado em História Comparada. Rio de Janeiro, RJ: UFRJ, 2016.

PACTO DE “PUNTO FIJO”. *Revista de Artes y Humanidades ÚNICA*, Universidad Católica Cecilio Acosta, Maracaibo, VE, v. 6, n. 13, p. 237-246, maio/ago. 2005.

PÁDUA, Adriana Suzart de. Mudança e Continuidade: notas comparativas da Constituição Bolivariana da Venezuela. *Dialogus*, Centro Universitário Barão de Mauá, Ribeirão Preto, SP, v. 4, n. 1, p. 105-124, 2008.

PASTOR, Roberto Alfonso Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Los Procesos Constituyentes Latinoamericanos y el Nuevo Paradigma Constitucional. IUS: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Puebla, MEX, n. 25, p. 7-29, 2010.

PASTOR, Roberto Alfonso Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Presentación. Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. *El Nuevo Constitucionalismo en América Latina*. 1. ed. Quito, EC: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

RAMOS, Carlos Roberto. Origem, Conceitos, Tipos de Constituição, Poder Constituinte e História das Constituições Brasileiras. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, DF, ano 24, n. 93, p. 65-98, jan./mar. 1987.

SEABRA, Raphael Lana. *A Primeira Revolução do Século XXI? bolivarianismo e socialismo na Venezuela*. Tese de Doutorado em Ciências Sociais, Departamento de Sociologia/UnB, Brasília, DF, 2012.

SOUSA, Adriano Corrêa de; LEGALE, Siddharta; SILVA, Carolina Machado Cyrillo da (orgs.). *Constitucionalismo Latino-americano: teoria, direitos humanos fundamentais, instituições e decisões*. Rio de Janeiro, RJ: Multifoco, 2020.

SOUZA, Marcel Soares de. Soberania e Participação Populares no Novo Constitucionalismo Latino-Americano: uma análise da Constituição venezuelana de 1999. *Rebela – Revista Brasileira de Estudos Latino-Americanos*, IELA/UFSC, Florianópolis, SC, v. 6, n. 2. mai./ago. 2016.

UCHOA, Pablo. *Venezuela: A encruzilhada de Hugo Chávez*. São Paulo, SP: Globo, 2003.

Júlia Klehm Fermino
Bruna Gomes Müller
Rafael Lazzarotto Simioni

UGARTE, Pedro Salazar. *El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)*. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/22.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2023.

VASCONCELLOS, Vinícius Vargas. *O Governo Hugo Chávez e a Política Externa Venezuelana no Continente Americano*. Trabalho de Conclusão de Curso em Bacharel em Relações Internacionais, Faculdade de Ciências Econômicas (UFRGS), Porto Alegre, RS, 2009.

VENEZUELA. *Constitución de la República Bolivariana de la Venezuela 1999*. 2009. Disponível em: https://www.siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_venezuela_1006.pdf. Acesso em: 10 nov. 2023.

VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL. *Enciclopedia Histórica Documental del Proceso Constituyente Boliviano*. Preâmbulo, Tomos I, II, III, IV e V. La Paz, BO: Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2012.

VILLA, Rafael Duarte. Venezuela: mudanças políticas na era Chávez. *Estudos Avançados*, IEA/USP, São Paulo, SP, v. 19, n. 55, p. 153-172, set./dez. 2005.

Recebido: 29/02/2024

Aprovado: 15/05/2024

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS RECONHECIDOS PELO STF

*THE CONSTITUTIONAL CLAIM AS AN
INSTRUMENT TO GUARANTEE SOCIAL AND
ENVIRONMENTAL RIGHTS RECOGNIZED BY
THE STF*

Leandro Ferreira Bernardo¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A reclamação constitucional e a relevância do instituto. 2. Balizamentos jurisprudenciais no âmbito do STF acerca do cabimento da reclamação constitucional. 3. Estudo de casos envolvendo o alcance da reclamação constitucional para impugnar decisões judiciais de grande impacto socioambiental. Conclusão. Referências.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Constitucional (PUCPR) e Direito Ambiental (UNB). Procurador Federal.

RESUMO: O artigo analisa o instituto da reclamação constitucional, à luz da legislação em vigor, e sua função efetiva e potencial na defesa dos direitos socioambientais. Para tanto, inicia-se o trabalho apresentando o instituto, a partir da legislação em vigor, do entendimento jurisprudencial e da doutrina constitucional e processual sobre as hipóteses de admissão e sua relevância no direito brasileiro. Posteriormente, serão apresentados importantes julgamentos sobre temas socioambientais proferidos recentemente pelo STF com efeitos vinculantes perante terceiros e as repercussões surgidas em reclamações apresentadas para impugnar decisões contrárias ou em sentido destoante àqueles precedentes fixados pelo STF. Como resultado da pesquisa, identificou-se uma expansão de hipóteses de cabimento de reclamação constitucional, a partir de inovações legislativas, com impactos sobre a garantia de direitos fundamentais socioambientais, e a relevância que tal instituto vem assumindo no sistema jurídico pátrio, sem prejuízo das tradicionais espécies de recursos judiciais. Adotou-se como principais formas de pesquisa a revisão bibliográfica e o estudo de casos, fundamental para a construção de um diagnóstico sobre o tema proposto, bem como para a realização de uma análise crítica.

PALAVRAS-CHAVE: Reclamação Constitucional. Direitos Fundamentais. Direitos Socioambientais. Jurisdição Constitucional. STF.

ABSTRACT: The article analyzes the institute of the constitutional claim, under the Brazilian laws, and its effective and potential role in the defense of socio-environmental rights. To this end, the work begins by presenting the institute, based on the legislation in force, the jurisprudential understanding and the constitutional and procedural doctrine on the assumptions of admission and its relevance in Brazilian law. After, important judgments on socio-environmental issues recently handed down by the STF with binding effects on third parties will be presented and the repercussions arising in complaints presented to challenge decisions contrary to the precedents set by the STF. As a result, an expansion of hypotheses for the appropriateness of a constitutional claim was identified, based on legislative innovations, with impacts on the guarantee of fundamental socio-environmental rights, and the relevance that such an institute has been assuming in the national legal system, without prejudice to the traditional species of judicial remedies. Bibliographic review and case studies were adopted as the main forms of research, fundamental for the construction of a diagnosis on the proposed theme, as well as for the performance of a critical analysis.

KEYWORDS: Constitutional Claim. Fundamental Rights. Socio-environmental Rights. Constitutional Jurisdiction. Federal Court of Justice.

INTRODUÇÃO

O amplo acesso à justiça é tema contemporâneo do direito e sua busca se faz cada vez mais necessária à efetivação dos direitos fundamentais previstos nos sistemas constitucionais (Cappelletti, 1988). Dentro do sistema jurídico brasileiro a reclamação assume um proeminente papel de instrumento de acesso à justiça. O texto constitucional prevê o cabimento de reclamação ao STF, ao STJ (art. 105, I, f) e ao TST (art. 111-A, § 3º), para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões. A legislação infralegal, em especial o novo CPC de 2015, expandiu, em seu art. 988, § 1º, a possibilidade de manejo do instrumento perante qualquer tribunal – de modo a incluir os tribunais locais.

Em que pese a ampliação dos foros onde se torna possível o uso da reclamação, pretende-se no presente estudo analisar a reclamação constitucional, cabível perante o STF, em especial quando (i) o fundamento de fundo da reclamação seja a pré-existência de decisão do STF com efeitos vinculantes e (ii) quando tais decisões tragam impacto sobre relevantes temas socioambientais.

No constitucionalismo contemporâneo, os direitos humanos se colocam como uma finalidade maior a ser perseguida pelo Estado e pela sociedade, de forma efetiva (Hesse, 1991). De outro lado, fica cada vez mais evidente que os direitos humanos não podem prescindir da relação do homem com o meio ambiente que o envolve (Bittar, 2014, p. 276).

De fato, graves problemas ambientais decorrentes da exploração desmesurada do meio ambiente, como o aumento da poluição sobre o ar, a água, a degradação dos solos, trazem consequências diretas à vida do homem e de todo o planeta, como, por exemplo, o aumento da temperatura global – admitido por reconhecidas agências ambientais no mundo, como o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC, 2022) –, processos de desertificação de crescentes áreas, extermínio de fauna e flora (Lopes, 2018; Bombardi, 2017). Em muitos casos a ação direta do ser humano é causa determinante para a eclosão de danos socioambientais irreparáveis (Beck, 2016).

Nesse contexto, o direito carece de dar efetivas respostas quando aqueles direitos socioambientais se colocam em perigo e o sistema processual deve possuir instrumentos devidamente adequados para dar conta de tais desafios, sobretudo para garantir a mais eficaz resposta contra o arbítrio

exercido por julgadores que não se submetem aos precedentes vinculantes da corte constitucional.

Buscar-se-á no presente texto, inicialmente, a apresentação do instituto da reclamação constitucional e da configuração legal, jurisprudencial e doutrinária sobre aspectos centrais. Posteriormente, a partir da análise de relevantes reclamações constitucionais recentemente analisadas pelo STF em casos envolvendo temas socioambientais de grande repercussão, serão analisados alguns balizamentos postos, bem como apresentados fundamentos para que seja garantida a ampliação das hipóteses de admissão da reclamação constitucional, mesmo em favor de terceiros não integrantes da relação jurídica alcançada pela decisão paradigma do STF, quando se estiver diante de tais temas e desde que observada a legislação em vigor.

1. A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E A RELEVÂNCIA DO INSTITUTO

A reclamação representa instrumento processual de acentuado destaque no direito brasileiro, previsto no texto constitucional, que tem por objetivos originários preservar a competência e garantir a autoridade das decisões dos Tribunais Superiores. A reclamação constitucional tem como destinatário o STF, nos termos do art. 102, I, I, do texto constitucional.

A reclamação constitucional possui natureza jurídica de ação (Mello, 2019) e não de recurso. Como consequência prática relevante, sua utilização não impede, em princípio, a interposição de recurso contra a decisão impugnada, ainda que de forma simultânea e se dá em processo judicial autônomo, dirigido ao STF, ainda que a ação originária em que se deu a decisão impugnada tramite perante outro juízo (Abboud; Vaughn, 2019, p. 9).

Trata-se a reclamação de instituto surgido a partir de criação jurisprudencial pelo STF e desenvolvida, sobretudo, ao longo do século passado, a partir da adoção da teoria importada do constitucionalismo norte-americano dos “poderes implícitos” (*implied powers*), de acordo com o qual a Constituição, ao outorgar competências ao tribunal constitucional, garante a esse também os meios de fazer valer seus julgados (Mendes, 2006, p. 21). A reclamação, assim, tem passado, a partir de então, por transformações ao longo das últimas décadas (Rodrigues, 2022, p. 3). Inicialmente, caracterizou-se por ter por objetivo precípuo a garantia de que uma decisão do tribunal superior pudesse se projetar entre as partes e na mesma relação processual existente, ou seja, uma função sobretudo *intra partes* (Abboud; Vaughn, 2019). Após processo de desenvolvimento e consolidação, a reclamação foi inserida no texto constitucional a partir da Constituição da República de 1988 e teve seu alcance aumentado, mesmo em favor de terceiros não integrantes da relação jurídica originária em que a decisão foi proferida.

O art. 103-A da Constituição, a partir da Emenda Constitucional 45/2004 – e, posteriormente, a Lei nº 11.417/2006, que regulamentou o dispositivo constitucional –, passou a prever a edição de súmula vinculante pelo STF, bem como o cabimento de reclamação ao tribunal constitucional diante de decisão judicial ou ato administrativo que contrariar a súmula aprovada naqueles termos. Em caso de procedência, conforme o caso, prevê como consequência que o ato administrativo será anulado ou a decisão judicial será cassada, com a determinação de que seja proferida nova.

A Constituição de 1988 prevê como um relevante instrumento de controle concentrado de constitucionalidade a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 102, § 1º). A Lei nº 9882/99, que regulamenta o processamento da ADPF, prevê em seu art. 13 o cabimento de reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo STF naquela espécie de ação de controle concentrado de constitucionalidade.

Mais recentemente, o atual Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, a partir de seu art. 988, ampliou as hipóteses de cabimento e os foros competentes para processar e julgar a reclamação, para além daqueles previstos no texto constitucional. Nesse contexto, a referida lei revogou os dispositivos da Lei nº 8.038/90 que regulamentavam a reclamação perante os tribunais superiores (arts. 13 a 18).

Por outro lado, ao passo que alargou as hipóteses de cabimento da reclamação, a legislação processual expressamente previu a limitação de seu uso quando se busca a garantia de observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos. Para tais situações, impõe como condição específica o esgotamento das instâncias ordinárias pelo postulante (art. 988, § 5º, II). Assim, como regra geral, a reclamação constitucional não se mostra instrumento hábil para questionar decisão de juízes e tribunais com entendimento divergente daquele fixado pelo Supremo em decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade (Silva, 2021, p. 595).

Em que pese parte da doutrina divirja acerca da constitucionalidade ou mesmo da conveniência das recentes políticas de alargamento implementadas na legislação processual para as hipóteses de admissão da reclamação constitucional (Abboud; Vaughn, 2019, p. 12; Mitidiero, 2022, p. 62), o STF tem reconhecido o cabimento das reclamações ajuizadas com base no art. 988, III, do CPC, ou seja, para garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Reconhece-se, na atualidade, a relevância da reclamação constitucional para fim de, além de preservar a competência e autoridade de suas decisões, estabilizar e garantir a uniformidade na jurisprudência emanada do STF

(Rodrigues; Mello, 2022, p. 3). De outro lado, entende-se que, embora reconhecida sua existência e sua relevância, não se pode destinar à reclamação uma função recursal ordinária ou de exigência de cumprimento de provimento judicial em um caso concreto. Tal função compete, como regra geral, aos recursos judiciais previstos na legislação processual.

Ademais, ainda que se esteja em face de uma decisão vinculante, a mera divergência de entendimento por parte do julgador deve ser enfrentada, em regra, por meio de recurso, inclusive com a postulação de efeito suspensivo, que pode ser deferido pelo relator do recurso (Abboud; Vaughn, 2019, p. 12). Contudo, casos há que, pela urgência que o caso impõe, pelo grande impacto social envolvido ou pela recusa de juízes ou tribunais inferiores em se submeter ao entendimento firmado pelo STF com efeitos vinculantes, impõe-se a utilização da reclamação para proteção contra o perecimento do direito (Abboud; Vaughn, 2019, p. 12).

2. BALIZAMENTOS JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DO STF ACERCA DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Após longo processo de consolidação do instituto da reclamação, atualmente é possível apontar alguns balizamentos jurisprudenciais fundamentais do Supremo Tribunal Federal em relação ao instituto. O conhecimento desses balizamentos se mostra digno de destaque no presente estudo, para que melhor se compreenda as possibilidades atualmente existentes e as limitações postas, em especial na defesa dos direitos socioambientais.

Inicialmente, observa-se que o STF vem acatando como constitucional a hipótese de inadmissão prevista no art. 988, § 5º, II, aquela que impede a admissão de reclamação para garantir observância de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. Nesse sentido, deu-se, p. ex., com o julgamento da Reclamação 31.978 (STF, 2019).

Ainda sobre o tema, o STF, à luz do disposto na legislação processual, entende que não é cabível a reclamação contra a decisão de negativa de seguimento ao recurso extraordinário no tribunal local quando aplicada sistemática da repercussão geral na origem. Nesse caso, entende o STF que o esgotamento das vias recursais impõe a interposição de recurso de agravo interno, nos termos do art. 1.030, § 2º, do CPC, como se verifica no julgamento da Reclamação 22.188 (STF, 2017), Agravo Regimental na Reclamação 22.864 (STF, 2016) da do Agravo Regimental na Reclamação 47.695 (STF, 2021).

Por outro lado, o STF vem reconhecendo a desnecessidade de esgotamento das instâncias ordinárias para fim de admissão de reclamação, quando, após reconhecimento da repercussão geral no recurso paradigma, o relator defere a suspensão nacional dos processos pendentes de julgamento, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC/2015, como exemplifica o julgamento da Reclamação 45.260 (STF, 2021). Nesses casos, não observada a determinação de suspensão nos processos pendentes de julgamento, o STF pode ser acionado via reclamação constitucional.

A jurisprudência do STF também reafirma a previsão da legislação processual de que não é cabível a reclamação ante existência de coisa julgada (Art. 988, § 5º, I, do CPC). Nessa hipótese, compete ao interessado buscar deconstituir a decisão questionada pelas vias ordinárias, por via de ação rescisória. É o que entendeu o STF no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 35.646 (STF, 2020).

A reclamação para garantir a observância de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade não tem sido admitida pelo STF quando ainda não foi concluído o julgamento, ainda que já exista maioria no sentido defendido pelo interessado. Entende o STF, nesses casos, que não se pode falar, até a conclusão do julgamento, de efeito vinculante do julgado.

Na Reclamação 36.894 (STF, 2019), relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, destaca-se do julgado:

I – É inviável a reclamação ao STF para rever decisão do tribunal de origem que aplica a sistemática da repercussão geral, a menos que haja negativa motivada do juiz em se retratar para adotar a decisão da Suprema Corte. Precedentes. II – Não cabe reclamação fundada no descumprimento de decisão do Supremo Tribunal Federal em processo cujo julgamento não foi concluído, ainda que haja maioria de votos proferidos em determinado sentido, por ausência de efeito vinculante. III - O ato reclamado não guarda estrita aderência com a decisão desta Corte no RE 611.503/SP (Tema 360), julgado sob a sistemática da repercussão geral.

O STF possui entendimento, também, no sentido de que a superveniência de sentença de mérito no processo originário torna prejudicada a reclamação que impugna ato provisório anterior, de modo que competiria ao reclamante o ajuizamento de nova reclamação contra a nova decisão, se mantido seu teor. Podem ser citados, nesse sentido, os julgamentos proferidos no Agravo Regimental na Reclamação 19.746 (STF, 2017), Reclamação 11.197 (STF, 2011), Reclamação 7.396 (STF, 2011), Reclamação 9.390 (STF, 2013) e na Reclamação 8.530 (STF, 2018).

Por fim, em casos excepcionais, o STF tem flexibilizado as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional. Como bem observa Daniel Mitidiero (2022, p. 89), a partir da jurisprudência do STF sobre a reclamação e suas hipóteses de cabimento:

O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a fundamental importância e a excepcional urgência como razões graves e extraordinárias, tem oferecido bons exemplos de superação da regra do cabimento da reclamação ao viabilizar, pontual e extraordinariamente, mediante o seu emprego, a tutela do precedente não retratado em súmula vinculante.

A correta análise feita pelo autor permite apontar a existência de reconhecimento pelo STF de que o sistema processual possui limitações para solucionar casos graves e complexos e, a partir do arcabouço existente, tal sistema nem sempre está preparado a dar resposta a violações de precedentes firmados pela corte constitucional.

Especialmente em casos de amplo impacto social, a inexistência de claras balizas pode trazer graves consequências prejudiciais a quem busca acionar o STF com o uso da reclamação constitucional.

3. ESTUDO DE CASOS ENVOLVENDO O ALCANCE DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL PARA IMPUGNAR DECISÕES JUDICIAIS DE GRANDE IMPACTO SOCIOAMBIENTAL

A Constituição da República limita-se a prever, de forma explícita, o cabimento da reclamação constitucional, dirigida ao STF, como instrumento hábil para preservar a competência do nosso tribunal constitucional, bem como para a garantia da autoridade de suas decisões. Contudo, como já exposto acima, o CPC ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação, para fim de incluir naquele rol a garantia de observância de súmula vinculante e decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, III) e garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de Incidente de Assunção de Competência (art. 988, IV) (Rodrigues; Mello, 2022, p. 2).

Para os fins do presente trabalho, voltado à análise da reclamação constitucional, endereçada ao STF, dentre as inovações do CPC, além daquelas hipóteses previstas na Constituição da República, assume maior relevo a hipótese prevista no inciso III do art. 988, uma vez que as hipóteses previstas no art. 988, IV, tratam de reclamações que devem ser julgadas pelos tribunais locais, tendo em vista que o IRDR e o Incidente de Assunção de Competência, de acordo com parcela significativa da doutrina e com a

jurisprudência, não podem ser instaurados perante o STF (Marinoni, 2015, p. 413).

Em decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli, em 10/10/2019, na Petição nº 8.245 (STF, 2019), reconheceu-se o não cabimento de instauração de IRDR perante o STF, tendo em vista que tal competência não estaria expressamente prevista no texto constitucional, em seu art. 102. Em sentido diverso, o STJ possui entendimento de que é cabível IRDR naquele Tribunal, mas desde que se trate de competência recursal ordinária e de competência originária e desde que preenchidos os requisitos do art. 976 do Código de Processo Civil. Nesse sentido é que decidiu a Corte Especial por ocasião do julgamento do Agravo Interno na Petição nº 11.838/MS (STJ, 2019). O rito do IRDR no STJ está disciplinado no seu Regimento Interno, no art. 271-A, a partir das alterações feitas pela Emenda Regimental nº 24, de 2016.

Já em relação ao Incidente de Assunção de Competência, ao contrário do STF, o STJ vem admitindo a instauração do IAC. O Regimento Interno do STJ, a partir da Emenda Regimental nº 24, de 2016, passou a contemplar tal procedimento, nos artigos 271-B a 271-G.

Em relação à reclamação constitucional, cumpre compreender se, sobretudo a partir dos novos contornos de cabimento estipulados pelo nosso sistema normativo, referido instituto teria o condão de representar instrumento de potencial relevância para preservação da competência e garantia das decisões do STF, sobretudo em relação àquelas que geram efeitos vinculantes perante terceiros (*erga omnes*), não incluídos na relação jurídica em que se firmou a decisão.

Cumpre, da mesma forma, indagar se, ante julgados do STF de grande impacto social, decisões proferidas pelas instâncias inferiores do judiciário podem ser questionadas pela via da reclamação, não obstante a possibilidade de esgotamento das vias recursais cabíveis, em especial quando há urgência na apreciação da decisão destoante, ante potenciais efeitos sociais irremediáveis, quando a utilização das vias recursais ordinárias poderia levar ao perecimento de um direito.

Traz-se à baila, como exemplo que a temática pode comportar, o entendimento recente do STF proferido na ADPF 828 (STF, 2021), em que a corte constitucional, em sede de medida cautelar, proibiu a tramitação de ações possessórias em casos de ocupações coletivas no período da pandemia da COVID-19, enquanto perdurassem os efeitos da crise sanitária no país e os impactos daí advindos no uso da reclamação constitucional.

Outros julgados de destaque proferidos pelo STF, ainda que em casos individuais, mas que, a partir da repercussão geral reconhecida ou em análise de recursos extraordinário e especial repetitivos, com efeitos para além das partes envolvidas, merecem abordagem, como se deu no caso do Recurso Extraordinário nº 1.017.365, com repercussão geral já reconhecida pelo STF,

no tema 1.031, assim ementado: “Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no art. 231 do texto constitucional” (Bernardo, 2021).

No referido julgamento, o relator do recurso extraordinário, com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC/2015, determinou a suspensão nacional dos processos que tenham como tema de fundo a matéria discutida. É necessário saber se em casos de inobservância daquela determinação judicial, proferida pelo STF, ainda que em uma ação individual, poderia gerar em favor de terceiros, em outras ações a possibilidade de apresentação de reclamação ao STF.

Os julgados acima apontados e outros relacionados à temática socioambiental serão melhor analisados abaixo.

a) ADPF 828 e o cabimento da reclamação para sua garantia

A ADPF 828 foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e outras entidades com o objetivo de que o STF vedasse despejos e desocupações coletivas durante o período da pandemia causada pela COVID-19. Direcionava a ação

contra atos do Poder Público relativos à desocupações, despejos e reintegrações de posse, a fim de evitar e reparar lesão a preceitos fundamentais relativos ao direito social à saúde (art. 6º; art. 23, inciso II; art. 24, inciso XII; art. 194; art. 196; art. 197; art. 198; art. 199 e art. 200), o direito fundamental à vida (art. 5º, caput; art. 227 e art. 230), o fundamento da República Federativa do Brasil de dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III); o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e solidária (art. 3º, inciso I), e o direito fundamental à moradia (art. 6º e 23, inc. IX).

O STF deferiu medida cautelar na referida ação, para fim de suspender, de forma temporária, desocupações coletivas e despejos, no intuito de resguardar as populações mais vulneráveis dos efeitos decorrentes da crise sanitária decorrente da COVID-19 (STF, 2021). Digno de destaque que na referida ADPF foram proferidas renovadas decisões, posteriormente chanceladas pelo colegiado, que prorrogaram o prazo da medida cautelar e que criaram novos parâmetros a fim de adequar a medida à realidade fática.

Diante do deferimento da medida cautelar em sede de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, autorizados pela previsão constante no § 3º do art. 103-A da Constituição da República, verificou-se o ajuizamento de várias reclamações perante o STF, para garantir o

cumprimento da decisão da corte constitucional, quando sua observância não restou acatada por julgadores em ações individuais em trâmite pelo país.

Em algumas reclamações analisadas pelo STF, entendeu-se pela negativa de seguimento por não atendimento de aspectos formais, como, p. ex., (i) ante a ausência de demonstração da identidade da situação relatada e daquele caso paradigma da ADPF – cite-se como exemplos as Reclamações 49.987 (STF, 2021) e 51.561 (STF, 2022) –, (ii) pelo fato de que a decisão reclamada teria sido proferida antes da cautelar deferida pelo STF naquela ADPF – como se observa do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 53.211 (STF, 2022) –, ou (iii) quando a análise do caso dependia da análise de conjunto probatório – como se constata da análise do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 53.861 (STF, 2022).

Contudo, quando identificada a similitude fática entre o caso relatado e o claro descumprimento da decisão proferida em sede de medida cautelar na ADPF 828, o STF julgou procedente a reclamação constitucional, como se deu no julgamento da Reclamação 49.997 (STF, 2022), assim ementada:

Agravo regimental na reclamação. 2. Direito Constitucional. Direito à moradia. 3. Pandemia COVID-19. 4. Reintegração de posse de área invadida. Ocupação coletiva. 5. ADPF 828-MC/DF. Suspensão dos despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis. 6. Caso concreto. Requisitos preenchidos. Situação excepcional caracterizada. Reclamação julgada procedente. 7. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 8. Negado provimento ao agravo regimental.

Foram várias as reclamações acatadas, com fundamento na decisão proferida na ADPF 828. A Título exemplificativo é possível citar as Reclamações 51.298-MC/SP (STF, 2022), 50.248-MC/SP (STF, 2021), 49.605-MC/RS (STF, 2021), 49.494-MC/SP (STF, 2021), 49.120-MC (STF, 2021), 51.208 (STF, 2022), 51.114 (STF, 2021), 48.273 (STF, 2021), 49.845 (STF, 2021). Nos casos analisados, foi fundamental a demonstração do risco iminente de dano, ante determinação, pelos julgadores nos processos originários, de reintegração de posse contrária aos reclamantes, nos casos concretos, em violação ao decidido pelo STF, naquela ADPF.

Observe-se que, em regra geral, nos casos analisados era cabível o manuseio de recursos às instâncias superiores, inclusive com o uso de mecanismos recursais para garantir a suspensão das decisões reclamadas, mas tais aspectos não foram apontados como óbice pelo STF ao julgar as reclamações constitucionais.

b) Reclamações referentes ao descumprimento da suspensão nacional dos processos abrangidos pelo Tema 1.031 de Repercussão Geral

Merecem abordagem outros julgados importantes proferidos pelo STF em casos individuais, mas que, a partir da repercussão geral reconhecida ou em análise em sede de recursos extraordinário repetitivo, com efeitos para além das partes envolvidas, e suas consequências frente ao uso da reclamação constitucional.

O referido Recurso Extraordinário nº 1.017.365 teve repercussão geral já reconhecida pelo STF, no tema 1.031, assim ementado: “Definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no art. 231 do texto constitucional”.

No referido julgamento, o relator do recurso extraordinário, com fundamento no art. 1.035, § 5º, do CPC/2015, determinou a suspensão nacional dos processos que tenham como tema de fundo a matéria discutida.

A partir daquela decisão de suspensão nacional de processos pendentes, proferida pelo Ministro Relator, várias reclamações foram ajuizadas perante o STF, quando constatada pelos reclamantes a sua inobservância pelos juízos hierarquicamente inferiores. Na Reclamação 45.260/BA, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a Comunidade Indígena Tupinambá de Olivença se insurgia contra decisão proferida pela Juíza Substituta da Vara Federal Cível e Criminal da Subseção Judiciária de Ilhéus no Processo 1002601-84.2020.4.001.3301, em sede de ação de reintegração de posse, que, segundo alegava a comunidade, contrariava determinação do STF. A reclamação foi acatada para fim de determinação de suspensão do processo originário até a conclusão do julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 1.017.365/SC.

Reitere-se que, em que pese o art. 988 do CPC, § 5º, II, do CPC, determine que a reclamação para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida exija o esgotamento das instâncias ordinárias, o STF possui entendimento – como externado na Reclamação 43.907 (STF, 2020) – de que tal exigência não prevalece quando há determinação de suspensão nacional de processos nos termos do disposto no art. 1.035, § 5º, do CPC/2015 e a reclamação tem por objeto a observância de tal determinação de suspensão.

c) Reclamação para impugnar decisão que deixou de acatar decisão proferida na ADI 5.475, que reconheceu a inconstitucionalidade de lei estadual que permitia emissão de licença ambiental única sem eia, independente do potencial de degradação ambiental

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 5.475/AP (STF, 2020), da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 12, § 7º, IV, da Lei Complementar nº 5/1994 do Estado do Amapá, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 70/2012, que permitia a emissão de licença ambiental única para atividades do agronegócio sem prévio estudo de impacto ambiental, independentemente do nível potencial de degradação ambiental, com a dispensa de obtenção das licenças prévias, de instalação e de operação, estabelecidas pelo CONAMA (inc. I do art. 8º da Lei nº 6.938/1981).

Reconheceu-se, *in casu*, ofensa à competência da União para editar normas gerais sobre proteção do meio ambiente, bem como desobediência ao princípio da prevenção e do dever de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, previstos no texto constitucional (art. 225 da Constituição da República).

Posteriormente, o STF analisou a Reclamação 46.136 (STF, 2021), ajuizada pela PGR contra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, sob a alegação de que teria usurpado a competência da corte constitucional e violado a autoridade da decisão proferida no julgamento da ADI 5.475, ao modular os efeitos da decisão, em sentido diverso daquele adotado pelo STF, que não modulou os efeitos. Ao final, o STF julgou procedente a reclamação e cassou a decisão impugnada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE AUTORIZAÇÃO PROVISÓRIA PARA REALIZAÇÃO DE ATIVIDADES AGRÍCOLAS POTENCIALMENTE DANOSAS AO MEIO AMBIENTE. AFRONTA AO QUE DECIDIDO NA ADI 5.475. RECURSO DE AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A expedição de licenças ambientais específicas para as fases de planejamento, instalação e operacionalização de empreendimentos potencialmente poluidores não é arbitrária ou juridicamente indiferente: representa uma cautela necessária para a efetividade do controle exercido pelo órgão ambiental competente. 2. Declarada a inconstitucionalidade do inc. IV e o § 7º do art. 12 da Lei Complementar nº 5/1994 do Amapá e, portanto, insubsistentes os licenciamentos únicos eventualmente expedidos com base em tal regramento, se mostra indevido autorizar a realização de empreendimentos potencialmente danosos ao meio ambiente, ainda que provisoriamente, sob pena de violação ao que decidido na ADI 5.475 (Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA). 3. Decisão reclamada que estende a eficácia das normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito substitutivo à modulação de efeitos rejeitada no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, caracterizando usurpação da

competência exercida pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Recurso de Agravo a que se nega provimento.

Mais uma vez, a via da reclamação abreviou a discussão de um processo em tramitação em instância inferior do judiciário que não reconhecia o precedente vinculante firmado pelo STF.

d) Reclamação como instrumento hábil para manter a competência do STF para processar conflito federativo sobre matéria ambiental

A Constituição da República aponta como competente o STF para julgar as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (art. 102, I, f, da CF/88). Assim, a reclamação constitucional se apresenta como instrumento hábil para garantir a preservação da competência da nossa corte constitucional.

Sob esse fundamento, foi ajuizada a Reclamação 12.957 (STF, 2014), em que se buscava que fosse deslocada para o Supremo ação em que restava configurado o conflito entre a União e o estado do Amazonas. Nos fundamentos da reclamação, demonstrou-se contraposição da pretensão da União Federal em preservar o cenário paisagístico como patrimônio cultural brasileiro mediante o tombamento do “Encontro das Águas dos Rios Negro e Solimões” com o interesse jurídico, econômico, financeiro e social do Estado do Amazonas de ter autonomia na gestão de seus recursos naturais.

Assim, a reclamação foi julgada procedente, com a determinação da remessa das ações judiciais, as Ações Cíveis Originárias 2.512, 2.513 e 2.514 (STF, 2022), até então em trâmite na justiça federal de 1ª instância da Seção Judiciária do Amazonas para o STF – ainda sem julgamento finalizado. O julgamento da referida reclamação permite apontar para a relevância do instrumento na garantia da competência constitucional do STF em julgar as ações de sua responsabilidade e reforça seu potencial para garantir efetiva solução em disputas socioambientais.

Em caso semelhante, na Reclamação 3.074, (STF, 2005), o STF reconheceu a usurpação de sua competência originária, em ação movida pelo Estado de Minas Gerais e Ministério Público de Minas Gerais contra o IBAMA, em que se pretendia impor exigências à atuação do ente ambiental federal, integrante da administração indireta da União, em licenciamento ambiental de obra federal.

e) Suspensão nacional de processos a partir do reconhecimento da repercussão geral pelo STF, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC e o potencial uso de reclamação em relevantes casos socioambientais.

Há diversos casos em que o STF já reconheceu a ocorrência de repercussão geral de recursos extraordinários em matéria socioambiental. Nesses casos, caso venha a ser determinada a suspensão nacional dos processos pendentes de julgamento que versem sobre a questão em discussão, podem ser objeto de reclamação, conforme já apontado, a partir da jurisprudência do STF.

Não se pode deixar de observar que a suspensão nacional dos processos pendentes não se dá de forma automática e depende de decisão do relator do processo paradigma, após o reconhecimento da repercussão geral, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC. Atualmente, de acordo com dados do Supremo Tribunal Federal, está em vigor a suspensão nacional em 17 temas (STF, 2024). Em análise aos referidos casos listados, com a exceção daquele referente ao tema 1.031, já citado acima, não há outro que envolva como tema de fundo questões socioambientais.

Contudo, ante a existência de vários temas com repercussão geral já reconhecida, é possível que tal suspensão nacional seja ampliada para novas situações. Já as teses firmadas pelo STF, também em sede de repercussão geral, podem ser fundamento para ajuizamento de reclamações, desde que vencidos os obstáculos criados pelo art. 988, § 5º, II, ou seja, quando esgotadas as instâncias ordinárias. Cite-se, nesse contexto, as teses fixadas pelo STF nos temas (i) tema 999 (STF, 2020) – fixado a partir de repercussão geral admitida no Recurso Extraordinário nº 654.833 –, no sentido de que “é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”, que traz destacado reconhecimento na punição de violadores da legislação ambiental, (ii) tema 1.056 – a partir do *Leading case* identificado no Recurso Extraordinário nº 1.210.727 (STF, 2019) –, em que se reconheceu a constitucionalidade de lei municipal que proíbe a soltura de fogos de artefatos pirotécnicos produtores de estampido, e o (iii) tema 970 (STF, 2022) – destacado a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 732.686 –, em que se reconheceu a constitucionalidade de norma municipal que regulamenta matéria ambiental, ao exigir substituição de sacos e sacolas plásticos por sacos e sacolas biodegradáveis.

CONCLUSÃO

Ante a exposição acima apresentada, algumas conclusões devem ser retomadas. Inicialmente, destaca-se a relevância da reclamação constitucional como instituto tipicamente pátrio e consolidado após algumas décadas de desenvolvimento. O instituto passou por um gradual processo de expansão e hoje contempla uma extensa gama de hipóteses de cabimento.

Ao lado da função de garantidora da preservação da competência e da autoridade das decisões do STF, passou a exercer uma atribuição de

uniformizadora da jurisprudência emanada pela corte constitucional em decisões com efeitos vinculantes e perante terceiros.

Há certa tendência defensiva por parte da jurisprudência e doutrina em não conhecer ou negar seguimento a reclamações constitucionais, de forma mais ampla, para se evitar possível sobrecarga da corte constitucional. Contudo, frente a tal tendência devem ser sopesados outros valores, como a necessidade de o judiciário dar efetivas respostas a questões de alto impacto social e que demandam rápida solução, quando a corte constitucional já tiver esclarecido qual a resposta que o direito e a Constituição impõem à situação e quando identificada oposição em seu acatamento pelos órgãos inferiores do judiciário e pela administração pública.

De fato, é importante que a admissibilidade da reclamação constitucional seja flexibilizada, a fim de que tal instituto seja mais um garantidor da plena eficácia do direito reconhecido pela corte constitucional. Por exemplo, a admissão e o acatamento de reclamações quando a decisão questionada se dá em contrariedade a acórdão proferido em controle concentrado, desde que devidamente demonstrado o desrespeito à autoridade da decisão da corte constitucional, deve ser normalizada.

De todo modo, torna-se imperativo que o STF fixe, cada vez de forma mais clara, os requisitos e hipóteses de cabimento da reclamação constitucional a partir das normas constitucionais e legais (processuais) existentes e que em tais balizamentos tenda a ampliar a admissão de reclamações que tenham por escopo a defesa de questões socioambientais de relevante impacto.

Ante a relevância do constitucionalismo e das constituições nos sistemas jurídicos estatais, sobretudo a partir da segunda metade do século passado, com impactos diretos sobre a proteção dos direitos fundamentais e na luta por justiça e liberdade, deve-se privilegiar a garantia de maior efetividade do texto constitucional, sobretudo quando sua observância disser respeito à garantia de direitos fundamentais, em especial quando a efetivação de tais direitos fundamentais gera grandes impactos sociais (Sarlet, 2006). Nesse contexto, a inserção da reclamação na Constituição de 1988 não pode deixar ser levada na devida conta e deve ser reconhecida como uma conquista da sociedade brasileira e como ferramenta posta à disposição da garantia daqueles direitos fundamentais (Dallari, 2013, p. 164).

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; VAUGHN, Gustavo Favero. Notas críticas sobre a reclamação e os provimentos judiciais vinculantes do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 287, p. 409-441, jan. 2019.

BECK, Ulrich. *A sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Lisboa: Edições 70, 2016.

BERNARDO, Leandro F. *Povos indígenas e direitos territoriais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. 3. ed. modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

BOMBARDI, Larissa Mies. *Atlas Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e Conexões com a União Européia*. São Paulo: FFLCH; USP, 2017. Disponível em: <https://conexaoagua.mpf.mp.br/arquivos/agrotoxicos/05-larissa-bombardi-atlas-agrotoxico-2017.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). *Agravo interno na Petição n. 11.838/MS*. Agravo Interno em Petição. Reclamação. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Instituto afeto à competência jurisdicional de tribunais de segunda instância (estaduais ou regionais federais). Instauração direta no Superior Tribunal de Justiça. Possibilidade restrita. Necessidade de observância dos requisitos (art. 976 do CPC). Juízo de admissibilidade não ultrapassado. Não cabimento da instauração do instituto. [...] Relator para acórdão: Min. João Otávio de Noronha, 10 de setembro de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=99793396&num_registro=201603303056&data=20190910&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Civil Originária 2.512*. Ação cível originária. Encontro das águas dos rios Negro e Solimões. Reconhecimento de seu valor histórico, cultural arqueológico, paleontológico, geológico, estético e paisagístico. Providências processuais. Relatora: Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, 10 de outubro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1349719/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Civil Originária 2.513*. Ação cível originária. Encontro das águas dos rios Negro e Solimões. Licenciamento ambiental do empreendimento porto das lajes. Apresentação de estudos complementares ao estudo de impacto ambiental e ao relatório de impacto ambiental. Providências processuais. Relatora: Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, 10 de outubro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1350380/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Civil Originária 2.514*. Ação cível originária. Encontro das águas dos rios Negro e Solimões. Processo administrativo de tombamento. Alegações finais. Providências processuais. Relatora: Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, 10 de outubro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1350373/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.475*. Ação direta de inconstitucionalidade. Inc. IV e § 7º do art. 12 da Lei Complementar nº 5/1994 do Amapá, alterada pela lei complementar estadual n. 70/2012. Licença ambiental única [...]. Dispensa de obtenção das licenças prévias, de instalação e de operação, estabelecidas pelo CONAMA (inc. I do art. 8º da lei n. 6.938/1981). Ofensa à competência da união para editar normas gerais sobre proteção do meio ambiente. Desobediência ao princípio da prevenção e do dever de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da constituição da república). Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do inc. IV e do § 7º do art. 12 da Lei Complementar nº 5/1994 do amapá, alterada pela Lei Complementar estadual nº 70/2012. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752833801>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 828/DF*. Direito Constitucional e Civil. Arguição de descumprimento de preceito Fundamental. Direito à moradia e à saúde de pessoas vulneráveis no contexto da pandemia da Covid-19. Ratificação da prorrogação da medida cautelar [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 9 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur459045/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Reclamação 3.074*. Reclamação: procedência: usurpação de competência originária do Supremo Tribunal (CF., art. 102, I, f). Ação civil pública em que o Estado de Minas Gerais, no interesse da proteção ambiental do seu território, pretende impor exigências à atuação do IBAMA no licenciamento de obra federal - Projeto de Integração do Rio São Francisco com Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional: caso típico de existência de “conflito federativo”, em que o eventual acolhimento da demanda acarretará reflexos diretos sobre o tempo de implementação ou a própria viabilidade de um projeto de grande vulto do governo da União. Precedente: ACO 593 - QO, 7.6.01, Néri da Silveira, RTJ 182/420. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 4 de agosto de 2005. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur93066/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 7.396*. Relator: Min. Dias Toffoli, 25 de outubro de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho234274/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 8.530*. Relator: Min. Roberto Barroso, 26 de março de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho849364/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 9.390*. Reclamação. Perda de objeto. Relator: Min. Roberto Barroso, 2 de outubro de 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho363256/false>. Acesso em: 7 mai. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 11.197*. Reclamação. Substituição do ato impugnado por novo título judicial. Perda superveniente de objeto. Reclamação prejudicada. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 10 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho188809/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Reclamação 12.957*. Reclamação. Processo de tombamento da região conhecida como “Encontro das Águas dos Rios Negro e Solimões”. Autonomia estatal na gestão de seus recursos naturais. Conflito federativo configurado. Competência do STF para julgar “as causas e os conflitos entre a união e os estados” (art. 102, I, f, CF/88). Reclamação procedente. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de agosto de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur283080/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 19.746 AgR*. Agravo interno na reclamação. Alegada afronta à autoridade do decidido na ADC nº 04 e da súmula vinculante 37. Antecipação de tutela. Sentença superveniente. Substituição da decisão precária por decisão de mérito. Insubsistência do ato reclamado. Perda de objeto da reclamação. Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, 7 de novembro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur377581/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo regimental em Reclamação 22.188*. Observância da sistemática da repercussão geral pela corte de origem. Art 543-b do CPC/73. Lei nº 8.038/1990. Não cabimento de reclamação ou do agravo previsto no art. 544 do CPC/73. Usurpação de competência não configurada. Precedentes. Relatora: Min. Rosa Weber, 8 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371799/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental em Reclamação 22.864*. Agravo Regimental em Reclamação. Decisão do tribunal de origem que aplica a sistemática da repercussão geral. Alegação de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Súmula 727 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Edson Fachin, 24 de maio de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur351565/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Reclamação 31.978*. Agravo regimental na reclamação. Sistemática de Repercussão Geral. Recurso extraordinário pendente de juízo de admissibilidade. Ausência de esgotamento de instância na origem. Não cabimento da reclamação. Precedentes. agravo regimental ao qual se nega provimento. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 11 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur413823/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental em Reclamação 35.646*. Reclamação – coisa julgada. A reclamação não faz as vezes de rescisória – verbete nº 734 da Súmula do Supremo: “Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal?”. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425017/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental em Reclamação 36.894*. Agravo regimental. Reclamação. Decisão que aplica à sistemática da repercussão geral. Competência do tribunal de origem. Ausência de usurpação de competência do STF. ADI 5.090/DF. Julgamento não concluído. Paradigma sem efeito vinculante. Ausência de aderência estrita. Ausência de impugnação dos fundamentos da decisão agravada. Incidência do art. 317, § 1º, do RISTF. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur418900/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 43.058-MC/BA*. Rel. Min. Gilmar Mendes, 2 de setembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1133047/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 43.907-MC/RJ*. Reclamação. Alegação de afronta à decisão proferida no RE 1.017.365. Reintegração de posse de área pertencente à comunidade indígena. Liminar deferida. Relatora: Min. Rosa Weber, 7 de outubro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1142405/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental em Reclamação 44.550*. Agravo interno na reclamação constitucional. RE 564.354 RG (tema 76). Emendas constitucionais 20/98 e 41/2003. Novos tetos do RGPS. Benefício que não alcançou o valor do teto vigente na época da concessão. Inviabilidade de revolvimento probatório. RE 626.489 RG (tema 313). Discussão quanto à forma de cálculo adotada pela contadoria judicial. Ausência de estrita aderência. Agravo a que se nega provimento. [...] “Inviável o uso da reclamação para reexame de conjunto probatório. Precedentes. [...]”. Relatora Min. Rosa Weber, 6 de junho de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465628/false>. Acesso em: 7 maio. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 45.260/B.A.* Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 26 de março de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1183834/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental em Reclamação 47.695*. Agravo regimental na reclamação. Relator: Min. Gilmar Mendes, 22 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur451828/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 48.273*. Medida cautelar em Reclamação. Imissão na posse. Alegada violação à medida cautelar na ADPF 828. Fumus boni iuris e periculum in mora. Área ocupada pelos reclamantes para fins de moradia não ressalvada na ordem de imissão de posse deferida na origem. Tutela provisória de urgência parcialmente deferida. Relator: Min. Roberto Barroso, 7 de julho de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1219813/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 49.845*. Reclamação constitucional. Alegado descumprimento do quanto decidido na ADPF 828. Direito à moradia. Ocupação coletiva anterior à pandemia. Decisão reclamada que autorizou o cumprimento da ordem de desocupação da área objeto de litígio. Medida cautelar concedida na ADPF 828 determinou a suspensão, por 6 (seis) meses, de medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia para populações vulneráveis. Superveniência da Lei nº 14.216/2021, que determinou a suspensão das ordens de desocupação e despejo até 31.12.2021. Nova decisão proferida na ADPF 828, mediante a qual prorrogada a suspensão dos despejos até 31.3.2022, caso o prazo não seja elástico pelo legislador. Juízo de procedência. Relatora: Min. Rosa Weber, decisão monocrática, 7 de outubro de 2021. Disponível em: <https://>

jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1243932/false. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 49.120*. Reclamação Constitucional. Alegado descumprimento do quanto decidido na ADPF 828. Direito à moradia. Ocupação de loteamento público posterior à pandemia. Atos reclamados que determinam a reintegração de posse da área, sem providências para realocação das famílias vulneráveis em abrigos públicos ou em locais com condições dignas. Liminar deferida. Relatora: Min. Rosa Weber, decisão monocrática, 26 de agosto de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1231145/false>. Acesso em 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 49.494-MC/SP*. Relator: Min. Edson Fachin, decisão monocrática, 20 de setembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1237472/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 49.605 MC/R.S.* Relator: Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, 29 de setembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1240786/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental em Reclamação 49.987*. Agravo Regimental na Reclamação. Constitucional. Moradia. Pandemia. Imissão de posse. Leilão. Desocupação. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 828-MC. Ausência de estrita aderência. Decisões inter partes e sem efeito vinculante. Impossibilidade de reclamação como sucedâneo de recurso: precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur457830/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 50.248-MC/SP*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, 4 de novembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1251334/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 51.114*. Relator: Min. Nunes Marques, decisão monocrática, 15 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1264994/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 51.208*. Reclamação. Reintegração de posse. Alegação de ofensa às medidas cautelares na ADPF 828. Fumus boni iuris. Ocupante hipossuficiente que utiliza a área para fins de moradia. Periculum in mora. Fundamentalidade do direito à moradia cuja relação com o direito à saúde se acentua no atual contexto de pandemia da COVID-19. Medida liminar deferida. Relator: Min. Luiz Fux, decisão monocrática, 23 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1266724/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 51.298 MC/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, 6 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1267809/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Reclamação 51561*. Agravo Regimental na Reclamação. Constitucional. Moradia. Pandemia. Leilão de imóvel. Imissão na posse. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 828-MC. Ausência de estrita aderência. Impossibilidade de reclamação como sucedâneo de recurso: precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento. Rel. Min. Cármen Lúcia, 21 de março de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur461231/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Reclamação 53.211*. Direito Civil. Agravo interno em reclamação. Alegação de afronta à autoridade de decisão do supremo tribunal federal. Decisão anterior ao paradigma que se alega afrontado. Relator: Min. Roberto Barroso, 6 de junho de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur465918/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental na Reclamação 53.861*. Constitucional e processual civil. Agravo interno em Reclamação. Alegada afronta ao decidido na ADPF 828-MC. Inocorrência. Impossibilidade de utilização da reclamação para reexaminar conjunto probatório. Recurso de agravo a que se nega provimento. Relator: Min. Alexandre De Moraes, 16 de agosto de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur468216/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 654.833*. Recurso Extraordinário. Repercussão geral. Tema 999. Constitucional. Dano ambiental. Reparação. Imprescritibilidade. Relator: Min. Alexandre de Moraes,

20 de abril de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427220/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 732.686*. Recurso Extraordinário. Constitucional. Ambiental. Princípios constitucionais da ordem econômica. Lei municipal. Obrigação de substituição de sacos e sacolas plásticas por sacos e sacolas de material ecológico. Repercussão geral reconhecida. Relator: Min. Luiz Fux, 19 de outubro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral9422/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Recurso Extraordinário 1.210.727*. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Direito Constitucional. Lei municipal que fixa a proibição de soltura de fogos de artifício e artefatos pirotécnicos que produzem estampidos. Relevância da questão constitucional. Alegações de inconstitucionalidade formal e material dos atos normativos impugnados. Manifestação pela existência de repercussão geral. Relator: Min. Luiz Fux, 20 de junho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral10662/false>. Acesso em: 7 maio 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Temas de Repercussão Geral com Suspensão Nacional*. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/>. Acesso em: 26 fev. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabris, 1988.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991.

IPCC – *International Panel on Climate Change*. Climate Change and Land. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/srccl/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

LOPES, Carla Vanessa Alves; ALBUQUERQUE, Guilherme Souza Cavalcanti de. Agrotóxicos e seus impactos na saúde humana e ambiental: uma revisão sistemática. Saúde em Debate: *Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, Rio

de Janeiro, v. 42, n. 117. p. 518-534, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://revista.saudeemdebate.org.br/sed/issue/view/11/PDF>. Acesso em: 13 jan. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 399-419, nov. 2015.

MELLO, Rogerio Licastro Torres. Reclamação. In: TUCCI, José Rogério Cruz *et. al.* (Org.). *Código de Processo Civil*. Curitiba: AASP e OAB/Paraná. Disponível em: https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 6 jan. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: algumas notas. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 21-47, abr./jun. 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Reclamação nas Cortes Supremas: entre a autoridade da decisão e a eficácia do precedente*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

RODRIGUES, Marco Antonio; MELLO, Felipe Varela. A reclamação constitucional como mecanismo de controle de precedentes vinculantes: uma abordagem do instituto à luz do sistema de precedentes brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 327, p. 351-379, maio 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., rev. atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

Recebido: 14/10/2022

Aprovado: 09/03/2023

ANÁLISE DA TRANSPARÊNCIA PÚBLICA EM MICROMUNICÍPIOS DA REGIÃO NORDESTE

ANALYSIS OF PUBLIC TRANSPARENCY IN MICROMUNICIPALITIES IN THE NORTHEASTERN REGION OF BRAZIL

Luis Alberto Costa¹

Valdo Ribeiro Coelho Neto²

Napie Galve Araújo Silva³

SUMÁRIO: Introdução. 1. Transparência pública e governança democrática no contexto brasileiro.
1.1 Transparência pública, acesso à informação e

1 Mestrando em Administração Pública pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Auditor Fiscal da Receita Estadual do Ceará.

2 Mestrando em Administração Pública (PROFIAP – UFERSA). Especialização em Gestão de Tecnologia da Informação – Faculdade Única de Ipatinga. Especialização em Segurança de Blockchain e Smart Contracts (em andamento) – Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera.

3 Doutorado em Ciências Sociais (UFRN). Mestre em Políticas Públicas e Sociedade (UECE) e em Economia (UFC). Graduação em Ciências Econômicas (UFC), Ciências Sociais (UFC), e Administração Pública (UNILAB). Professor Adjunto IV da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

accountability: algumas noções conceituais a partir do paradigma democrático. 1.2 O direito de acesso à informação no Brasil: aspectos jurídico-normativos. 1.3 Transparência pública nos municípios brasileiros: breve panorama de estudos anteriores. 2. Procedimentos metodológicos. 3. Resultados e discussões. 3.1 Índices gerais da avaliação. 3.2 Resultados segregados por itens avaliados. 3.3 Resultados segregados por estado. 3.4 Síntese das discussões. Conclusões. Referências.

RESUMO: A transparência pública é questão central para a construção da governança democrática e guarda intrínseca relação com o conceito de *accountability*. Pesquisas acadêmicas sobre índices de transparência, em maior parte, têm priorizado a avaliação de cidades mais populosas. Alguns estudos têm apontado tendências de associação entre porte populacional e níveis de transparência nos municípios. Desse modo, este estudo teve como objetivo medir e analisar a transparência pública em municípios da região nordeste com população abaixo de três mil habitantes, sendo ao todo 53 cidades. Para tanto, foi avaliado o conteúdo de seus portais de transparência na internet, e as pontuações foram obtidas a partir de um questionário desenvolvido e aplicado nas avaliações do Ranking Nacional da Transparência (RNT), realizado pelo Ministério Público Federal, e composto por 15 itens, subdivididos em um total de 38 quesitos. Foram verificados bons índices de conformidade em relação à divulgação de dados sobre receitas, despesas e remuneração de servidores. Os itens mais deficientes na avaliação foram os referentes à divulgação de editais de licitação e contratos na íntegra, relatórios de gestão fiscal, prestações de contas anuais e acompanhamento de solicitações de informação. Os resultados desta pesquisa contrariam a expectativa de níveis mais baixos de transparência pública em municípios de pequeno porte populacional, em sentido contrário à associação encontrada em estudos anteriores.

PALAVRAS-CHAVE: Transparência Pública. Municípios de Pequeno Porte. Acesso à Informação. *Accountability*. Responsabilidade Fiscal.

ABSTRACT: Public transparency is a central issue for building democratic governance and is intrinsically related to the concept of *accountability*. For the most part, academic research on transparency indices has prioritized the evaluation of more populous municipalities. Some studies have shown association tendencies between population size and transparency levels in municipalities. Thus, this study aimed to measure and analyze public

transparency in 53 municipalities in the northeastern region of Brazil with a population of fewer than three thousand inhabitants. To this end, we evaluated the content of their transparency portals on the internet, obtaining scores from a questionnaire developed and applied in the evaluations of the National Transparency Ranking (RNT, in Portuguese) carried out by the Public Prosecution Service composed of 15 items subdivided into 38 questions. Good compliance rates were verified concerning the disclosure of data on revenues, expenses, and servants' remuneration. The most deficient items in the evaluation referred to the disclosure of bidding notices and full contracts, fiscal management reports, rendering of annual accounts, and follow-up of requests for information. The results of this research contradict the expectation of lower levels of public transparency in municipalities with small populations, contrary to the association found in previous studies.

KEYWORDS: Public Transparency. Small Municipalities. Access to Information. Accountability. Fiscal Responsibility.

INTRODUÇÃO

Parte-se aqui do pressuposto de que a democracia tem como característica basilar a exigência de responsividade dos governos às preferências de seus cidadãos (Dahl, 2005), e tem a participação popular como requisito essencial (Bonavides, 2001). Nesse sentido, o exercício da democracia somente é possibilitado na medida em que as ações dos governos são divulgadas e efetivamente disponibilizadas ao conhecimento dos seus cidadãos. A transparência pública, entendida como obrigação dos entes governamentais em disponibilizar informações sobre seus atos, sobre o quanto e como arrecadam e gastam, constitui-se, assim, como princípio do Estado Democrático, condição elementar para a participação cidadã nos assuntos de governo, enfim, é premissa fundamental para uma governança pública democrática.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 traz em seu artigo 37 o princípio da publicidade na Administração Pública, do qual decorre a exigência de transparência dos atos de governo, tanto no sentido da obrigação do ente estatal, como de um direito fundamental dos cidadãos de terem acesso às informações da gestão pública, o que fica também evidenciado no art. 5º, XXXIII, da Constituição, ao assegurar a todo cidadão o direito de obter dos órgãos públicos o acesso a informações de interesse não somente particular, mas também de interesse coletivo ou geral.

Nos últimos anos, uma série de leis vem normatizando a transparência pública no Brasil, como a Lei Complementar nº 101, de 2000 (Lei de

Responsabilidade Fiscal – LRF), a Lei Complementar nº 131, de 2009, que alterou a LRF, especificando e detalhando as obrigações referentes à transparência pública, e a Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527/11), que disciplinou o acesso às informações da gestão pública, tanto no aspecto da apresentação e divulgação de informações de interesse coletivo ou geral (transparência ativa), bem como no fornecimento de informações solicitadas pelos cidadãos (transparência passiva).

As regras trazidas pela legislação objetivam produzir uma transformação no controle dos gastos públicos. Nesse contexto, pesquisas realizadas no âmbito acadêmico e também por órgãos governamentais visam mensurar níveis de implementação e de cumprimento dessas normas, por meio da avaliação de sites e portais de transparência dos governos municipais, estaduais e federal.

Avaliações gerais de transparência, como o Ranking Nacional de Transparência (RNT, 2015 e 2016), do Ministério Público Federal (MPF, 2015, 2016), e a Escala Brasil Transparente (EBT, 2018 e 2020), da Controladoria Geral da União (CGU, 2022), têm sido relevantes para o estudo da transparência pública nos municípios brasileiros. Contudo, as mais recentes delas, a EBT 2018 e 2020, avaliaram apenas municípios com mais de 50 mil habitantes.

No que diz respeito às pesquisas acadêmicas sobre transparência pública, a maior parte tem priorizado a avaliação das cidades com maiores populações (Alves *et al.*, 2021). Além disso, estudos apontam para uma tendência de associação entre níveis de transparência e tamanho populacional dos municípios (Cruz *et al.*, 2012; Michener *et al.*, 2018; Sell *et al.*, 2018; Costa, 2020). Desse modo, é possível evidenciar a importância de empreender estudos para avaliar a transparência pública em pequenos municípios, tanto em razão da escassez desses estudos na literatura quanto pela possibilidade de contribuir para a análise da possível associação entre porte populacional e níveis de transparência nos municípios.

Com isso, nossa pergunta de pesquisa está formulada nos seguintes termos: quais os níveis de transparência pública dos municípios da região nordeste com menos de três mil habitantes, conforme o conteúdo disponível em seus portais de transparência na internet, e quais as possíveis associações entre esses índices e as avaliações de transparência realizadas em outras pesquisas?

Buscou-se então verificar se os índices de transparência medidos nessa avaliação podem ou não corroborar a hipótese de um menor grau de transparência em municípios com menor população, e se as comparações com resultados de outras pesquisas poderão indicar essa tendência.

Assim, este estudo tem como objetivo medir e analisar os índices de transparência pública dos 53 (cinquenta e três) municípios da região nordeste

com população menor que três mil habitantes, conforme estimativa IBGE 2021. Foi analisado o conteúdo de portais de transparência, e-SIC e sites das prefeituras desses municípios, e foram avaliados seus níveis de transparência, conforme a metodologia definida para esta pesquisa; e por fim, esses índices foram comparados com outras pesquisas e avaliações já realizadas nesses e em outros municípios, tais como as avaliações feitas pelos Tribunais de Contas dos Estados, pela CGU e pelo Ministério Público Federal.

Esta pesquisa se classifica como básica de avaliação, quanto à natureza (Nascimento, 2016), e descritiva, quanto aos objetivos (Cervo; Bervian; Silva, 2007). Tem abordagem quantitativa, pois visa organizar, caracterizar e interpretar dados numéricos coletados, e também qualitativa, no sentido de que busca a compreensão dos elementos relacionados ao objeto de estudo (Martins; Theophilo; 2016).

Quanto aos métodos e técnicas aplicados, têm-se a pesquisa documental e a observação indireta, com a obtenção de dados secundários em documentos institucionais, relatórios, tabelas, e outros meios de informação, disponibilizados na internet; e ainda o método comparativo, que busca identificar diferenças e similaridades, e traçar paralelos entre elementos investigados; e, por fim, o uso do questionário como instrumento de coleta de dados (Michel, 2015).

1. TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E GOVERNANÇA DEMOCRÁTICA NO CONTEXTO BRASILEIRO

1.1. Transparência pública, acesso à informação e *accountability*: algumas noções conceituais a partir do paradigma democrático

Democracia e direito à informação carregam em si concepções indissociáveis. São, nas palavras de Bonavides (2014, p. 586), premissas para a “concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade”. O direito à informação é elemento essencial da cidadania e, por isso mesmo, surge na maioria das Constituições democráticas como um direito fundamental (Sarlet; Molinaro, 2014, p. 22). Nesse sentido, o acesso a informações sobre assuntos de governo é condição básica para se criar um Estado democrático, no qual se fortaleçam os direitos do cidadão, de modo que ele se sinta capaz de contribuir para o crescimento da sociedade em que vive, ciente de seus direitos e de quem são os responsáveis em disponibilizá-los (Silva, 2015, p. 61). Uma governança democrática efetiva pressupõe uma noção do público que seja capaz de refletir um cidadão informado e envolvido na comunidade política (Denhardt, 2012, p. 292). Como afirma Sen (2010, p. 59): “a democracia dá poder ao vulnerável ao tornar o governante responsável pelos seus erros”.

Nota-se, assim, a importância e centralidade do direito de acesso à informação, como o direito que toda pessoa tem de acessar, solicitar e receber informações custodiadas por órgãos e entidades públicas, e que pode ser restringido somente em casos específicos (CGU, 2013). Pode-se assim entender o direito de acesso à informação pública como um elemento central para a participação democrática, para o engajamento ativo do cidadão e para a criação de um sistema efetivamente participativo (Sarlet; Molinaro, 2014, p. 22).

A transparência pública, por sua vez, diz respeito à forma como os governos disponibilizam o acesso à informação. A exigência da transparência é fator decisivo para o exercício da democracia (Guerra; Carvalho, 2019, p. 5), e um dos pilares fundamentais dessa relação está no princípio constitucional da publicidade na Administração Pública, disposto no artigo 37 da Constituição Federal (Brasil, 1988). Conforme descreve Canotilho (2003), o princípio da publicidade tem como implicações fundamentais: o direito de exigir do Estado ações positivas para possibilitar o conhecimento e o controle das ações administrativas; o direito subjetivo de acesso aos arquivos e registros públicos; e o direito de conhecer todos os atos administrativos, seus motivos, desdobramentos e resultados, em razão do direito fundamental à informação.

Percebe-se que a transparência pública e o princípio da publicidade na Administração Pública são construções jurídicas complementares e indissociáveis. Do mesmo modo, a transparência, o direito de acesso à informação e a participação democrática são conceitos entrelaçados e mutuamente dependentes, na medida em que “uma maior participação cidadã resulta em maior transparência da Administração Pública com o objetivo de aprimorar o controle democrático e a prestação de contas à sociedade por parte do governo” (Sarlet; Molinaro, 2014, p. 21).

Nesse ponto, tem se ampliado o debate em torno do conceito de *accountability*. O termo é originário da ciência política anglo-saxã, e, mesmo sem uma tradução precisa na língua portuguesa e sem que haja um consenso entre acadêmicos e organizações políticas acerca do conceito, pode-se entendê-lo em um sentido relacionado aos processos institucionais de busca por um maior controle e fiscalização pela população em face das ações políticas de seus governantes (Silva, 2019, p. 39-40). É possível também afirmar que a *accountability* envolve um processo no qual uma das partes delega responsabilidade para que a outra realize a gestão de recursos, gerando ao mesmo tempo uma obrigação de prestar contas e de demonstrar o bom uso dos recursos por parte do gestor (Akutsu; Pinho, 2002, p. 9), trazendo em si uma ideia ancorada no paradigma normativo da democracia, na medida em que “as normas democráticas ditam que os representantes eleitos e funcionários públicos têm o dever de prestar contas verdadeiras ao público” (Olsen, 2018, p. 49). Pode-se aqui traçar uma relação com o que Dahl (2005,

p. 25) considera como característica-chave da democracia, “a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos”.

Buscando definição mais precisa, Silva (2019, p. 53) esboça um conceito de *accountability* como uma “necessidade por parte dos agentes estatais de informar e justificar suas ações no exercício do poder público, com a possibilidade de sanção em caso de desvios de conduta, para fins de garantir aos governados o controle de suas ações”. Nessa ideia de um efetivo controle da conduta dos gestores, Sell *et al.* (2018, p. 252) ressaltam a importância e necessidade “do acompanhamento e fiscalização dos atos gerados pelos agentes públicos”. Assim, uma das condições básicas para uma implementação da *accountability*, talvez a principal, é “a garantia do livre acesso à informação por parte dos cidadãos sobre as ações, estruturas e políticas governamentais” (Silva, 2019, p. 68).

Nesse contexto, a normatização jurídica do acesso à informação tem sido entendida como importante instrumento para a promoção da transparência e, por certo, da criação e ampliação de uma cultura de *accountability*, pela qual os países têm buscado modificar seus modelos de governança, de tal forma que nos últimos vinte anos observou-se um elevado número de países que implantaram suas Leis de Acesso à Informação – LAI (Nascimento, 2020, p. 105). Desse modo, será oportuno traçar um breve quadro normativo sobre o acesso à informação no Brasil.

1.2. O direito de acesso à informação no Brasil: aspectos jurídico-normativos

No Brasil, a Lei nº 12.527 – Lei de Acesso à Informação (LAI) –, de 18 de novembro de 2011, entrou em vigor em maio de 2012, estabelecendo as regras para acesso a informações públicas, com bases amplas, que abarcam todos os níveis de governo, poderes e entidades responsáveis por administrar dinheiro público, exercendo importante papel na busca por transparência e estabelecendo a publicidade das informações públicas como a regra e o sigilo como a exceção (Michener *et al.*, 2018, p. 612; Nascimento, 2020, p. 104).

O direito de acesso à informação no Brasil também tem bases constitucionais, especialmente no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988): “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”; e inciso XIV do mesmo artigo 5º: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte”. Nesse sentido é a afirmação de Sarlet e Molinaro (2014, p. 38): “certo é que no direito brasileiro existe um dever constitucional do Estado em assegurar a gestão transparente da

informação, para tanto o Estado está obrigado na proteção da informação, garantindo sua disponibilidade à cidadania”.

Outra norma importante para garantia do acesso à informação, a Lei Complementar nº 101, de 2000 (LRF), estabelece instrumentos de transparência fiscal, como planos, orçamentos, leis de diretrizes orçamentárias, prestações de contas e parecer prévio, relatório resumido da execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal, prevendo também a obrigatoriedade de sua divulgação por meios eletrônicos (Nascimento, 2020, p. 101). A Lei Complementar nº 131, de 2009, por sua vez, alterou a LRF e contribuiu de forma importante para a transparência da gestão fiscal ao determinar a disponibilização em tempo real, na internet, das informações sobre execução orçamentária e financeira da União, estados, Distrito Federal e municípios (Brasil, 2009).

Contudo, é com a entrada em vigor da LAI, a partir de 2012, que se inaugura no Brasil um novo paradigma cívico e administrativo, no que diz respeito ao direito de acesso à informação (Michener *et al.*, 2018, p. 611). Em seus principais pontos, a Lei nº 12.527/11 dispõe acerca das diretrizes sobre o acesso à informação no Brasil; a observância da publicidade como preceito geral e o sigilo como exceção; o incentivo ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e do seu controle social; o dever do Estado de divulgação de informações de relevante interesse social sem prévio requerimento, o que se entende como Transparência Ativa, sendo definidas no artigo 8º da Lei as informações essenciais (mínimas) a serem divulgadas⁴ (Brasil, 2011; Oliveira; Raminelli, 2014, p. 168); e ainda, a gestão transparente da informação, o amplo acesso e sua divulgação, sua proteção e garantia de disponibilidade, autenticidade e integridade; e as regras sobre a transparência passiva, ou seja, as informações não espontaneamente apresentadas pelos governos, mas que podem ser solicitadas por qualquer cidadão, sem a necessidade de motivação no pedido, prevendo-se o prazo de 20 dias (prorrogável por 10 dias) para o atendimento da solicitação (Brasil, 2011).

Vale ainda observar que o § 2º do artigo 8º da LAI determina que as informações essenciais sejam divulgadas pelos entes governamentais em seus sites e portais na internet, com exceção para os municípios com menos de dez mil habitantes, que ficam obrigados apenas à divulgação de informações relativas à execução orçamentária e financeira, conforme o § 4º do mesmo artigo 8º.

No que se refere aos padrões de conformidade de aplicação da LAI e níveis da transparência pública no âmbito dos municípios, evidências têm

4 Art. 8º (LAI) - § 1º - Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo: I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; III - registros das despesas; IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

apontado para níveis deficitários de supervisão e fiscalização (Michener; Nichter, 2020, p. 1), e graus de cumprimento e implementação geralmente falhos e fracos (Michener *et al.*, 2018, p. 625). Nesse contexto, ganha relevância a análise da transparência pública nos municípios, sobretudo ao se considerar que é na esfera local onde as pessoas interagem de forma mais direta em face dos problemas a serem resolvidos, e, por isso, a valorização deste espaço é fundamental para viabilizar a prática da cidadania (Visentini; Santos, 2019, p. 159). Cabe então identificar e comentar alguns estudos relevantes sobre o tema.

1.3. Transparência pública nos municípios brasileiros: breve panorama de estudos anteriores

No âmbito governamental, destacam-se o Ranking Nacional de Transparência (RNT) (MPF, 2015 e 2016) e a Escala Brasil Transparência (EBT) (CGU, 2022). O RNT foi um projeto realizado pelo Ministério Público Federal, no qual foram avaliados os portais de transparência de 5.567 municípios, 26 estados e Distrito Federal, nos anos de 2015 e 2016. Na primeira avaliação o índice médio nacional foi de 3,92 (máximo de 10), e em 2016, o índice geral subiu para 5,21.

A EBT, por sua vez, é uma avaliação de transparência pública em estados e municípios brasileiros feita pela Controladoria-Geral da União (CGU). A EBT – Transparência Passiva foi realizada em 2015 (duas edições) e em 2017. Em cada uma das três edições, além dos 27 estados, a quantidade de municípios avaliados foi de 492, 1587 e 2328, respectivamente. Na primeira delas a média dos municípios foi de 1,35 (numa escala de 0 a 10); na segunda, de 1,95; e na terceira, em 2017, foi de 3,54. As médias das capitais foram de 5,69; 7,15; 8,3, nas três avaliações, respectivamente. Já nos anos de 2018 e 2020, a CGU passou a realizar a EBT – Avaliação 360°, composta por quesitos de transparência ativa e de transparência passiva, sendo avaliados 665 municípios em cada edição. A média geral dos municípios foi de 6,54 em 2018 e de 6,86 em 2020. A média das capitais na edição de 2018 foi de 8,28; e em 2020, de 8,78 (CGU, 2022).

Os Tribunais de Contas Estaduais vêm também realizando avaliações de transparência pública dos municípios de sua jurisdição. Com relação aos municípios avaliados neste estudo, vale destacar duas dessas avaliações: o Relatório Diagnóstico Transparência Pública – 2016, do Tribunal de Contas da Paraíba (TCE-PB, 2016) e o Diagnóstico da Transparência Pública Municipal – 2021, do Tribunal de Contas do Piauí (TCE-PI, 2021), que serão abordados na discussão dos resultados.

No campo acadêmico há também relevantes pesquisas sobre a transparência pública nos municípios brasileiros. Michener *et al.* (2018, p. 616) avaliaram níveis de transparência passiva e os resultados mostraram

grande variação nos índices de resposta, em que foram respondidas menos da metade das solicitações e foram fornecidas respostas precisas para menos de um quarto das solicitações. Já nas capitais dos estados os resultados foram ligeiramente melhores, com índices de dois terços para obtenção de respostas e de dois quintos para obtenção de respostas precisas.

Já no estudo de Sell *et al.* (2018), verificou-se o grau de transparência fiscal nos municípios da região sul do Brasil, tendo como amostra os 10 municípios mais populosos e os 10 menos populosos de cada um dos 3 estados da região. Os autores destacaram nos resultados a associação positiva entre a transparência pública e os indicadores de desempenho socioeconômico e econômico-financeiro. Os resultados do estudo (p. 256) permitem observar que os municípios maiores apresentaram, em média, índices de transparência mais elevados que os municípios menores.

Essa tendência de associação entre porte do município e índices de transparência, hipótese analisada na presente pesquisa, pode ser vista também em outros estudos. Costa (2020) avaliou em sua pesquisa 268 municípios de médio porte brasileiros, incluindo-se as cinco regiões na amostra. Os resultados indicaram associação positiva entre índices de transparência municipal e variáveis de população e de região dos municípios, embora a associação entre a transparência e o índice IFDM (FIRJAN) de desenvolvimento em educação tenha sido o ponto mais ressaltado no estudo.

Michener e Nichter (2020) investigaram a conformidade municipal em relação às normas de transparência passiva e tiveram como uma das hipóteses testadas a de que municípios com maior população teriam maior probabilidade de cumprir as obrigações legais de transparência passiva. Os achados da pesquisa indicaram que os municípios com maiores populações regulamentam mais a LAI e, no mesmo sentido, indicaram uma associação entre o aumento na população do município e o aumento no seu grau de transparência passiva e no seu índice de qualidade da informação.

Visentini e Santos (2019, p. 169) avaliaram a transparência em municípios do Conselho Regional de Desenvolvimento das Missões (RS), em sua maior parte cidades pequenas. As autoras destacam no estudo os baixos índices de transparência verificados nos municípios avaliados, com média geral de 53,68 pontos (de 143), equivalente a 37,54% da pontuação máxima considerada. No mesmo sentido, Fraga *et al.* (2019) pesquisaram níveis de transparência de 31 municípios da mesorregião centro ocidental do Rio Grande do Sul, também majoritariamente de pequeno porte. A média verificada foi de 0,37 (numa escala de 0 a 1), sendo, portanto, considerado baixo o índice geral de transparência desses municípios.

Esses baixos níveis de transparência, assim como sua associação positiva com indicadores de desenvolvimento econômico, foram também encontrados nas pesquisas de Alcântara (2019), que analisou o grau de

transparência pública municipal a partir dos resultados do RNT de 2015, do Ministério Público Federal, e Nascimento (2020), que fez análise semelhante, com base nos dados da segunda edição da EBT, de 2015, da CGU.

Silva *et al.* (2019) realizaram análise estatística utilizando dados do RNT (MPF, 2015, 2016) e observaram associação positiva entre o tamanho populacional dos municípios e seus níveis de transparência. Contudo, especificamente no caso dos municípios de pequeno porte (até 50 mil habitantes), que representam 87,5% do total, verificou-se uma relação inversa à esperada quando comparadas as faixas populacionais de até 20 mil habitantes e entre 20 e 50 mil habitantes.

Lima *et al.* (2017) fizeram estudo detalhado baseado na avaliação do Índice de Transparência Municipal, realizado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará (TCM/CE), em 2016. Os dados apresentados (p. 12) indicam uma média geral de 6,33 (escala de 0 a 10). Pela análise dos resultados, verifica-se um índice de transparência mais baixo na faixa populacional de 20 a 50 mil habitantes, com média 6,02, enquanto a faixa até 20 mil habitantes teve média de 6,37, ou seja, indica-se nesse ponto uma tendência de associação negativa para essas faixas populacionais, da mesma forma observada no estudo de Silva *et al.* (2019).

Por fim, Alves *et al.* (2021) avaliaram os portais de transparência de 197 municípios do estado de Minas Gerais, sendo todos eles com população acima de 10 mil habitantes. Na pesquisa foi aplicada a avaliação de transparência ativa desenvolvida pelo Programa de Transparência Pública da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Os resultados indicaram que 72% dos portais avaliados ficaram com pontuação abaixo de 50 pontos (máximo de 100), assim como uma tendência de maior transparência nas cidades mais populosas. Contudo, os autores destacaram como achado importante da pesquisa os dados de 22 municípios com menos de 50 mil habitantes e que atingiram um índice acima de 60 pontos, ou seja, ficaram bem acima da média geral, que foi de 42,5 pontos.

Com base nesses estudos, pode-se afirmar algumas tendências sobre os níveis de transparência em municípios brasileiros: primeiro, nota-se uma variedade de métodos de avaliação e de seleções de amostras; segundo, são, em geral, baixos os índices de transparência ativa e passiva; e terceiro, há uma tendência, em geral, de associação positiva entre esses índices e o tamanho populacional dos municípios, sendo este um aspecto importante para a análise empreendida neste estudo. Com isso, a partir desses aportes teóricos, serão então descritos alguns aspectos da metodologia desta pesquisa.

2. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Na delimitação do objeto de estudo, optou-se pela escolha dos municípios da região Nordeste com população abaixo de 3 (três) mil habitantes. Com base em estimativa do IBGE para o ano de 2021 (IBGE, 2021), foram listados 53

(cinquenta e três) municípios nordestinos nessa faixa populacional. Foi feita uma avaliação dos níveis de transparência pública ativa e passiva, a partir da identificação e análise do conteúdo de seus portais de transparência e página e-SIC, na internet. Para tanto, utilizou-se um questionário desenvolvido no âmbito da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), de 2015, e aplicado na pesquisa do Ranking Nacional da Transparência 2015 e 2016, pelo Ministério Público Federal (MPF, 2015, 2016).

Os itens que compõem o questionário estão baseados em exigências legais previstas na Lei nº 12.527/11 (LAI) e na LC 101/00 (LRF) e consistem em perguntas dicotômicas, que visam tornar mais simples e direta a avaliação, bastando verificar se a informação disponibilizada no portal corresponde ou não ao enunciado da pergunta. A pontuação⁵ está distribuída conforme a tabela 1.

Tabela 1 – Questionário de Avaliação de Transparência Pública

Descrição dos itens avaliados	Pontos
1. O ente apresenta informações sobre transparência na internet?	2
2. O site contém ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação?	2
3. Há informações sobre receitas, incluindo natureza, valor previsto e valor arrecadado?	10
4. Há informações sobre despesas, incluindo valor do empenho, liquidação, pagamento e favorecido?	15
5. O site apresenta íntegra dos editais de licitação, resultado das licitações e íntegra dos contratos?	10
6. Há informações sobre licitações, contendo modalidade, data, valor, número do edital e objeto?	5
7. O site apresenta as prestações de contas anuais (2021), relatório de gestão fiscal (RGF), relatório resumido da execução orçamentária (RREO) e relatório estatístico de pedidos de informação?	10

5 Consideram-se para avaliação os dados referentes aos últimos seis meses. Os itens 4, 5, 6, 7, 9, 13 e 15 subdividem-se de acordo com os quesitos incluídos nas perguntas, sendo, assim, atribuída pontuação específica para cada um dos 38 quesitos. Os itens referentes aos SIC e e-SIC correspondem à avaliação de transparência passiva, e juntos somam 25 pontos. Os demais itens compõem a transparência ativa, e somam 75 pontos, ou seja, a pontuação total varia de 0 a 100. O índice de transparência atribuído a cada município avaliado varia de 0 a 10, e corresponderá à pontuação obtida, dividida por 10.

8. O Site possibilita a gravação de relatórios em formatos eletrônicos abertos e não proprietários?	2
9. Há indicação no site sobre o funcionamento de um serviço de informações ao cidadão (SIC) físico, contendo indicação do órgão, endereço, telefone e horários de atendimento?	5
10. Há possibilidade de envio de pedidos de informação de forma eletrônica (e-SIC)?	8
11. Há possibilidade de acompanhamento posterior da solicitação no e-SIC?	7
12. O pedido no e-SIC é feito sem exigências que dificultem ou impossibilitem o acesso à informação?	5
13. O site apresenta a estrutura organizacional com o registro das competências, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público?	4
14. Há divulgação de remuneração individualizada por nome do agente público?	10
15. O site informa as despesas com diárias, constando nome, data, destino, cargo e motivo da viagem?	5
Pontuação total	100

Fonte: Ranking Nacional da Transparência 2015 e 2016 (MPF, 2015, 2016), adaptada pelos autores.

A coleta dos dados foi realizada durante os meses de julho e agosto de 2022. Os conteúdos foram acessados a partir de *websites* das prefeituras municipais avaliadas. Os índices obtidos foram analisados em seu conjunto, e em comparação com os resultados de outras avaliações, sobretudo, o Ranking Nacional da Transparência (MPF, 2015, 2016), em razão de ter aplicado esta mesma forma de avaliação. Também foram relevantes as comparações com resultados da EBT 2018 e 2020 (CGU, 2022) e de avaliações dos Tribunais de Contas dos Estados.

Algumas limitações nesta metodologia devem ser consideradas. Primeiro, no aspecto da qualidade da informação disponibilizada nos portais, a avaliação se limitou a verificar a existência ou inexistência das informações correspondentes ao questionário, de maneira que um exame qualitativo mais detalhado desses dados não foi alcançado pela pesquisa. No aspecto temporal dos dados, foram consideradas para avaliação as informações apresentadas referentes aos últimos seis meses. Portanto, não se considerou a disponibilização em tempo real das informações, conforme § 4º do artigo 8º da LAI, como também não foi avaliada a série histórica dos dados. E quanto ao e-SIC, vale observar que os itens do questionário consideraram apenas a confirmação de realização das solicitações de informação, ou seja,

a metodologia não inclui uma medição de quantidade de respostas obtidas para essas solicitações, nem tampouco avalia a qualidade dessas respostas.

Nesse último ponto, adicionalmente aos procedimentos metodológicos deste estudo, foi feita uma verificação das respostas obtidas para as solicitações de informação realizadas, as quais consistiram basicamente em pedidos de cópias de relatórios (PCA, RGF e/ou RREO). Todavia, essa verificação não foi incluída na pontuação geral estabelecida para a avaliação.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 Índices gerais da avaliação

Na tabela 2 estão apresentados os índices de transparência pública dos 53 municípios avaliados no estudo, listados em ordem decrescente de nota obtida.

Tabela 2 - Índices de transparência pública dos 53 municípios avaliados no estudo

MUNICÍPIO	UF	POP.	ITPM	MUNICÍPIO	UF	POP.	ITPM
1 Bom Jesus	PB	2.588	9,7	28 Amparo do São Francisco	SE	2.386	7,3
2 São Luis do Piauí	PI	2.648	9,7	29 Curral Velho	PB	2.508	7,2
3 Santo Antônio dos Milagres	PI	2.172	9,2	30 Frei Martinho	PB	2.989	7,1
4 Várzea	PB	2.870	9,2	31 Parari	PB	1.747	7,1
5 Quixaba	PB	2.009	9,1	32 Pedra Preta	RN	2.419	7,1
6 Taboleiro Grande	RN	2.606	9,1	33 Zabelê	PB	2.269	6,9
7 Aroeiras do Itaim	PI	2.551	8,9	34 Bodó	RN	2.171	6,3
8 Jardim de Angicos	RN	2.600	8,9	35 Lagoa de Velhos	RN	2.732	6,3
9 Passagem	PB	2.453	8,9	36 São Bento do Norte	RN	2.687	6,2
10 Areia de Baraúnas	PB	2.105	8,8	37 Olho D'Água do Piauí	PI	2.477	6,1
11 Carrapateira	PB	2.714	8,8	38 Algodão de Jandaíra	PB	2.588	5,8

12	São Miguel da Baixa Grande	PI	2.456	8,8	39	Joca Claudino	PB	2.640	5,8
13	Miguel Leão	PI	1.239	8,7	40	Riacho de Santo Antônio	PB	1.999	5,6
14	Porto Alegre do Piauí	PI	2.728	8,6	41	Monte das Gemeleiras	RN	2.063	5,5
15	Tamboril do Piauí	PI	2.939	8,6	42	Lastro	PB	2.698	5,4
16	Vila Nova do Piauí	PI	2.935	8,5	43	São Félix do Piauí	PI	2.923	5,4
17	Ipueira	RN	2.264	8,3	44	Maetinga	BA	2.386	5,3
18	Pedro Laurentino	PI	2.551	8,2	45	Viçosa	RN	1.731	5,3
19	João Dias	RN	2.653	8,1	46	São Domingos do Cariri	PB	2.645	4,9
20	Santana do Seridó	RN	2.699	7,9	47	Tanque do Piauí	PI	2.781	4,7
21	Severiano Melo	RN	1.743	7,9	48	Coxixola	PB	1.948	4,5
22	Timbaúba dos Batistas	RN	2.427	7,8	49	Floresta do Piauí	PI	2.561	4,3
23	Pindoba	AL	2.903	7,7	50	Mato Grosso	PB	2.944	3,5
24	Serra Grande	PB	2.921	7,6	51	Santo André	PB	2.496	3,1
25	Francisco Dantas	RN	2.801	7,5	52	Lagoinha do Piauí	PI	2.870	1,4
26	Galinhos	RN	2.903	7,5	53	Amparo	PB	2.264	1,2
27	São José do Brejo do Cruz	PB	1.821	7,5					

Fonte: elaborada pelos autores, com base em dados da pesquisa (2022) e dados do IBGE (2021).

A maior nota obtida na avaliação foi de 9,7, dos municípios de Bom Jesus (PB) e São Luís do Piauí (PI). A mais baixa foi de 1,2, para o município de Amparo (PB). Dos 53 portais de transparência avaliados, apenas 8 (15% do total) obtiveram índice inferior a 5,0. Por outro lado, 32 municípios (60,38%) tiveram nota acima de 7,0, e 19 deles (35,85%) alcançaram índices acima de 8,0.

O índice médio dos 53 municípios avaliados foi de 6,96 (69,6%), que se pode considerar elevado em comparação com estudos anteriores, como os de Visentini e Santos (2019, p. 166), com média de 37,54%; Sell *et al.* (2018, p. 256), com 51,24%; Fraga *et al.* (2019), com 37%; Costa (2020),

com 54,35%; Alves *et al.* (2021, p. 571), com 42,5%; e ainda a EBT 2018 e 2020 (CGU, 2022), cujas médias foram de 6,54 e 6,86, respectivamente. Tal comparação parece contrariar a expectativa de baixos índices de transparência nesses municípios de reduzido porte populacional, embora se devam ressaltar as limitações de comparação, em razão das diferenças em quesitos avaliados, amostras selecionadas e metodologias aplicadas em cada estudo.

Contudo, os bons índices dos municípios avaliados também são evidenciados quando comparados às avaliações do RNT 2015 e 2016 (MPF, 2015, 2016), conforme se vê na tabela 3. E nesse ponto, cabe destacar a equivalência em relação à metodologia aplicada, vale dizer, os quesitos avaliados e os padrões de pontuação do RNT são os mesmos aplicados neste estudo.

Tabela 3 – Análise descritiva em comparação com as avaliações do RNT 2015 e 2016

Índice dos 53 municípios neste estudo			Índices dos 53 municípios no RNT 2015			Índices dos 53 municípios no RNT 2016			Índice geral RNT 2015 e 2016	
média	mediana	desvio padrão	média	mediana	desvio padrão	média	mediana	desvio padrão	média 2015	média 2016
6,96	7,5	2,0	3,43	3,80	2,46	4,94	5,4	2,77	3,92	5,21

Fonte: elaborada pelos autores, com base em dados da pesquisa (2022) e RNT 2015 e 2016 (MPF, 2015, 2016).

A média de 6,96 indica uma significativa melhora no índice dos 53 municípios avaliados, em relação ao RNT 2015 e 2016. Além disso, o índice também ficou acima das médias gerais do RNT 2015 e 2016. A mediana dos 53 portais avaliados indica que mais da metade dos municípios ficou com nota igual ou maior que 7,5, estando bem acima das medianas do RNT. A medida de desvio padrão também indicou melhora em relação ao RNT, isto é, houve diminuição no nível de dispersão no conjunto das notas dos portais avaliados.

3.2. Resultados segregados por itens avaliados

Os resultados da pesquisa possibilitam ainda examinar os índices especificamente agrupados em categorias de itens avaliados, e por estado, conforme exposto na tabela 4.

Tabela 4 – Itens da avaliação agrupados em categorias e suas respectivas pontuações

Itens avaliados agrupados por categorias	Pontuação máxima	Pontuação Média	Média em percentual	Média RN	Média PB	Média PI
Informações gerais, estrutura organizacional e dados abertos	10	7,38	73,77%	7,73	7,24	7,14
Receitas orçamentárias	10	8,11	81,13%	10	7,14	7,14
Despesas	15	13,79	91,95%	15	13,57	12,57
Licitações e Contratos	15	9,09	60,63%	8,93	9,52	9,36
Relatórios (PCA, RREO, RGF e rel. de pedido de informação)	10	4,51	45,09%	3,87	4,95	4,43
Transparência passiva (SIC físico e e-SIC)	25	14,98	59,92%	16,13	13,10	17,71
Remuneração de pessoal e despesas com diárias	15	11,72	78,11%	11,47	10,05	13,86
Totais	100	69,6	69,6%	73,1	65,6	72,2

Fonte: elaborada pelos autores, com base em dados da pesquisa (2022).

As informações sobre a receita orçamentária dos últimos 6 meses, incluindo natureza, valor previsto e valor arrecadado, foram divulgadas por 81% dos municípios avaliados, coincidindo com o percentual de 82% observado no estudo de Lima *et al.* (2017, p. 11). Os dados sobre as despesas, contendo nome do favorecido, valor do empenho, liquidação e pagamento, foram apresentados em 91,95% dos portais pesquisados. Dentre os municípios do estado do Rio Grande do Norte, todos os 15 portais avaliados apresentaram as informações sobre receitas e despesas.

Quanto às informações sobre licitações e contratos, a média de pontuação foi de 60,63%. No entanto, apenas 24 dos 53 entes avaliados disponibilizaram a íntegra dos editais de licitação e somente 13 municípios (24,5%) apresentaram a íntegra dos contratos. Contudo, a categoria de itens com índices mais baixos foi a de apresentação de relatórios (PCA, RREO, RGF e relatórios de pedido de informação), com apenas 45% da pontuação máxima, ligeiramente abaixo do percentual de 48% verificado no estudo de Visentini e Santos (2019, p. 166). A Prestação de Contas Anual (2021) e o Relatório de Gestão Fiscal (últimos 6 meses) foram os menos divulgados nos portais, 28% e 32%, respectivamente, bem abaixo do observado no estudo de Lima *et al.* (2017, p. 9), cujo índice de apresentação do RGF foi de 69%. Como destaque negativo, dos 15 municípios do Rio Grande do Norte, apenas 2 disponibilizaram a Prestação de Contas Anual de 2021.

Referente aos dados sobre remuneração de pessoal e despesas com pagamentos de diárias, itens cuja divulgação se considera como boas práticas de transparência, e a disponibilização teve um percentual de 78%. A divulgação da remuneração foi verificada em 81% dos portais, o que se pode considerar como um índice elevado, comparando-se, por exemplo, com Visentini e Santos (2019, p. 167), em que esse percentual foi de 60%, e Lima *et al.* (2017), com apenas 3,8%. Nesse aspecto, vale destacar que todas as 14 prefeituras avaliadas do estado do Piauí disponibilizaram as informações sobre remuneração de pessoal, de forma individualizada por nome do agente público.

Na transparência passiva, como já ressaltado, a metodologia de avaliação aplicada incluiu apenas a verificação de dados sobre o SIC presencial, a possibilidade e facilidade para realizar o pedido de informação por meio do e-SIC, e a possibilidade de acompanhamento do pedido, ou seja, não se incluiu como item de avaliação a análise das respostas obtidas para as solicitações. Dessa maneira, a média de pontuação para esses itens foi de 59,92%. O envio das solicitações foi efetuado em 64% dos portais, e em apenas 49% foi possível o acompanhamento dos pedidos, o que parece sugerir uma tendência para níveis mais baixos de transparência passiva dos municípios avaliados.

Nesse sentido, em complementação aos procedimentos de avaliação prevista na metodologia do estudo, foi feita uma verificação adicional sobre as respostas obtidas para os pedidos de informação realizados. Observou-se que, dentro do prazo previsto (20 dias), apenas 2 pedidos foram atendidos, das 34 solicitações efetuadas, das quais 26 possibilitaram o acompanhamento. Nesse ponto, nota-se uma correspondência com os baixos índices de transparência passiva em municípios, conforme evidenciados nas pesquisas de Michener *et al.* (2018), Michener e Nichter (2020), e nas avaliações da EBT – Transparência Passiva, 2015 e 2017 (CGU, 2022). Vale dizer, a transparência passiva nesses

micromunicípios parece tender a níveis extremamente baixos quando avaliada de forma mais minuciosa, especialmente na verificação das respostas aos pedidos de informação.

3.3. Resultados segregados por estado

Para a análise segmentada por estados, consideram-se aqui os três estados com mais municípios incluídos nesta avaliação, ou seja, a Paraíba, com 21 municípios, o Rio Grande do Norte, com 15, e o Piauí, com 14. Os dados estão apresentados na tabela ⁵.

Tabela 5 – Índices de transparência pública dos municípios avaliados agrupados por estado

UF	ITPM	RNT 2015	RNT 2016	EBT 2018	EBT 2020	TCE PI	TCE PB
PB	6,56	5,48	5,59	6,73	7,07	---	6,36
RN	7,31	3,17	4,87	5,46	5,5	---	----
PI	7,22	0,99	4,37	6,2	5,88	6,15	----
Média geral	6,96	3,92	5,21	6,54	6,86	6,31	----

Fonte: elaborada pelos autores, com base em dados da pesquisa (2022), MPF (2015, 2016), CGU (2022), TCE-PB (2016) e TCE-PI (2021).

Os 21 municípios paraibanos incluídos na pesquisa obtiveram pontuação média de 6,56, ligeiramente acima da média obtida por esses mesmos municípios no Relatório Diagnóstico Transparência Pública – 2016, do Tribunal de Contas da Paraíba, de 6,36, e também acima da média alcançada por eles no RTN 2016, de 5,59, que por sua vez foi maior que o índice médio geral do RNT 2016, de 5,21. Já na EBT 2020, a média dos municípios paraibanos foi de 7,07, com a observação de que na EBT foram avaliados somente aqueles com mais de 50 mil habitantes.

Para os municípios do Rio Grande do Norte, a média de 7,31 ficou bem acima das médias obtidas por esses 15 municípios no RNT 2016, de 4,87. Ressalte-se que o índice geral do estado do Rio Grande do Norte no RNT 2016 foi ainda mais baixo, de 4,68. Quanto à avaliação de transparência por parte do Tribunal de Contas do Estado – TCE-RN, não foram encontrados dados disponíveis. E na EBT 2020, a média dos municípios potiguares foi de 5,5.

Por fim, as 14 cidades piauienses, com média de 7,22, também apresentaram uma melhora substancial em relação ao índice obtido no RNT 2016, que foi de 4,37, na média dos 14 avaliados, e 4,45, na média geral dos municípios do Piauí. Na EBT 2020, as cidades piauienses avaliadas tiveram

índice médio de 5,88. E com relação ao Diagnóstico da Transparência Pública Municipal – 2021, do Tribunal de Contas do Piauí, os 14 municípios aqui avaliados tiveram um índice médio de 6,15, enquanto a média geral das prefeituras municipais do estado foi de 6,31.

3.4. Síntese das discussões

De um modo geral, e consideradas todas as ressalvas já mencionadas no que diz respeito às diferenças metodológicas de avaliação, as comparações com pesquisas anteriores, principalmente com o RNT (MPF, 2015, 2016), sugerem que os resultados aqui discutidos contrariam a expectativa de baixos níveis de transparência dos municípios avaliados. Noutras palavras, tendo em vista o porte populacional bastante reduzido, seria esperado obter índices de transparência mais baixos, compatíveis com a hipótese de associação positiva entre o tamanho populacional e os níveis de transparência pública, conforme indicam as pesquisas de Visentini e Santos (2019), Sell *et al.* (2018), Michener *et al.* (2018), Silva *et al.* (2019), Fraga *et al.* (2019), Costa (2020), Michener e Nichter (2020) e Alves *et al.* (2021), o que, entretanto, não se confirmou neste estudo.

De fato, os 53 municípios avaliados apresentaram um índice médio acima da média geral do RNT 2016. Embora se possa considerar que tal elevação tenha ocorrido para o total dos municípios, ou seja, que os níveis de um modo geral tenham melhorado ao longo desse período de 2016 a 2022, deve-se observar o fato de que já nos RNT 2015 e 2016 a média desses mesmos 53 municípios (3,80 e 4,94) ficou próxima aos índices gerais nacionais, de 3,92 e 5,21, respectivamente.

Noutro sentido, porém, no âmbito da análise da transparência passiva, as observações referentes aos serviços eletrônicos de informação ao cidadão – e-SIC, especialmente quanto à verificação de respostas aos pedidos de informação, sugerem que os pequenos municípios tendem a apresentar índices muito baixos de atendimento às solicitações. E nesse ponto os dados corroboram com os estudos de Michener *et al.* (2018) e Michener e Nichter (2020).

É possível, portanto, verificar que os níveis de transparência passiva e o porte populacional dos municípios parecem apresentar uma associação positiva melhor evidenciada, enquanto no aspecto da transparência ativa, os dados do presente estudo sugerem que essa associação não está consistentemente evidenciada para as faixas populacionais mais baixas.

De tal forma, os resultados encontrados na pesquisa sugerem que as relações entre porte populacional e níveis de transparência pública parecem comportar tendências bem mais complexas e diversificadas, em lugar de uma associação positiva mais clara e direta.

Nesse sentido, note-se uma associação com alguns achados do estudo de Silva *et al.* (2019, p. 96), nos quais, embora se tenha a evidência de associação positiva entre porte populacional e níveis de transparência, observou-se, ao se comparar as faixas populacionais de até 20 mil habitantes e de 20 a 50 mil habitantes, que a relação nesse caso foi inversa. E essa mesma relação inversa pode ser vista nos dados do estudo de Lima *et al.* (2017, p. 13), isto é, os municípios de 20 a 50 mil habitantes tiveram índices menores que os municípios com população abaixo de 20 mil habitantes.

Tais comparações parecem sugerir a existência de certas complexidades que envolvem distintas formas de associação entre transparência e tamanho da população quando consideradas diferentes faixas populacionais. Enfim, pode-se notar a tendência de uma maior transparência em municípios de grande porte, todavia, essa mesma associação positiva não parece ocorrer no caso das diferentes faixas populacionais de menor porte.

CONCLUSÕES

Este estudo teve como objetivo medir e analisar os níveis de transparência pública dos 53 municípios da região nordeste com população menor que três mil habitantes. Foram avaliados os conteúdos dos seus portais de transparência na internet, obtendo-se seus índices de transparência pública, conforme a metodologia definida na pesquisa. Os resultados foram então apresentados e discutidos em comparação com pesquisas anteriores, conforme Sell *et al.* (2018), Visentini e Santos (2019), Silva *et al.* (2019), Fraga *et al.* (2019), Michener e Nichter (2020), Costa (2020), Alves *et al.* (2021), RNT (MPF 2015, 2016), EBT (CGU, 2022), TCE-PB (2016) e TCE-PI (2021).

Como principais pontos da análise pode-se destacar: o índice médio de transparência de 6,96 foi elevado em comparação com avaliações anteriores; 27 dos 53 municípios avaliados obtiveram nota igual ou maior que 7,5; foram altos os níveis de divulgação de dados sobre receitas (81,1%), despesas (91,9%), remuneração de pessoal (81%); medianos quanto à divulgação de dados sobre licitações e contratos (60%); e baixos os índices de divulgação dos editais de licitação (45%) e contratos (24,5%) na íntegra, e de relatórios, principalmente, a Prestação de Contas Anual (28%) e o Relatório de Gestão Fiscal (32%). Em relação à transparência passiva, o item com nota mais baixa foi referente à possibilidade de acompanhamento dos pedidos de informação (49%); e na análise segmentada por estado, verificou-se que os índices obtidos neste estudo superam ou se aproximam dos índices médios das avaliações do RNT 2015/2016, EBT 2020, TCE-PB 2016 e TCE-PI 2021.

As limitações metodológicas devem ser mencionadas, sobretudo quanto ao aspecto de insuficiência na análise da completude e integridade dos dados divulgados nos portais, que está relacionada à opção por uma maior simplicidade e objetividade nas respostas aos quesitos avaliados. Além disso, a avaliação de transparência passiva parece exigir uma metodologia que possibilite um maior aprofundamento na análise das respostas aos pedidos de informação. Nesse sentido, a verificação adicional pela qual se observou que apenas 2 (de 34) das solicitações de informação efetuadas foram respondidas dentro do prazo, sugere que os níveis de transparência passiva nos municípios avaliados ainda são bastante fracos, não obstante a maioria deles já apresentarem a possibilidade de realização dos pedidos de informação.

É possível, portanto, concluir que o desempenho dos portais de transparência avaliados superou as expectativas iniciais, com uma melhora significativa nos índices, em especial, dos municípios piauienses, fato que pode, em certa medida, estar associado à atuação de órgãos de fiscalização e controle, como Ministério Público e Tribunais de Contas dos Estados. Note-se, nesse sentido, que os dados da RNT indicam que os municípios piauienses tiveram uma pontuação média de apenas 0,88 em 2015, e já no ano de 2016, após as recomendações do MP aos governos municipais, para a devida adequação de seus portais, esse índice médio subiu para 4,45. Quanto à atuação do Tribunal de Contas do Estado, deve-se ressaltar a realização de avaliações gerais de conformidade dos portais de transparência de todos os municípios do estado, nos anos de 2020 e 2021, incluindo medidas importantes como o envio de relatórios de levantamento e a aplicação de recomendações aos prefeitos municipais, para que ajustassem seus portais da transparência, bem como o envio de relatório ao Ministério Público do Estado, que também realiza fiscalizações no mesmo sentido.

Embora esteja evidenciado que alguns itens tiveram baixos níveis de divulgação, como foi o caso dos editais de licitação e contratos na íntegra, RGF e PCA, pode-se observar que municípios muito pequenos podem também apresentar tendência de bons níveis de transparência pública, sobretudo na transparência ativa. Desse modo, os resultados encontrados no estudo não confirmam a hipótese inicial de que esses municípios, de menor porte populacional, tenderiam a obter baixos índices de transparência.

Dessa forma, esta pesquisa buscou contribuir para o conhecimento e melhor compreensão sobre o acesso à informação e sobre a *accountability* em micromunicípios do nordeste brasileiro, no sentido de construção de condições de possibilidade para o exercício da participação cidadã, para uma maior exigência de transparência pública e para a efetivação do direito de acesso à informação.

A ampliação do conhecimento sobre aspectos financeiros e orçamentários em pequenos municípios, bem como seus mecanismos e formas de divulgação de dados, mostra-se relevante para a formulação de uma possível concepção de *accountability* adequada a esses entes federativos. Do mesmo modo, o avanço nesta discussão possibilita identificar e compreender as dificuldades e os fatores capazes de influenciar os municípios a ampliarem a divulgação dos dados e a melhorarem sua *accountability*, num sentido de construção de uma governança democrática.

Um ponto importante a se destacar nesse sentido diz respeito à atuação dos órgãos de fiscalização e controle, como CGU, Ministério Público e Tribunais de Contas, cujas recomendações e exigências poderão contribuir para ampliar divulgação de informações pelos municípios, especialmente no que se refere a contratos, editais de licitação, relatórios financeiros, prestações de contas, bem como contribuir para a melhoria dos serviços de informação ao cidadão – SIC físico e e-SIC –, sobretudo quanto à exigência de respostas aos pedidos de informação realizados pelos cidadãos.

Sugere-se que novas pesquisas abordem questões como a atuação dos órgãos de controle, como MP, CGU e, especialmente, os Tribunais de Contas, no que se refere à sua influência sobre os níveis de transparência nos municípios. Do mesmo modo, pode-se analisar o grau de participação popular como possível fator explicativo importante para a transparência dos municípios. Além disso, sugere-se ainda análises específicas sobre a qualidade da transparência passiva em pequenos municípios, pesquisas mais detalhadas sobre a qualidade dos dados, análises por faixa populacional, ou ainda estudos aprofundados de itens específicos, como detalhamento de despesas e relatórios financeiros ou remuneração de pessoal.

Enfim, compreender a aparente complexidade dessa relação entre porte populacional e níveis de transparência pública pode ser um caminho viável para se avançar no conhecimento e na melhoria da transparência pública dos municípios brasileiros.

REFERÊNCIAS

AKUTSU, Luiz; e PINHO, José A. G. Sociedade da informação, accountability e democracia delegativa: investigação em portais de governo no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 5, p. 723-746, 2002. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6461>. Acesso em: 14 out. 2018

ALVES, J. F.; MIRANDA, A. R. A.; TEIXEIRA, M. A. C.; e SOUZA, P. R. R. de. Ranking de transparência ativa de municípios do Estado de Minas Gerais:

avaliação à luz da Lei de Acesso à Informação. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 564-581, set. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1679-395120200135>. Acesso em: 9 jul. 2022.

ALCÂNTARA, R. R. de. *Transparência pública municipal e desenvolvimento humano local*. 2019. 113 f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2684>. Acesso em: 25 jul 2022.

BONAVIDES, Paulo. A democracia participativa e o bloqueio das classes dominantes. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v.2, n. 2, p. 110-120, dez. 2001. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/35>. Acesso em: 30 jul. 2022.

_____. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000 (LRF). Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 9 jul. 2022.

BRASIL. Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 9 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, [...] e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 9 jul. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, G. M.; XAVIER JÚNIOR, A. E.; RÊGO, T. F.; MACEDO, A. F. P. Nível de Transparência dos Municípios de Médio Porte Brasileiros: Um Estudo Sobre a Relação dos Indicadores Socioeconômicos e Demográficos. Interface - *Revista do Centro de Ciências Sociais Aplicadas*, v. 17, n. 2, p. 35-57, 2020. CERVO, A. L.; BERVIAN, P. A.; DA SILVA, R. *Metodologia Científica*. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

CGU, CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *Mapa Brasil Transparente*, 2022. Disponível em: <https://mbt.cgu.gov.br/publico/home>. Acesso em: 9 jul. 2022.

_____. *Manual da Lei de Acesso à Informação para Estados e Municípios*. Brasília, DF: CGU, 2013, p. 52. Disponível em: http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/transparencia-publica/brasiltransparente/arquivos/manual_lai_estadosmunicipios.pdf. Acesso em: 6 out. 2017.

CRUZ, C. F.; FERREIRA, A. C. S.; SILVA, L. M.; e MACEDO, M. A. S. Transparência da gestão pública municipal: um estudo a partir dos portais eletrônicos dos maiores municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, v. 46, 1. ed., p. 153-176, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7080>. Acesso em: 10 ago. 2022.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

DENHARDT, Robert B. *Teorias da administração pública*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

FRAGA, L. S.; MEDEIROS, A. P.; VIEIRA, K. M.; e BENDER FILHO, R. Transparência da Gestão Pública: análise em pequenos municípios do Rio Grande do Sul. *Revista Gestão e Planejamento*, v. 20, p. 255-272, jan-dez. 2019. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/rgb/article/view/4731>. Acesso em: 9 ago. 2022.

GUERRA, M. G. G. V.; CARVALHO, K. A. G. Transparência pública e acesso à informação: a utopia virando realidade na UEPB. *Comunicação & Informação*, v. 22, 2019. Disponível em: <https://brapci.inf.br/index.php/res/v/123946>. Acesso em: 7 ago. 2022.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estimativas de população*, 2021. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2021/. Acesso em: 9 jul. 2022.

LIMA, R. W. de L.; MELO, T. M. E.; CASTRO, P. L. Índice de transparência municipal: um estudo de caso nos municípios do Estado do Ceará. X CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, Brasília, DF, 5-7 jul. 2017. Disponível em: http://consad.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Painel-32_01.pdf. Acesso em: 9 ago. 2022.

MARTINS, Gilberto A.; THEOPHILO, Carlos R. *Metodologia da Investigação Científica para as Ciências Sociais Aplicadas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MICHEL, Maria H. *Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MICHENER, R. G.; CONTRERAS, E.; e NISKIER, I. Da opacidade à transparência? Avaliando a Lei de Acesso à Informação no Brasil cinco anos depois. *Revista de Administração Pública*, v. 52, n. 4, p. 610-629, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/75716>. Acesso em: 6 ago. 2022.

MICHENER, Gregory; e NICTER, Simeon. *Variáveis determinantes para cumprimento à Lei de Acesso à Informação nos municípios brasileiros 2020*. EBAPE, FGV, 2020. Disponível em: <https://transparencia.ebape.fgv.br/2020-variaveis-determinantes-para-cumprimento-lei-de-acesso-informacao-municipios-brasileiros>. Acesso em: 10 ago. 2022.

MPF – Ministério Público Federal. Ranking Nacional da Transparência – RNT – *Mapa da Transparência, 2015, 2016*. Disponível em: <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/ranking>. Acesso em: 9 jul. 2021.

NASCIMENTO, Francisco Paulo do. *Metodologia da Pesquisa Científica: teoria e prática – como elaborar TCC*. Brasília: Thesaurus, 2016.

NASCIMENTO, Pedro. Transparência nos municípios brasileiros: uma análise do fator desenvolvimento. *Revista da GCU*, v. 12, n. 21, jan-jun 2021. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/88. Acesso em: 7 ago. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Santos; RAMINELLI, Francielli Puntel. O direito ao acesso à informação na construção da democracia participativa: uma análise da página do conselho nacional de justiça no facebook. *Sequência*, n. 69, p. 159-182, 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000200007&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 7 ago. 2022.

OLSEN, Johan P. *Accountability democrática, ordem política e mudança: explorando processos de accountability em uma era de transformação europeia*. Tradução: Eliane Rio Branco. Brasília, DF: Enap, 2018.

SARLET, Ingo W.; MOLINARO, Carlos 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. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/542>. Acesso em: 7 ago. 2022.

SELL, F. F.; SAMPAIO, G. L.; ZONATTO, V. C. S.; e LAVARDA, C. E. F. Accountability: uma observação sobre o nível de transparência de municípios. *Administração Pública e Gestão Social*, v. 10, 4. ed., p. 248-259, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/apgs/article/view/5676>. Acesso em: 6 ago. 2022.

SEN, Amartya. Temas-chave do século XXI. In: SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Andréia G. *Informação legislativa ao alcance do cidadão: contribuição dos sistemas de organização do conhecimento*. 2015. Tese (Doutorado em Cultura e Informação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27151/tde-18052015-155605/pt-br.php>. Acesso em: 7 ago 2022.

SILVA, S. P. Accountability e democracia: dimensões analíticas, estratégias e limites para o contexto latinoamericano. *Perspectivas em Políticas Públicas*, v. 12, n. 24, p. 37-74, 2020. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/revistapp/article/view/2275>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SILVA, M. C.; NASCIMENTO, J. C. H. B.; SILVA, J. D. G.; SIQUEIRA, J. R. M. Determinantes da transparência municipal: uma análise empírica com municípios brasileiros. *Revista Globalização, Competitividade e Governabilidade*, v. 13, n. 2, p. 87-100, maio/ago. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3540181. Acesso em: 12 ago. 2022.

TCE-PB, TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA. *Relatório Diagnóstico Transparência Pública*, 2016. Disponível em: <https://tce.pb.gov.br/indice-de-transparencia-publica>. Acesso em: 9 ago. 2022.

TCE-PI, TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PIAUÍ. *Diagnóstico da Transparência Pública Municipal*, 2021. Disponível em: <https://www.tce.pi.gov>.

br/wp-content/uploads/2022/05/Relatorio-Levramento-Transparencia-Municipal-2021.pdf. Acesso em: 9 ago. 2022.

VISENTINI, Monize S.; SANTOS, Micheli dos. Transparência na Gestão Pública Municipal Evidenciada nos Portais Eletrônicos dos Municípios do Conselho Regional de Desenvolvimento (Corede) das Missões/RS. *Revista Desenvolvimento em Questão*, v. 17, n. 49, 158–175, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/8082>. Acesso em: 10 ago. 2022.

Recebido: 12/04/2023
Aprovado: 09/08/2024

GUARDA DOMÉSTICA DE ANIMAIS SILVESTRES NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: DIREITO DO HOMEM OU DA NATUREZA?

DOMESTIC GUARDING OF WILDLIFE AT BRAZIL'S HIGH COURT: RIGHT OF MAN OR NATURE?

*Mariana Barbosa Cirne¹
Marcia Leuzinger²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Proteção dos Animais Silvestres: função ecológica, risco de extinção e crueldade. 2. Metodologia. 3. Resultados e discussão: Um STJ antropocêntrico. Conclusão. Referências.

- ¹ Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar (UNP), e em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procuradora Federal da Advocacia-Geral da União (AGU). Professora de Direito Constitucional e Ambiental no Centro Universitário de Brasília (CEUB).
- ² Pós-Doutorado em Direito Ambiental pela University of New England (Austrália, 2016). Doutora em Desenvolvimento Sustentável/Gestão Ambiental, Mestre em Direito e Graduada em Direito, e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Procuradora do Estado do Paraná em Brasília. Professora de Direito Ambiental e Direito Administrativo da Graduação e do Programa de Doutorado e Mestrado do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Professora Adjunta da Faculdade de Direito da University of New England, Austrália.

RESUMO: O tráfico de animais silvestres é a 3ª maior atividade ilícita do mundo. No Brasil, estima-se que, a cada ano, 38 milhões de espécies são retiradas de seu habitat natural pelo tráfico. A lei de proteção à fauna proibiu, desde 1967, a comercialização de espécimes da fauna silvestre. A lei de crimes e infrações ambientais, no art. 25, § 1º, estabeleceu que os animais apreendidos ou resgatados devem ser entregues aos órgãos ambientais para que sejam devolvidos à natureza. Apesar disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a manutenção da guarda afetiva de animais silvestres. Nesse contexto, este artigo analisará a jurisprudência do STJ, de 1998 a 2020, para entender em que hipóteses o dono afetivo permanece com os animais. Por meio de pesquisa quantitativa e qualitativa, usando o método jurimetria, o trabalho estudou 15 acórdãos sobre o tema, a partir da visão biocêntrica de Peter Singer. Como resposta, identificou um protagonismo do Ibama no questionamento judicial da guarda afetiva. Apesar da vedação legal, o STJ em 93% dos julgados mantém o animal com o dono afetivo. O silvestre tornou-se doméstico. O bem-estar animal se materializou a partir do olhar do homem. Isso independe de o animal estar em risco de extinção. Com essa pesquisa, busca-se chamar atenção para os impactos dessa posição jurisprudencial na função ecológica, no risco de extinção e na crueldade com a fauna, conforme o art. 225, § 1º, inc. VII, da Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Animais Silvestres. Guarda Afetiva. Superior Tribunal de Justiça. Função Ecológica. Extinção. Maus Tratos.

ABSTRACT: The wild animal trafficking is the 3rd largest illegal activity in the world. In Brazil, it is estimated that, each year, 38 million species are removed from their natural habitat by trafficking. Since 1967, the fauna protection law has prohibited the sale of wild fauna specimens. The Brazilian law on environmental crimes and infractions, in article 25, § 1º, established that seized or rescued animals must be handed over to environmental agencies so that they can be returned to nature. Despite this, the jurisprudence of the Brazil's High Court admits the maintenance of the affectionate custody of wild animals. In this context, this article will analyze the jurisprudence of the Court, from 1998 to 2020, to understand in which hypotheses the affectionate owner remains with the animals. Through quantitative and qualitative research, using the jurimetric method, the work studied 15 judgments on the subject, from the biocentric view of Peter Singer. This paper identified Ibama's role in the judicial questioning of affectionate custody. Despite the legal prohibition, the Court in 93% of the judges keeps the animal with the affectionate owner. The wild has become domestic. Animal welfare materialized from man's gaze. This is

independent of whether the animal is at risk of extinction. This research seeks to draw attention to the impacts of this jurisprudential position on the ecological function, on the risk of extinction and on cruelty to fauna, according to art. 225, § 1º, item VII, of the 1988 Constitution.

KEYWORDS: Wild Animals. Affective Guard. Brazilian's High Court. Ecological Function. Extinction. Mistreatment.

INTRODUÇÃO

A guarda doméstica de um papagaio, de uma arara ou de um macaco pode parecer, à primeira vista, pouco relevante. Contudo, não é. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como dever estatal a proteção da fauna, vedando as práticas que “coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade” (Brasil, art. 225, § 1º, Inc. VII).

Desse modo, o objetivo deste artigo é estudar criticamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a guarda afetiva de animais silvestres a partir da visão biocêntrica de Peter Singer (2010). Ao se realizar uma pesquisa com as palavras “guarda”, “animal” e “silvestre”, no Superior Tribunal de Justiça, encontra-se 163 decisões monocráticas e 12 acórdãos (STJ, 2021). No Conselho da Justiça Federal, a mesma pesquisa indica 141 acórdãos federais. Há, portanto, uma significativa judicialização sobre a guarda afetiva de animais silvestres (Alves, 2015; Leite, Santiago, 2015; Farias, 2011), o que mostra o interesse jurídico do tema. A relevância social que justifica esse debate está no tráfico de animais silvestres. A 3ª maior atividade ilícita do mundo. No Brasil, estima-se que 38 milhões de espécies são retiradas anualmente de seu habitat natural pelo tráfico (Renctas, 2001).

Só em 2018, o Ibama acolheu mais de 72.000 animais selvagens decorrentes das fiscalizações ambientais (Charity, Ferreira, 2020). As pressões políticas, contudo, não impediram que o Despacho nº 6299093/2019-GABIN fosse editado em 2019, pelo Presidente do Ibama, com a pretensão de regularizar a posse de papagaios que estivessem há mais de 8 anos em guarda doméstica. A mudança de posição foi fruto do acolhimento de uma demanda do Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Geraldo Og Fernandes (Rodrigues, 2019). Identifica-se, assim, interesse jurídico, social e político no tema aqui estudado.

Nesse contexto, as perguntas que desafiam esse artigo são as seguintes: qual a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, de 1998 a 2020, sobre a guarda afetiva de animais silvestres com base no art. 26, § 1º e § 5º da Lei nº 9.605/1998? Quem recorre, quais os animais que estão envolvidos e

quem vence essas demandas? A jurisprudência reconhece a guarda doméstica como direito do homem ou dos animais, a partir da libertação animal (Singer, 2010)?

Para respondê-las, o trabalho está dividido em três partes. A primeira delas trata da proteção dos animais silvestres, levando-se em conta a função ecológica, o risco de extinção e a crueldade. Em seguida, passa a esclarecer a metodologia, apresentando a amostra de 15 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça analisados. No tópico seguinte, adentra nos resultados e na discussão sobre os argumentos usados pelo tribunal para avaliar se prevalece o direito do homem ou do animal. A linha de raciocínio usada foi a dedutiva, com a apresentação das normas aplicáveis – artigo 225, § 1º, VII, e § 3º da Constituição Federal (Brasil); Leis nº 5.197, de 1967 (Brasil), nº 9.605, de 1998 (Brasil) e Decreto nº 6.514, de 2008 (Brasil) e do marco teórico eleito (Singer, 2010). O estudo se pauta em pesquisa do tipo aplicada de cunho qualitativo e quantitativo que se vale dos procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e documental, pautando-se em jurimetria (Yeung, 2014). A corrente teórico-metodológica desta pesquisa foi a jurídico-sociológica, pois, apesar de se tratar de pesquisa empírica a partir dos julgados, analisa em seguida os argumentos para entender qual a noção do direito dos animais que aparece nas decisões do STJ.

A contribuição desse trabalho foi descrever a inaplicabilidade da legislação que protege a fauna para com isso propor uma mudança de interpretação das normas que possa garantir de maneira mais efetiva os interesses dos animais. A pesquisa identificou um protagonismo do Ibama no questionamento judicial da guarda afetiva. Apesar da vedação legal, o STJ mantém o animal com o dono afetivo em 93% dos julgados. O silvestre tornou-se doméstico. O bem-estar animal se materializou a partir do olhar do homem. Isso independe de o animal estar em risco de extinção. Com essa pesquisa, busca-se chamar atenção para os impactos na função ecológica, no risco de extinção e na crueldade com a fauna, conforme o art. 225, § 1º, inc. II, da Constituição de 1988 (Brasil) dessa posição jurisprudencial.

1. A PROTEÇÃO DOS ANIMAIS SILVESTRES: FUNÇÃO ECOLÓGICA, RISCO DE EXTINÇÃO E CRUELDADE

O meio ambiente equilibrado foi elevado a direito fundamental no art. 225 da Constituição de 1988. Trata-se, ao mesmo tempo, de um direito e de um dever de todos, que envolve agentes públicos e privados (Brasil, 1988; Cirne, 2019). Isso porque não se pode deixar de reconhecer que as pessoas são responsáveis pelo controle desses problemas causados ao meio ambiente e ao mesmo tempo responsáveis pela produção de danos ambientais (Dias, 2017, p. 155). Para resolver seus desafios, é exigida a conjugação de esforços.

A proteção constitucional a partir de 1988, contudo, não obistou o avanço da crise ambiental ante a incapacidade humana em administrar o uso dos recursos naturais (Moura, 2012). Tal crise se mostra ainda mais evidente em se tratando de uma visão ética dessa relação com os animais (Singer, 2010; Baratela, 2014).

Especificamente sobre a fauna, o texto constitucional não só definiu que a proteção é de competência material é comum, repartindo-se entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Schmitt; Scardua, 2015), como também estabeleceu que o poder público é obrigado a “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. Há, portanto, três pilares constitucionais da proteção da fauna: a) a função ecológica; b) o risco de extinção e c) a vedação à crueldade. Passa-se, em seguida, a desenvolver cada um desses eixos.

O primeiro deles, a função ecológica, já aparece no art. 1º da Lei nº 5.197/67 (Brasil), visto que, antes mesmo do texto constitucional de 1988, essa norma já determinava que “os animais de quaisquer espécies, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro” constituem a fauna silvestre, sendo vedada sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha. A proteção ainda envolve “seus ninhos, abrigos e criadouros naturais” e estabelece serem propriedades do Estado. O dispositivo parece relevante por obstar a apropriação privada dos animais, mas está longe de um reconhecimento de respeito quanto aos seus direitos, nos moldes propostos por Singer (2010) mas que ainda não encontra respaldo nas normas jurídicas nacionais³.

Ainda assim, tal dispositivo deve ser interpretado à luz da Constituição de 1988, que trouxe uma perspectiva ampliada sobre a proteção animal com mitigações ao antropocentrismo (Sarlet, Fensterseifer, 2014; Ayala, 2015). Os três pilares aqui são exatamente a oportunidade de uma inversão dos interesses em jogo, pois não subordinam o interesse dos animais aos dos homens.

Retomando a proteção ambiental sabe-se que consta no § 3º do art. 225 do texto constitucional a tripla responsabilidade nas esferas civil, penal e criminal⁴. Com isso, um infrator que capture um papagaio (espécie da fauna silvestre) na natureza responderá pelo crime do art. 29 da Lei nº

3 Para o ordenamento brasileiro, os animais são coisa, conforme o art. 82 do Código Civil (Brasil, 2002). Há, contudo, decisões judiciais que reconhecem certos direitos a eles, além do debate legislativo para modificar o seu status no Projeto de Lei nº 6.054/2019 (Brasil), em trâmite na Câmara dos Deputados.

4 Apesar desse trabalho se pautar na tripla responsabilidade da Constituição, sabe-se que os crimes ambientais e a responsabilidade civil e administrativa já existiam antes de 1988 e se amparavam em outras normas como, por exemplo, a Política Nacional de Meio Ambiente (Brasil, 1981).

9.605/98⁵, com pena de detenção de seis meses a um ano, além de multa. Será sancionado também pela fiscalização ambiental, com a aplicação de multa de R\$ 500,00, ou de R\$ 5.000,00 (se estiver em extinção), por animal, conforme o art. 24 do Decreto nº 6.514, de 2008⁶ (Brasil). O infrator será ainda responsabilizado objetivamente, conforme o § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938/81⁷ (Brasil), a reparar o dano causado, custeando as despesas para garantir o retorno do animal na natureza. São esferas diferentes, criminal, administrativa e civil, que não podem ser confundidas e conferem uma proteção mais efetiva ao meio ambiente, o que inclui a fauna silvestre. A partir de uma interpretação sistemática de todo arcabouço jurídico-ambiental, pode-se iniciar uma discussão acerca do reconhecimento, pelo nosso ordenamento jurídico, de direitos aos animais.

A fim de garantir o bem-estar dos animais ilegalmente mantidos em cativeiro, o § 1º do 25 da Lei nº 9.605, de 1998 (Brasil), estabeleceu que “os animais serão prioritariamente libertados em seu habitat ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados”. Houve, aqui, inegavelmente uma escolha legislativa, em conformidade com o § 1º, inc. VII, do art. 225 da Constituição de 1988, pelo retorno desses animais à natureza.

Exatamente por conta disso, na sua atuação, o Ibama se pauta na Orientação Jurídica Normativa nº 03/2009/PFE/IBAMA (revista e ampliada em junho de 2015), que concluiu pela

- 5 Cf. “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas: I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.” (Brasil, 1998).
- 6 Cf. “Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Multa de: I - R\$ 500,00 (quinhentos reais) por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção; II - R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por indivíduo de espécie constante de listas oficiais de fauna brasileira ameaçada de extinção, inclusive da Convenção de Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES. § 1o As multas serão aplicadas em dobro se a infração for praticada com finalidade de obter vantagem pecuniária. § 2o Na impossibilidade de aplicação do critério de unidade por espécime para a fixação da multa, aplicar-se-á o valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por quilograma ou fração. § 3o Incorre nas mesmas multas: I - quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; II - quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; ou III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade ambiental competente ou em desacordo com a obtida.” (Brasil, 2008).
- 7 Cf. “Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.” (Brasil, 1981).

impossibilidade de se conceder guarda definitiva de animal silvestre não nascido em cativeiro, ainda que motivada por “questões humanitárias”, e de se restringir, aos termos legais, a guarda provisória, visto que a retirada da fauna silvestre da natureza, ao arrepio da lei, traz malefícios ao animal, à sociedade brasileira e à conservação do meio ambiente como um todo (Brasil, 2015).

No interesse da vedação à crueldade do animal, ao risco de extinção e à função ecossistêmica da relação entre o homem e os animais, a orientação do órgão ambiental está no retorno desses animais à natureza.

Ocorre que, dentro do § 2º do art. 29 da Lei nº 9.605/1998, que trata da responsabilidade criminal, restou estabelecido que “no caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena”. Percebe-se, aqui, o segundo pilar da proteção à fauna, ao fazer um tratamento diferenciado para os animais ameaçados de extinção (Farias, 2011).

No mesmo sentido, na esfera administrativa, o art. 24 do Decreto nº 6.514/08 (Brasil), no § 4º, definiu que “no caso de guarda doméstica de espécime silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode a autoridade competente, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a multa, em analogia ao disposto no § 2º do art. 29 da Lei nº 9.605, de 1998”. Veja-se, então, que é possível afastar a multa na restrita hipótese de animais que não estão ameaçados de extinção. De maneira alguma, tais previsões admitem a devolução dos animais a quem os detém irregularmente. O § 5º do art. 24 da mesma lei (Brasil, 2008) estabeleceu ainda que “no caso de guarda de espécime silvestre, deve a autoridade competente deixar de aplicar as sanções previstas neste Decreto, quando o agente espontaneamente entregar os animais ao órgão ambiental competente”. Nesse caso, deu-se um tratamento diferenciado para quem devolve os animais, em ameaça de extinção ou não, mas de maneira alguma se garantiu a sua manutenção. Mesmo em se tratando de uma relação afetiva ou de longos anos.

O art. 107 do Decreto nº 6.514/08 definiu que “após a apreensão, a autoridade competente, levando-se em conta a natureza dos bens e animais apreendidos e considerando o risco de perecimento”, deve tomar certas medidas administrativas. No que interessa a esse trabalho, definiu que

os animais da fauna silvestre serão libertados em seu hábitat ou entregues a jardins zoológicos, fundações, entidades de caráter científico, centros de triagem, criadouros regulares ou entidades assemelhadas, desde que fiquem sob a responsabilidade de técnicos habilitados, podendo ainda, respeitados os regulamentos vigentes, serem entregues em guarda doméstica provisória (Brasil, 2008).

A mesma destinação ocorre no final do trâmite do processo sancionador ambiental, nos termos do art. 134 do mesmo Decreto.

A guarda doméstica definitiva, portanto, não é aceita nem pela Lei nº 9.605/98 nem pelo Decreto nº 6.514/08. Isso, inclusive se justifica porque “viabilizar-se-ia a absurda situação de, já confirmada a infração, anuir o órgão ambiental com a continuidade delitiva, configurada em face da permanência do animal silvestre em guarda doméstica” (Brasil, 2015, p. 6).

Os regulamentos vigentes se materializam na Resolução CONAMA nº 457, de 25 de junho de 2013 (Brasil), que disciplinou especificamente

o depósito e a guarda provisórios de animais silvestres apreendidos ou resgatados pelos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, como também oriundos de entrega espontânea, quando houver justificada impossibilidade das destinações previstas no §1º do art. 25, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Como a própria ementa esclarece, o destino dos animais silvestres deve ser o retorno à natureza, não a sua manutenção doméstica. Isso se justifica pelo fato de a principal destinação do tráfico de animais ser exatamente o mercado de *pets* (Renctas, 2001; Muraoka, 2019), sendo 81% dele composto por pássaros (Charity, Ferreira, 2020). Em Santa Catarina, por exemplo, uma pesquisa demonstrou que 96% dos animais apreendidos são pássaros (Campello, 2019).

Em outras palavras, cada decisão judicial que mantém os animais silvestres em ambiente doméstico alimenta a atividade do tráfico. Isso se torna ainda mais representativo ao se considerar que, a cada 10 animais traficados, apenas um sobrevive (Renctas, 2001). Tais números já seriam alarmantes, mas isso só se agrava ao se considerar o caráter intersistêmico do meio ambiente. Cada decisão individual pode ter um efeito multiplicado no tempo. A manutenção de animais silvestres em domicílio prejudicará consideravelmente “as suas possibilidades de procriação, em razão da retirada dos espécimes do convívio natural, ocasionando um desequilíbrio ao meio ambiental” (Brasil, 2015, p. 6). Exatamente por isso, a função ecossistêmica está atrelada à manutenção da fauna silvestre em seus habitats naturais, possibilitando não apenas a sua reprodução como também a sua interação com outras espécies inseridas na cadeia alimentar e mesmo com elementos abióticos, possibilitando, dessa maneira, o equilíbrio dos ecossistemas e a prestação de serviços ecossistêmicos, essenciais à vida e ao equilíbrio do planeta, o que demanda o cumprimento das normas de proteção de fauna (*Millennium Ecosystem Assessment*, 2005).

O último pilar, e mais central deste artigo, está na ideia da vedação à crueldade com os animais (Castro Júnior; Vital, 2015). Caso se observe

o tema a partir de uma visão antropocentrista, pode-se concluir que a vedação aos maus tratos estaria conectada com a ideia dos interesses humanos (Baratela, 2014). O transcurso de tempo e a ausência de indícios de maus tratos seria o necessário para transformar o silvestre em doméstico. Ocorre que, ao se olhar o debate a partir da libertação animal de Peter Singer (2010), esse raciocínio não parece encontrar amparo. Singer defende uma noção de respeito a partir dos animais como indivíduos. Ensina que os animais têm seu próprio interesse, em si mesmo. Possuem uma relevância moral. Os animais devem ser tratados como os seres independentes e sencientes que são, e não como um meio para os fins humano (Singer, 2010).

É preciso separar o homem e o animal. Isso merece ser pensado, pois os membros do grupo explorado (aqui os animais não humanos) não podem, por eles mesmos, protestar de forma organizada contra o tratamento que recebem. Isso exige que alguém possa falar por eles (Singer, 2010). Nesse sentido, o corpo técnico do Ibama defende que existem técnicas e conhecimentos científicos de treinamento e reabilitação do Cetas que “garantem significativas chances aos animais silvestres de reverter o quadro comumente identificado no animal de uma indesejada ‘domesticação’” (Brasil, 2015, p. 9). Em outras palavras, com o uso desses recursos, é possível reintegrar os animais na natureza, mesmo que após um longo período.

A desigualdade de tratamento entre homem e animal não humano, o especismo, não deve ser acolhida. Os animais são seres sencientes, como já mencionado, pois experimentam sensorial ou emocionalmente sofrimento caracterizado como desagradável (Singer, 2002). Essas sensações e emoções precisam ser vistas a partir do olhar animal, diferenciando-o do homem. Ao ressignificar o debate a partir dessa separação de interesses, parece viável garantir o retorno para uma convivência na natureza. Nesse sentido:

36. Há muitos casos de animais que permaneceram durante dezenas de anos em posse de uma pessoa, e que, após a entrega e com assistência técnica correta que é praticada pelos Centros, formaram grupos com os demais animais da mesma espécie obtendo, inclusive, sucesso reprodutivo pós-soltura.

37. Os registros dos Cetas mostram que os animais, com técnicas científicas, porém de execução relativamente simples, assim que agrupados com seus semelhantes, perdem gradativamente os hábitos artificiais e humanizados que adquiriram ao longo da vida em cativeiro doméstico e “reaprendem” os hábitos inerentes à vida silvestre, formando casais e procriando.

38. Após o trabalho de reabilitação, muitos desses animais se tornam aptos ao retorno à natureza, oferecendo uma oportunidade de recomposição da fauna silvestre extremamente prejudicada pela sua retirada predatória. A título de exemplo, o Relatório Consolidado Geral dos Cetas referente ao ano de 2013, informa que os 25 Centros do Ibama receberam 61.990 animais entre aves, répteis, mamíferos, peixes e anfíbios, provenientes de apreensões, entregas voluntárias e resgates e realizaram 35.675 solturas, correspondentes a 57,54% dos animais recebidos (Brasil, 2015, p. 10).

Há, portanto, capacidade de reintegração na natureza em benefício dos animais não humanos. Isso materializa a vedação à crueldade. Ocorre que, caso se observe o debate em uma perspectiva antropocentrista, essa possibilidade não será identificada. Isso porque a dignidade animal precisa partir da qualidade de ser que sente, sofre, tem necessidades e direitos (Santana, Oliveira, 2006). Tratar os animais de maneira diversa se manifesta como especismo, materializado no preconceito ou atitude parcial em favor do interesse da sua espécie em detrimento de outras espécies (Silger, 2002; Oliveira; Carletto; Souza, 2019).

Há de reconhecer que existe uma crise de representação a propósito dos vínculos e limites entre o que é humano e o que é natural (Silveira, Grassi, 2014). Tal questão fica ainda mais evidente quando se propõe o estudo das decisões do Superior Tribunal de Justiça. Muitos trabalhos defendem que a aplicação das normas de proteção da fauna seria desproporcional (Farias, 2011), irrazoável e contrária à Teoria do Garantismo Penal (Leite; Santiago, 2014). Contudo, a crítica a ser feita aqui está no olhar desse debate. No interesse do homem ou do animal. Como será demonstrado em seguida, os argumentos usados nas decisões transparecem o debate antropocêntrico, o que demanda reflexão. No próximo tópico, serão trazidas as escolhas metodológicas da pesquisa.

2. METODOLOGIA

Esta pesquisa pretende analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a guarda doméstica de animais selvagens. No Supremo Tribunal Federal, o Ibama já buscou levar esse tema para a seara constitucional, mas não obteve sucesso na Reclamação nº 10.595. Por isso, foi escolhido o STJ. O cerne do debate deste artigo é o art. 26, § 1º e § 7º, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Brasil). Cabe, portanto, ao STJ, pacificar a interpretação dessa lei federal na divergência entre tribunais estaduais e federais, nos termos do art. 103, III, c, da Constituição. Isso representa a escolha de uma base de pesquisa aleatória e representativa da controvérsia na aplicação da norma (Yeung, 2017). Não foi estabelecido um marco temporal,

pois a lei de caça (Brasil, 1957) já vedava a guarda de animais silvestres antes mesmo da Constituição de 1988.

Para a coleta de dados, foi realizada uma pesquisa no site do STJ (<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>), utilizando as palavras “fauna” e “guarda”. A pesquisa se restringe a acórdãos, pois a amostra ficaria demasiadamente ampla se incluídas as decisões monocráticas que somam 374. Dos 17 acórdãos encontrados, foram excluídos os que se limitavam a discutir a responsabilidade criminal, como o AgRg no HC 519696/SC. Justifica-se esse recorte, pois essa pesquisa se volta para a responsabilidade administrativa ambiental ou ao menos para a discussão sobre a manutenção da guarda definitiva dos animais.

Acórdãos que não tratam de uma relação afetiva foram excluídos, como o AgInt no REsp 1634320/ES. Nesse, a demanda cuidava de um cativeiro de aves. Outra exclusão, que aparecia indevidamente como julgados sobre guarda afetiva para corroborar a posição do STJ sobre o assunto, é o AgInt no REsp. 1.598.747/RS. Essa decisão aborda conversão de multa. Não versa sobre guarda de animais.

Após a leitura dos julgados, foram criadas categorias de interesse da pesquisa (Yeung, 2017). No campo processo, foi incluída a informação com o número do recurso decidido pelo STJ. No espaço sobre quem tomou a decisão, decidiu-se identificar quem foi o ministro relator, para que a pesquisa avalie se existe uma coerência dentro do STJ, quanto a esses julgados. Há, ainda, interesse em saber quem é o principal ministro a capitanear o debate nessa pauta. No espaço para o resultado, identificou-se quem venceu a demanda. Se foi o dono afetivo ou o órgão ambiental. É necessário, ainda, identificar qual o animal silvestre envolvido, para saber se a correlação com o tráfico de animais se confirma. Outro aspecto relevante está no tempo da manutenção da guarda. O último fator estudado foi saber se o animal está ameaçado de extinção, ante a vedação do § 5º do art. 25 da Lei nº 9.605/98.

O resultado da pesquisa foi consolidado em 15 julgados, sintetizados, quanto às principais informações, na planilha abaixo:

Tabela 1 – Pesquisa sobre a guarda doméstica de fauna silvestre

Processo/ Recurso	Quem recorreu	Quem decidiu?	Quando	Resultado?	Animal Silvestre	Tempo de guarda	Extinção
REsp 1084347/ RS	Ibama	Ministro HERMAN BENJAMIN	DJe de 30/09/2010	Dono afetivo	Dois papagaios	25 anos	Não

REsp 1085045/ RS	Ibama	Ministro HERMAN BENJAMIN	DJe 04/05/2011	Dono afetivo	Macaco- barrigudo	19 anos	Não consta
REsp 1248050	Ibama	Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES	DJe 03/08/2011	Dono afetivo	Papagaio da espécie amazonas aestiva	Não consta	Sim
AgRg no AREsp 345926	Ibama	Ministro HERMAN BENJAMIN	DJe 15/04/2014	Dono afetivo	Papagaio	18 anos	Não consta
AgRg no AREsp 333105/ PB	Ibama	Ministra ASSUSETE MAGALHÃES	DJe 01/09/2014	Dono afetivo	Papagaio	22 anos	Não
REsp 1425943/ RN	Ibama	Ministro HERMAN BENJAMIN	DJe 24/09/2014	Dono Afetivo	Arara vermelha e arara canindé	20 anos	Sim
AgRg no REsp 1483969	Ibama	Ministro HERMAN BENJAMIN	DJe 04/12/2014	Dono afetivo	Papagaio Tafarel	20 anos	Não consta
AgRg no REsp 1457447	Ibama	Ministro SÉRGIO KUKINA	DJe 19/12/2014	Dono afetivo	Papagaios Kadu e Katrino	10 anos	Não
REsp 1650672/ SC	Ibama	Ministro HERMAN BENJAMIN	DJe 5/5/2017	Dona afetiva	Araras	10 anos	Não

AgInt no REsp. 1389418/PB	Ibama	Rel. Min. OG FERNANDES	DJe 27/9/2017	Dona afetiva	Papagaio	15 anos	Não
AgInt no AREsp 668359	Ibama	Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO	DJe 05/12/2017	Dona afetiva	Papagaios	Não consta	Não consta
REsp 1686089	Ibama	Ministro HERMAN BENJAMIN	DJe 19/12/2017	IBAMA	18 pássaros silvestres	Não consta	Não
AgInt no REsp 1260373/RS	Ibama	Ministro BENEDITO GONÇALVES	DJe 07/03/2018	Dona afetiva	Papagaios, sendo um deles papagaio-de-peito-roxo	De geração em geração	Sim
REsp 1797175/SP	Maria Angelica Caldas Uliana	Ministro OG FERNANDES	DJe 28/03/2019	Dona afetiva	Papagaio	23 anos	Não
AgRg no REsp 1480761	Ibama	Ministra ASSUSETE MAGALHÃES	DJe 16/04/2019	Dona afetiva	Sete pássaros	Não consta	Não

Fonte: elaborado pelas autoras.

Definida a amostra, dentro do marco temporal de 1998 a 2020, a técnica eleita foi a jurimetria. Trata-se de método de pesquisa baseado no uso do empirismo, combinado com análises estatísticas, aplicado ao estudo do Direito (Yeung, 2017, p. 249). Para isso, é necessário eleger as

decisões que fossem representativas do debate, não sendo exigida uma grande quantidade de decisões (Yeung, 2017, p. 251). Ao estudar os julgados sobre guarda doméstica de fauna silvestre, buscou-se desenvolver pesquisa de estatística descritiva para mostrar evidências do fenômeno e da tendência em decisões judiciais (Yeung, 2017, p. 253). Em seguida, foi acrescida uma parte qualitativa com os argumentos (Atienza, 2004) para aliar o debate com o marco teórico eleito (Singer, 2010). Passa-se, em seguida, aos resultados encontrados nesta pesquisa.

3. RESULTADO E DISCUSSÃO: UM STJ ANTROPOCÊNTRICO

Apesar de a Constituição de 1988 ter estabelecido ser comum a competência material para a proteção do meio ambiente, uma interessante constatação da pesquisa está no protagonismo do Ibama. Em 93% dos julgados, quem recorre é o Ibama, sendo o órgão estadual em apenas 7% dos casos:

Figura 1 – Gráfico de órgãos ambientais em defesa da fauna silvestre



Fonte: elaborada pelas autoras.

Note-se que, apesar do tema fauna estar na competência prevalente dos Estados, após as alterações da Lei Complementar nº 140, de 2011 (Brasil), apenas o órgão federal trazia esse debate ao Judiciário. O protagonismo do Ministro Herman Benjamin, na pauta ambiental, confirmou-se ao indicar sete casos de sua relatoria.

Quanto ao êxito, o dono afetivo tem vencido praticamente todas as demandas judiciais. Em apenas um caso, o Ibama saiu vitorioso. Os poucos exemplos de êxito, inclusive, são o argumento central para o Despacho nº 6299093/2019-GABIN (Brasil) do Presidente do Ibama, que admitiu a manutenção dos animais. Eis os resultados.

Figura 2 – Gráfico de resultado das demandas do STJ de guarda silvestre



Fonte: elaborada pelas autoras.

O protagonismo dos pássaros, como vítimas do tráfico de animais (Conectas, 2001; Charity, Ferreira, 2015, Alves, 2015) também se confirmou aqui. 14 julgados envolvem pássaros. Apenas um deles trata de um macaco.

Se considerado o tempo de guarda constante em 10 decisões, a média seria de 18 anos com os animais. Isso, contudo, deve ser observado no contexto de morosidade das decisões que alcançam o STJ. Em cinco casos, não há essa informação.

Um dos resultados mais interessantes está na ameaça de extinção. A despeito da preocupação constitucional com o risco de extinção das espécies, e a vedação expressa sobre a manutenção desses animais em ambiente doméstico, isso não encontra acolhida no STJ, como demonstra esse gráfico abaixo:

Figura 3 – Gráfico de animais em extinção



Fonte: elaborada pelas autoras.

Apesar da vedação legal do art. 25, § 5º, da Lei nº 9.605/98 (Brasil), nos termos da jurisprudência do STJ, não importa se o animal está ameaçado de extinção. Se somados os casos de espécies ameaçadas de extinção com

aqueles em que não consta a informação, isso representa quase metade dos casos. Os números do STJ, portanto, atestam uma consolidação da manutenção dessas aves com quem as compra e mantém irregularmente.

Ao se passar para os argumentos no STJ, em uma visão qualitativa, a pesquisa parece ainda mais interessante. Percebe-se com as motivações que o conceito legal de animal silvestre foi revisto. Segundo o STJ, “o longo período de vivência em cativeiro doméstico mitiga a sua qualificação como silvestre” (AgRg no AREsp 345926, Brasil).

Ao se discutir o interesse em jogo, percebe-se o antropocentrismo do debate. Isso porque consta não haver “qualquer vantagem em transferir a posse para um órgão da Administração Pública” (AgRg no AREsp 345926). A dúvida, aqui, que se põe é de quem terá vantagem nessa posição: o homem ou o animal? Como a decisão jurídica consegue avaliar essa vantagem?

O debate sobre função ecológica, extinção e crueldade parece ainda mais pertinente, pois a finalidade da lei foi a saída encontrada pelos ministros para manter o animal com o homem. Apesar de expressa a escolha pela reintrodução do animal na natureza, o STJ entende que “há que se perquirir, como bem ponderaram as instâncias ordinárias, sobre o propósito e finalidade da Lei Ambiental que sabidamente é voltada à melhor proteção do animal” (AgInt no REsp. 1.389.418/PB). Manter o animal silvestre sob a guarda doméstica é a medida que supostamente melhor protegeria o animal. Estabelecer que o detentor arque com os danos causados e custeie a sua reintrodução na natureza não aparece como uma das opções viáveis. Em caso em que se oferecia um criadouro conservacionista, apto a receber o animal, o resultado permaneceu o mesmo. O STJ manteve a guarda doméstica, apesar de o animal silvestre estar ameaçado de extinção (REsp 1248050, Brasil).

Mesmo que a biologia admita a sua reintrodução na natureza, o olhar antropocêntrico estabelece que as “circunstâncias fáticas não recomendarem o retorno ao seu habitat natural” (AgInt no AREsp 668359/RS, Brasil). Há uma inversão do interesse da fauna, como se o animal silvestre e o seu dono representassem um único interesse. Eis aqui a diferenciação da libertação animal (Singer, 2010) que demarca a crítica feita pelo artigo.

A manutenção por anos, que deveria significar a pretensão de urgência do retorno, transforma-se aqui no interesse do animal. Os anos, no entendimento enviesado do STJ, transformam o animal selvagem em doméstico. Deve-se prover a “manutenção de animal silvestre em ambiente doméstico quando já adaptado ao cativeiro por muitos anos” (AgInt no AREsp 668359/RS). O retorno ao habitat natural, segundo essas decisões, representaria prejuízo aos animais. “Retirar as araras do ambiente doméstico acarretar-lhes-ia mais prejuízo do que efetiva proteção, mormente considerando a longa permanência desses pássaros sob os cuidados da autora” (REsp 1650672/

SC). “Em atenção ao princípio da razoabilidade - deva a ave permanecer no ambiente doméstico do qual jamais se afastou em 15 anos” (AgInt no REsp. 1.389.418/PB).

Em situações em que existe largo convívio entre as pessoas envolvidas no processo e o animal apreendido pelo Ibama, deve ser mantido o “statu quo”, de forma a permanecer o animal junto ao ambiente que lhe é familiar, podendo a alteração da situação acarretar-lhe estado de solidão que, muitas vezes, culmina com sua morte (REsp 1084347/RS, Brasil).

O STJ pretende avaliar a solidão do animal. O que o conjunto de decisões parece demonstrar é que a noção de dignidade antropocêntrica da pessoa humana passa do homem para o animal. Garantir o interesse do homem continua no centro dos debates.

[A] indefinição da destinação final do animal viola nitidamente a dignidade da pessoa humana da recorrente, pois, apesar de permitir um convívio provisório, impõe o fim do vínculo afetivo e a certeza de uma separação que não se sabe quando poderá ocorrer (Brasil, 2014).

O vínculo afetivo humano permanece em destaque. Não há aqui uma preocupação com a dignidade animal, mas apenas com a humana.

Sobre esse ponto, é importante salientar que um animal silvestre não se transforma em doméstico em razão da convivência com seres humanos, mesmo que por muitos anos de sua vida. A domesticação de animais silvestres é um processo longo, que demanda várias gerações, e que não é possível para a maior parte das espécies silvestres do planeta. A domesticação envolve alteração genética da espécie, que passa a ser diferente de seus ancestrais silvestres e somente é possível quando diversas condições são simultaneamente atendidas, como, por exemplo, tratar-se de espécies que amadurecem rapidamente, conseguem se reproduzir em cativeiro, adaptam-se facilmente a mudanças em seus estilos de vida, vivem em rebanhos, o que os torna mais facilmente controláveis pelos seres humanos (National Geographic, 2019).

O ministro Og Fernandes, que aparece nos destaques da relevância política deste tema (Rodrigues, 2019) elaborou um acórdão longo em que, tratando do direito animal, pretensamente reconhece a sua dignidade, para, ao final, mantê-lo na guarda doméstica. (REsp 1797175/SP, Brasil). Impressiona que, após citar várias fontes doutrinárias sobre o direito dos animais, se coloca para eles uma visão humana para o seu bem-estar.

O único caso em que o Ibama venceu a demanda judicial reforça o olhar antropocêntrico do STJ. Com base em critérios subjetivos como “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”, dependentemente das circunstâncias do caso concreto “exigiu que incumbe ao beneficiário simultaneamente provar, como ônus seu, o genuíno caráter de ‘guarda doméstica’ e não se tratar, ‘ainda que somente no local da infração’, de ‘espécie silvestre ameaçada de extinção’” (REsp 1797175/SP). Aqui, o diferencial estava no vínculo afetivo entre o infrator e o animal. Como as decisões demonstram, o fato de estar ameaçado de extinção não vem impedindo que o STJ mantenha os animais com seus “donos”. A questão intersistêmica também não encontra espaço, menos ainda o que seria cruel. Os olhos do homem direcionam o olhar do tribunal sobre a proteção da fauna.

CONCLUSÃO

Respondendo às perguntas formuladas neste trabalho, a guarda doméstica de animais silvestres no STJ reconhece um direito do homem. O interesse do animal está atrelado ao interesse de seu “dono”, como se a noção de homem e fauna tivessem uma necessária identificação.

Apesar de saber que existe uma posição majoritária firmada no STJ sobre esse tema, este artigo pretendeu fazer uma análise das decisões a partir dos três pilares constitucionais definidos para o equilíbrio na proteção dos animais silvestres: a) função ecológica; b) extinção; e c) maus tratos.

Caso se reconheça a relação desses animais em termos intersistêmicos, quanto à função ecológica, sabe-se que a sua manutenção doméstica significa menos animais (por inviabilidade de reprodução), além de incentivo ao tráfico de espécies silvestres. Perde-se, na biodiversidade brasileira, cada vez que um desses animais for mantido distante da natureza. Em 93% dos casos, o dono afetivo permaneceu com os animais e isso representou uma média de 18 anos. Os efeitos serão ainda mais sérios, caso se considere que as fiscalizações ambientais federais e as demandas judiciais cessaram a partir do novo entendimento do Ibama (Brasil, 2019).

Ao se pretender migrar para os riscos de extinção, a vedação normativa não foi suficiente. O STJ reiteradamente mantém os animais em extinção com os seus “donos afetivos”. Quase metade das decisões não incluem o tema, ou desconsideram a extinção, para manter o interesse humano. O perigo parece se agravar ao se perceber que os animais que estão mais em ameaça são os pássaros. Eles são as principais vítimas do tráfico, já que o mercado de consumo é o de *pets*.

O último pilar é o que mais impressiona: os maus tratos dos animais. Segundo o entendimento do STJ, se há uma manutenção por longos períodos, não houve maus tratos. Transforma-se, aqui, uma privação do animal na natureza em afeto. A manutenção do animal em cativeiro é para garantir a sua dignidade, o que atesta o quanto a visão utilitarista dos animais permanece arraigada nos tribunais.

A pesquisa não pretendeu resolver o difícil problema da proteção de fauna, mas ao menos chamar a atenção para a ausência de singularidade nessas soluções. Não é apenas uma arara ou só um macaco. Em meio ambiente, essa relação não está dissociada. Os efeitos demoram a aparecer, mas a inação em relação à constante retirada ilegal de animais silvestres e a permissão de que continuem com seus donos afetivos acaba por incentivar o tráfico e, com isso, a promover o desequilíbrio ecossistêmico.

Caso se pretenda, de fato, garantir o bem-estar animal, a posição de superioridade dos homens na relação precisa ser revista. Faz-se necessária uma liberação animal. Ao invés de perpetuar a manutenção doméstica, obrigar que a gestão estatal efetive a reintrodução desses animais na natureza. Custa caro, sabe-se. Isso não significa ser inviável. A pesquisa pretendeu, então, chamar atenção para outros caminhos, que não se pautem na visão instrumental do interesse humano e clama por mais direitos da natureza no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES, M. M. *Fauna silvestre usada como animais de estimação no semiárido brasileiro*. 2015. 53f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Ecologia e Conservação – PPGEC) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, 2015.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. México: UNAM, 2004.

AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARATELA, Diane Fernandes. Ética ambiental e proteção do direito dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal - Brazilian Animal Rights Journal*, Bahia, v. 9, n. 16, maio/abr. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/12119>. Acesso em: 3 mar. 2023.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria Geral Federal. Procuradoria Federal especializadas junto ao Ibama. *Orientação Jurídica Normativa N 3/2009/*

PFE/IBAMA. Guarda doméstica de animais silvestres. Brasília, 2015. Disponível em: <https://docplayer.com.br/23626119-Orientacao-juridica-normativa-no-03-2009-pfe-ibama-revista-e-ampliada-em-junho-de-2015.html>. Acesso em: 17 jun. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei. PL 6054/2019 (Nº Anterior PL: 6799/2013)*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/601739>. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 31 abr. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. *Resolução n 457, de 25 de junho de 2013*. Dispõe sobre o depósito e a guarda provisórios de animais silvestres apreendidos ou resgatados pelos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, como também oriundos de entrega espontânea, quando houver justificada impossibilidade das destinações previstas no § 1º do art. 25, da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=695>. Acesso em: 17 maio 2023.

BRASIL. *Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008*. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 31 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967*. Proteção a fauna. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15197.htm. Acesso em: 31 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 5 maio 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 5 maio 2023.

BRASIL. *Lei nº 10.405, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o código civil. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 2 set. 2022.

BRASIL. *Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011*. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 5 maio de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 333.105/PB*, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014. Brasil, 2014a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301223521&dt_publicacao=01/09/2014. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 345.926/SC*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 15/04/2014. Brasil, 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301534563&dt_publicacao=15/04/2014. Acesso em: 16 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 668359*, Rel. Ministro O NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 5/12/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1661363&num_registro=201500438888&data=20171205&peticao_numero=201700439769&formato=PDF. Acesso em: 16 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1634320/ES*, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 23/05/2017. Brasil, 2017a. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602818227&dt_publicacao=23/05/2017. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no REsp 1389418/PB*, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017. Brasil, 2017b. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/>

SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201302113244&dt_publicacao=27/09/2017. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1084347/RJ*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 30/09/2010. Brasil, 2010, Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=896708&num_registro=200801836879&data=20100930&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 16 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1425943/RN*, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 24/09/2014. Brasil, 2014b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201304146378&dt_publicacao=24/09/2014. Acesso em: 16 jun. 2023.

CAMPELLO, Michelle Fernandes de Faria. *Diagnóstico da fiscalização ambiental afeta à fauna silvestre nativa no Estado de Santa Catarina*. Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Biológicas, Programa de Pós-Graduação em Perícias Criminais Ambientais, Florianópolis, 2019.

CARCAMO, Anna Maria. Caso do papagaio verdinho e a transição de paradigma na jurisprudência brasileira. In: LACERDA, Luiz Felipe (org). *Direitos da Natureza: marcos para a construção de uma teoria geral*. São Leopoldo, RS: Casa Leiria, 2020.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de; VITAL, Aline de Oliveira. Direitos dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 18, 2015. p. 154 e 155. Seção de Direito Constitucional. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/issue/view/1071/showToc>. Acesso em: 1º jul. 2023.

CHARITY, S., FERREIRA, J.M. *Wildlife Trafficking in Brazil*. TRAFFIC International, Cambridge, United Kingdom, 2020.

CIRNE, Mariana Barbosa. ENFOQUE DOGMÁTICO PARA O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 16, n. 35, p. 219-244, out. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v16i35.1584>. Acesso em: 23 jul. 2023.

DIAS, Eduardo Rocha. Proteção constitucional do meio ambiente e princípio da precaução. *Pensar - Revista de ciências jurídicas*, Fortaleza, v. 22, n. 1, p. 147-169, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3621>. Acesso em: 16 maio 2021.

FARIAS, Camila Garcia de. *Animais silvestres em situação de domesticação*. 60 fls. Monografia (Curso de Graduação em Direito). Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul, Tubarão, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2014.

LEITE, Kátia Lima Sales; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Apreensão de animais silvestres domesticados: garantismo, razoabilidade e proporcionalidade. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 19, n. 117, fev./maio 2017, p. 148-169. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/issue/view/128> Acesso em: 1º jul. 2023.

MILLENNIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, 2005. Disponível em: <https://www.millenniumassessment.org/en/index.html>. Acesso em: 1º set. 2021.

MOURA, Angela Acosta Giovanini. A sociedade de risco e o desenvolvimento sustentável: desafios à gestão ambiental no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 29-49, dez. 2012. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2012.3063>. Acesso em: 13 jul. 2023.

MURAOKA, Tânia Rumi. *Tráfico de fauna silvestre pelos correios no Brasil: uma análise quantitativa e qualitativa*. Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Biológicas, Programa de Pós-Graduação em Perícias Criminais Ambientais, Florianópolis, 2019.

NATIONAL GEOGRAPHIC. Disponível E: <https://www.nationalgeographic.com/animals/article/domesticated-animals>. 2019. Acesso em: 1º set. 2021.

OLIVEIRA, Micheline Ramos de; CARLETTO, Sheila; SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. Um olhar antropológico sobre o especismo e movimentos de defesa dos animais. *RBD4*, Salvador, v. 11, n. 23, p. 81-111, set./dez. 2016.

RENTAS. *1º Relatório Nacional Sobre o Tráfico de fauna Silvestre*. Ambiente Brasil – Tráfico de Animais Silvestre. 2014. Disponível em: <http://www.rentas.org.br/>

wp-content/uploads/2014/02/REL_RENCTAS_pt_final.pdf. Acesso em: 16 jun. 2023.

RODRIGUES, Sabrina. Para beneficiar ministro do STJ, presidente do Ibama libera posse de papagaios. 21 de novembro de 2019. *O eco*. Disponível em: <https://www.oeco.org.br/noticias/para-beneficiar-ministro-do-stj-presidente-do-ibama-libera-posse-de-papagaios/>. Acesso em: 15 jul. 2021.

SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda responsável e dignidade dos animais. *RBD A*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 67-104, 2006.

SCHMITT, Jair; SCARDUA, Fernando Paiva. A descentralização das competências ambientais e a fiscalização do desmatamento na Amazônia. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 5, p. 1121-1142, set./out. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122015000501121&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 10 maio 2023.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da; GRASSI, Karine. Configuração e justificação de um direito fundamental ao meio ambiente à luz dos conceitos de meio justo e de natureza-projeto em François Ost / Setting and justification of a fundamental right to the environment. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 76 - 93, jul. 2014. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/dep.2014.8198>. Acesso em: 13 jul. 2023.

SINGER, Peter. Libertação animal. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

SINGER, Peter. *Vida Ética*: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Tradução de Alice Xavier. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

STJ. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 14 jul. 2023.

YEUNG, Luciana. Jurimetria ou Análise Quantitativa de Decisões Judiciais. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 249-274. Disponível em: <http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2023.

Recebido: 04/05/2024
Aprovado: 27/05/2024

O PAPEL DO ESTADO NA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO DOS APENADOS E NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: FORMAÇÃO DE UM NOVO MERCADO PARA A MÃO DE OBRA

THE ROLE OF THE STATE IN THE PRECARIOUSNESS OF THE WORK OF PRISONERS AND IN EMPLOYMENT RELATIONS: FORMATION OF A NEW MARKET FOR LABOR

Renato de Almeida Oliveira Muçouçah¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. A formação ideológica da disciplina no presídio por meio do trabalho. 2. O trabalho dos apenados no mercado de trabalho. 2.1. A ideologia contratual no mercado trabalho. 2.2. O trabalho dos apenados e a (possível) formação de um “mercado prisional de mão de obra”. 3. O mercado de trabalho e a mão de obra precarizada. Conclusão. Referências.

¹ Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

RESUMO: O texto analisa a possível formação de mercado de mão de obra precarizado com patrocínio estatal. São estudados, comparativamente, o trabalho no cárcere e aquele desenvolvido por diversos trabalhadores livres; estes últimos se mostram com baixa remuneração e prestação de serviços que acabam por violar diversos direitos sociais, ao passo que o labor prisional engendra ganhos escassos e assunção de diversos riscos da atividade econômica patrocinada pelo próprio Estado, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal. Fez-se necessário o estudo dialético de como é operado em rede o sistema panóptico de vigilância tanto no trabalho dos apenados realizados sob formas jurídicas as mais diversas quanto na disciplina imposta aos trabalhadores privados. Constatou-se no trabalho livre o mesmo sistema de vigilância existente no trabalho dos apenados, pela ideologia que permeia o contrato de emprego. Ademais, buscou-se dedutivamente estabelecer hipóteses quanto às possíveis consequências do patrocínio estatal ao fomento da precarização generalizada de um nicho do mercado de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Mercado de Trabalho. Trabalho das Pessoas Apenadas. Neoliberalismo e Ultraliberalismo. Panoptismo Laboral. Precarização das Relações de Trabalho.

ABSTRACT: The text analyzes the possible formation of a precarious labor market with state sponsorship. The work in prison and that carried out by various free workers are studied comparatively; the latter are shown to have low pay and provision of services that end up violating various social rights, while prison labor generates meager earnings and the assumption of various risks of economic activity sponsored by the State itself, according to the decision of the Federal Supreme Court. It was necessary to carry out a dialectical study of how the panoptic system of surveillance is operated in a network, both in the work of prisoners carried out under the most diverse legal forms and in the discipline imposed on private workers. The same system of surveillance that exists in the work of convicts was observed in free work, due to the ideology that permeates the employment contract. Furthermore, an searched was made to deductively establish hypotheses regarding the possible consequences of state sponsorship in promoting the widespread precariousness of a niche in the labor market.

KEYWORDS: Job Market. Prisoner Work. Neoliberalism and Ultraliberalism. Labor Panopticism. Precarious Work Relationships.

INTRODUÇÃO

As constantes tensões entre trabalho e capital no curso da história foram e ainda são mediadas tanto pelo Estado quanto por tomadores de serviços privados que, em conjunto com a classe que vive de seu labor, formam o que comumente se chama de mercado de trabalho. Este último, por sua vez, encontra-se umbilicalmente vinculado às crises econômicas e às respostas que se procura dar a elas. Recente exemplo de tal fato deu-se com a promulgação da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como reforma trabalhista, a qual foi apresentada e divulgada pelos Poderes Executivo e Legislativo como solução para altos índices de desemprego existentes no Brasil à época de sua promulgação.

A reforma trabalhista, franca e abertamente favorável à classe empresarial, surgiu no contexto de um projeto econômico ultraliberal de flexibilização (ou mesmo desregulamentação) de direitos dos trabalhadores combinado com políticas de austeridade fiscal do Estado, gerando empregos com custos sociais significativamente reduzidos e a institucionalização de formas híbridas de contratação de serviço, como o contrato de trabalho intermitente, consubstanciando-se em política direcionada à precarização do trabalho humano.

Lado outro, é um tanto negligenciada a relação entre trabalho e cárcere, assim como o papel dos apenados na composição do mercado de trabalho. Historicamente, após o advento da Revolução Industrial, as antigas casas de correção buscavam disciplinar e educar massivamente a pessoa humana para que esta se tornasse dócil e servil à nascente indústria. As políticas de inserção social dos apenados obtiveram mudanças significativas e, de fato, ao lado da formação educativa, o trabalho do apenado é inegável fórmula de integração da pessoa humana à sociedade e à sua sociabilidade, para além de qualificá-la profissionalmente, como previsto na Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).

A economia política prisional, porém, tem buscado parcerias com a iniciativa privada para gestão do cárcere e, sobretudo, o proveito da mão de obra lá encontrada, que pode ser paga por serviços prestados em patamares inferiores ao salário mínimo legalmente estabelecido, com a completa assunção dos riscos da atividade pelo Estado, visto que a essas relações não se aplicam os direitos estatuídos na Consolidação das Leis do Trabalho.

A Constituição Federal de 1988 prevê o salário mínimo como direito social fundamental dos trabalhadores e por esta razão, no ano de 2015, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 336, do Distrito Federal, sustentando que a remuneração mínima do trabalho prisional em $\frac{3}{4}$ (três quartos) do

salário mínimo, prevista no artigo 29 da Lei de Execução Penal, não foi recepcionada pela Carta Magna.

A ADPF 336/DF foi julgada improcedente por maioria pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2021, por motivações impregnadas pela mesma ideologia ultraliberal que norteou a assim chamada reforma trabalhista, sem se preocupar com o que daí adviria: precarização do trabalho em escala ainda mais larga e aproveitamento de mão de obra de baixo valor, fato que, no limite, poderá desvirtuar até mesmo o conceito de livre iniciativa, por criar concorrência desleal.

Busca-se analisar primordialmente o encontro entre labor no cárcere e mão de obra livre no mercado de trabalho da atualidade, objetivando-se verificar se há, em curso, a promoção da precarização do trabalho humano por meio de um dos braços do Estado, a saber, o Poder Judiciário, detendo-se o texto na análise do julgamento da ADPF 336/DF, bem como seus possíveis impactos na formação do mercado de trabalho.

Ademais, tangencialmente, será examinada a postura dos Poderes Executivo e Legislativo quanto a propostas de privatização do sistema penitenciário (e seus impactos quanto ao trabalho dos apenados) e concessões para que entes privados explorem a mão de obra das pessoas reclusas em unidades prisionais, a verificar se há impactos dessas medidas na formação do mercado de trabalho citado no tópico anterior. Com o mesmo intuito, o texto analisará se a desregulamentação das leis de proteção ao labor humano, que atingiram seu ápice com o advento da reforma trabalhista, também contribuem na construção desse mercado.

Para alcançar seus objetivos, o estudo necessita adentrar em tópicos que ultrapassam o direito do trabalho, de modo a enveredar-se no diálogo interdisciplinar com o direito penal e outras searas do conhecimento humano, o que exige a análise dedutiva da bibliografia apontada ao final do texto. Ademais, valendo-se do método hipotético-dedutivo, buscar-se-á a verificação da possibilidade do surgimento de um novo mercado de trabalho e as consequências daí advindas. O método dialético, por seu turno, permitirá aferir as incongruências entre os discursos que prestigiam o trabalho dos apenados e a realidade por eles vivenciada, máxime após a análise do julgamento da ADPF 336/DF.

1. A FORMAÇÃO IDEOLÓGICA DA DISCIPLINA NO PRESÍDIO POR MEIO DO TRABALHO

O nível de crueldade das penas, especialmente aquelas de natureza criminal, permite mensurar a dimensão do processo evolutivo civilizatório do povo que as elabora. A própria *lex talionis*, considerando-se o período primitivo em que foi concebida, já proibía ao agredido praticar, contra seu

agressor, mal maior do que sofrera. Ainda assim, caracterizava-se nela a ideia de vingança que, fugindo cada vez mais ao arbítrio individual, torna-se delegada a terceiros – muito mais à frente, apenas ao Estado. Penas de morte, mutilação, esquartejamento, enterramento de pessoa viva, suplícios e torturas, aos poucos, começaram a transitar da esfera privada para a pública.

Ainda que cruéis e claramente distintivas em relação ao *status* ou estamento em que se encontrava a pessoa condenada, a pena “tem que ser observada e interpretada tanto em cada cultura como em cada fase histórica, de acordo com a respectiva forma do grupo político” (Nogueira, 1938, p. 17). Ao longo dos séculos, vê-se cada vez mais o desprestígio da ideia de eternidade da pena que deve ou deveria ser aplicada a quaisquer pessoas que atentem contra o ordenamento jurídico penal.

No Brasil, o modelo prisional foi trazido como regra a partir das influências da Europa e, muito especialmente, da aplicação do direito canônico tanto nas metrópoles quanto em suas colônias. Por volta do século XVI, já sob a ótica da filosofia liberal, Holanda e Inglaterra tornaram-se precursoras do sistema da prisão como regra para cumprimento ou execução da pena: o liberalismo clássico infere que, se o maior bem do ser humano é a liberdade, torna-se quase óbvio que restringi-la ou retirá-la de alguém só poderá significar a pior represália possível que o Estado poderá aplicar em desfavor de quem atente contra suas leis (Nogueira, 1938, p. 81-85).

Eugênio Raúl Zaffaroni sustenta, com acerto, que o sistema penal possui a força aparente de um artefato bélico porque, em tese, pode criminalizar indistintamente toda a população. Tal sistema, contudo, “está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis” (Zaffaroni, 1991, p. 27). Bem por isso, como cita o autor à mesma folha, “os órgãos executivos têm ‘espaço legal’ para poder exercer poder repressivo sobre qualquer habitante, mas operam contra e quem decidem”.

A verdadeira separação entre o terror e a lei, limitada pela ação legiferante e, acima de tudo, pelo estabelecimento de normas constitucionais, é fenômeno que remonta ao século XVIII. Como bem adverte Michel Foucault (2002), os discursos que advieram após a ascensão da burguesia ao poder conferiram à ciência o fator de discriminante política. Tal forma de se analisar a sociedade criou verdadeiros discursos de poder. Mais ainda: discursos que criam a verdade e, por isso, afetam toda a vida social, que passou a ser por eles guiada.

Representando os interesses da nascente classe detentora dos meios de produção, o Estado passa a organizar o monopólio da violência física e, a partir de então, constitui-se toda a produção do discurso jurídico que recai na esfera cotidiana dos indivíduos e das coletividades. Ademais, a execução

técnica do poder capitalista criou, em parlamentos e empresas, dispositivos comportamentais e micropoderes privados (como, aliás, existe o indiscutível poder diretivo do empregador nas relações trabalhistas).

As relações entre trabalho, lei e cárcere, conforme bem se verificará alhures, são antigas. A conexão entre apenados e trabalhadores já se iniciou desde o princípio panóptico, muito bem descrito por Foucault (2007). Segundo este autor, as premissas do panóptico são bem conhecidas: há uma construção no centro de determinado local e, no meio dela, uma torre. Todo esse prédio, desenvolvido em formato circular, possui diversas celas, nas quais há duas portas ou janelas: quando em uma delas adentra a luz do Sol, na outra reflete-se a sombra, as silhuetas, a possibilidade de se verificar o que cada habitante daquela célula está a fazer. Por outro lado, a torre em que tudo se vê e controla deve estar sempre bem apagada, na penumbra, a fim de que o detento não consiga saber quando, como e quantas pessoas estão a vigiar seu comportamento (invariavelmente denunciado pela luz).

Pode-se falar que existem olhares e olhos que não são visíveis e, ao mesmo tempo, apresentam-se, ao menos potencialmente, como múltiplos. Sempre se vê tudo o que faz a pessoa recolhida à célula, sem permitir que esta pessoa venha a verificar ou mesmo saber quem a fiscaliza à distância – nem mesmo se, efetivamente, alguém está ou não a controlá-la.

No modelo panóptico, a ideia da punição efetiva cede ao medo da vigilância: está-se ou não a ser controlado, e não se sabe quem e quantos veem o apenado, que, por medo da relatada vigilância, passa a ser domesticado.

Insta frisar que o desenvolvimento das novas tecnologias da informação (muito especialmente as câmeras digitais e a internet) fez reviver formas de punir e controlar qualquer pessoa se valendo de estratégias semelhantes, mas extremamente mais eficazes que aqueles concebidos no século XVIII. Tal poder deverá ser visível (o apenado precisa ter pleno conhecimento de que está a ser controlado), mas, ao mesmo tempo, esse poder será inverificável – o encarcerado não poderá saber se está sendo vigiado e, sobretudo, quem o vigia. Nessa ideologia prisional, a eficácia da punição acaba por ser transferida à própria figura do detento. Por tais razões, o apenado vê-se obrigado, por seu próprio temor, a submeter-se à docilidade para com os desideratos do Estado, a fim de que seja moldado para o mercado de trabalho.

Não sem motivos Foucault (2007) relaciona, de maneira bastante direta, fábricas e prisões: em ambas, as aleatórias e incessantes inspeções fiscalizatórias – ou o temor delas – têm como objetivo último a disciplina e homogeneização dos corpos, a fim de torná-los dóceis e submissos aos interesses da nascente classe burguesa, bem como às suas máquinas e leis.

Além disso, como bem pondera Pachukanis,

Nesta época, a justiça penal já não é mais para os detentores do poder, um simples meio de enriquecimento, mas um meio de repressão impiedosa e brutal, sobretudo para os camponeses que fugissem à exploração intolerável dos senhores e do seu Estado, assim como também para os vagabundos, para os mendigos etc. o aparelho da polícia e da inquisição começa a ocupar uma função proeminente. As penas tornam-se meios, seja de exterminação física, seja de terrorismo. É a época da tortura, das penas corporais, das mais bárbaras execuções capitais (1988, p. 123).

Esse cenário de terror para a classe trabalhadora foi patrocinado pelo Estado pela inconstância na oferta de mão de obra e baixa produtividade do trabalho. Antes disso, os proprietários dos meios de produção, para obter força de trabalho no mercado de mão de obra livre, eram obrigados a pagar altos salários e garantir boas condições de trabalho aos subordinados. Esse cenário otimista aos trabalhadores era – e em grande medida ainda é – um obstáculo à acumulação primitiva de capital necessária para a expansão de projetos de *empreendedorismo capitalista*.

No afã de amoldar a sociedade aos projetos industriais burgueses, o patronato recorreu ao Estado para usar suas máquinas legislativa e administrativa para restringir os avanços e melhorias alcançados por esse recém-formado proletariado. A legislação, nessa época, chegou ao ponto de determinar que o trabalhador aceitasse a primeira oferta de trabalho que lhe fizessem, independentemente das condições oferecidas, sob pena de prisão (Melossi; Pavarini, 2010).

Outra forma encontrada para a regulação do valor dos salários, segundo a tese de Rusche e Kirchheimer (2004), foi o uso do trabalho forçado com o advento das casas de correção ou casas de trabalho. Para atender aos donos do meio de produção, o Estado, em seu serviço, liga as ideias de vagabundagem e incorreção ao crime e às cadeias, pois é dentro da instituição pública do cárcere que os corpos adquirem a necessária disciplina para atender aos privados interesses da burguesia.

Melossi e Pavarini ainda alertam que a função das casas de correção também se dava no que concernia à regulação dos salários, e buscava “reformular os internos através do trabalho obrigatório e da disciplina” (2010, p. 36).

Esta gênese panóptica de punição, disciplina árdua e vigilância ostensiva propiciada pelo Estado, em larga medida existente até hoje, uniu trabalho e pena em escala jamais vista, lastreando tal matrimônio sob um mesmo “deus”: obediência e respeito absolutos à hierarquia, seja ela pública ou privada. Como se vê, resta dado um novo significado ideológico para o trabalho, que passou a ser um valor em si mesmo, uma atividade nobre e repleta de hierarquias. O trabalho tornou-se, então, o estado normal dos seres humanos, enquanto não trabalhar era tido como anormal (Bauman, 2000).

Daí surge a ética do trabalho, que deveria combater, destruir e erradicar a tendência do homem medieval a evitar o trabalho extenuante imposto pela nova realidade econômica. A esse respeito, Zygmunt Bauman é esclarecedor:

Quando o conceito fez sua aparição no debate político, o insalubre e perigoso costume que a ética do trabalho devia combater, destruir e erradicar se apoiava na tendência - muito humana - a considerar suficientes as necessidades próprias de subsistência e a limitar-se a satisfazê-las. Nada mais. Uma vez supridas essas necessidades básicas, os trabalhadores “tradicionalistas” não encontravam sentido em seguir trabalhando ou ganhar mais dinheiro; depois de tudo, para quê? Havia outras coisas mais interessantes e dignas de se fazer, que não podiam ser compradas, e não podiam ser feitas caso se passasse o dia correndo atrás de dinheiro. Era possível viver decentemente com muito pouco; o limite do que se considerava digno já estava fixado e não havia porque atravessá-lo; uma vez alcançado o limite, não havia urgência alguma para subir/crescer (2000, p. 18-19, em tradução livre).

A ética capitalista do trabalho busca promover certos ditames disciplinares, por meio dos quais o indivíduo deverá trabalhar com todas as suas forças, minuto por minuto, ainda que não enxergue qualquer motivo ou sentido para tal. Assim é que se impôs uma disciplina mecânica, direcionada para habituar trabalhadores a obedecerem sem pensar e cumprirem tarefas cujo sentido lhes escapa. Na prática, a ideologia patronal deu início a uma verdadeira cruzada para impor controle e subordinação aos trabalhadores dentro do cárcere e fora dele, como a ameaça de prisão aos ditos “vagabundos”.

2. O TRABALHO DOS APENADOS NO MERCADO DE TRABALHO

2.1. A ideologia contratual no mercado trabalho

A liberdade individual de celebrar pactos encontra no contrato não só o símbolo, mas também o instrumento de atuação negocial, a pretender mais intensa circulação de riquezas sob proteção do Estado. Por meio do instrumento contratual é possível escolher as esferas obrigacionais existentes, por exemplo, entre empregados e empregadores.

No plano factual a liberdade das partes mostrou-se inexistente nos contratos individuais de trabalho firmados entre empregados e empregadores porque, como quer Enzo Roppo, a ideia de que a autonomia e a liberdade de contratação atuam em benefício de toda a sociedade é falsa. A liberdade de contratar, ao menos neste caso, beneficia apenas a classe detentora dos

meios de produção e, portanto, atende aos seus interesses; não se pode considerar, na visão do citado autor, que tais interesses ou a força de trabalho e seu produto sejam equivalentes, porque no contrato de trabalho “a troca é substancialmente desigual, *deve ser* desigual para garantir ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais-valia” (Roppo, 1988, p. 40). Por isso o contrato permite antecipar todo o cálculo de quanto se deverá pagar a alguém para que esta pessoa produza mais do que lhe é pago, a fim de beneficiar o tomador de serviços.

Em virtude da junção de todas as normativas *intra* e *extraempresariais* existentes, que variam entre plano de cargos e salários, regulamento interno da empresa, previsões contratuais dispostas de maneira uniforme no recrutamento de trabalhadores, diplomas negociados coletivos, bem como portarias, decretos e leis, quando um empregado é admitido nesse modelo de contratos de adesão (gênero que abarca a espécie contrato individual de trabalho), o empregador-contratante já poderá calcular previamente os custos que tal contrato lhe trará num determinado período, bem como poderá prever qual cifra o subordinado deverá produzir para que possa trazer o maior lucro possível a ele, empregador, a fim de que seja mantida a relação contratual entre o dador de ordens e o obreiro.

Alain Supiot (2016) demonstra, por meio da experiência jurídica francesa, como se forma e se compreende a aplicação das leis de proteção ao (mercado de) trabalho atual: a dependência econômica. Tanto a jurisprudência quanto a doutrina jurídica francesa temiam que, a julgar-se como digno de proteção apenas o trabalho dependente, poder-se-ia proteger o labor de categorias economicamente mais frágeis. Todavia, diante de trabalhos e trabalhadores mais especializados, o conceito de dependência poderia não conseguir encaixar-se ou se encontraria sublimado, afastando-os da tutela justralhista, fato este que, a rigor, suscitaria imensas discussões.

Passa-se a focar, pois, o trabalho em que existam relações hierárquicas num contrato privado. Tem-se, doravante, o conceito de subordinação como elemento-chave para que seja caracterizada certa relação de emprego, de maneira a afastar-se, por exemplo, a impossibilidade de não se aplicar a legislação protetiva, por exemplo, aos trabalhadores em domicílio.

O conceito, *de per se*, encontra-se correto. Como bem explica Everaldo Gaspar Lopes de Andrade (2022), o capital subordina e sempre subordinará o trabalho, e é por isso que a *subordinação* se apresenta como grande traço distintivo de outras relações de trabalho não protegidas em lei. O trabalho prestado por pessoa física de forma estritamente pessoal, que não se trate de mero evento (ou seja, habitual), mediante remuneração, que se relacione com atividades primárias ou secundárias da empresa e seja prestado sob subordinação, portanto, é aquele a ser juridicamente protegido, tendo-se em conta a ciência jurídica trabalhista que passa a surgir após a Revolução

Industrial. Mesmo o trabalho clandestino possui tais requisitos, eis que a relação jurídica entre as partes poderá vir a ser reconhecida, geralmente *ex post facto*, pelo judiciário trabalhista.

Ainda conforme o citado autor, o grande problema jurídico-trabalhista foi pensar que o caráter irrenunciável, inderrogável, indisponível e de ordem pública que caracterizam as normas de proteção ao trabalho humano promoveriam pacificação e conciliação de classes que, mesmo tendo interesses conflitantes, tornariam – por força de lei – temas secundários os antagonismos e contradições entre capital e trabalho. A precarização das relações de emprego, fenômeno este que vem sendo chamado como uberização das relações de trabalho, não apenas impõe ao direito do trabalho a necessidade de seu alargamento protetor, como também demonstra a atualidade da luta de classes e sua leitura da realidade.

Entre o final do século passado e as primeiras décadas deste atual, os trabalhadores, como não se via há mais de cem anos, têm recebido na própria pele a paga por um pecado por eles jamais cometido: sucessivas crises econômicas, típicas do atual sistema capitalista financeiro-especulativo, têm levado Estados a desonerar empresas e *flexibilizar* – ou até mesmo *desregulamentar* – direitos trabalhistas, em afronta genuína aos postulados da ciência jurídica laboral. Cria-se, pois, verdadeiro direito do trabalho de exceção, o qual só vem a favorecer os dadores de ordens e, no limite, coloca em xeque até mesmo o princípio de proteção ao trabalhador, o qual constitui fundamento primeiro do direito do trabalho.

2.2. O trabalho dos apenados e a (possível) formação de um “mercado prisional de mão de obra”

Em texto redigido no já distante ano de 1944, Karl Polanyi (2021) ressalta que as formas estatais existentes podem constituir-se de maneiras diversas, mas a palavra última acerca da condição operária sempre estará com a sociedade (e não necessariamente com a forma de Estado). Por mais que se vivam tempos nos quais o trabalho humano, na prática, é mercadoria vendável, o afastamento entre o homem e o único produto que este tem a oferecer – a venda de sua força de trabalho – somente poderá existir à medida que mais direitos houver em favor dos trabalhadores, para que se dignifique sua produção. Também se pode afirmar que, com esses direitos trabalhistas ora genericamente citados, o trabalhador encontrará maior liberdade para não se ver preso às amarras da sociedade mercantil que começa a esquadrinhar-se a partir das Revoluções Industrial e Francesa.

O trabalho exercido pela pessoa apenada quase não é debatido no direito do trabalho, e provavelmente tal fato ocorra porque o labor do encarcerado se encontra tutelado pelos artigos 28 e seguintes da Lei n.

7.210/84 (Lei de Execução Penal), a qual trata o trabalho como direito e dever social do preso, com finalidade *educativa e produtiva*.

Deixe-se claro, desde já, que o trabalho do apenado não é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho por expressa determinação legal (art. 28, § 2º da Lei n. 7.210/84) e, sobretudo, que este não poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ (três quartos) do salário mínimo (art. 29, *caput*). Noutro falar, o trabalho do preso, pelo simples e só fato de possuir finalidades *educativa e produtiva*, acaba por ser indigno de alcançar até mesmo o valor mínimo a ser pago por qualquer relação de emprego, sem consectário legal algum.

Tal legislação – já vigente há quase quarenta anos no Brasil – centra-se num modelo que pode ser claramente compreendido como ultraliberal: a premissa de que o trabalho do apenado busca sua integração à sociedade, tal como previsto no artigo 1º da Lei de Execução Penal, não se sustenta de maneira alguma, pelas razões abaixo expostas.

Ao se notar que os índices de reincidência criminal no Brasil, em média, ultrapassam a casa dos 50% (cinquenta por cento) e, a depender do Estado-membro, conforme pesquisa realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional em 2022, podem alcançar mais de 90% (noventa por cento) dos apenados (Brasil, 2023a).

José Adaumir Arruda da Silva (2016) traz também importantes considerações: a dita finalidade *educativa* do trabalho no cárcere não é primordialmente voltada à aprendizagem ou formação técnico-profissional, e sim voltada a finalidades disciplinadoras, com nítidas feições panópticas, quais descritas neste texto. Qual finalidade educativa existe em funções que não exigem qualificação alguma, como serviços de limpeza e cozinha? Para além da imposição da disciplina, nenhuma.

Além dessa finalidade, o trabalho do apenado tem feição *produtiva*, que ganha muito destaque no atual cenário econômico. Em 2012, quando pouco ou nada se dizia acerca de privatização de presídios ou parcerias público-privadas a serem feitas com estes, já se podia notar um claro discurso: a educação do apenado *deveria* voltar-se ao trabalho produtivo, mesclando-a com bom comportamento e religião (Julião, 2012). Nas palavras de José Adaumir Arruda da Silva, “quando a Lei de Execução Penal determina que na atribuição do trabalho no cárcere devem ser considerados, dentre outros aspectos, as oportunidades oferecidas pelo mercado” (2016, p. 64), limitando-se o artesanato sem expressão econômica, a visão ultraliberal já se mostra como projeto de gestão econômica do próprio Estado.

Considera-se muito pertinente as indagações formuladas, dentre outros, por Luiz Francisco de Oliveira (2021): que tipo de inserção na sociedade terá o apenado cujo trabalho é marginalizado ao extremo? Para além de inexistirem direitos trabalhistas assegurados às pessoas encarceradas, estas têm, em regra, o dever de trabalhar, fato que viola frontalmente a autonomia

da vontade e a dignidade da pessoa humana do apenado. Não bastasse isto, o preso poderá ser remunerado em seu trabalho por quantia inferior ao salário mínimo, mesmo com extensas jornadas de trabalho.

Defensores da parceria público-privada no sistema prisional alegam, dentre outras questões, a falência do sistema prisional quando gerido pelo poder público pela incompetência do Estado em fazê-lo como fatores determinantes para que tal modelo seja adotado. Reconhecem que o setor privado objetiva lucratividade, mas asseveram que isto não impede que possam atender ao interesse público, já que quem condena é o Judiciário, o qual também fiscaliza a execução das penas (Silva, 2019, p. 150).

Imagina-se impossível defender as teses esposadas no parágrafo anterior, pois é ínsito a qualquer tipo de sistema produtivo buscar o menor custo possível para a feitura daquilo que será disponibilizado no mercado, com o objetivo de conquistar vendas em cada vez maior escala, com o fito de acumulação de capital apto a expandir os negócios. Essa, aliás, é a lógica do trabalho nas empresas privadas.

Marcadas por seus códigos e regulamentos internos, a disciplina na empresa também tem atingido horizontes bastante palpáveis e, por isso, não fica restrita ao trabalho prisional: trata-se, pois, do poder regulamentar do empregador. Por mais que as empresas, na atualidade, busquem aparentar outro sentido às suas atividades que não apenas a obtenção de lucro, tal forma de agir busca, em verdade, estabelecer posturas “éticas” que objetivam a adesão dos trabalhadores àqueles valores defendidos por quem se vale de seu trabalho.

O processo de disciplina que as empresas buscam imprimir aos seus subordinados não mais se coaduna com o estereótipo, por exemplo, da carranca. Bem ao oposto: é motivacional e, por vezes, ganha feições religiosas, e, portanto, “o sentido descentralizador e os valores éticos do projeto de tornaram variáveis operacionais de gerenciamento, vetores *soft* de mobilização dos recursos humanos” (Lipovetsky, 2005, p. 247). Em ambientes prisionais, para além de não ser obrigatório o pagamento do salário mínimo aos trabalhadores apenados, tais valores também passam a ser-lhes atribuídos, e não apenas com a vantagem empresarial de não arcar com direitos trabalhistas: mesmo ocorrendo eventuais acidentes de trabalho, a responsabilidade será do Estado (Oliveira, 2021).

A terceirização firmada com a gestão dos presídios mostrou-se com as características acima apontadas: a Penitenciária de Guarapuava, no Estado do Paraná, foi a primeira experiência brasileira nesse sentido, tendo o contrato sido firmado entre o Governo do Estado e a Humanitas Administração Prisional S.C. LTDA, em 1999. Quatro anos depois, com as modificações políticas ocorridas em terras paranaenses, o Estado voltou a retomar a gestão das unidades carcerárias, tendo-se em conta que a empresa adentrou a atividade-fim do Poder Público e chegou a administrar a segurança interna

do presídio, para além da precariedade das condições de trabalho ofertadas não somente aos apenados, como também a atividades como limpeza e conservação, observando-se alta rotatividade de trabalhadores na empresa contratada e danos financeiros causados ao erário público (Barreto, 2022).

O mesmo autor citado anteriormente aponta o equívoco de tais políticas na primeira parceria público-privada estabelecida no Brasil, a saber, no Complexo Penitenciário Público-Privado de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, no ano de 2013. Imaginava-se que a lógica de mercado possibilitaria, na visão ultraliberal, a função que o Estado não conseguia realizar: “a ressocialização, e, talvez, no longo prazo, a autossuficiência” para a gestão de presídios (2022, p. 135-136). Sua realidade concreta, porém, consegue revelar-se muito menos eficiente que a gestão estatal, especialmente no que se refere à finalidade *educativa*, de cimeira importância para as pessoas presas, tendo em vista o viés mercantil da iniciativa privada que, tendo-se em conta experiências semelhantes até mesmo em outros países, acabaria por contaminar a proposta.

Aparentemente, a precarização do trabalho globalmente considerada parece atingir até mesmo o labor dos apenados, de forma a criar algo antes impensável: um *mercado prisional de mão de obra*. Nesse sentido, cabe citar, ainda que muito brevemente, um fenômeno que autores italianos têm tratado como *privatização do serviço público* (Ballestreto; Simone, 2022): normas e institutos privados têm, cada vez mais, equiparado trabalhadores da iniciativa privada e do setor público, mas com o objetivo de nivelar salários, direitos e condições de trabalho pelo teto, e não no piso.

Malgrado haja sucessivas flexibilizações de direitos trabalhistas também na Itália, o clássico contrato individual de trabalho existente entre empregado e empregador não se distancia da relação entre servidor público e Administração, inclusive no que concerne a níveis dignos para remuneração tanto de empregados privados quanto de servidores públicos (Ghera; Garilli; Garofalo, 2023). Ademais, prestigia-se negociação coletiva para reajuste salarial e se estabelecem garantias de permanência no emprego, fatores geralmente associados no Brasil, respectivamente, apenas ao setor privado e ao público.

Em sentido completamente diverso, após a reforma trabalhista brasileira (Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017) e normas posteriores a ela, certas formas de emprego existentes no mercado formal passaram a assemelhar-se muito ao que se verifica no ora denominado mercado prisional de mão de obra, como adiante se verá.

3. O MERCADO DE TRABALHO E A MÃO DE OBRA PRECARIZADA

Resumidamente, houve três formas distintas de se verificar os trabalhadores coletivamente considerados: inicialmente, na denominada

condição proletária, quem trabalha é inexistente perante a sociedade, posto apenas empregar seu labor a serviço da acumulação de capital, não se tornando consumidor de praticamente nada. Com o advento das primeiras legislações trabalhistas, passa-se à chamada *condição operária*: há a conquista de direitos notadamente sociais, como justo salário, aposentadoria e auxílios previdenciários em casos de doença, assim como obtenção de poder de consumo, instrução, lazer e até mesmo propriedade. Está-se a falar, por óbvio, do período fordista.

Até o presente momento vive-se uma nova fase de integração dos trabalhadores: por dar-se em virtude da remuneração, nota-se a existência da chamada *condição salarial*. Tem-se que, na atualidade, todos os trabalhadores – incluindo profissionais liberais – são, em verdade, bastante assemelhados aos empregados, vez que é deste labor que retiram seu sustento (Castel, 1998). No entanto, em que pese a noção da identidade salarial, retirou-se de grande parte da classe trabalhadora o poder de negociação no mercado laboral em virtude, dentre diversos fatores, do excedente de mão de obra e da flexibilização ou até mesmo da desregulamentação das leis de proteção ao trabalho.

A atual condição, que permitiria engendrar um liame a unificar uma grande massa trabalhadora, porém, encontra resistência num processo cada vez mais acentuado de individualização de interesses e demandas, e isso se dá em razão do processo econômico hodiernamente vivenciado. As décadas que retratam o século XXI e os anos imediatamente anteriores a este têm, como marca, o triunfo do neoliberalismo, por vezes levado às últimas consequências, quando se poderá chamá-lo de *ultraliberalismo*², política econômica adotada pelo Brasil que se pensa ter início entre 2016 e 2017, quando se adotam políticas rígidas de austeridade fiscal e não apenas de flexibilização, como também de desregulamentação das normas de proteção ao trabalho.

Tal sistema, contudo, ultrapassa os limites daquilo que é meramente econômico e atinge a política, a cultura, os saberes, a convivência, os valores morais, as regras comportamentais e a própria noção da subjetividade do ser humano: cuida, pois, do “desenvolvimento de uma lógica geral das relações humanas submetido à regra do lucro máximo” (Dardot; Laval, 2016). Noutro falar, adjetivos cabíveis às empresas em geral como *competitividade*, *eficiência*, *versatilidade*, *capacidade de inserir-se* no cenário mercadológico, ser flexível e encontrar-se estimulado, para além do *empreendedorismo* são transmitidos para os próprios seres humanos em suas múltiplas relações.

Tudo quanto acima citado inclui não apenas o meio ambiente do trabalho e a cultura da empresa, mas até mesmo a forma como o trabalhador deve definir-se ante a sociedade e seus grupos de pertença, como família

2 Como explica Francisco Fonseca (2019), o ultraliberalismo nada mais é que a radicalização dos preceitos neoliberais.

e amigos. Termos como *sucesso* ou *fracasso*, geralmente aplicados às pessoas jurídicas, tornam-se predicados da pessoa física em todas as suas diversas relações, como que a traduzir-se na expressão *eu-empresa*. A toda evidência, tais concepções permeiam uma grande massa de proletários que não possuem garantias de emprego e renda estáveis, devendo submeter-se, para sobreviver, a condições de trabalho e remuneração altamente precárias, às quais alguns autores, como Ruy Braga (2012), dão o nome de *precarizado*.

Os trabalhadores incluídos no sistema aludido pautam suas vidas pela mesma precariedade de que se revestem seus serviços múltiplos, polivalentes e voláteis, “tendo sua consciência profundamente marcada por um sentimento constante de privação e frustração, exposto a uma incerteza crônica” de suas condições de vida (Leite, 2019, p. 114). A marca desse tipo de trabalho é a alta rotatividade em empregos, terceirização, flexibilidade quanto a horários e jornada, instabilidade salarial e organização de grupos semiautônomos, estrategicamente criados para que não seja reconhecida a lógica subordinante que, no período fordista, inspirou a conquista de direitos por meio do contrato de emprego (Romagnoli, 2001, p. 20). Além disso, pode-se concluir que o sofrimento *individual* causado por esse sistema se torna também *social*: vê-se, pois, uma completa ausência de politização do citado sofrimento social, tido como algo inerente à produção e, portanto, inevitável (Reich, 2022, p. 26).

Nesse sentido, pode-se verificar, desde 2017, o papel do Poder Legislativo na precarização do trabalho: aprovou a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, acolhendo projeto que já tramitava há mais de vinte anos no Congresso para, em regime de urgência, aprová-la sem qualquer debate quanto ao tema e seus impactos no mercado de trabalho, acatando ordem do Poder Executivo (Muçouçah, 2017). Logo em seguida, e com o apelo de que a legislação trabalhista causava excessivo custo social ao empresariado, era ultrapassada e necessitava de modernização para competitividade no mercado, aprovou-se a reforma trabalhista (Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017), que representou o maior retrocesso na legislação protetiva do trabalho em toda a história.

O discurso dos Poderes Executivo e Legislativo, para além de frisar a suposta obsolescência da CLT para os tempos modernos, sublinhava a necessidade de que tal legislação era nociva aos próprios interesses do trabalhador. Tal discurso capturou a subjetividade dos trabalhadores em virtude da ideologia ultraliberal acima citada, a instituir entre os obreiros o espírito de concorrência, enfraquecendo a visão de pertença a uma mesma classe e, com isso, aniquilou a noção de solidariedade de classe (Lima, Freitas, 2020).

Mais à frente, o discurso do *empreendedorismo* como solução para o desemprego, na visão do *eu-empresa* já mencionada, ganhou corpo com o Poder Executivo e o governo eleito em 2018, que chegou a extinguir o

Ministério do Trabalho após noventa anos de sua existência. Ademais, a Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019 (Lei de Declaração de Direitos de Liberdade Econômica) impôs que o direito do trabalho deve ser interpretado sob seu prisma ultraliberal (Delgado, 2024), a denotar, uma vez mais, que a precarização das relações de emprego deve formar o mercado de trabalho de mão de obra barata, desorganizada e sempre disponível e dócil ao capital, a aceitar quaisquer tipos de trabalho, seja em qual condição isso se dê.

Se analisado o papel do trabalho da pessoa apenada nesse mercado de trabalho³, estar-se-á diante da personificação da política do precariado com chancela estatal do Poder Judiciário, levando-se em conta a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 336, oriunda do Distrito Federal (Brasil, 2023b). Essa ação foi iniciada pelo Procurador-Geral da República no ano de 2015, alegando a inconstitucionalidade do artigo 29 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal) por ter fixado o valor básico de 75% do salário mínimo como remuneração do preso por seu trabalho, qual citado no tópico anterior.

Afirmou o *Parquet* que a garantia do salário mínimo é direito dotado pela marca da fundamentalidade, o que é intrínseco à dignidade da pessoa humana e, por isso, essencial para assegurar condições mínimas de existência, inexistindo qualquer motivo plausível para que o apenado perceba remuneração inferior àquela que, pelo mesmo trabalho, seria devida a um trabalhador livre. Segundo o autor da ação, tal fato também viola o princípio da isonomia prevista no texto constitucional, não sendo admissível, pois, permitir que o próprio Estado viole direitos fundamentais de cunho social como instrumento econômico ou justificativa para fomentar a contratação de encarcerados com os escopos previstos na Lei de Execução Penal.

Após diversas manifestações, somente em fevereiro de 2021 a ADPF 336/DF foi julgada *improcedente por maioria*, nos termos do voto do Relator,

3 Embora não seja objeto deste estudo, tendo em vista ser demasiado amplo e complexo, é de extrema importância sublinhar um grave problema que atinge os apenados e ex-detentos quando estes buscam por trabalho: a estigmatização. O etiquetamento social desse grupo os liga à ideia de delinquência, marginalidade e desvio de conduta, independentemente da gravidade de suas condutas pretéritas. Tal fato os impede de conquistar oportunidades de trabalho, fato que pode acabar por compelir esses ex-presos a reincidir em condutas delituosas, já que não é o cárcere que socializa ou ressocializa apenados, e sim o Estado e os entes privados. Existe, porém, uma visão bastante preconceituosa por parte da sociedade em relação a quem já delinuiu, muito especialmente se tais pessoas forem oriundas das classes mais pobres. O sistema patrimonialista brasileiro condena com veemência e rigor os crimes contra o patrimônio, ainda que não muito graves, ao passo que é tolerante com a prática dos assim chamados “crimes do colarinho branco”, geralmente cometidos por pessoas de classe social mais abastada (Carvalho, Oliveira, 2023). Embora haja diversos programas para colocação de egressos do sistema prisional no mercado de trabalho, tais como o *Começar de novo*, patrocinado pelo Conselho Nacional de Justiça, para além de diversos outros promovidos pela União, Estados-membros e Municípios, as marcas do cárcere parecem levar a uma condenação eterna, pelo preconceito, quanto à pessoa que em algum momento infringiu a lei penal. A situação é tão grave que o Decreto 9.450, de 24 de julho de 2018, teve de estabelecer que quaisquer contratos com a Administração Pública para prestação de serviços que sejam superiores a R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) deverão obrigatoriamente contar com o trabalho de apenados e de egressos do sistema prisional. As dificuldades encontradas pelos egressos para inserção no mercado de trabalho constituem grave violação aos direitos humanos e à Convenção 111 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), operam contra a própria sociedade que nega oportunidade de trabalho a essas pessoas, posto não encontrarem outro caminho senão aquele que as levou ao cárcere (Sembariski, Lima, 2023).

Ministro Luiz Fux. Contrariamente a este, proferindo decisão favorável à procedência da citada Arguição, manifestaram-se e foram vencidos os Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Rosa Weber, estando ausente o Ministro Celso de Mello. Com todas as vênias possíveis, o voto do Relator venceu, mas não logrou convencer, tendo-se em consideração diversos equívocos utilizados na argumentação, qual começa-se a discorrer.

O Acórdão da ADPF 336/DF sustenta que o trabalho dos apenados constitui-se em política pública e informa que esta, em particular, por envolver a regulação do mercado de trabalho e o sistema carcerário, não deveria ser objeto de controle judicial. Chega a afirmar que “não há parâmetros seguros para que o Judiciário defina se *o estabelecimento do salário mínimo em determinado patamar gera benefícios ou prejuízos quanto à distribuição da riqueza entre os trabalhadores*” (Brasil, 2023b, grifos nossos), caso se verifique aumento no desemprego já existente.

Nesse ponto, a Suprema Corte confirma seu histórico de buscar a aparência de manter postura de “neutralidade” em relação a políticas públicas vez que, ao contrário dos Poderes Legislativo e Executivo, não teve seus membros eleitos pelo povo. Ocorre que, apesar dessa relutância, o Judiciário inevitavelmente acaba por também tornar-se agente de políticas públicas (sem retirar o protagonismo dos demais Poderes na produção destas), já que este é o modelo estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Noutros termos, “o juiz, ao passar a ver o mundo como um problema político, tem a obrigação de, ao proferir uma decisão, avaliar os resultados que ela irá provocar” (Ribas; Souza Filho, 2014, p. 43), sendo tal tarefa não uma simples escolha do Judiciário em analisar tais políticas; em verdade, há o dever de controlá-las de acordo com o modelo institucional hodierno, tendo-se em consideração seus objetivos teleológicos e a compatibilidade destes com o direito constitucional.

A aludida e suposta “neutralidade”, porém, desaparece quando é buscada nas gretas do citado *decisum*:

[...] o trabalho do preso segue lógica econômica distinta da mão de obra em geral, podendo até mesmo ser subsidiado pelo Erário, conferindo rendimento ao preso quando uma pessoa livre, mantidas as demais condições, estaria desempregada, por ausência de interessados na sua contratação. Cai por terra, dessa maneira, o argumento de que não há base para a diferenciação entre o trabalho do preso e o dos empregados. As diversas nuances, limitações e objetivos entre os dois tipos de labor tornam legítima a diferenciação realizada pela lei, que promove, em vez de violar, o mandamento de isonomia contido no artigo 5º, caput, da Constituição, no seu aspecto material. Considerando as peculiaridades da situação do preso, que constituem prováveis barreiras à sua inserção

no mercado de trabalho, *é razoável que o legislador reduza o valor mínimo de remuneração pela sua mão de obra com o intuito de promover as chances da sua contratação*. A esse respeito, a incerteza científica também milita pela não intervenção judicial nesta seara. A literatura econômica apresenta estudos com variadas conclusões a respeito da relação entre salário mínimo e desemprego. Sem prejuízo, *diversas pesquisas apontam impacto negativo do aumento do salário mínimo em relação à empregabilidade e à fluidez no mercado de trabalho, principalmente no que diz respeito aos mais jovens e aos trabalhadores com menor qualificação* (Brasil, 2023b, grifos nossos).

Pois bem: o Relator e demais Ministros do Pretório Excelso encontram-se a afirmar que, de fato, a mão de obra do apenado *deve ser desvalorizada*, já que estes encontram dificuldades de encontrar emprego em virtude de já terem sido condenados criminalmente. Ademais, o Acórdão afirma, textualmente, que *o aumento do salário mínimo dificulta a empregabilidade no país*. Tais considerações demonstram a forma como o ultraliberalismo norteia desde a vida do cidadão comum até decisões do Supremo Tribunal Federal: embora não seja objeto do julgamento, o estabelecimento de aumento do salário mínimo é também uma política pública manifestamente criticada no Acórdão citado por ser responsável pelo aumento do desemprego, sobretudo em relação aos trabalhadores menos qualificados.

As letras do voto do Relator, em seu silêncio, são eloquentes quando afirmam que as empresas não têm responsabilidade alguma na formação ou na qualificação da mão de obra, que devem ser ofertadas direta ou indiretamente pelo Estado e buscadas, de forma individual, pelos trabalhadores.

No mais, o Ministro Luiz Fux cita dados que, acredita-se neste artigo, são incomparáveis: afirma que somente 22% dos presos, à época, encontravam-se a trabalhar, ao passo que o desemprego superava o número de 14 milhões de pessoas. Não se vislumbra nesses números, salvo melhor juízo, qualquer conexão e bem por isso se questiona: a existência de elevado grau de desemprego e de trabalhos precários no Brasil justifica que o trabalho do apenado pouco remunere quem o executa? Caso a resposta seja positiva, estar-se-á a afirmar, no limite, que a condição de presidiário ganha *status* de privilégio, já que propiciaria maior facilidade para encontrar trabalho ou, no limite, caso isto não ocorra, teria direitos sociais mínimos garantidos pelo Estado.

Nesse sentido, o Ministro Relator tece interessante consideração acerca de direitos básicos do trabalhador previstos no artigo 7º, IV, da Constituição Federal (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social). A decisão em comento permite ver que,

para a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o apenado já tem atendidas, pelo Estado, considerável parcela daquilo que o salário mínimo busca propiciar, a saber, *educação, alojamento, saúde, alimentação, vestuário e higiene*, fatores estes que justificariam a constitucionalidade de o piso salarial do trabalhador encarcerado ser estabelecido no valor de 75% do salário mínimo.

O Acórdão, para além de nenhum comentário tecer acerca da mercantilização crescente dos trabalhos em ambientes prisionais, como já visto no primeiro tópico, nada discute a respeito, por exemplo, do conceito de trabalho decente. Embora cite que o dinheiro possivelmente auferido com o trabalho do apenado seja destinado ao Estado, para custeio de sua estada no cárcere, bem como para sua família, nem mesmo chega a frisar o que já consta em lei: tal valor também deve ser destinado aos danos causados à vítima ou à família desta.

Arremata ainda o Ministro em seu voto que, a considerar-se pela procedência da ação, estar-se-ia a prejudicar os próprios apenados, afinal, com a fixação do salário mínimo como base para a remuneração do trabalho da pessoa apenada, ninguém mais se interessaria por sua mão de obra, pois seria melhor a remuneração em pequeno valor do que o preso nada receber por não encontrar trabalho. Por fim, afirma que tal equiparação poderia levar ao cúmulo de conceder-se à pessoa apenada direitos próprios do contrato de trabalho, como gratificação natalina, FGTS, férias, dentre outros, mesmo lembrando que a Lei de Execução Penal taxativamente estabelece que o trabalho no cárcere não é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Curiosamente, já no ano de 1989 a Constituição do Estado do Rio de Janeiro já estabelecia em seu texto original, no artigo 27, § 3º, que o trabalho da pessoa apenada será remunerado *no mesmo padrão do mercado de trabalho livre*, levando-se em conta tanto a natureza do serviço quanto a qualidade da prestação oferecida, e a mencionada norma não foi revogada até a atualidade (Sabatovski; Fontoura, 2023, p. 49), justamente porque compreende – há mais de trinta anos – que o *mercado de trabalho* é (ou deveria ser) *apenas um*.

Diante de tal previsão, afirma-se ser bastante provável que o constituinte fluminense tenha compreendido bem o conceito de salário mínimo, tal como exposto no clássico *Tratado Jurídico do Salário*, de José Martins Catharino (1951). A regulamentação normativa dos salários é prática que remonta à Antiguidade e à Idade Média, quando sequer existia o direito do trabalho: previam-se *salários máximos* a serem pagos para trabalhadores nas mais distintas funções, com o claro objetivo de proteger as classes economicamente favorecidas, ao contrário do que ocorre na atualidade. De toda sorte, a fixação de remuneração mínima e de jornada de trabalho limitada para os trabalhadores em geral, e não apenas para subordinados, surge com a

experiência internacional, mormente com o Tratado de Versalhes, em 1919. Desde seu surgimento, tal conceito é expansivo e serve como referência a todos os tipos de trabalhadores existentes, e não apenas àquelas pessoas cujo labor é regulamentado pela Consolidação das Leis do Trabalho, como sustentado no Acórdão.

Há, contudo, uma singular e verdadeira afirmação no voto do Relator da ADPF 336/DF: por haver progressão de regimes ou possível mau comportamento por parte do trabalhador apenado, tal fato gera insegurança nas relações entre o dador de trabalho e seu destinatário. Olvidou, porém, que essa mesma insegurança se faz presente no trabalho oriundo do mercado de mão de obra livre, tornando-se ainda mais gravosa após a promulgação da já citada Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 (reforma trabalhista).

Dentre diversas medidas de precarização do trabalho⁴, como a ampliação dos contratos por prazo determinado e o enfraquecimento sindical, houve a permissão para que as partes estabeleçam *contrato de trabalho intermitente*, figura jurídica que nunca se fez presente no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de contrato em que a prestação de serviços ocorre de forma não contínua e se altera entre períodos de efetivo trabalho e inatividade, sendo possível determinar o efetivo labor em horas, dias ou meses, independentemente da atividade econômica para a qual o subordinado presta seus serviços, à exceção dos aeronautas, como preceitua o consolidado artigo 443, § 3º.

Segundo Maurício Godinho Delgado, tal contrato “insere-se entre as mais precarizantes inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias” (2024, p. 666) ínsitas ao direito do trabalho. Conforme o mesmo autor, este contrato inviabiliza ou restringe diversos direitos, como tempo à disposição, intervalos intra e interjornada, descansos semanais remunerados, descansos em férias, dentre outros. Ademais, por não estabelecer previamente a jornada ou o módulo semanal mínimo a serem prestados os serviços, causam profunda instabilidade remuneratória, tendo-se em consideração que o empregador poderá não solicitar a prestação de serviços ao seu subordinado por 30 (trinta) dias ou mais, o que implica em ausência completa de salários.

4 Anote-se que a terceirização irrestrita, aprovada pela Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, foi complementada pouco mais de três meses pela reforma trabalhista, a qual conferiu nova redação aos artigos 4º-A e 5º-A da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que cuida do trabalho temporário.

Embora seja tal modalidade contratual tida como cópia de reformas trabalhistas existentes mundo afora, este tipo de trabalho, na Espanha⁵, exige ao menos que se estabeleça no contrato, de forma prévia, a jornada de trabalho e o horário estabelecido para que o empregado preste seus serviços, para além de exigir intervenção sindical quando da demissão do empregado, a fim de se verificar se este realmente não cumpriu tudo quanto em contrato fora estipulado (Montoya Melgar, 2022).

O modelo ora em comento fora admitido em 2003 na Itália, mas revogado em 2007, por causar excessiva precarização nas relações de trabalho. Em 2015, porém, voltou a ser permitido, mas com algumas condições: somente pessoas com *menos de 24 ou mais de 55 anos* podem firmar tal relação de emprego. Além disso, tais contratos apenas poderão existir se houver aquiescência do sindicato obreiro, como na Espanha, e as mesmas exigências quanto ao estabelecimento de horário e jornada de trabalho no contrato escrito, para além da proibição expressa de trabalho superior a 400 (quatrocentos) dias no período de 3 (três) anos ao mesmo empregador, para além de também ser proibido que qualquer empregado intermitente venha a substituir trabalhador terceirizado. Em havendo descumprimento contratual por parte do empregador, a relação de emprego intermitente torna-se contrato de trabalho por prazo indeterminado (Ghera; Garilli; Garofalo, 2023, p. 621-627).

Longe de pretender esgotar tão vasto estuário temático, observa-se que a lei e as promessas de geração de emprego, que sempre impulsionaram a flexibilização ou desregulamentação do direito do trabalho, seguem a linha de precarização das relações de emprego e a submissão à lógica ultraliberal, a qual também orientou o julgamento da ADPF 336/DF. No Brasil, contratos como o de trabalho intermitente possibilitam até mesmo que não haja rendimento algum caso o empregador, por exemplo, não requeira a prestação de serviços ao longo de todo o mês, fato que mais parece a inserção do “bico” na Consolidação das Leis do Trabalho.

Para manter o sustento próprio e de sua família, o trabalhador intermitente acabará por estabelecer mais do que uma ou duas formas de trabalho, seja como empregado ou trabalhador autônomo, o que acabará por impor jornada bastante superior às oito horas diárias de prestação de serviços, sem real possibilidade de direito a férias, repouso semanal remunerado, intervalos intra e interjornada, para obter ganhos que poderão nem mesmo alcançar o valor do salário mínimo. Bem por isso, não é exagero algum

5 A expressão espanhola utilizada para denominar o trabalho intermitente é *trabajo fijo-discontinuo* (trabalho fixo-descontínuo, em tradução livre). Na Itália, para além de *lavoro intermittente*, esse também pode ser denominado como *lavoro a chiamata* (trabalho por chamada, em tradução livre).

afirmar que o trabalho intermitente acaba por facilmente degenerar-se, revelando-se como trabalho em condição análoga à escravidão⁶.

Lado outro, o objetivo de (re)inserção do apenado na sociedade por meio do trabalho é de inegável importância, mas, em sua prática, assemelha-se ao mito de Sísifo: a mão de obra oriunda do ora denominado mercado de trabalho prisional, em verdade, permite a produção em custos muito baixos, para além de transferir vários riscos da atividade econômica das empresas para o Estado, que se responsabilizará, por exemplo, em casos de acidente do trabalho. Não parece ser possível a (re)inserção do apenado ou de qualquer pessoa na sociedade quando o próprio mecanismo estatal viole direitos fundamentais de cunho social, como, exemplificativamente, o direito ao salário mínimo.

Qual anteriormente asseverado, o trabalho prisional possui inegável caráter disciplinador, eis que guiado pelo sistema panóptico de vigilância. O mercado de trabalho prisional já prepara o trabalhador apenado para que este já aceite, quando liberto, os trabalhos precários ofertados pelo mercado, máxime após a reforma trabalhista aprovada em 2017.

Como afirma o sociólogo português António Casimiro Ferreira, está-se a realizar o desejo de muitos detentores do capital “de poderem dispor de uma força de trabalho sem trabalhadores assalariados” (2012, p. 93). O direito do trabalho foi marcado, ao longo de muitas décadas, pela dicotomia entre trabalhadores *subordinados* (empregados) e *autônomos*, que agiriam como se fossem os próprios empresários de seu trabalho. As novas formas de labor trazidas e ampliadas pela reforma trabalhista, para além da terceirização e do trabalho informal, aliadas à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 336/DF parecem implodir com esta dualidade, tornando a *precariedade* como liame de um vasto contingente de trabalhadores oriundos dos mais diversos setores, incluindo o trabalho do apenado.

6 O trabalho intermitente é um modo ultraflexível de execução dos trabalhos, pois permite que o empregador não se responsabilize sequer pelo pagamento de salário mínimo ao final do mês. Somente se paga o valor do salário mínimo por hora quando há o chamamento do tomador de serviços e a real prestação de trabalho, podendo o subordinado passar longos períodos – dias, meses ou até anos – mantendo-se contratado por determinada empresa, sem ser chamado para exercer mister algum. Bem por isso, para obter renda satisfatória que possa garantir-lhe a sobrevivência, o trabalhador intermitente poderá aceitar qualquer tipo de trabalho, nos horários mais diversos possíveis, sem que efetivamente tenha direito a férias, repouso semanal remunerado ou mesmo intervalos entre jornadas, já que sua retribuição é paga de forma indenizada e proporcional apenas às horas efetivamente trabalhadas. Nesse sentido, trabalhadores intermitentes podem ser vítimas de *jornadas exaustivas*, extenuantes, que podem colocar em risco sua própria integridade física (Schneider, 2018). O trabalho intermitente assemelha-se a um mero banco de dados, no qual é inserido o nome do trabalhador que, se for escolhido para prestar serviços em qualquer dia aleatório, é simplesmente chamado para este específico mister, sem jornada fixa, podendo atuar nos mais diversos setores da economia. Esse labor também poderá dar-se em *condições degradantes*, ou seja, sem segurança à pessoa do trabalhador, em condições que apresentem riscos à sua saúde, não havendo intervalo para repouso, alimentação adequada, condições de higiene para o exercício profissional, sendo possível que seja praticado de forma que avilte não apenas a integridade física do ser humano, como também sua higidez psíquica. Geralmente esta última prática se manifesta em casos acintosos de assédio moral e sexual. Em todos esses casos relatados o exercício do trabalho intermitente – já chamado de “escravidão legalizada” (Silva, Alvão, 2019, p. 41) – poderá ser tipificado como redução do obreiro a condição análoga à de escravo, nos termos do artigo 149 do Código Penal.

Abre-se, pois, o leque da indistinção entre trabalho no cárcere e trabalho livre, nivelando-os por baixo: remuneração insuficiente, condições precárias para o exercício do labor e violação de direitos sociais – cuja nota é a de fundamentalidade – com pitadas da ideologia ultraliberal, que se torna visível quando da utilização de violência psíquica como instrumento de produtividade.

A ideologia do sistema econômico apregoa que o trabalhador deve ser versátil, competitivo e capaz de empreender, sob pena de não encontrar espaço no mercado de trabalho ou manter o emprego já conquistado. No entanto, tendo-se em conta a alta rotatividade de trabalhos precários como esses em comento, o trabalhador vê-se obrigado a, frequentemente, moldar ou modificar seus valores e suas competências de acordo com as regras escritas e morais que permeiam os mais diversos ambientes do trabalho.

O Estado, que retirou todo o poder dos sindicatos na reforma trabalhista e enfatizou o contrato individual como símbolo maior da “liberdade” existente entre quem presta e toma serviços, acaba por criar – intencionalmente, em favor do capital – o *mercado do trabalho precário*.

CONCLUSÃO

Se é verdade que a racionalidade do sistema penal logra atingir preferencialmente alvos predefinidos, qual se afirmou no primeiro tópico do artigo, fato é que o mercado de trabalho prisional constituiu uma espécie englobada pelo gênero *mercado do trabalho precário*, o qual inclui também formas livres de trabalho, como o contrato intermitente.

O modelo panóptico de vigilância, que objetiva padronizar comportamentos e internalizar valores, foi assim concebido há alguns séculos e continua a ser exercido tanto no cárcere quanto nas empresas, por meio do poder diretivo do empregador. Ademais, a maximização da produtividade sem a correspondente valorização social do trabalho, o perene desrespeito às condições de salubridade e respeito pela pessoa no ambiente do trabalho, a disputa, entre trabalhadores, pela busca da maior produtividade ou empreendedorismo possíveis, que despreza a capacidade e o aprendizado humanos, bem como a alta rotatividade de mão de obra, são marcas desse *mercado do trabalho precário*.

Tem-se, portanto, que tanto a decisão oriunda da ADPF 336/DF, do Poder Judiciário, quanto a reforma trabalhista e demais legislações citadas no texto, oriundas do Poder Executivo e do Legislativo cumprem, em parte, os chamados do capital: vende-se a ideologia ultraliberal de que é preferível a existência de trabalho, ainda que sem quaisquer direitos, até mesmo para inserir pessoas apenas no mesmo mercado de trabalho precário *livre*,

com a disciplina e a submissão a ordens que aprenderam no mercado de trabalho *prisional*.

No limite, a decisão advinda da ADPF 336/DF afronta não apenas o valor social do trabalho, como também a livre iniciativa, mesmo que ambas sejam fundamentos da República Federativa do Brasil. Não se pode imaginar que, por meio de baixíssimos custos de mão de obra e violação de direitos fundamentais sociais, seja possível afirmar que o trabalhador não seja *coisificado*, o que anula qualquer caráter educativo eventualmente desejado no trabalho prisional. A rigor, o Acórdão oriundo deste julgamento pouco – ou nada – distancia o Poder Judiciário da lógica precarizante de mão de obra que se pôde verificar nos Poderes Executivo e Legislativo desde 2017.

Igualmente, não há que se falar em livre iniciativa. Tenha-se em consideração, pois, ser impossível a qualquer ente que explore atividade econômica e respeite as normas de proteção ao trabalho competir, em condições de igualdade, com aqueles que produzam ou prestem serviços valendo-se das brechas criadas pelo próprio Estado para que o trabalho seja remunerado de forma tão escassa quanto indigna (adjetivos estes também válidos para as condições em que o trabalho é executado).

A rigor, o *mercado do trabalho precário* é antagônico ao próprio sistema econômico, posto permitir, a quem o explora, a acumulação primitiva do capital e sua posterior multiplicação e expansão de forma muito mais rápida do que os detentores do meio de produção que, verdadeiramente, valorizam não apenas o trabalho, como também a pessoa do trabalhador e seus direitos.

As anomalias constatadas no *mercado do trabalho precário*, existente com a chancela estatal, parecem denotar que a crise econômica por que passa o Brasil há mais de uma década acabou por engendrar um direito do trabalho de exceção, que acompanha os caminhos voláteis do trabalhador na *entrada* ou na *saída* do cárcere, ciente de que suas chances de retorno ao sistema penitenciário são bastante consideráveis, já que o trabalho precarizado da pessoa livre em pouco se diferencia do trabalho do apenado.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Teoria geral do direito do trabalho: explicações científicas do método dialético-discursivo e da crítica filosófica da modernidade*. São Paulo: Tirant lo Blanche, 2022.
- BALLESTRERO, Maria Vittoria; SIMONE, Gisella de. *Diritto del Lavoro*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2022.
- BARRETO, Victor. *Privatização no sistema prisional: uma análise de experiências na gestão privada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo e nuevos pobres*. Trad. Victoria de los Ángeles Boschioroli. Barcelona: Gedisa, 2000.

BRAGA, Ruy. *A política do precariado: do populismo à hegemonia lulista*. São Paulo: Boitempo, 2012.

BRASIL. *Depen divulga relatório prévio de estudo inédito sobre reincidência criminal no Brasil*. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf/view>. Acesso em: 20 nov. 2023a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 336/DF*. Direito Constitucional e direito penitenciário. Execução Penal. Trabalho do preso. Remuneração inferior ao salário mínimo. Artigo 29, caput, da Lei de Execução Penal. Alegada violação aos princípios da dignidade humana (artigo 1º, III, da CRFB) e da isonomia (artigo 5º, caput, da CRFB), bem assim ao direito ao salário mínimo (artigo 7º, IV, da CRFB). Controle judicial de políticas públicas. Princípio democrático (artigo 1º, caput, da CRFB). Busca do pleno emprego (artigo 170, VIII, da CRFB). Individualização da pena na fase de execução (artigo 5º, XLVI, da CRFB). Efeitos da política de salário mínimo. Incerteza empírica. Autocontenção judicial. Trabalho do condenado. Natureza de dever. Finalidades educativa e produtiva. Artigos 28, caput, 31 e 39, V, da Lei de Execução Penal. Pena privativa de liberdade. Restrições naturais ao exercício do trabalho. Potencial repercussão negativa na remuneração da mão de obra. Distinção entre o trabalho do preso e o dos empregados em geral. Legitimidade. Carências básicas do detento atendidas pelo Estado (artigos 12 e segs. da LEP). Benefício da remição de pena pelo trabalho. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Congresso Nacional, Presidente da República e Advogado-Geral da União. Relator: Min. Luiz Fux, 1º de março de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4735779>. Acesso em: 16 set. 2023b.

CARVALHO, Bruna Nascimento de; OLIVEIRA, Lenilza Vargens. Etiquetamento social de ex-detentos: um estudo acerca da reintegração no mercado de trabalho. *Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação*, São Paulo, v. 9, n. 10, p. 6338-6353, out. 2023.

CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1951.

- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.
- DOBB, Maurice Herbert. *A evolução do capitalismo*. Trad. Manuel do Rêgo Braga. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: VidaEconómica, 2012.
- FONSECA, Francisco. Impactos do neoliberalismo ao estado de bem-estar e à democracia: uma análise conceitual e empírica. *GIGAPP Estudios Working Papers*, Madrid, v. 6, p. 116-127, 2019.
- FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- GHERA Edoardo; GARILLI, Alessandro; GAROFALO, Domenico. *Diritto del lavoro*. 5. ed. Torino: Giappichelli, 2023.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Trad. Waltensir Dutra. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- JULIÃO, Elionaldo Fernandes. *Sistema penitenciário brasileiro: a educação e o trabalho na política de execução penal*. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2012.
- LEITE, Kelen Christina. Trabalho precário: precariado, vidas precárias e processos de resistências. *Revista de Ciências Sociais: Política & Trabalho*, João Pessoa, n. 51, jul./dez. 2019, p. 108-125.
- LIMA, Renata Santana; FREITAS, Carlos Eduardo Soares de. A racionalidade neoliberal e o direito do trabalho: o desmonte da legislação realizado pela reforma trabalhista do governo Michel Temer. In: FREITAS, Carlos Eduardo Soares; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; DUTRA, Renata Queiroz

(orgs.). *Reforma trabalhista e crise do direito do trabalho no Brasil: apontamentos críticos*. Curitiba: Appris, 2020, p. 17-28.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 43. ed. Madrid: Tecnos, 2022.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A terceirização debatida no parlamento brasileiro ante a experiência jurídica nacional e estrangeira: o Estado e a tutela do trabalho durante crises econômicas. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 2, p. 149-174, mai./ago. 2017.

NOGUEIRA, Ataliba. Pena sem prisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1938.

PACHUKANIS, Evgeny Bronislávovich. *A teoria geral do direito e marxismo*. Trad. Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens políticas e econômicas de nossa época*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2021.

REICH, Evânia. Sofrimento social e teoria crítica no precariado. Dois pontos: *Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos*, Curitiba, São Carlos, v. 19, n. 1, p. 25-32, abr. 2022.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A Judicialização das Políticas Públicas e o Supremo Tribunal Federal*. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 36-50, jan./jun. 2014.

ROMAGNOLI, Umberto. La libertad sindical hoy. *Revista de Derecho Social*, Rioja, v. 4, n. 14, p. 9-23, abr./jun. 2001.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Nedr. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SABATOVSKI, Emílio; FONTOURA, Iara P. (Orgs.). *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*. 17. ed. Curitiba: Juruá, 2023.

SCHNEIDER, Thiago Mathias Genro. O trabalho intermitente e a possível condição análoga à escravidão. In: GENRO, Tarso; COELHO, Rogério Viola. *Degradação e resgate do direito do trabalho: contributos para uma doutrina constitucional de defesa de direitos*. São Paulo: LTr, 2018, p. 100-107.

SEMBARSKI, Mariana Milano Diniz; LIMA, Deivid Felix Sembariski Faria. As dificuldades do egresso do sistema penitenciário brasileiro em ingressar no mercado de trabalho traçando como parâmetro de análise o trabalho decente. *Virtuajus*, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 352-369, jul./dez. 2023.

SILVA, José Adaumir Arruda da. *A privatização de presídios: uma ressocialização perversa*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

SILVA, Leda Maria Messias. ALVÃO, Leandra Cauneto. A escravidão legalizada: contrato intermitente e as novas regras que vulnerabilizam a relação de emprego e afrontam os direitos da personalidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, Paraná, v. 8, n. 74, p. 41-52, dez./jan. 2019.

SILVA, Wallace Christian Ricardo da. *As parcerias público-privadas no sistema prisional brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SUPIOT, Alain. *Crítica do direito do trabalho*. Trad. António Monteiro Fernandes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Recebido: 25/04/2024

Aprovado: 04/06/2024

O DIREITO FUNDAMENTAL À EXPLICABILIDADE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL UTILIZADA EM DECISÕES ESTATAIS

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO EXPLAINABILITY OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE APPLIED IN STATE DECISION- MAKING

Sérgio Rodrigo de Pádua¹

Bruno Meneses Lorenzetto²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Inteligência Artificial nas decisões na esfera pública e explicabilidade: elementos

¹ Doutor e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil - Centro Universitário Autônomo do Brasil (Curitiba). Professor de Direito no UniBrasil - Centro Universitário Autônomo do Brasil e no UniFatec - Centro Universitário de Tecnologia de Curitiba, lecionando as disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Eleitoral, Teoria do Direito e Hermenêutica Jurídica. É pesquisador na área de Direito, Tecnologia e Inteligência Artificial. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Membro da Associação Ibero-Americana de Direito e Inteligência Artificial (AID-IA).

² Pós-doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia. Mestre em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Visiting Scholar na Columbia Law School, Columbia University, Nova Iorque. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Professor de Direito da PUCPR.

iniciais. 2. Interpretabilidade e explicabilidade nos marcos regulatórios da Inteligência Artificial. 3. A construção do direito à explicabilidade da Inteligência Artificial que auxilia decisões estatais. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho analisa o direito à explicabilidade da Inteligência Artificial utilizada como apoio às decisões estatais (da Administração Pública e do Judiciário). A pesquisa foi multidisciplinar, pois foram objeto de análise normas nacionais, documentos internacionais que vêm sendo produzidos sobre o tema (recomendações da OCDE e da UNESCO, normativas da União Europeia e Resolução da ONU), categorias teóricas do pensamento jurídico e de estudos científicos sobre os limites e as possibilidades da explicabilidade da IA. Este estudo se pauta em pesquisa qualitativa de métodos bibliográfico e descritivo-exploratório, mediante análise bibliográfica e documental inerente ao Direito e à Ciência da Computação. Os resultados demonstram: a) a necessária interseção entre a teoria da justificação das decisões estatais tomadas na esfera pública e as técnicas de inteligência artificial explicável ($\propto AI$), a fim de se garantir à *accountability* das decisões estatais auxiliadas por inteligência artificial; e b) a definição de direito fundamental à explicabilidade estrita das decisões estatais tomadas com auxílio de IA (na condição de um limite ético e normativo), de maneira de diferenciá-lo da explicabilidade em sentido amplo (engloba também a interpretabilidade dos processos computacionais necessários ao funcionamento da IA). As conclusões são: a) a explicabilidade não é um impedimento ao desenvolvimento científico da IA no campo das decisões públicas; b) a explicabilidade em sentido amplo pode ser subdividida em interpretabilidade e explicabilidade em sentido estrito; c) o direito fundamental à explicabilidade da IA aplicada às decisões estatais (na Administração Pública e no Judiciário) tem grande relevância no sistema de *accountability*.

PALAVRAS-CHAVE: Explicabilidade. Interpretabilidade. Inteligência Artificial. Decisões. Esfera Pública. Direito Fundamental.

ABSTRACT: This study analyzes the right to explainability of Artificial Intelligence (AI) systems used to support state decisions in Public Administration and the Judiciary. The research was multidisciplinary, encompassing national statutes, international documents (such as OECD and UNESCO recommendations, European Union regulations, and a UN Resolution), theoretical legal constructs, and scientific studies on the limits and possibilities of AI explainability. Employing qualitative research

methods, this study relied on bibliographic and descriptive-exploratory approaches through the analysis of documents pertinent to Law and Computer Science. The results demonstrate: a) the essential intersection between the theory of justification for state decisions in the public sphere and explainable artificial intelligence (*xAI*) techniques, aiming to ensure the accountability of state actions supported by AI; and b) the articulation of the fundamental right to strict explainability of state decisions facilitated by AI (within ethical and normative boundaries), distinguishing it from a broader concept of explainability that includes the interpretability of computational processes essential for AI operation. The conclusions affirm that: a) explainability does not hinder the scientific development of AI in making public decisions; b) broad-sense explainability can be divided into interpretability and strict-sense explainability; c) the fundamental right to explainability when AI is applied to state decisions (in Public Administration and the Judiciary) holds significance within the accountability framework.

KEYWORDS: Explainability. Interpretability. Artificial Intelligence. Decision-making. Public Sphere. Fundamental Right.

INTRODUÇÃO

O uso crescente de sistemas de Inteligência Artificial (IA) para auxiliar decisões públicas marca uma tendência significativa. Por exemplo, pesquisas da Fundação Getúlio Vargas revelam que há sessenta e quatro iniciativas de IA nos tribunais brasileiros, abrangendo quarenta e sete tribunais (Salomão *et al.*, 2022). Um dos mais notáveis entre esses projetos é o Victor, implementado pelo Supremo Tribunal Federal, que influencia diretamente o trâmite da admissibilidade de recursos na corte (Hartmann Peixoto, 2020b).

Essa expansão da IA no setor público traz o desafio de atualizar e reinterpretar as teorias jurídicas tradicionais. Neste contexto, é urgente discutir as implicações das regulações advindas de organizações como a OCDE (2020), a UNESCO (2021), a União Europeia (2024) e as Nações Unidas (2024) sobre ética e regulação em IA. Essa discussão envolve integrar conceitos de responsabilidade (*accountability*) e a necessidade de desenvolver sistemas de IA que sejam explicáveis (*xAI*), estabelecendo um vínculo direto com os princípios jurídicos aplicáveis.

Neste caminho, este estudo tem como objetivos principais: a) explorar o potencial de explicabilidade de decisões públicas proferidas com o auxílio de Inteligência Artificial; e b) identificar padrões éticos e jurídicos que contribuam para a construção do direito à explicabilidade das decisões públicas (da Administração e do Judiciário) auxiliadas por Inteligência Artificial.

Mediante marco teórico interdisciplinar (com estudo de autores do Direito e da Ciência da Computação que se dedicam ao tema pesquisado), o texto foi desenvolvido em três capítulos. No primeiro capítulo são delineados aspectos iniciais do problema (com enfoque na proposta da OCDE e em conceitos técnicos que são premissas necessárias ao estudo), no segundo capítulo há um aprofundamento no debate global sobre a explicabilidade de sistemas de IA (UNESCO, União Europeia e ONU) e, ao final, no terceiro capítulo são definidos elementos caracterizadores do direito à explicabilidade.

Os resultados da pesquisa apontam para: a) a urgente necessidade de criar modelos de Inteligência Artificial para o setor público que incorporem a explicabilidade a partir de uma abordagem de transparência integrada ao *design*, respeitando os limites éticos e normativos que regem a integração da IA nas decisões dos agentes estatais; b) o reconhecimento de que existem barreiras técnicas que impactam o direito à explicabilidade das decisões públicas auxiliadas pela IA; e c) a definição do direito fundamental à explicabilidade das decisões públicas tomadas com o apoio de IA.

Feita a breve introdução, passa-se ao aprofundamento no tema.

1. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS DECISÕES NA ESFERA PÚBLICA E EXPLICABILIDADE: ELEMENTOS INICIAIS

O direito proporciona estímulos para uma motivação/fundamentação adequada e racional das decisões públicas (judiciais ou da administração pública), estabelecendo limites para evitar excessos de racionalidade por parte do agente decisório (Alexy, 2005, p. 193-194). Nesse contexto, a transparência assume uma posição central na arquitetura das decisões, especialmente em políticas públicas onde é essencial a proatividade em explicar as razões das decisões tomadas, conforme incentivado pelo ordenamento jurídico (Thaler; Sunstein, 2019, posição 89-90).

Além disso, há um conjunto normativo coeso (Ávila, 2006, p. 49) que indica a importância da publicidade dos atos estatais (Alexy, 2011, p. 147), da Administração Pública e do Judiciário, como um valor fundamental no sistema jurídico-constitucional brasileiro. Esse bloco normativo demonstra a evolução do princípio da publicidade para o dever de transparência dos órgãos estatais. Portanto, a criação de um ambiente institucional favorável à responsabilização é impulsionada pela promoção de uma cultura de transparência (art. 5º, XXXIII, art. 37, *caput*, e art. 93, IX, da Constituição Federal, e art. 3º, IV, da Lei n. 12.527/2011). A partir disso, no enfoque aqui trabalhado, a transparência também envolve fornecer *acesso claro às informações e processos de tomada de decisão, explicando como as decisões são feitas e quais critérios e algoritmos (seqüências de instruções lógicas) são aplicados*.

Nesse aspecto, verifica-se a importância dos Princípios de Asilomar, que foram desenvolvidos durante conferência realizada pelo *Future of Life Institute* (2017). Eles consistem em *vinte e três diretrizes que visam garantir que o desenvolvimento e a aplicação da Inteligência Artificial (IA) sejam realizados de forma benéfica e segura para a sociedade*. Ao introduzir a discussão sobre o assunto, os Princípios de Asilomar estabelecem que a participação de sistemas autônomos em decisões públicas (judiciais e da administração pública) deve ser acompanhada de uma explicação satisfatória, que possa ser auditada por uma autoridade humana competente (Future of Life Institute, 2017). Além disso, esses princípios destacam a importância da transparência em caso de falhas, estipulando que, se um sistema de IA causar danos, deve ser possível esclarecer as razões (Future of Life Institute, 2017). A partir dessa premissa, desde já se pode trabalhar com um conceito inicial de *explicabilidade como a capacidade de descrever e justificar as decisões tomadas por sistemas de IA, permitindo que sejam entendidas e confiáveis para os humanos*.

Por sua vez, a *Recomendação n. 449 da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) (2020)*, que contou com a adesão do Brasil em 21 de maio de 2019, estabelece *diretrizes para o desenvolvimento, a implementação e o uso responsável de sistemas de Inteligência Artificial (IA)*. Esta resolução enfatiza a importância da transparência, explicabilidade e *accountability* (responsabilização) no contexto da IA, com o objetivo de assegurar que os sistemas de IA sejam benéficos e seguros para as pessoas. A *Recomendação n. 449 da OCDE* enfatiza, especialmente na seção 1.3 (OCDE, 2020), a necessidade de transparência e explicabilidade nos sistemas de Inteligência Artificial.

Nesta parte, a seção 1.3 estabelece que os envolvidos com Inteligência Artificial devem se comprometer com a transparência e com a divulgação responsável dos sistemas de IA. Este compromisso inclui: a) *fomentar um entendimento amplo sobre os sistemas de IA* (inciso I); b) *aumentar a conscientização das partes interessadas sobre suas interações com esses sistemas* (inciso II); c) *permitir que indivíduos afetados compreendam os resultados gerados pela IA* (inciso III); e d) *possibilitar que aqueles adversamente afetados questionem os resultados de um sistema de IA, fornecendo-lhes informações claras e acessíveis sobre os fatores e a lógica que fundamentam as previsões, recomendações ou decisões* (inciso IV).

Adicionalmente, a seção 1.5 da *Recomendação n. 449 da OCDE (2020)* impõe um dever de *accountability*, exigindo que os atores da Inteligência Artificial sejam responsáveis pelo funcionamento adequado dos sistemas de IA e pelo cumprimento dos princípios de transparência e explicabilidade. Essa responsabilidade deve ser contextualizada de acordo com os papéis dos atores dentro da esfera da IA na sociedade e alinhada com o progresso corrente na Ciência da Computação.

Portanto, a Recomendação n. 449 da OCDE representou um passo significativo em direção ao aprimoramento futuro do marco normativo nacional para a regulação da IA. Isso inclui os Projetos de Lei n. 21/2020 e n. 2.338/2023 que tramitam no Senado Federal (2020 e 2023), que também têm especial enfoque nos direitos à transparência e à explicabilidade dos sistemas de IA. No entanto, a seção 1.5 da Recomendação n. 449 reconhece as limitações práticas na implementação desses direitos. Esta seção sugere que o “estado da arte” da tecnologia de Inteligência Artificial deve ser levado em conta, assegurando o nível mais alto de transparência e explicabilidade que as técnicas atuais permitirem. Simultaneamente, a seção 1.5 admite implicitamente o uso das tecnologias de IA atuais que podem apresentar limitações que resultam em um nível mais baixo de transparência nas previsões, recomendações e decisões geradas por IA (OCDE, 2020), como, por exemplo, as *redes neurais (modelos computacionais inspirados no cérebro humano)*, compostos por camadas de neurônios artificiais que aprendem padrões a partir dos dados analisados).

Neste ponto, apenas para fins de contextualização do leitor, as redes neurais são espécie de modelos de IA baseada em *deep learning* (aprendizado profundo), que se trata de técnica avançada de aprendizado de máquina (*machine learning*) utilizada para desenvolver sistemas que aprendem com os dados e que, sem necessidade de *programação explícita, melhoram seu desempenho em cenários complexos* (Russell; Norvig, 2013, p. 26-27).

Por sua vez, no âmbito normativo nacional, a Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) trata de *regras e princípios para garantir a proteção dos direitos de privacidade e segurança dos dados dos cidadãos*. O art. 6º da LGPD estabelece os princípios fundamentais para a proteção de dados no Brasil. Notavelmente, o inciso VI desse artigo define o princípio de transparência, garantindo aos titulares acesso a informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre como seus dados são tratados e quem são os agentes responsáveis, sempre considerando a preservação dos segredos comercial e industrial (art. 10, § 2º). Este conceito é reforçado pelo artigo 20, § 1º, que obriga os controladores a fornecer, quando solicitado, detalhes claros e adequados sobre os critérios e procedimentos utilizados em decisões automatizadas, também respeitando segredos comerciais e industriais.

Desse modo, a LGPD em seu artigo 20 detalha direitos específicos relativos a decisões automatizadas, incluindo: a) a possibilidade de revisão humana dessas decisões (*caput*); b) o direito a informações claras sobre os critérios e procedimentos utilizados nas decisões automatizadas, mantendo a confidencialidade necessária (§ 1º); e c) a prerrogativa de auditoria pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados para investigar possíveis discriminações em decisões automatizadas protegidas por segredo comercial ou industrial (§ 2º).

Nesse contexto, uma estratégia para otimizar a aplicabilidade do art. 20 da LGPD em decisões de entes públicos apoiadas por sistemas de Inteligência Artificial pode ser desenvolvida para assegurar maior transparência. Essa estratégia encontra fundamento no art. 5º, XXXIII, no art. 37, *caput*, e no art. 93, IX, da Constituição Federal, que exigem que todas as decisões sejam públicas e devidamente fundamentadas, sob risco de nulidade.

Para reforçar a publicidade das decisões de entes públicos que utilizam IA (especialmente do Judiciário), a Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) introduziu medidas importantes. Especificamente, o artigo 8º, VI, dessa Resolução estipula a necessidade de fornecer uma explicação satisfatória e auditável por uma autoridade humana para qualquer decisão proposta por um modelo de Inteligência Artificial em casos judiciais (Brasil, 2020a). Além disso, o artigo 19, *caput*, da mesma Resolução destaca que os sistemas que empregam IA como ferramenta auxiliar na elaboração de decisões judiciais devem priorizar, como critério fundamental, a clareza na explicação dos processos que levaram aos resultados obtidos (Brasil, 2020a). Finalmente, o artigo 25, *caput*, da Resolução determina a necessidade de total transparência na prestação de contas por qualquer sistema de IA judicial (Brasil, 2020a). Para uma leitura mais ampla, na forma tratada neste artigo, destaque-se que, na pendência de uma regulamentação clara sobre o uso de IA pelo Poder Executivo, os princípios gerais da Resolução n. 332/2020 do CNJ podem ser utilizados como balizas mínimas pelos órgãos da Administração Pública, mediante aplicação analógica (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), haja vista a necessidade de concretização de proteção de direitos já previstos no regime constitucional.

Para essa finalidade as técnicas de *Inteligência Artificial Explicável* (*xAI*) (Deeks, 2020) visam tornar os sistemas de IA mais transparentes e compreensíveis, *fornecendo ou aumentando a explicabilidade dos sistemas de IA para facilitar o controle das decisões auxiliadas pela referida tecnologia*. Portanto, para abordar modelos de Inteligência Artificial Explicável (*xAI*) (Deeks, 2020, p. 1834) é necessário estabelecer as bases das normas aplicáveis que promovam a *accountability by design* (Wagner, 2020), que se refere à *incorporação de mecanismos de responsabilização diretamente no design dos sistemas de IA* (ou seja, *desde o projeto até a efetiva implementação*), assegurando que suas operações possam ser auditadas e os responsáveis identificados. Isso envolve aumentar a *transparência*, a interpretabilidade e a explicabilidade dos sistemas públicos baseados em IA, aproveitando também os conceitos propostos por recomendações e declarações de organizações internacionais, apesar de sua não obrigatoriedade nas relações jurídicas internas (*soft law*).

Nesse caminho, segundo Frank Pasquale (2017), a explicabilidade deve ser considerada como a quarta lei da robótica, de maneira a complementar

as três primeiras leis da robótica que decorrem da obra clássica “Eu, Robô”, de Isaac Asimov (1950). Assim, para fins de contexto ao leitor, Asimov, em suas histórias de ficção científica, estabeleceu as Três Leis da Robótica que preveem que: 1) “um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano venha a ser ferido”; 2) “um robô deve obedecer às ordens dadas por seres humanos, exceto nos casos em que tais ordens entrem em conflito com a Primeira Lei”; e 3) “um robô deve proteger sua própria existência, desde que tal proteção não entre em conflito com a Primeira ou com a Segunda Lei” (Asimov, 1950).

Desse modo, a melhoria na transparência das motivações das decisões públicas (Lorenzetto; Clève, 2015) é fundamental para a integridade do processo decisório em um ambiente democrático (Habermas, 2002, p. 79). Isso é reforçado por Alexy (2005, p. 195), que considera a racionalidade pública das decisões como intrínseca à própria democracia. Assim, a transparência dos atos estatais emerge como um dos pilares mais básicos para o desenvolvimento de um ambiente institucional propício à *accountability* algorítmica e ao debate público, elementos que são extremamente necessários para fundamentar adequadamente as decisões tomadas (Pasquale, 2019).

Estabelecidas essas bases, pode-se passar para o aprofundamento do direito à explicabilidade.

2. INTERPRETABILIDADE E EXPLICABILIDADE NOS MARCOS REGULATÓRIOS DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A distinção entre os conceitos de explicabilidade e interpretabilidade é necessária para se entender seus impactos jurídicos e o alcance das regulações sobre o direito à explicabilidade. Nesse sentido, a UNESCO (2021) elaborou a “Recomendação sobre a Ética da Inteligência Artificial”, que visa estabelecer padrões éticos e diretrizes para o desenvolvimento e uso de IA. Esta recomendação contempla a totalidade do ciclo de vida dos sistemas de IA, desde a pesquisa até o encerramento da utilização, e destaca a necessidade de padrões éticos em todas as fases (UNESCO, 2021).

Além disso, a seção 3, “b”, do documento ressalta que a IA tem relevância até mesmo nas ciências sociais e humanas, impactando os conceitos científicos e criando uma nova base para a tomada de decisões (UNESCO, 2021).

Consequentemente, os modelos de IA destinados ao apoio às decisões públicas (judiciais e da Administração Pública) são contemplados por princípios estabelecidos na Recomendação da UNESCO (2021), como proporcionalidade, justiça, não discriminação, supervisão e determinação humana, transparência, explicabilidade e responsabilidade. Esses princípios

são interpretados de maneira a garantir a avaliação do impacto ético e a gestão ética, bem como a comunicação e informação eficaz.

Desse modo, a transparência permite às pessoas compreenderem como os sistemas de Inteligência Artificial são pesquisados, projetados, implementados e utilizados, levando-se em conta a sensibilidade de cada sistema para vida em sociedade. Isso engloba informações detalhadas sobre os fatores que influenciam previsões ou decisões. A abordagem da UNESCO (2021) para a transparência, embora não exija explicitamente a divulgação de códigos e bases de dados (*datasets*), destaca que a transparência é uma faceta necessária para fomentar a confiança humana em sistemas de IA. Por outro lado, em situações onde os direitos humanos estão em risco, a transparência pode incluir acesso ao código-fonte ou *datasets* de treinamento (UNESCO, 2021).

Nesse sentido, a *explicabilidade* foca na obrigação de tornar os resultados de sistemas de IA compreensíveis para os seres humanos, fornecendo informações que facilitem o entendimento das entradas (*inputs*), saídas (*outputs*) e dos processos algorítmicos fundamentais que levam aos resultados processados e influenciam nas decisões.

Dessa forma, explicabilidade e transparência são conceitos interligados, pois tanto os resultados quanto os processos que a eles conduzem devem ser claros e verificáveis dentro de seu contexto de aplicação. Nesse sentido, por exemplo, a Resolução n. 332/2020 do CNJ ressalta a importância da transparência na IA, assegurando o direito dos cidadãos a uma explicação satisfatória e auditável por autoridades humanas em relação a decisões sugeridas por modelos de IA, garantindo assim a sua *accountability*, especialmente no que tange às decisões judiciais (cuja aplicabilidade, por analogia, é possível para a Administração Pública).

Já no contexto das diretrizes estabelecidas pela UNESCO, observa-se que o nível de transparência e explicabilidade em sistemas de IA deve estar alinhado com o contexto de uso do sistema. Isso implica que, dentro dos limites de explicabilidade próprios de cada sistema de IA, deve haver um equilíbrio com outros princípios fundamentais, como segurança e privacidade.

Para demarcar as premissas deste estudo, pode-se conceituar a *interpretabilidade* de um modelo de IA como a característica que se refere ao nível de compreensão que os especialistas em computação (cientistas e engenheiros) têm dos processos e resultados algorítmicos e dos sistemas de Inteligência Artificial (Guidotti *et al.*, 2019), e que pode variar conforme a técnica de IA empregada. Já a *explicabilidade* busca técnicas para tornar os processos e resultados da IA compreensíveis em linguagem natural ou de outra forma inteligível para humanos (Gilpin *et al.*, 2018). Ou seja, enquanto a interpretabilidade pode não ser sempre plenamente alcançável em todos os

casos, a explicabilidade busca soluções técnicas para facilitar o entendimento humano, promovendo a acessibilidade às pessoas impactadas pela decisão.

Em suma, o conceito amplo de explicabilidade engloba tanto a *explicabilidade em sentido estrito* (que é um direito fundamental decorrente do regime constitucional brasileiro), destinada àqueles sem conhecimento técnico de IA, quanto a *interpretabilidade*, direcionada a profissionais da computação, direito e outras ciências sociais que possuam tal conhecimento técnico (Pádua, 2023a, p. 99).

Além disso, com base nas definições de proporcionalidade, justiça, supervisão humana, transparência e explicabilidade, destacadas na Recomendação da UNESCO (2021), pode-se avaliar os efeitos dos institutos da *responsabilidade* e da *accountability* no contexto de IA. *Responsabilidade* refere-se à conformidade com padrões legais e éticos internacionais em decisões e ações tomadas por sistemas de IA, atribuindo essa obrigação à pessoa ou entidade que desenvolve ou utiliza a IA. Quanto à *accountability*, é necessário haver mecanismos de auditoria e rastreabilidade robustos para os sistemas de IA e seus resultados, considerando também os aspectos técnicos e institucionais.

Nessa linha, a *Policy Area 1* (avaliação de impacto ético) da UNESCO (2021) enfatiza a importância de estabelecer requisitos claros de transparência e explicabilidade para os sistemas de IA, especialmente na tomada de decisões por entidades públicas (Judiciário e Administração Pública), abordando o comportamento desses sistemas (o que inclui os algoritmos e os dados envolvidos). Isso é vital, pois tanto as decisões do Judiciário como da Administração Pública envolvem interação direta com os usuários finais, como delineado na seção 52 da recomendação da UNESCO (2021).

Além disso, para assegurar a promoção da explicabilidade no contexto institucional, é importante destacar a *Policy Area 2*, que trata de governança e gestão ética, a qual determina que para manter a independência do Judiciário, sistemas de IA que auxiliam na decisão judicial devem fornecer mecanismos de monitoramento para órgãos de controle e fiscalização (UNESCO, 2021).

Ademais, a seção 70 da Recomendação (UNESCO, 2021) ressalta que o nível e o tipo de informação sobre os algoritmos e os resultados de um sistema de IA e a forma de explicação necessária podem variar conforme o público-alvo que solicita a explicação, sejam eles usuários finais, especialistas ou desenvolvedores.

Noutro enfoque, também é necessário avaliar a viabilidade da explicabilidade dentro do atual estado da arte em Inteligência Artificial. Dessa maneira, considerando-se as limitações tecnológicas atuais, muitos algoritmos de IA não são completamente explicáveis, e em alguns casos, a explicabilidade pode acrescentar custos significativos de implementação e processamento (Deeks, 2019). Assim, pode haver uma troca entre a precisão/qualidade de um sistema de IA e o seu nível de explicabilidade (Gilpin *et al.*,

2018), onde, frequentemente, um aumento na explicabilidade pode diminuir a acurácia do sistema de IA, enquanto uma maior acurácia pode levar a uma menor transparência operacional (O’Neil, 2016).

No contexto nacional, o desafio mencionado é reconhecido no artigo 19, *caput*, da Resolução n. 332/2020 do CNJ, que orienta que os sistemas de IA usados como ferramentas auxiliares na tomada de decisão devem priorizar a técnica que permite explicar os passos que levaram ao resultado. Esse princípio de exigir a explicação dos “passos que conduziram ao resultado” serve para guiar a intersecção entre a Teoria do Direito e a Ciência da Computação no desenvolvimento de sistemas de IA que auxiliam a tomada de decisões públicas.

Adicionalmente, devido ao risco de opacidade, existe uma considerável crítica quanto à aplicação de sistemas de IA no processo de tomada de decisões públicas. Por outro lado, em que pesem as críticas, o Direito pode ser chamado a formular o método de decisão mediante claros limites jurídicos (Pádua, 2023b, p. 420). Um caminho a ser explorado é a utilização do processamento de linguagem natural (NLP) para desenvolver justificativas racionais para as decisões, algo ainda não plenamente desenvolvido, mas que se encontra na fronteira da Teoria do Direito e Ciência da Computação, visando a explicabilidade das decisões influenciadas por sistemas de IA (Hartmann Peixoto; Bonat, 2023), direta ou indiretamente, nas decisões públicas.

Desse modo, nos modelos de Inteligência Artificial voltados para a construção de decisões públicas, a teoria da argumentação (Atienza, 2016, p. 192-219) pode oferecer um modelo teórico útil e valioso, considerando-se sua abordagem analítica e procedimental para a justificação das decisões (Alexy, 2005, p. 261-264). Isso pode ser a base para desenvolver modelos de IA que integrem explicabilidade desde o início do desenvolvimento do sistema até o processamento dos resultados (Licht, K.; Licht, J., 2020), ou que permitam, através de um sistema auxiliar, proporcionar explicabilidade para os resultados obtidos por meio de *machine learning* (Cassol da Silva, 2024) ou *deep learning*.

Nessa perspectiva, a seção 68 da Recomendação da UNESCO (2021) demonstra a necessidade de revisão e adaptação dos marcos regulatórios e legais para assegurar a responsabilização pelos conteúdos e resultados produzidos pela IA em todas as fases de seu ciclo de vida, e também estipula o dever de *accountability* das entidades públicas responsáveis.

Além disso, a avaliação de impacto da implementação do sistema de IA, conforme a seção 50 da Recomendação da UNESCO (2021), deve ser realizada de forma democrática, permitindo a participação dos cidadãos e avaliando os benefícios e riscos relacionados aos direitos humanos, ao meio ambiente, à ética e à sociedade, além de contemplar medidas de prevenção, mitigação e monitoramento de riscos. Este é um passo necessário para que

o setor público (Poder Judiciário e Administração Pública) realize uma autoavaliação dos sistemas de IA propostos, garantindo que os métodos utilizados estejam alinhados com as práticas adequadas. Nesse caminho, conforme a seção 51 da Recomendação da UNESCO (2021), devem ser estabelecidos mecanismos de supervisão voltados para a auditabilidade, a rastreabilidade e a *explicabilidade* desses sistemas.

A avaliação de sistemas públicos de IA deve ser um esforço multidisciplinar (Susskind, 2010), envolvendo as partes interessadas de diversas áreas, como atores do ecossistema de IA, representantes da sociedade civil, servidores públicos, investidores, fabricantes, engenheiros, advogados e usuários, conforme a seção 69 da Recomendação da UNESCO (2021). Além disso, essa fase deve ser multicultural, pluralista e inclusiva.

Sobre isso, a seção 77 da Recomendação da UNESCO (2021) destaca a importância de abordar a interoperabilidade dos bancos de dados relacionados aos sistemas do setor público (Pádua; Berberi, 2021, p. 240), permitindo compartilhar dados de qualidade em um espaço comum, que deve ser seguro e protegido.

Portanto, o cenário descrito até aqui aponta para a necessidade de criar um ambiente normativo e institucional que posicione a explicabilidade como peça central na união dos princípios de confiança, responsabilidade, *accountability* e justiça no âmbito da Inteligência Artificial utilizada como auxiliar à tomada de decisões públicas.

3. A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À EXPLICABILIDADE DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL QUE AUXILIA DECISÕES ESTATAIS

A partir das premissas anteriores para o uso da IA como auxiliar na tomada de decisões públicas, é necessário analisar o contexto cultural de cada agente regulatório envolvido globalmente, bem como considerar as complexas relações políticas e comerciais entre o Brasil e a Europa (o que demanda um afinamento mínimo entre os respectivos marcos regulatórios). Nesse cenário, destacam-se diretrizes supranacionais como as *Ethical Guidelines for Trustworthy AI* (Diretrizes Éticas para IA Confiável) da União Europeia (2019), que visam estabelecer o conceito de IA confiável por meio de três componentes essenciais ao longo do ciclo de vida do sistema: a) *licitude*, assegurando a conformidade com todas as leis e regulamentos aplicáveis; b) *ética*, aderindo a princípios e valores éticos; e c) *robustez técnica e social*.

Desse modo, a regulamentação europeia em relação à IA emergiu como uma evolução das regras da Convenção do Conselho da Europa para a Proteção de Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal (União Europeia, 1981). Essa normativa,

alinhando-se com os artigos 7 e 8 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, busca garantir proteção aprimorada às pessoas em relação ao processamento automatizado de seus dados pessoais, incluindo coleta e operações diversas em tais dados, visando à preservação da privacidade e da proteção de dados.

Por sua vez, o art. 14, n. 2, alínea “g”, e o art. 15, n. 1, alínea “h”, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) da União Europeia (2016b) estabelecem que o direito à explicabilidade pode ser deduzido do direito de acesso a informações úteis que permitem compreender a lógica computacional utilizada na produção de decisões automatizadas. No entanto, questões de “interesse público” podem limitar o direito de oposição ao tratamento automatizado de dados pessoais (União Europeia, 2016b). É importante notar que, desde que haja uma revisão humana nas decisões tomadas com o auxílio de sistemas de IA, a decisão não seria considerada como “exclusivamente com tratamento automatizado”, o que poderia influenciar o direito de oposição, na forma do art. 22º, do GDPR (União Europeia, 2016). No mais, a Diretiva n. 2016/680 também incorporou princípios éticos para a IA confiável, limitando o uso de decisões totalmente automatizadas em situações que afetam significativamente os indivíduos e a sociedade (União Europeia, 2016a).

Na sequência, de acordo com o Regulamento sobre Inteligência Artificial (*AI Act*) da União Europeia (2024), sistemas de IA considerados de “risco elevado” (aqueles que podem afetar direitos fundamentais, tanto diretamente quanto indiretamente) estão sujeitos à obrigação de fornecer documentação detalhada que ateste a sua explicabilidade. Portanto, o *AI Act* estipula que o direito à explicabilidade está condicionado à disponibilização de documentação técnica abrangente, que deverá cobrir aspectos como: a) *descrição geral do sistema de IA*: seu propósito, responsáveis, interação com hardware ou software externo, atualizações, colocação no mercado e instruções de uso e instalação; b) *detalhes do desenvolvimento*: métodos e estágios de desenvolvimento, *design* do sistema, arquitetura e algoritmos, incluindo metodologias de treinamento e interpretação dos resultados; c) *informações de monitoramento e operação*: limites de desempenho, identificação de resultados não intencionais e riscos, e medidas de supervisão humana; d) *sistema de gestão de riscos e alterações realizadas durante o ciclo de vida do sistema*; e e) *avaliação de desempenho pós-comercialização*, que inclui acompanhamento após a implementação do sistema (União Europeia, 2024).

Esses requisitos demonstram a necessidade de transparência e responsabilização em sistemas de IA de alto risco (como os utilizados para auxílio à tomada de decisões públicas), em linha com o compromisso da

União Europeia com a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos no contexto da digitalização e da automação.

Na União Europeia, o princípio da explicabilidade é visto como fundamental para construir e manter a confiança dos usuários em sistemas de IA, por meio de processos transparentes que clarifiquem as capacidades e as finalidades desses sistemas, dentro dos limites do que é tecnicamente viável. Isso se reflete na obrigação de que as decisões públicas auxiliadas pelos sistemas de IA devem ser compreensíveis para as pessoas afetadas, permitindo contestações ou pedidos de revisão.

Entretanto, a normativa europeia reconhece que nem sempre é possível fornecer uma explicação completa sobre como um modelo de IA chegou a uma determinada saída (*output*) ou decisão, especialmente nos casos de algoritmos *black box*. Em tais situações, outras medidas de explicabilidade, como rastreabilidade, auditabilidade e comunicação transparente sobre as capacidades do sistema, podem ser necessárias para garantir que sejam respeitados os direitos fundamentais (União Europeia, 2019).

Para além dos avanços no contexto da regulação europeia, em novembro de 2023, o Brasil e outros 27 países assinaram a Declaração de Bletchley, um instrumento internacional que reconhece o potencial da IA para a humanidade e estabelece esforços regulatórios voltados para vários aspectos jurídicos, incluindo o reconhecimento do direito à explicabilidade (Reino Unido, 2023).

Em 21 de março de 2024, as Nações Unidas (ONU) aprovaram sua primeira Resolução sobre o tema, documento que destacou o direito à explicabilidade das decisões estatais auxiliadas pelos sistemas de Inteligência Artificial:

4. Convoca os Estados Membros e convida outros interessados a tomar medidas para cooperar e fornecer assistência aos países em desenvolvimento para acesso inclusivo e equitativo aos benefícios da transformação digital e sistemas de inteligência artificial seguros, protegidos e confiáveis, incluindo por meio de: (...)

(k) Promovendo transparência, previsibilidade, confiabilidade e *compreensibilidade* (grifo nosso) ao longo do ciclo de vida de sistemas de inteligência artificial que tomam ou apoiam decisões que impactam os usuários finais, incluindo o fornecimento de notificações e *explicações* (grifo nosso), e promovendo supervisão humana, como, por exemplo, através da revisão de decisões automatizadas e processos relacionados ou, quando apropriado e relevante, alternativas de decisão humana ou reparação eficaz e responsabilidade para aqueles adversamente impactados por decisões automatizadas de sistemas de inteligência artificial (Nações Unidas, 2024, tradução nossa).

Após a análise dos diversos marcos normativos internacionais e supranacionais sobre o tema, percebe-se que o direito à explicabilidade atua em simbiose com direito fundamental à **autodeterminação informativa**, que, no plano infraconstitucional, é explicitado no art. 2º, II, da Lei n. 13.709/2018. Dessa forma, o direito fundamental à autodeterminação informativa reconhece que o processamento automatizado de dados ameaça a capacidade de decisão autônoma do indivíduo a respeito da oportunidade, da extensão e das consequências do fornecimento de seus dados pessoais para terceiros, ainda que o direito à autodeterminação informativa não seja ilimitado, frente à proporcional e justificada necessidade na utilização pública de parte dos dados (Mendes, 2022, p. 36). Isso ocorre porque os riscos do processamento automatizado de dados residem “mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados tratados” (Mendes, 2022, p. 38).

Sendo assim, como um alicerce para o direito fundamental à explicabilidade, deve-se verificar os três elementos que delineiam o direito à autodeterminação informativa: a) o poder de decisão atribuído ao indivíduo sobre a coleta e a utilização de seus dados pessoais (Mendes, 2022, p. 39-40); b) suporte fático abstrato típico de uma estrutura de princípio de direito público (Alexy, 2011, p. 305); e c) possibilidade de identificação dos dados pessoais tratados, de maneira que os registros de dados pessoais sejam protegido (Mendes, 2022, p. 40) conforme as possibilidades tecnicamente possíveis. Nesse contexto, veja-se que, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387 (ADI 6387 MC), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a autodeterminação informativa como um direito fundamental inerente ao sistema constitucional brasileiro (Brasil, 2020b).

A partir das premissas até aqui desenvolvidas, o direito à explicabilidade da Inteligência Artificial nas decisões estatais é caracterizado como um direito fundamental que assegura aos cidadãos transparência e controle sobre as decisões automatizadas que os afetam. Esse direito é essencial para garantir a *accountability* das decisões estatais e promover a justiça e a igualdade.

Desse modo, para avançar no âmbito constitucional brasileiro, é necessário estabelecer as balizas do direito fundamental à explicabilidade, na forma delineada nesse estudo, de maneira a possibilitar o reconhecimento de seus elementos como inerentes a um *direito fundamental por atribuição* (Alexy, 2012, p. 74) que pode ser *inferido a partir de outros direitos fundamentais* (conforme pressupostos já descritos neste estudo).

Nessa linha, a respeito da sua *titularidade*, todas as pessoas têm direito à explicabilidade, permitindo-lhes compreender a utilização da IA nas decisões estatais (em relação ao grau de extensão, à finalidade, aos riscos, aos benefícios, aos resultados e aos demais dados e às informações disponíveis), o que decorre do mais amplo escrutínio a que devem ser submetidas as

decisões estatais (Habermas, 2012, p. 61). Ou seja, o direito fundamental à explicabilidade tem a *universalidade* como uma de suas características, promovendo a igualdade e a justiça no acesso às informações sobre decisões auxiliadas estatais por IA.

Quanto ao *conteúdo*, o direito fundamental à explicabilidade inclui a obrigação dos órgãos públicos de fornecer informações claras e compreensíveis sobre os critérios e procedimentos utilizados por sistemas de IA, de maneira a garantir a transparência e a auditabilidade das decisões. Nessa linha, as entidades públicas, em especial a Administração Pública e o Judiciário, são responsáveis por garantir a explicabilidade, assegurando que as decisões automatizadas ou auxiliadas por IA sejam justificadas e possam ser questionadas pelos cidadãos.

A *normatividade* do direito à explicabilidade possui eficácia plena (imediata), de maneira que ele pode ser exigido judicialmente, assegurando que os cidadãos tenham acesso às informações necessárias para entender as decisões estatais assistidas por IA.

Sobre suas características de *essencialidade e fundamentalidade*, o direito fundamental à explicabilidade é necessário à proteção à dignidade humana e ao funcionamento do Estado Democrático de Direito na era da sociedade da informação (Floridi, 2014, p. 55), promovendo a confiança pública nas decisões estatais assistidas por IA.

Ademais, tratando-se de direito que é inerente à dignidade humana, o direito fundamental à explicabilidade garante que os cidadãos mantenham o controle sobre as informações que afetam suas vidas, o que qualifica sua *inalienabilidade* e sua *indisponibilidade* que são próprias da típica *eficácia vertical* voltada às relações estatais (considerado o recorte adotado pelo presente artigo). No mesmo sentido, a *imprescritibilidade* do direito à explicabilidade se delinea na medida em que ele não se perde pelo não uso ao longo do tempo, assegurando que os cidadãos possam exigir explicações sobre decisões automatizadas a qualquer momento.

No que toca às hipóteses de sua *limitação* em determinados casos (sigilo comercial e industrial, proteção à própria dignidade humana e segurança nacional, por exemplo), é possível determinar ao direito à explicabilidade a *relatividade* que é própria dos direitos fundamentais, uma vez que as eventuais restrições do direito à explicabilidade em favor da força normativa de outros direitos fundamentais devem ser justificadas através do método da proporcionalidade (Alexy, 2012, p. 95).

No que se refere aos demais aspectos, o *suporte fático em sentido amplo* (mediante a estrutura triádica de bem protegido, intervenção e restrição) para o direito à explicabilidade, inerente à sua proteção *prima facie* (Alexy, 2012, p. 308). Assim, o direito fundamental à explicabilidade é estruturado através da *dinâmica triádica* de bem protegido, intervenção e restrição, assegura

a transparência e a justiça nas decisões estatais automatizadas. Esse direito protege os cidadãos, permitindo-lhes compreender e questionar as decisões auxiliadas por IA que os afetam, enquanto reconhece a necessidade de restrições proporcionais para proteger outros direitos fundamentais. Já o *suporte fático em sentido estrito* do direito à explicabilidade abrange as situações específicas em que decisões são tomadas com o auxílio de IA. Dessa forma, as entidades estatais “que tratam na prática o domínio da norma como normativo, não sucumbem a nenhuma normatividade apócrifa do fático” (Müller, 2010, p. 59-60). Por exemplo, quando uma decisão judicial é influenciada por um sistema de IA, os cidadãos têm o direito de entender como dados foram usados, como foram utilizados e quais algoritmos e critérios foram aplicados para auxiliar na construção do modelo de IA ou na tomada de decisão.

Portanto, após a incursão nos diversos diplomas normativos que vêm influenciando na construção do direito à explicabilidade das decisões públicas auxiliadas por IA, bem como nos elementos que o caracterizam como um direito fundamental por atribuição, destaca-se que esse direito (Pádua, 2023a, p. 270) também engloba:

a) a oportunidade de conhecimento para o indivíduo cujos dados pessoais foram tratados no processo de modelagem da IA, para que ele possa entender como seus dados são utilizados;

b) o fornecimento de explicações compreensíveis sobre a lógica, etapas e processos do desenvolvimento de sistemas de IA que auxiliam a tomada de decisão por autoridades públicas (da Administração Pública e do Judiciário), sempre respeitando os limites técnicos e o máximo alcance viável conforme a tecnologia utilizada;

c) a possibilidade de profissionais técnicos (com conhecimento em Ciência da Computação) desafiarem o sistema de IA por meio de informações que permitam a interpretabilidade do sistema computacional.

Este entendimento promove um elo estreito entre o Direito e a Ciência da Computação, propiciando avanços científicos e jurídicos que beneficiam a sociedade como um todo, garantindo-se a maior eficácia possível ao art. 5º, XXXIII, ao art. 37, *caput*, e ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A questão da interpretabilidade e da explicabilidade das decisões públicas não é um desafio recente, já que historicamente envolve a transparência na fundamentação/motivação.

Desse modo, o direito à explicabilidade das decisões públicas (administrativas e judiciais) que utilizam o auxílio de Inteligência Artificial está amparado por um conjunto de normas constitucionais e

legais relacionadas à *accountability*. Isso se estende desde uma interpretação aprofundada do artigo 20 da LGPD até a formulação dos conceitos de interpretabilidade e explicabilidade com base em várias iniciativas internacionais e supranacionais, incluindo os Princípios de Asilomar, a Recomendação n. 449 da OCDE, a Recomendação da UNESCO, as normativas da União Europeia, a Declaração de Bletchley e a Resolução das Nações Unidas sobre o uso da IA. Além disso, a Resolução n. 332/2020 do CNJ é outro instrumento normativo que aborda a explicabilidade das decisões públicas apoiadas por IA, cujos princípios podem ser analogicamente aplicados para a Administração Pública, no intuito de se garantir direitos fundamentais.

Portanto, a explicabilidade não deve ser vista como um obstáculo ao desenvolvimento científico da IA jurídica (conforme o art. 5º, IX, e o art. 218, *caput* e § 1º, da Constituição Federal), mas sim como uma expressão do avanço tecnológico, um valor protegido pela Constituição, que se ajusta aos limites estabelecidos pelo estado atual da tecnologia.

Logo, é possível se reconhecer o direito fundamental à explicabilidade da IA utilizada no auxílio às decisões estatais (da Administração Pública e do Poder Judiciário), mediante características típicas de um direito fundamental por atribuição (na forma desenvolvida no último capítulo).

Além disso, deve-se definir claramente os conceitos de transparência e explicabilidade em um sentido amplo. Isso é particularmente importante porque a explicabilidade, em seu sentido mais abrangente, pode ser dividida em duas categorias: *interpretabilidade*, que diz respeito aos processos computacionais da IA e aos resultados gerados, facilitando a compreensão por parte dos profissionais da tecnologia; e *explicabilidade em sentido estrito*, que se refere ao desenvolvimento de modelos em linguagem natural ou outras formas de representação que sejam facilmente compreensíveis pelos destinatários humanos das decisões auxiliadas por IA.

Portanto, frente ao aumento do uso de técnicas de Inteligência Artificial para auxiliar na tomada de decisões na esfera pública (pela Administração e pelo Judiciário), o direito fundamental à explicabilidade dessas decisões mediadas por IA deve ser reconhecido.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. 2. ed. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2. ed., 2011.

ASIMOV, Isaac. *Eu, Robô*. Tradução: Aline Storto Pereira. São Paulo: Aleph, 2015. E-book Kindle.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 332*, de 21 de agosto de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3429>. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 21, de 2020*. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 3 fev. 2022. Disponível em: legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9063365&ts=1656528542410&disposition=inline. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 2338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília, DF: Senado Federal, 3 mai. 2023. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9347622&ts=1713911560851&disposition=inline>. Acesso em: 24 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 6387*. Defere medida cautelar para afastar os efeitos da Medida Provisória n. 954/2020 em razão da ofensa ao direito fundamental à autodeterminação informativa. Autor: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Gilmar Mendes, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>. Acesso em: 15 abr. 2024.

CASSOL DA SILVA, Bruno. *Inteligência Artificial Explicável e Decisões Judiciais: Experimentações com o método SHAP*. (Dissertação de Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, SC, 14 mar. 2024, p. 196.

DEEKS, Ashley. *The Judicial Demand for Explainable Artificial Intelligence*. Columbia Law Review, v. 119, n. 7, p. 1829-1850, 2020.

FLORIDI, Luciano. *The Fourth Revolution: How the Infosphere is Reshaping Human Reality*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FUTURE OF LIFE INSTITUTE. *Asilomar AI Principles*. 2017. Disponível em: <https://futureoflife.org/ai-principles>. Acesso em: 5 ago. 2020.

GILPIN, Leilani H.; BAU, David; YUAN, Ben Z.; BAJWA, Ayesha; SPECTER, Michael; KAGAL, Lalana. Explaining Explanations: An Overview of Interpretability of Machine Learning. *2018 IEEE 5th International Conference on Data Science and Advanced Analytics (DSAA)*, Turin, Itália, p. 80-89, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1109/DSAA.2018.00018>.

GUIDOTTI, Riccardo; MONREALE, Anna; RUGGIERI, Salvatore; TURINI, Franco; GIANNOTTI, Fosca; PEDRESCHI, Dino. A Survey of Methods for Explaining Black Box Models. *ACM Computing Surveys*, v. 51, n. 5, artigo 93, jan. 2019, 42 pages. Disponível em: <https://doi.org/10.1145/3236009>.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Tradução: George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo, 1: Racionalidade da Ação e Racionalidade Social*. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. *Inteligência Artificial e Direito: Convergência Ética e Estratégica*. Curitiba: Alteridade, 2020, v. 5

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Projeto Victor: Relato do Desenvolvimento da Inteligência Artificial na Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Inteligência Artificial e Direito*, v. 1, n. 1, jan-abr. 2020.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; BONAT, Debora. *GPTs e Direito: impactos prováveis das IAs generativas nas atividades jurídicas brasileiras*. Sequência: Estudos jurídicos e políticos, v. 44, n. 93, p. 1-31, Florianópolis, 2023. Disponível em: [10.5007/2177-7055.2023.e94238](https://doi.org/10.5007/2177-7055.2023.e94238).

LICHT, Karl de Fine; LICHT, Jenny de Fine. *Artificial intelligence, transparency, and public decision-making*. *AI & Society*, mar. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2023.e94238>.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Constituição Federal, Controle Jurisdicional e Níveis de Escrutínio. *Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 32, jul./set. 2015, p. 97-123.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. In: DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Estudos Sobre Proteção de Dados*

Pessoais: Dados num Mundo em Transformação. São Paulo: Expressa, 2022. E-book Kindle.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NAÇÕES UNIDAS. *UN AI Resolution (A/78/L.49)*. 24 mar. 2021. Disponível em: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2F78%2FL.49&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>. Acesso em: 24 abr. 2024.

OCDE. Recommendation 0449, of 21 May 2019: *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em: 20 abr. 2024.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: how Big Data increases inequality and threatens democracy*. Nova Iorque: Crown, 2016. E-book Kindle.

PÁDUA, Sérgio Rodrigo de. *Da Jurisdição "Ex Machina" ao Juiz Ciborgue: Inteligência Artificial e Interpretação do Direito*. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

PÁDUA, Sérgio Rodrigo de. Inteligência artificial judicial e a representação do suporte fático hipotético. *Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, v. 3, n. 1, p. 415-438, Brasília, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.53798/suprema.2023.v3.n1.a224>.

PÁDUA, Sérgio Rodrigo de; BERBERI, Marco Antonio. Robô Processual: Inteligência Artificial, Atos Processuais e Regras Padrão. *Revista da AGU*, v. 20, n. 3, Brasília, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.20.n.03.2021.2744>.

PASQUALE, Frank. *Data-Informed Duties in AI Development*. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 7, p. 1917-1940, 2019.

PASQUALE, Frank. Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility, and Explainability in an Algorithmic Society. *Ohio State Law Journal*, v. 78, 2017.

REINO UNIDO. *The Bletchley Declaration by Countries Attending the AI Safety Summit*, 1-2 November 2023. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/the-bletchley->

declaration-by-countries-attending-the-ai-safety-summit-1-2-november-2023. Acesso em: 22 abr. 2024.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial*. Tradução de Regina Célia Simille. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SALOMÃO, Luis Felipe (coord.) *et al. Inteligência Artificial: Tecnologia Aplicada à Gestão dos Conflitos no Âmbito do Poder Judiciário Brasileiro*. 2. ed. FGV Conhecimento: Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário, 2022. Disponível em: https://ciapj.fgv.br/sites/ciapj.fgv.br/files/relatorio_ia_2fase.pdf. Acesso em: 24 abr. 2024.

SUSSKIND, Richard. *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*. Oxford: Oxford University Press, 2010. E-book Kindle.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*. Tradução: Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019. E-book Kindle.

UNESCO. *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence*. 24 nov. 2021. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380455>. Acesso em: 20 mar. 2022. Acesso em: 23 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *AI Act* (Anexos). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF. Acesso em: 24 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2000. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 24 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680078b37>. Acesso em: 24 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva (UE) 2016/680 do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=HR>. Acesso em: 5 jan. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. 8 abr. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419. Acesso em: 24 abr. 2024.

Sérgio Rodrigo de Pádua
Bruno Meneses Lorenzetto

UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho*, de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em: 24 abr. 2024.

WAGNER, Ben. Accountability by design in technology research. *Computer Law & Security Review*, v. 37, p. 105398, ISSN 0267-3649, Oxford, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105398>.

